2010-001256-01

Providencia:	Sentencia del 20 de junio de 2012
Radicación Nro.	66001-31-05-001-2010-01256-01
Proceso	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	Javier de Jesús Gallego Urrea
Demandado:	Instituto de Seguros Sociales
Magistrado Ponente:	Julio César Salazar Muñoz
Juzgado de origen:	Adjunto al Juzgado Primero Laboral del Circuito
Tema:	**REGIMEN DE TRANSICIÓN. Cambio de precedente: Si bien, aparentemente basta con encontrarse en una de las dos hipótesis precitadas, esto es, tener la edad referida o el tiempo de servicios señalado, la verdad es que por definición existe un requisito tácito, que de no cumplirse hace imposible beneficiarse del régimen de transición, el cual consiste en haber pertenecido en algún momento anterior a la vigencia de la ley 100 de 1993 al régimen o sistema del que se pretenden derivar las condiciones de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión con las que se reclama el derecho.**

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

Pereira, veinte de junio de dos mil doce

Acta número 098 de 20 de junio de 2012

A las once y treinta (11:30) de la mañana del día de hoy, conforme se programó anteriormente, esta Sala y su Secretaria se constituyen en audiencia pública con el objeto de resolver el recurso de apelación propuesto por la apoderada de la parte demandante frente a la sentencia proferida por el Juzgado Adjunto al Primero Laboral del Circuito de esta ciudad, el trece (13) de mayo de 2011, dentro del proceso ordinario que el señor **JAVIER DE JESÚS GALLEGO URREA** promueve contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.**

ANTECEDENTES:

1. DEMANDA

Pretende el demandante que en su condición de beneficiario del régimen de transición le sea reconocida la pensión de vejez por parte del Instituto de Seguros Sociales, bajo lo lineamientos del Acuerdo 049 de 1990 a partir del 19 de octubre de 2007, ordenando, desde esa fecha, el pago de las

mesadas pensionales, los intereses moratorios, la indexación de las condenas, las costas y agencias en derecho.

Fundamenta sus pretensiones en que nació el 19 de octubre de 1947, por lo tanto contaba con más 40 años de edad al empezar a regir la ley 100 de 1993, lo que lo ubica como beneficiario del régimen de transición, situación que lo llevó a solicitar al Instituto de Seguros Sociales la pensión de vejez, por considerar reunidos los presupuestos para ello, esto es 60 años de edad y 500 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de esa edad. Indica que la llamada a juicio negó la prestación mediante Resolución No 01769 de 2008 argumentando que las 617 semanas cotizadas al sistema no le son suficientes para acceder a la prestación deprecada en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

2. CONTESTACIÓN

La entidad, al dar respuesta a la acción -fls.35 y s.s.-, aceptó los hechos referentes a la fecha de nacimiento del actor, la actuación administrativa desplegada con ocasión a la solicitud pensional y el número de semanas cotizadas al sistema; los demás hechos indicó que no eran ciertos, por cuanto considera necesario, para acceder al derecho, haber estado afiliado antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1994. Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones de mérito: "Inexistencia de la obligación demandada", "Improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios" y "Prescripción".

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Clausurado el período probatorio, se convocó a la audiencia de juzgamiento, llevándola a cabo el trece (13) de mayo del año dos mil once (fl. 62 y s.s.), en ésta el *a-quo* absolvió al Instituto de Seguros Sociales de las pretensiones del actor al advertir la imposibilidad de aplicar el régimen de transición al caso concreto por no encontrarse aquel afiliado a un régimen pensional antes del 1º de abril de 1994.

4. RECURSO DE APELACIÓN

Oportunamente la parte demandante recurrió la decisión haciendo uso de los mismos argumentos expuestos en la demanda inicial, sostienendo que no es un requisito dispuesto en el ordenamiento jurídico el encontrarse afiliado al sistema al momento de entrada en vigencia de la Ley de Seguridad Social, pues para beneficiarse del régimen de transición basta contar con 40 años o más de edad, en el caso de los hombres, antes del 1º de abril de 1994, ó acreditar 15 años de servicio en dicha calenda. Finalmente se apoya en jurisprudencia que considera se aplica al caso concreto.

5. INTERVENCIÓN DEL PROCURADOR DELEGADO PARA LOS ASUNTOS DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL.

Luego de hacer un recuento normativo y jurisprudencial que lo legitima para intervenir en los asuntos en los procesos laborales, el representante el Ministerio Público, coincide con la *a quo* en considerar que al no acreditar el señor Gallego Urrea haber estado afiliado al sistema pensional antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, no tiene derecho a acceder a la pensión solicitada.

CONSIDERACIONES

1- PRESUPUESTOS PROCESALES

En vista de que no se observa nulidad que afecte la actuación y satisfechos, como se encuentran, los presupuestos procesales de demanda en forma, capacidad procesal y competencia para resolver la instancia la Sala se plantea el siguiente:

2- PROBLEMA JURÍDICO

¿Pueden los beneficiarios de la transición prevista en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, pedir el reconocimiento de la pensión de vejez con base en un régimen anterior al cual nunca estuvieron afiliados?

3- EL REGIMEN DE TRANSICIÓN Y SUS BENEFICIARIOS

a- CAMBIO DE PRECEDENTE

Las anteriores Salas de decisión de este Tribunal, de las que han sido miembros los magistrados, ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN, FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES, ALBERTO RESTREPO ALZATE y HUMBERTO ALBARELLO BAHAMÓN, venían considerando que personas que se afiliaran por primera vez al sistema de Seguridad Social, bajo la vigencia de la ley 100 de 1.993, sin nunca haber hecho aportes en el régimen del Seguro Social, podían obtener su pensión de vejez, acreditando aportes por 500 semanas (algo menos de diez años) por el simple hecho de contar por lo menos con 35 ó 40 años de edad al 1º de abril de 1994, en virtud de la figura del régimen de transición prevista en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y en aplicación del acuerdo 049 de 1990.

La nueva conformación de la Sala ha conllevado a recoger el criterio anterior para en su lugar sentar la posición que a continuación se plasma.

b- RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

En orden a que nuevas disposiciones no vulneren expectativas de derecho avanzadas, que si bien aún no pueden considerarse como verdaderos derechos adquiridos, si merecen el mantenimiento de las condiciones previas que permitan su concreción, el artículo 36 de la ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición, en virtud del cual, las personas que se encuentren en las especiales condiciones allí previstas, puedan adquirir su derecho pensional en la cuantía y según los requisitos previstos en la legislación anterior.

Son acreedores del beneficio del que se viene hablando quienes hubiesen cumplido 40 o 35 años al momento de entrar a regir la ley 100 de 1993,

según se trate de hombres o mujeres, o quienes acrediten más de 15 años de servicios cotizados.

Pero si bien, aparentemente basta con encontrarse en una de las dos hipótesis precitadas, esto es, tener la edad referida o el tiempo de servicios señalado, la verdad es que por definición existe un requisito tácito, que de no cumplirse hace imposible beneficiarse del régimen de transición, el cual consiste en haber pertenecido en algún momento anterior a la vigencia de la ley 100 de 1993 al régimen o sistema del que se pretenden derivar las condiciones de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión con las que se reclama el derecho.

La precisada condición no difiere de las consideraciones que llevaron al Consejo de Estado a la anulación del inciso 2º del artículo 3º del decreto 1160 de 1994, pues lo que adujo la Corporación fue que esta norma exigía estar cotizando a 30 de marzo de 1994 mientras que la ley 100 de 1993 no lo hace. Así se dice al respecto en la sentencia proferida en el expediente 12031 del Consejo de Estado:

> *"En otros términos, el acto acusado exige unos requisitos que la ley no pide que se cumplan, desbordando así la facultad de reglamentación.*
>
> *Simplemente la ley dio vocación de hacerse beneficiarios del régimen de transición pensional, a quienes al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1.993, tuvieran 35 años o mas de edad si son mujeres, o 40 años o mas de edad, si son hombres, o bajo la otra alternativa, esto es, la de tener 15 o mas años de servicios cotizados,* ***pero sin que dichas cotizaciones se hicieran a una caja u organismo específico como lo requiere el reglamento****. Estas personas en relación con la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios, o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez será la establecida en el régimen anterior, pero se repite,* ***sin tener en cuenta si laboraban o no a 31 de marzo de 1.994, y menos aun bajo la condición de que si no laboraban en esa fecha, tenían que tener cotización al Instituto de los Seguros Sociales****."* (Negrillas fuera del original).

En otras palabras, evidenció el Consejo de Estado que la ley 100 de 1993 no previó la existencia única del régimen de transición del ISS, sino que

estableció además la posibilidad de que personas que pertenecieron a otras Cajas o sistemas pensionales, tuviesen su propia transición, como es el caso por ejemplo de los empleados públicos. Precisando adicionalmente que, también era perfectamente posible que cualquiera de estos sujetos, al momento de entrar a regir la ley 100 de 1993, no tuviere una vinculación vigente, evento en el cual, no era dable exigir, para beneficiarse de la transición, que su régimen anterior fuera el del ISS, porque tal exigencia partía de la base de desconocer la existencia de las otras Cajas existentes para la época.

Así las cosas, la decisión del Consejo de Estado, al anular el inciso 2º del artículo 3º del decreto 1160 de 1994, en ningún momento significó que no se exigiera, a quien pretendía beneficiarse del régimen de transición, el haber pertenecido a un sistema o régimen anterior, sino que no era posible exigirle que el mismo fuera exclusivamente el del ISS, independientemente de que para el 30 de marzo de 1994 se encontrara o no vinculado a él.

En realidad, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene la posición que aquí se ha explicado, según se puede ver en el siguiente aparte de la sentencia proferida en el proceso radicado con el número 41271 cuya sentencia, con ponencia del doctor Camilo Tarquino Gallego, fue proferida el 14 de junio de 2011:

> "Definido lo anterior, surge evidente que el Tribunal no se equivocó al negar a la demandante la aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que antes del 1º de abril de 1994, no se encontraba cubierta por ningún régimen de pensiones, por lo cual, se presenta total indeterminación en cuanto al régimen anterior a que se refiere el inciso 2º del precepto legal recién mencionado, eventualmente más favorable en términos de edad, monto, y tiempo de servicios ó semanas cotizadas.
>
> En ese orden, la situación de la actora quedó gobernada por las previsiones de la Ley 797 de 2003 (art. 9º), que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y, en consecuencia, como su servicio se prolongó solamente durante 526.85714 semanas, no hay lugar a la concesión de la pensión de vejez, en tanto, además de los 55 años de edad, debía acreditar 1050 semanas de aportes.
>
> Si bien, el Consejo de Estado declaró la nulidad de la exigencia contenida en el artículo 1º del Decreto Reglamentario 813 de 1994, de que para quedar cubierto por el régimen de transición se requería estar

> inmerso en una vinculación contractual o reglamentaria a la fecha de entrada en vigencia del sistema de seguridad social integral, la Sala considera que en el caso bajo examen, no se trata solamente de la ausencia de un nexo laboral vigente a la fecha mencionada, sino de la carencia absoluta de afiliación a un régimen pensional antes de esa data.
>
> Por ello, a juicio de la Corte, es necesario que, quien aspira a beneficiarse de la transición mencionada, perteneciera a un esquema pensional para el 1º de abril de 1994, entre otras cosas, porque de no estarlo, resultaría imposible determinar cuál es el régimen precedente que lo beneficiaría, y además porque, si la teleología de la norma es que los trabajadores antiguos no vean frustrada su expectativa de pronto acceso a la pensión, nada se truncaría en casos como el presente, en el que no había expectativa próxima a concretarse, por no formar parte de ningún sistema pensional."

4- **EL CASO CONCRETO**

El señor JAVIER DE JESUS GALLEGO URREA, según la historia laboral aportada al plenario por el ISS, se afilió a dicha entidad el 1º de octubre de 1995 (fl. 51). De otro lado, cuenta con 617 semanas de cotización (fls 13), sin que exista discusión sobre su edad actual que supera los 60 años. Las pruebas allegadas coinciden con las afirmaciones hechas en la demanda en ese sentido.

Al no haber pertenecido a un régimen anterior al sistema general de pensiones de la ley 100 de 1993 y frente a la inexistencia de expectativas de derecho que proteger en su caso, no es posible acceder a sus pretensiones, pues no reúne requisitos para obtener la pensión de vejez en el régimen de la ley 100 de 1993 con las modificaciones que le introdujo la ley 797 de 2003 que es la norma que regula su situación.

De lo brevemente dicho resulta que la sentencia recurrida habrá de confirmarse.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de la demandada en **un ciento por ciento (100%)**. Como agencias en derecho se fija la suma de $566.700, atendiendo las directrices trazadas por el Artículo

6°, numeral 2.1.2. del Acuerdo 1887 de 2003, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia que por apelación ha conocido.

SEGUNDO.- Costas en esta Sede, a cargo de la parte actora y a favor de la demandada en un cien por ciento (100%). Como agencias en derecho se fija la suma de **QUINIENTOS SESENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS PESOS MCTE** ($566.700.oo)

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia se levanta y firma esta acta.

Los Magistrados,

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

HUMBERTO ALBARELLO BAHAMÓN

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

MÓNICA ANDREA JARAMILLO ZULUAGA

Secretaria