**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia

**Radicación No**:66001-31-05-001-2014-00668-01

**Proceso**:Ordinario Laboral.

**Demandante**: Luz Stella Libreros Rojas

**Demandado:** Administradora Colombiana de Pensiones

**Juzgado de origen**: Primero Laboral del Circuito de Pereira.

**Magistrada Ponente:** Olga Lucía Hoyos Sepúlveda.

**Tema a tratar:**

**DISFRUTE DE LA PENSIÓN DE VEJEZ – RETROACTIVO:**

Como síntesis de lo expuesto, se tiene que el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, consagra necesaria la desafiliación del sistema para que el afiliado pueda empezar a disfrutar de la prestación, que la novedad de retiro le compete reportarla al empleador y que por regla general la desafiliación del sistema debe provenir directamente del empleado, no obstante, la jurisprudencia laboral ha consentido que excepcionalmente ante la falta de manifestación de esa voluntad por el afilado, ésta puede inferirse de las circunstancias que rodean cada caso en particular.

 (…)

En este orden de ideas, como se acreditó que la señora Libreros Rojas dejó de cotizar al sistema general de pensiones el 31 de octubre de 2011 y que el 18 de noviembre siguiente satisfizo en su totalidad los requisitos previstos en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, momento en el cual radicó la solicitud de reconocimiento pensional, esto es, tan solo transcurridos 18 días; se puede deducir razonablemente que desde esa calenda se produjo su desafiliación del sistema, y por ende, a partir de ese momento era posible el disfrute de la pensión*.*

Lo anterior teniendo en cuenta que entre dichas actuaciones no transcurrió un término amplio, sino todo lo contrario, cercano o prudencial, de lo cual podía concluirse que su voluntad inequívoca era la de retirarse del sistema, intelección que excepcionalmente es la que debe aplicarse cuando no se efectúa una desafiliación expresa por parte del trabajador, conforme se expresó en precedencia.

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**AUDIENCIA PÚBLICA**

En Pereira, a los veintiocho (28) días del mes de junio de dos mil dieciséis (2016), siendo las ocho y treinta minutos de la mañana (08:30 a.m.), la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada y el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida el 25 de agosto de 2015 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve la señora **Luz Stella Libreros Rojas** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-** y que se encuentra radicado bajo el N° 66001-31-05-001-2014-00668-01.

**Registro de asistencia:**

Demandante y su apoderado:

Administradora Colombiana de Pensiones y su apoderado:

**Traslado a las partes**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos, de conformidad con lo establecido por el artículo 13 de la Ley 1149/07.

**ANTECEDENTES:**

1. **Síntesis de la demanda y su contestación**

La señora Luz Stella Libreros Rojas solicita que se declare que tiene derecho a que le sea reconocido el retroactivo pensional generado entre el 18 de noviembre de 2011 y el 30 de junio de 2013 equivalente a la suma de $16´461.000, junto con los intereses de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 desde el 30 de enero de 2014 –sic-, las costas y agencias en derecho.

Fundamenta sus aspiraciones en que: (i) nació el 18 de noviembre de 1956 y que cumplió la totalidad de requisitos, edad y número de semanas cotizadas, para la misma fecha de 2011; (ii) la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES- mediante Resolución N° GNR 180903 de 13 de julio de 2013, le reconoció la pensión de vejez a partir del 1° de julio de ese mismo año, sin lugar a retroactivo; (iii) el último pago al sistema pensional fue el correspondiente al ciclo de octubre de 2011 y el día 18 de noviembre siguiente fue que arribó a la edad mínima para pensionarse; (iv) presentó recurso de reposición contra el aludido acto administrativo para solicitar el reconocimiento del retroactivo, pero mediante Resolución N° GNR 265300 de 22 de julio de 2014 le fue negado, bajo el argumento que el último empleador no había reportado la novedad de retiro; (v) que el cese de cotizaciones realizado por el último empleador debe tenerse como un retiro tácito del sistema.

La **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-,** se opuso atodas las pretensiones de la demanda y como razones de defensa señaló que no se puede reconocer el retroactivo solicitado porque no fue reportada oportunamente la novedad de retiro del sistema, esto es, por no existir prueba idónea de la desafiliación del sistema de conformidad con lo previsto por los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990 y las circulares internas P-ISS 623 de 2005 y P-ISS 658 de 2006; interpuso como excepciones de fondo las que rotuló como “Estricto cumplimiento a los mandatos legales”, “Inexistencia de la obligación” y “Prescripción”.

1. **Síntesis de la sentencia apelada y consultada**

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, declaró que la señora Libreros Rojas tenía derecho al reconocimiento de la pensión de vejez a partir del 18 de noviembre de 2011 en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente; decisión que argumentó en que ocurrió un retiro tácito del sistema porque la actora dejó de cotizar el 31 de octubre de 2011 y tan solo 18 días después, exactamente cuando cumplió los 55 años de edad, fue que solicitó el reconocimiento pensional; en consecuencia, reconoció la suma de $12.189.540 por el retroactivo causado entre el 18 de noviembre de 2011 y el 30 de junio de 2013 y, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 18 de mayo de 2012.

1. **Síntesis del recurso de apelación**

Contra la anterior decisión se alzó el apoderado judicial de la entidad demandada y argumentó que no existe prueba dentro del proceso acerca de que la posición jurisprudencial bajo la cual se fundó la decisión del Despacho estuviese vigente al momento en que la actora elevó la solicitud de reconocimiento pensional, de tal manera que la entidad que representa solo debió ceñirse en su decisión a lo dispuesto en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990 y las circulares internas de esa entidad.

1. **Del grado jurisdiccional de consulta**

Frente a la anterior decisión teniendo en cuenta que la misma fue adversa a los intereses de la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-, se hace ineludible tramitar el grado jurisdiccional de consulta, a pesar de que el mismo no fue ordenado en su momento por la funcionaria de primera instancia.

**CONSIDERACIONES**

1. **Del problema jurídico**

Visto el recuento anterior, la Sala formula el problema jurídico en los siguientes términos:

* 1. ¿Desde cuándo debe reconocerse la pensión de vejez a la señora Libreros Rojas?
	2. ¿A la señora Luz Stella Libreros Rojas le asiste el derecho a obtener el reconocimiento y pago del retroactivo pensional pretendido?
1. **Solución a los interrogantes planteados**

No existe discusión en torno a que a la actora se le reconoció su derecho pensional de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990, por haber acreditado los requisitos previstos en el artículo 12 de ese cuerpo normativo, tal y como se extracta del contenido de la Resolución N° GNR 180903 del 13 de julio de 2013 *–fl. 8 y s.s. del cuaderno de primer grado*-.

Lo que sí constituye materia de debate es la fecha a partir de la cual debía concederse el disfrute de la misma, toda vez que la entidad demandada determinó que ante la omisión del reporte de la novedad de retiro por parte del empleador debía reconocerse la prestación a corte de nómina, mientras que la parte actora sostiene que debe ser el 18 de noviembre de 2011, teniendo en cuenta que para esta fecha tenía cumplidos los requisitos legales, había dejado de cotizar y elevado la solicitud de reconocimiento de la pensión.

* 1. **De la fecha en que debe ser reconocida la pensión de vejez – Retroactivo Pensional**
		1. **Fundamento jurídico**

De conformidad con lo establecido en los artículos 12 y 13 del Acuerdo 049 de 1990, la pensión de vejez se causa a partir del momento en el cual confluyen en el beneficiario la totalidad de los requisitos, esto es, la edad y el número de cotizaciones o tiempo de servicios y, se disfruta a partir de la fecha en la que se acredita la desafiliación del sistema, respectivamente.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral, en sentencia del 6 de abril de 2016, radicado 44362, con ponencia de la doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo, ha expuesto lo siguiente:

“Ahora bien, en lo relacionado concretamente con la interpretación a la que se adscribió el *ad quem* y que denominó *«teoría de la desafiliación tácita del sistema»*, cumple agregar que su denominación no es la más afortunada, pues más que un acto tácito de desafiliación, corresponde a la verificación de la voluntad del afiliado de no seguir vinculado con el régimen de pensiones. Sin embargo, esta imprecisión terminológica o de acento, no le resta contenido sustancial a los argumentos del Tribunal en virtud de los cuales, dedujo que la intención del actor de no seguir afiliado al sistema es constatable desde el momento en que dejó de cotizar y solicitó el pago de la prestación o de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

El anterior razonamiento a juicio de esta Sala, tiene cabida en el marco de lo previsto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, pues estas disposiciones admiten un entendimiento conforme al cual la voluntad del afiliado de no continuar afiliado al sistema, manifestada mediante actos externos, es un parámetro válido para establecer la fecha de inicio de disfrute de la pensión.

En efecto, si el objetivo de las mencionadas disposiciones es adquirir certeza del momento a partir del cual el afiliado no desea seguir en el sistema, dicha situación puede ser igualmente cognoscible mediante otros actos exteriores e inequívocos, como lo puede ser la suspensión definitiva de los aportes o la manifestación expuesta en tal sentido”.

Como síntesis de lo expuesto, se tiene que el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, consagra necesaria la desafiliación del sistema para que el afiliado pueda empezar a disfrutar de la prestación, que la novedad de retiro le compete reportarla al empleador y que por regla general la desafiliación del sistema debe provenir directamente del empleador, no obstante, la jurisprudencia laboral ha consentido que excepcionalmente ante la falta de manifestación de esa voluntad por el afilado, ésta puede inferirse de las circunstancias que rodean cada caso en particular.

La anterior intelección ha sido sostenida por el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral desde tiempo atrás y no solo por esta Sala de decisión, por lo tanto, es perfectamente válida y procedente su aplicación dentro del caso de marras.

**2.1.2. Fundamento fáctico:**

De conformidad con los elementos probatorios adosados al expediente, se tiene que la señora Luz Stella Libreros Rojas nació el 18 de noviembre de 1956 –fl. 6-, por lo tanto, arribó a los 55 años de edad en la misma fecha de 2011 y que para esa calenda tenía acreditadas 1.158,73 semanas de cotización, con lo cual se advierte causada la pensión de vejez con suficiencia.

Por su parte, respecto de la fecha en que la actora radicó la solicitud de reconocimiento pensional, conforme lo informa la Resolución N° GNR 180903 de 13 de julio de 2013 –fl. 8-, dicho acto se llevó a cabo el 18 de noviembre de 2011.

En este orden de ideas, como se acreditó que la señora Libreros Rojas dejó de cotizar al sistema general de pensiones el 31 de octubre de 2011 y que el 18 de noviembre siguiente satisfizo en su totalidad los requisitos previstos en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, momento en el cual radicó la solicitud de reconocimiento pensional, esto es, tan solo transcurridos 18 días; se puede deducir razonablemente que desde esa calenda se produjo su desafiliación del sistema, y por ende, a partir de ese momento era posible el disfrute de la pensión*.*

Lo anterior teniendo en cuenta que entre dichas actuaciones no transcurrió un término amplio, sino todo lo contrario, cercano o prudencial, de lo cual podía concluirse que su voluntad inequívoca era la de retirarse del sistema, intelección que excepcionalmente es la que debe aplicarse cuando no se efectúa una desafiliación expresa por parte del trabajador o empleador, conforme se expresó en precedencia.

En este orden de ideas, el retroactivo pensional será el generado entre el 18 de noviembre de 2011 y el 30 de junio de 2013, teniendo en cuenta que la prestación por vejez fue inicialmente reconocida a partir del 1° de julio de esa última anualidad, por ende no es de recibo el argumento de la apelación.

Ahora bien, respecto a la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada, la misma no está llamada a prosperar, como quiera que aun tomando la fecha en que fue proferida la Resolución N° GNR 180903 de 13 de julio de 2013 –fl. 8- y la fecha de presentación de la demanda, conforme al acta individual de reparto –fl. 23- es evidente que no transcurrieron más de 3 años para que operara el fenómeno prescriptivo.

En relación con la liquidación del retroactivo, dado que la actora al 1° de abril de 1994 le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho pensional, se le debe aplicar el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, pero como no sobrepasó las 1250 semanas, su IBL debe obtenerse de acuerdo con las cotizaciones de los últimos 10 años; no obstante, tal y como fuera referido por la funcionaria de primer grado, dado que las cotizaciones fueron efectuadas en su totalidad sobre un base salarial mínima, es innecesario hallar el promedio, porque en todo caso, el valor de la mesada no podrá ser inferior al mínimo legal.

En consecuencia, el retroactivo asciende a la suma de $12´189.540,oo liquidado entre el 18 de noviembre de 2011 y el 30 de junio de 2013, como en efecto, fue hallado en primera instancia, tal y como se extracta del siguiente recuadro:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **AÑO** | **N° MESADAS** | **VALOR MESADA** | **TOTAL** |
| 2011 | 2,12 DÍAS | $535.600,oo | $ 1´285.440,oo |
| 2012 | 13 | $566.700,oo | $ 7´367.100,oo |
| 2013 | 6 | $589.500,oo | $ 3´537.000,oo |
| **TOTAL** | $12´189.540,oo |

**2.2. Intereses moratorios**

**2.2.1. Fundamento jurídico**

En lo que tiene que ver con la fecha a partir de la cual proceden los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 4° de la Ley 700 de 2001, el término con que cuentan las administradoras de pensiones para proceder con el reconocimiento y pago de las pensiones de vejez no puede sobrepasar los seis meses contados a partir del momento en que se radique la solicitud de reconocimiento pensional con el lleno de todos los requisitos legales.

**2.2.2. Fundamento fáctico**

Considera la Sala, teniendo en cuenta que la solicitud de reconocimiento pensional fue presentada por la demandante el día 18 de noviembre de 2011, la entidad contaba hasta el 17 de mayo de 2012 para efectuar el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales respectivas, sin embargo, ello no ocurrió, precisamente porque solo a través de este proceso es que se le condenó al pago de las mismas –retroactivo-, de tal manera que los mismos deben correr a partir del día siguiente a la última calenda anunciada y hasta el pago efectivo de la obligación.

Al momento de efectuarse la liquidación correspondiente, deberá tenerse en cuenta el intereses remuneratorio y de mora certificado por la Superintendencia Financiera que se encuentre vigente al momento del pago efectivo de la obligación; considerando además el concepto N° 2009046566-001 del 23 de julio de 2009 emitido por esa entidad, a través del cual explicó que para calcular la equivalencia de la tasa efectiva anual en los periodos distintos al de un año, como son los réditos que se causan mensualmente o diariamente, se debe acudir a la fórmula matemática, que se pone de presente a los asistentes y que hace parte integral del acta que se levante con ocasión de esta diligencia.

**CONCLUSIÓN**

Siendo así las cosas, resulta acertada en su totalidad la decisión de primera instancia, por lo que deberá ser confirmada.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por no haber prosperado el recurso.

**DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Cuarta de Decisión Laboral,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** en su totalidad la sentencia proferida el 25 de agosto de 2015 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por la señora **LUZ STELLA LIBREROS ROJAS** en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión

**SEGUNDO:** Costas en esta instancia a cargo del recurrente por no haber prosperado el recurso.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se eleva y firma esta acta por las personas que han intervenido.

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrado Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

 Magistrada Magistrado

**ALONSO GAVIRIA OCAMPO**

Secretario

**FÓRMULA MATEMÁTICA PARA LA LIQUIDACIÓN DE LOS INTERESES MORATORIOS**

Para calcular la tasa efectiva anual: ((1+i)1/12-1)\*100; donde i= tasa efectiva anual. Y para calcular la tasa efectiva diaria: ((1+i)1/365-1)\*100, donde i= tasa efectiva anual; las cuales se encuentran implícitas en el simulador dispuesto en la página web de la entidad para el público en general.