El siguiente es el documento presentado por la Magistrada Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia

**Radicación No**:66001-31-05-001-2015-00541-01

**Proceso**:Ordinario Laboral.

**Demandante**: Efrén Rincón Leiton

**Demandado:** Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-

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

**Tema a tratar:**

**RETROACTIVO PENSIONAL – RETIRO DEL SERVICIO OFICIAL Y DESAFILIACION DEL SISTEMA -** 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.

Por lo tanto, resulta acertada la decisión de la a-quo en el sentido de indicar que el acto externo para entender configurado el retiro del sistema por parte del señor Efrén Rincón Leiton fue la última cotización al sistema, pues a pesar de que ya se había retirado del servicio continuó realizando cotizaciones por dos periodos más, lo que no permitía tener certeza de su voluntad de desafiliarse desde el primer acto, además porque las mismas le reportaban beneficio, en tanto fueron realizados con un IBC superior.

Y en relación con que el informe del retiro del servicio se haya presentado ante Colpensiones con posterioridad a la fecha de la última cotización, en nada influye en la conclusión anterior, como quiera que conforme al análisis jurisprudencial no se requiere que los mismos sean concurrentes, de tal manera que no le asiste razón a la recurrente al indicar que debe tenerse como fecha del retiro el 21/05/2014 por ser esta calenda en la que el actor informó a la demandada acerca de su retiro del servicio.

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**AUDIENCIA PÚBLICA**

En Pereira, a los veinticinco (25) días del mes de julio de dos mil diecisiete (2017), siendo las nueve y treinta minutos de la mañana (09:30 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 interpuesto respecto de la sentencia proferida el 19 de agosto de 2016 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve el señor **Efrén Rincón Leiton** contra **Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-**, radicado bajo el N° 66001-31-05-001-2015-00541-01.

**Registro de asistencia:**

Demandante y su apoderada - Demandada y su apoderado

**Traslado a las partes**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos atendiendo lo previsto en el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007.

**ANTECEDENTES**

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

Pretende el señor Efrén Rincón Leiton que se declare que tiene derecho a disfrutar de la pensión de vejez desde el 01/04/2014; en consecuencia, se condene a Colpensiones al pago del retroactivo generado entre esa calenda y el 28/02/2015, la indexación de la condena, las costas del proceso y lo ultra y extra petita que resulte probado.

Fundamenta sus aspiraciones en que: (i) cumplió los 60 años de edad el 13/01/2008; (ii) el 15/03/2011 solicitó al ISS el reconocimiento de su pensión de jubilación, la que le fue reconocida mediante Resolución N° 4646 de 2012, modificada por la Resolución N° 19936 del 28/05/2012, al cambiar la fecha de causación, pero dejó en suspenso el ingreso a nómina hasta que acreditara el retiro del servicio; (ii) frente a ese último acto administrativo, interpuso los recursos de ley, el de reposición fue decidido de manera desfavorable; (iii) el 21/05/2014 radicó ante Colpensiones la Resolución N° 10671 de 2013, mediante la cual se le aceptó la renuncia como servidor público a partir del 01/01/15 –sic-, calenda para la cual también había cesado las cotizaciones; (iv) mediante Resolución N° VPB 21648, se resolvió el recurso de apelación y se modificó el IBL, arrojando como mesada pensional la suma de $6´133.005 a partir del 01/03/2015, pero no se le reconoció retroactivo; (v) el 22/04/2015 solicitó el reconocimiento del retroactivo pensional generado entre el 01/01/2014 al 28/02/2015, que le fue negado mediante Resolución N° GNR 254944 de 2015, bajo el argumento que el empleador no había reportado la novedad de retiro; (vi) la última cotización al sistema que registra fue efectuada por el empleador Clínica Tolima por el periodo de marzo de 2014.

La **Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-**, se opuso a todas las pretensiones de la demanda porque el empleador del señor Efrén Rincón Leiton no reportó oportunamente la novedad de retiro del sistema, pese a que el mismo ya había adquirido el derecho a la pensión, por lo que la pensión debe reconocerse a corte de nómina conforme con lo dispuesto por los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049/90. Interpuso las excepciones de mérito que denominó “Inexistencia de la obligación demandada” y “Prescripción”.

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

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, declaró que el actor tenía derecho a disfrutar su pensión de vejez desde el 01/04/2014, por lo que reconoció como retroactivo pensional desde esa calenda, la suma de $61´554.517, liquidado hasta el 28/02/2015, suma de la cual autorizó el descuento de los aportes a salud. Autorizó la indexación de la suma anterior a la fecha del pago y condenó en costas a la entidad demandada.

Para arribar a esa conclusión, explicó que no se puede confundir la causación del derecho con el disfrute efectivo de la misma y que el dejar de cotizar no implica el retiro o desafiliación del sistema que exige el artículo 13 del Acuerdo 049/90, porque debe mediar un acto expreso declarativo de esta voluntad, para que la administradora de pensiones realice las diligencias pertinentes para excluirlo del sistema; tal y como lo ha expuesto la Sala de Casación Laboral de la CSJ en sentencia del 06/07/2011 rad. 38558.

Manifestó que cuando al demandante le fue reconocida la pensión mediante la Resolución N° 04646 de 2012, aún se encontraba laborando en el Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué, por lo que ostentaba la condición de servidor público y por lo tanto, mientras no se retirara no podía ser incluido en nómina de pensionados conforme al artículo 128 de la Constitución Política, condición que solo cesó el 01/01/2014 –fl. 18-, lo que quiere decir que ocurrió antes de la última cotización al sistema que fue lo fue para el mes de marzo de 2014.

Si bien, la última cotización fue efectuada en marzo de 2014, ese solo hecho no determina el retiro expreso del sistema, porque el trabajador puede continuar cotizando con otro empleador o de manera independiente.

No obstante, también puede operar el retiro tácito, que se entiende configurado con el cese de cotizaciones y la solicitud de reconocimiento pensional, figura que ha sido avalada por esta Corporación[[1]](#footnote-1).

En el presente caso, del cese de cotizaciones, del reconocimiento de la pensión al demandante y de la comunicación a Colpensiones por parte del demandante al cargo de anestesiólogo en el Hospital Lleras de Ibagué, puede concluirse que es aplicable el retiro tácito a partir de la última cotización, que es la manifestación implícita de su voluntad de retirarse del sistema, por lo que la pensión debió reconocerse desde el 01/04/2014.

**1.3. Síntesis del recurso de apelación**

Inconforme con lo decidido, la apoderado judicial de la entidad demandada interpuso recurso de apelación y argumentó que si bien se aplica un retiro tácito del sistema, se difiere de la fecha que fue determinada en la sentencia, porque para que ello opere deben darse dos situaciones, la primera que se deje de cotizar y la segunda, la solicitud posterior de reconocimiento pensional.

Pero en el presente caso, no le es viable al Despacho tener como cumplido el segundo requisito, cuando el mismo ocurrió de manera previa al cese de cotizaciones; por lo que el retroactivo solo es viable desde el 21/05/2014 que corresponde a la solicitud que le remitió a Colpensiones, en el sentido que el demandante no iba a seguir afiliado al sistema, por haberse retirado del servicio.

**1.4. Del grado jurisdiccional de consulta**

Como la decisión proferida en primera instancia resultó adversa a los intereses de Colpensiones, esta Corporación mediante proveído del 02/09/2016 admitió el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo estable el artículo 69 del C.P.L.

**CONSIDERACIONES**

1. **Del problema jurídico**

Visto el recuento anterior, la Sala formula los siguientes interrogantes:

1.1. ¿Desde cuándo se debe reconocer la pensión de vejez al actor?

1.2. ¿Fueron afectadas por la prescripción las mesadas causadas a favor del demandante?

**2. Solución a los problemas jurídicos**

Con el propósito de dar solución a los anteriores cuestionamientos, se considera necesario precisar lo siguiente:

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

El objeto de debate lo constituye la fecha a partir de la cual debía reconocerse la pensión de vejez al actor, toda vez que la entidad demandada, aunque en principio lo había hecho a partir del 01/03/2012 (Resolución N° 04646 de 2012), posteriormente determinó que lo era a partir del 01/03/2015, como se extrae de la Resolución N° VPB 21648 del 09/03/2015 –fl. 19 y s.s-; mientras que la parte actora indica que debe ser desde el 01/04/2014, fecha para la cual cumplía con los requisitos de edad y tiempo de servicios y además había dejado de cotizar.

**2.1.1. 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.

Así mismo, conforme a los artículos 8°y 9° de la Ley 71/88 y 2, 9 y 10 del Decreto Reglamentario 1160 de 1989 –*bajo la cual se concedió la prestación al actor*-, se requiere el retiro  definitivo del servicio, el cual debe ser acreditado mediante la documentación pertinente.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral, en sentencia SL607-2017 del 25/01/2017, radicado 47315, con ponencia del doctor Jorge Mauricio Burgos Ruiz, ha reiterado lo expuesto en anterior oportunidad por esa Corporación[[2]](#footnote-2), en que por regla general se requiere manifestación expresa acerca de la desafiliación del sistema y que le corresponde en principio al empleador informar la cesación de cotizaciones por renuncia del trabajador, por reunir los requisitos para acceder a la pensión de vejez; no obstante, la jurisprudencia ha consentido que excepcionalmente ante la falta de esa información, ésta puede provenir de actos externos e inequívocos que demuestren que esa es la voluntad del afiliado, como por ejemplo dejar de cotizar, cumplir la totalidad de los requisitos y solicitar el reconocimiento de la prestación por parte de este, postura que esta Sala ha aplicado reiteradamente[[3]](#footnote-3).

Adicional a lo anterior, tiene definido esa Corporación[[4]](#footnote-4) que es indispensable el retiro efectivo del servicio oficial, para entrar a disfrutar de la pensión.

**2.1.2. Fundamento fáctico:**

Previamente debe recordarse que al actor le había sido reconocida la pensión de vejez mediante Resolución N° 04646 de 2012, a partir del 1° de marzo de ese mismo año, pero que posteriormente el ISS a través de la Resolución N° 19936 del 28/05/2012 y con base en la Ley 71/88, la modificó para suspender el ingreso a nómina de pensionados hasta tanto el interesado acreditara el retiro del servicio.

Precisado lo anterior y de conformidad con los elementos probatorios adosados al expediente, se tiene que el señor Efrén Rincón Leiton arribó a los 60 años de edad el 13/01/2008 –fls. 09-; renunció al cargo de médico anestesiólogo que desempeñaba en el Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué con efectividad a partir del 01/01/2014 –fl. 18-; dejó de cotizar el 31/03/2014, según la historia laboral del folio 37 y s.s. del cd. y; acreditó el retiro del servicio ante Colpensiones el 21/05/2014, según se extrae del documento visible a folio 17 del cd. 1,

Por lo tanto, resulta acertada la decisión de la a-quo en el sentido de indicar que el acto externo para entender configurado el retiro del sistema por parte del señor Efrén Rincón Leiton fue la última cotización al sistema, pues a pesar de que ya se había retirado del servicio continuó realizando cotizaciones por dos periodos más, lo que no permitía tener certeza de su voluntad de desafiliarse desde el primer acto, además porque las mismas le reportaban beneficio, en tanto fueron realizados con un IBC superior.

Y en relación con que el informe del retiro del servicio se haya presentado ante Colpensiones con posterioridad a la fecha de la última cotización, en nada influye en la conclusión anterior, como quiera que conforme al análisis jurisprudencial no se requiere que los mismos sean concurrentes, de tal manera que no le asiste razón a la recurrente al indicar que debe tenerse como fecha del retiro el 21/05/2014 por ser esta calenda en la que el actor informó a la demandada acerca de su retiro del servicio.

Entonces, no existe duda que desde el momento en que dejó de cotizar -31/03/2014-, se configuraron los actos externos indicativos de la voluntad de desafiliarse, según los términos jurisprudenciales antes citados, como lo dijo la a-quo.

Así las cosas, procede la liquidación del retroactivo a partir del 01/04/2014 y hasta el 28/02/2015 –*día anterior al reconocimiento indicado en la Resolución VPB 21648 de 2015*-.

El retroactivo del año 2014 se liquidará con base en $6´133.005, que corresponde al monto de la mesada hallada por Colpensiones[[5]](#footnote-5), una vez obtenido el IBL y aplicada la tasa de reemplazo del 75%, liquidación en la que no se advierte la realización de ninguna fórmula de actualización para el año 2015.

Ahora al actualizar el valor de la mesada pensional del año 2014 con el IPC correspondiente, se arriba al mismo valor obtenido en la primera instancia, por valor de $6´357.472,98.

De aquí que, el valor del retroactivo generado entre el 01/04/2014 y el 28/02/2015[[6]](#footnote-6), asciende a la suma de $74´044.996, conforme a la liquidación que hace parte integral del acta que se suscriba con ocasión de esta diligencia[[7]](#footnote-7), la que resulta ser mayor a la efectuada por la a-quo en razón a que en esa no se incluyó la mesada adicional de diciembre de 2014 y por el año 2015 solo se tuvo en cuenta la del mes de enero; sin embargo, no es posible proceder a su modificación porque se agravaría la condena impuesta a Colpensiones, en favor de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta.

Respecto de la suma anterior, se autoriza a Colpensiones a realizar los descuentos por aportes al régimen de salud.

La condena por concepto de indexación resulta factible, para mantener actualizado el valor de la obligación ante la pérdida del poder adquisitivo del peso, aplicando para ello los índices de precios al consumidor; por lo tanto, por este rubro, se debería reconocer la suma de $12´657.817[[8]](#footnote-8), conforme a la liquidación que hace parte integral del acta que se suscriba con ocasión de esta diligencia; sin embargo, como la liquidación se realizó con base en el retroactivo hallado en esta instancia, del cual se aclaró no podía tenerse en cuenta por efectos del grado jurisdiccional de consulta; para determinar la indexación deberá tomarse el valor del retroactivo señalada en la instancia anterior en $61´554.518, la que liquidada hasta la fecha de emisión de esta sentencia, genera la suma de $10´704.449[[9]](#footnote-9).

Por último, en relación con la excepción de prescripción, la misma no está llamada a prosperar porque conforme a la fecha en que se hizo exigible el derecho -01/04/2014 –*según lo indicado por la jueza-* e inclusive la fecha de presentación de la demanda -13/10/2015- conforme al acta de reparto del folio 47, es evidente que no transcurrieron más de 3 años.

**CONCLUSIÓN**

Conforme lo expuesto, la decisión revisada será confirmada en su integridad.

Costas en esta instancia a cargo del recurrente y a favor del demandante, dada la improsperidad del recurso interpuesto.

**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** la sentencia proferida el 19 de agosto de 2016 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por el señor **Efrén Rincón Leiton** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES**, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO:** Costas en esta instancia a cargo del recurrente por lo expuesto.

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**

Magistrada Ponente

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

Magistrado Magistrada

*ANEXO 1 -LIQUIDACIÓN RETROACTIVO PENSIONAL E INDEXACIÓN*



*OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA*

*Magistrada*

*ANEXO 2 -LIQUIDACIÓN RETROACTIVO PENSIONAL E INDEXACIÓN CONFORME CONDENA DE PRIMERA INSTANCIA*



*OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA*

*Magistrada*

1. M.P. Francisco Javier Tamayo Tabares, rad. 2010-00309 del 11/01/2011 [↑](#footnote-ref-1)
2. Rad. 47236 del 6 de abril de 2016, con ponencia de la doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo [↑](#footnote-ref-2)
3. M.P. Olga Lucía Hoyos Sepúlveda. Radicado 2015-00321 de 26/07/2016 Dte. Teresa Aristizabal Carmona.

   M.P. Olga Lucía Hoyos Sepúlveda. Radicado 2014-00333 de 28/03/2017 Dte. Miguel Isidoro Pérez Tirado [↑](#footnote-ref-3)
4. C.S.J. Sala de Casación Laboral, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL1073-2017. Rad. N° 44979 del 25/01/2017  [↑](#footnote-ref-4)
5. En la Resolución N° VPB 21648 del 09/03/2015 [↑](#footnote-ref-5)
6. Teniendo en cuenta una mesada adicional [↑](#footnote-ref-6)
7. Anexo 1 [↑](#footnote-ref-7)
8. Anexo 1 [↑](#footnote-ref-8)
9. Anexo 2 [↑](#footnote-ref-9)