ORALIDAD

Providencia:	*Sentencia de Segunda Instancia, jueves 12 de noviembre de 2015.*
Radicación No:	*66001-31-05-001-2013-00756-01*
Proceso:	*Ordinario Laboral.*
Demandante:	*Antonio José Henao Henao*
Demandado:	*Colpensiones*
Juzgado de origen:	*Primero Laboral del Circuito de Pereira*
Magistrado Ponente:	*Francisco Javier Tamayo Tabares.*
Tema a tratar:	***Pensión de jubilación por aportes:*** *La interpretación que se le venía dando a esa figura pensional, era que solamente era posible la acumulación de periodos cotizados en el ISS con lapsos efectivamente aportados en una caja del sector público, lo que implicaba que el tiempo servido en organismos de naturaleza pública que no pagaran aportes o que asumieran ellos mismos los deberes pensionales, no podría ser acumulado para efectos de esta prestación pensional. Pero tal posición fue modificada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la declaratoria de nulidad del referido canon por parte del Consejo de Estado, quien indicó en recientes pronunciamientos que tales lapsos –los servidos en entidades que no pagaban aportes o que reconocían ellos mismos las prestaciones pensionales- sí son acumulables.*

AUDIENCIA PÚBLICA:

Pereira, hoy doce (12) de noviembre de dos mil quince (2015), siendo las 10:30 minutos de la mañana (10:30 a.m.) reunidos en la Sala de Audiencia los magistrados de la Sala Laboral del Tribunal de Pereira, presidido por el ponente, declaran abierto el acto, el cual tiene por objeto decidir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida el 31 de octubre de 2014 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***Antonio José Henao Henao*** contra ***Colpensiones***.

IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:

TRASLADO EN ORDEN Y ADVERTENCIAS: .Se les concede el uso de la palabra a los apoderados de las partes, empezando por la de la demandante, para

si a bien lo tienen, presenten sus alegatos, disponiendo cada uno de un término máximo de 8 minutos.

Escuchadas las intervenciones anteriores, si las hubo, serán tenidas en cuenta en la decisión que:

A continuación se profiere

SENTENCIA

El demandante solicita que se declare como beneficiario del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que se diga que tiene derecho a que se le aplique la Ley 71 de 1988 y se le reconozca la pensión de jubilación por aportes, a razón de 14 mesadas anuales. Así mismo pretende que se dé aplicación al retiro tácito del sistema pensional desde el 1º de marzo de 2012 y, en consecuencia, se le liquide su pensión con el IBL de los diez últimos años de cotización y una tasa de reemplazo del 75%, incluyéndose en nómina tal prestación.

Consecuente con las pretensiones declarativas antes dichas, pide que se condene a la sociedad demandada a pagar la pensión de jubilación por aportes desde el 1º de marzo de 2012, con sus respectivas mesadas adicionales e incrementos legales, se impongan los intereses moratorios de que trata el canon 141 de la Ley 100 de 1993 o en subsidio se indexen las condenas y, finalmente, pide la imposición de costas.

Como hechos jurídicamente relevantes señala que el demandante nació el 10 de septiembre de 1944, cumpliendo los 60 años de edad en esa misma fecha del año 2004; que efectúo aportes al sector público y privado por un total de

1.022,58 semanas; que es beneficiario del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puesto que al 1º de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad y dicho régimen se le mantiene por cuanto contaba con más de 750 semanas al momento de expedición del Acto Legislativo 01 de 2005. Indica que Colpensiones le negó la pensión reclamada y que efectuó el retiro tácito del sistema pensional el 29 de febrero de 2012.

En la respuesta allegada por la entidad demandada, aceptó la edad del demandante, aunque precisó que la fecha de nacimiento fue el 17 de septiembre de 1944 y no el 10 de los mismos mes y año; aceptó de igual manera la reclamación de la pensión y la negativa de la entidad a reconocer la prestación y frente a los demás hechos dijo que no le constaban o no eran ciertos. Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones la inexistencia de la obligación demandada y prescripción.

II. SENTENCIA DEL JUZGADO

El Juzgado Primero Laboral del Circuito, en sentencia del 31 de octubre de 2014, luego de declarar no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones, declaró que el actor era beneficiario de transición y que por tanto tenía derecho a la pensión de jubilación por aportes, desde el 1º de marzo de 2012, prestación que equivale a un salario mínimo legal mensual vigente, ordenando el pago del retroactivo en cuantía de $20.057.200. Igualmente accedió a la indexación de las condenas por valor de $552.086 e impuso costas a cargo de la sociedad demandada. Para el efecto indicó que el actor es beneficiario del régimen de transición al cumplir el presupuesto de la edad exigido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y tal beneficio se le extendió hasta al año 2014 al haber satisfecho la densidad de cotizaciones exigida en el Acto Legislativo 01 de 2005. Establecido esto, encontró que el régimen legal aplicable era, efectivamente, la Ley 71 de 1988, normatividad que exigía 20 años de cotizaciones en el sector público y en el ISS y

60 años de edad. Frente a este último presupuesto no encuentra reparo alguno. En cuanto al tema de las cotizaciones, recuerda que los 20 años señalados por el legislador equivalen a 1.028 semanas, lo que al principio generaría que el actor no satisfaga este requisito, pues apenas cuenta con 1.022,58 semanas, sumando cotizaciones y el tiempo servido al Ejército Nacional. Sin embargo, encontró la Jueza que la historia laboral visible a folios 94 y ss. del expediente contenía unos yerros, consistentes en que Colpensiones dejó de tener en cuenta el período del 01/09/1976 al 20/10/1976 y tuvo en cuenta parcialmente el ciclo de junio de 1995 y enero de 2012. Sumando todos estos ciclos, encontró la Jueza que el actor sumó 1.041 semanas y, por tanto, supera con creces la densidad de cotizaciones exigida. Procedió a efectuar las liquidaciones respectivas, partiendo de que la pensión debía cancelarse desde el 1º de marzo de 2012 por ser el día siguiente a la última cotización, y por lo tanto, ordenó el pago del reintegró desde esa fecha.

III. CONSULTA.

Es admisible la consulta de la sentencia de primer grado, atendiendo los parámetros indicados en el artículo 69 del Estatuto Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, amén que la misma resulta desfavorable a una entidad pública, como lo es la Administradora Colombiana de Pensiones, en la que la Nación obra como garante.

IV. CONSIDERACIONES

1. Del problema jurídico:

¿Es el actor beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993?

En caso positivo ¿Tiene derecho el actor a la pensión de jubilación por aportes y desde qué fecha debe empezar a devengar la misma?

2. Desenvolvimiento de la problemática planteada.

2.1 Régimen de transición.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció el denominado régimen de transición, en virtud del cual se buscó resguardar unas expectativas legítimas a varios grupos de personas que se encontraban cerca -por edad o por tiempo- de acceder a la gracia pensional. Esta norma, mantuvo la vigencia de los regímenes anteriores a la Ley 100, en lo que tiene que ver con edad para pensionarse, número de semanas o tiempo de servicios y monto de la pensión, siempre que la persona, al momento de entrada en vigencia de la referida normatividad, tuviera 40 años de edad, en el caso de los hombres, 35 años en el caso de las mujeres o un tiempo de servicios de 15 años o su equivalente en semanas.

Superado alguno de los presupuestos legales para mantener los beneficios de la norma anterior, es del caso establecer qué norma, de las varias que existían, era aplicable al afiliado a la seguridad social. Existía un régimen que aplicaba únicamente a los empleados públicos –Ley 33 de 1985-, otro que se aplicaba únicamente a los afiliados al ISS –Acuerdo 049 de 1990- y existía uno que permitía sumar las cotizaciones efectuadas al régimen administrado por el ISS con el tiempo cotizado a una caja del sector público –art. 7 Ley 71 de 1988-.

Este último régimen, que es del cual se persigue aplicación en el caso que ocupa la atención de la Judicatura, estableció la denominada pensión de jubilación por aportes y se convirtió en la primera norma en permitir la sumatoria de tiempos públicos y privados para alcanzar la gracia pensional.

En el caso puntual, se tiene que el señor Henao Henao nació el 17 de septiembre de 1944, como se extrae de su registro civil de nacimiento –fl. 50-, lo que implica que para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contará con 49 años de edad, lo que lo ubica en el grupo de personas amparadas por el régimen transicional contenido en el canon 36 de la Ley 100 de 1993. Y mantuvo tal beneficio hasta el año 2014, amén que superó los requisitos exigidos por el acto modificatorio de la Constitución, esto es, el contar con 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios, para el momento de entrada en vigencia del mismo -25 de julio de 2005- dado que alcanzó más de 770 semanas cotizadas y tiempo servido a órdenes del Ejercito Nacional.

Por lo tanto, la respuesta al primer interrogante es que el actor sí es beneficiario del régimen de transición, tal como lo dilucido la Jueza A-quo.

2.2. Pensión de jubilación por aportes y fecha de disfrute de la misma.

El régimen del cual se pide aplicación en este caso, es el contenido en la Ley 71 de 1988, que consagró en su artículo 7º la denominada pensión de jubilación por aportes, institución novedosa para ese momento, porque fue la primera en permitir sumar tiempo cotizado en el ISS y aportado a una caja o fondo del sector público.

Sin embargo, hasta hace poco, apoyados en el artículo 5º del Decreto 2709 de 1994, la interpretación que se le venía dando a esa figura pensional, era que solamente era posible la acumulación de periodos cotizados en el ISS con lapsos efectivamente aportados en una caja del sector público, lo que implicaba que el tiempo servido en organismos de naturaleza pública que no pagaran aportes o que asumieran ellos mismos los deberes pensionales, no podría ser acumulado

para efectos de esta prestación pensional. Pero tal posición fue modificada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la declaratoria de nulidad del referido canon por parte del Consejo de Estado, quien indicó en recientes pronunciamientos que tales lapsos –los servidos en entidades que no pagaban aportes o que reconocían ellos mismos las prestaciones pensionales- sí son acumulables. Vale la pena, para hacer mayor claridad sobre el tema, citar uno de tales pronunciamientos del órgano de cierre:

"Este recuento le permite a la Sala dilucidar que el régimen de jubilación por aportes, no desconoció, ni antes ni después de la Constitución Política de 1991, que el derecho fundamental e irrenunciable a la pensión no puede verse truncado por la circunstancia de que la entidad empleadora no hubiese efectuado aportes a una caja de previsión social, máxime si se tiene en cuenta que otrora, la afiliación a la seguridad social para los servidores públicos no era obligatoria sino facultativa, de modo que la ausencia de cotización no puede imputársele a ellos, y menos, puede afectar sus derechos pensionales que en todo caso se encontraban amparados por las disposiciones —Decreto Reglamentario 1848 de 1969— que garantizaban el reconocimiento pensional a cargo de la entidad de previsión a la cual estuvieran afiliados o, en su defecto, a cargo directo de la entidad o empresa oficial empleadora por el mero tiempo de servicios.

En el mismo sentido, el derecho irrenunciable a la pensión, tampoco puede verse limitado por disposiciones reglamentarias con alcances restrictivos como la que contenía el artículo 5º del Decreto 2709 de 1994, según la cual:

> *ART. 5º—Tiempo de servicios no computables. No se computará como tiempo para adquirir el derecho a la pensión de jubilación por aportes, el laborado en empresas privadas no afiliadas al Instituto de Seguros Sociales para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, ni el laborado en entidades oficiales de todos los órdenes cuyos empleados no aporten al sistema de seguridad social que los protege.*

Es decir, conforme a la citada norma solo podían computarse a efectos de obtener la pensión de jubilación por aportes, el tiempo cotizado al Instituto de Seguros Sociales y el cotizado a las cajas de previsión del sector público, sin que pudiera sumarse el tiempo servido a entidades privadas que no cotizaron en el ISS, ni el tiempo laborado en entidades oficiales en las cuales no se efectuaron aportes a entidades de seguridad social.

No obstante, tal disposición fue declarada nula por el Consejo de Estado, corporación que al revisar el tema en sentencia de la Sección Segunda del 28 de febrero de 2013, expediente 11001-03-25-000-2008-00133- 00 (2793-08), estimó que el Presidente de la República excedió las facultades reglamentarias que le otorga en numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

(…)

En adición a lo expuesto, no debe perderse de vista que si bien la Ley 100 de 1993 previó un régimen de transición a fin de respetar las expectativas legítimas de quienes se encontraban próximos a pensionarse conforme al régimen anterior, dicha transición debe aplicarse en el marco del nuevo contexto constitucional y legislativo imperante, y en observancia del principio de equidad que debe regir en y entre los regímenes pensionales existentes, lo cual supone que esos tiempos servidos —no cotizados— no puedan ser despreciados o desechados para efectos del cómputo de la denominada pensión de jubilación por aportes.

En este orden de ideas, conforme a los postulados constitucionales y legales atrás referidos, y frente a la citada decisión del Consejo de Estado a través de la cual se declaró la nulidad del artículo 5º del Decreto 2709 de 13 de diciembre de 1994, reglamentario del artículo 7º de la Ley 71 de 1988, la Corte estima necesario rectificar su actual criterio y, en su lugar, adoctrinar que para efectos de la pensión de jubilación por aportes que deba aplicarse en virtud del régimen de transición pensional establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se debe tener en cuenta el tiempo laborado en entidades oficiales, sin importar si fue o no objeto de aportes a entidades de previsión o de seguridad social"[1]*.*

Conforme a la línea actual de la jurisprudencia del órgano de cierre, es viable pues la sumatoria de tiempos cotizados en el ISS con aquellos aportados en cajas del sector público o el laborado en un organismo estatal que no hiciera tales aportes, posición que es plenamente compartida por este Tribunal.

Los presupuestos que exige esta norma, valga mencionarlos, para acceder a la pensión de jubilación por aportes, es que el hombre cuente con 60 años de edad y tenga 20 años de aportes o cotizaciones o tiempo de servicios, según acaba de verse.

En el caso sub-examine, se tiene que la historia laboral visible a folio 94 del expediente, enseña que el actor cotizó al régimen administrado por Colpensiones un total de 925,30 semanas, aunque tal como lo dijo la Jueza de primer grado, la sumatoria efectuada deja por fuera de manera injustificada unos períodos, los cuales deberán incluirse. Puntualmente, los periodos que equivocadamente se excluyen de la historia laboral son el ciclo correspondiente al mes de junio de 1995,

[1] Sentencia del 26 de marzo de 2014. Exp. 43904. M.P.

el cual se tiene en cuenta 3.57 y no 4.29 como corresponde y el de enero de 2012, del cual se dijo que equivalía a 4 semanas, cuando en verdad equivale a 4.29.

Sin embargo, frente al ciclo correspondiente al 01/09/1976 al 20/10/1976, ha de decirse que la no inclusión por parte de Colpensiones es correcta, por cuanto se trata de un ciclo comprendido en uno anterior, es decir, se trataría de un tiempo cotizado doblemente que en manera alguna puede tenerse en cuenta. Así se desprende del detalle contenido en el folio 95 del expediente. Así las cosas el actor cuenta con un total de 926,30 semanas cotizadas al Régimen de Prima Media.

A estas cotizaciones deben adicionarse las laboradas como soldado en el Ejército Nacional entre el 01 de septiembre de 1962 al 21 de julio de 1964 –fl.59-, esto es 681 días que equivalen a 97,2857 semanas, lo que implica que el actor cuenta con un total de 1.023,5857 semanas. Esta cifra, en principio sería insuficiente para generar el derecho pensional perseguido pero, ha de tenerse en cuenta que esta Sala, en su posición mayoritaria, ha estimado que la exigencia de 20 años contenida en esta y otras normatividades, debe entenderse equivalente a 1.000 semanas, ello con el fin de no generar que el beneficio transicional conlleve cargas mayores a las asumidas por el otro segmento de la población cotizante, a quienes solo se les exige las citadas 1.000 semanas.

Por lo tanto, atendiendo esa interpretación de la norma, el actor sí ha cumplido con la densidad de cotizaciones exigida en la Ley 71 de 1988 –art. 7º-. Frente al tema de la edad, ha de decirse que no resiste mayor análisis, dado que al haber nacido el actor el 17 de septiembre de 1944, como se precisó al resolver el primer cuestionamiento jurídico planteado, es más que claro que llegó a los 60 años en esa misma fecha del año 2004.

Así las cosas, tal como lo encontró la Jueza de primer grado, el actor cumple a cabalidad con los presupuestos indispensables para acceder a la pensión de jubilación por aportes, aunque con la aclaración hecha en esta providencia.

Frente al tema de la fecha de retiro del sistema pensional como presupuesto indispensable para iniciar el disfrute del derecho, ha de decirse que el retiro necesariamente debe provenir de un acto de manifestación de la voluntad del afiliado al sistema pensional, tal como lo decantó recientemente el órgano de cierre de la Jurisdicción Laboral -Sentencia SL 682 del 2013 radicación 44362-, manifestación de voluntad que debe ser, o bien la indicación expresa de cesar en las cotizaciones, a través de la novedad de retiro, ora la elevación de la reclamación administrativa a la entidad, solicitando el reconocimiento de la prestación.

Ahora, cuando a pesar de haberse solicitado la pensión, el afiliado continua cotizando, pues ha de echarse mano del contenido del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, el cual indica que se deberá tener en cuenta hasta la última semana cotizada para efectos del disfrute de la pensión, lo anterior implica, necesariamente, que el retiro opera desde el último aporte.

Pues bien, en el caso puntual se tiene que de conformidad con la historia laboral allegada al infolio –fl. 94-, el último aporte que efectuó el demandante lo fue el del ciclo de febrero de 2012, sin que hubiere mediado comunicación de la novedad de retiro, pero como con anterioridad se había elevado la reclamación, esta surte el efecto del retiro y, por tanto, razón le asiste a la juzgadora de instancia al establecerla como hito inicial del reconocimiento pensional del actor.

Así las cosas, se observa que la sentencia consultada es acertada y habrá de confirmarse, con la aclaración efectuada en las presentes consideraciones, en lo tocante a la densidad de las cotizaciones.

Sin costas en estas instancia.

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

FALLA

1. Confirmar la sentencia proferida el treinta y uno (31) de octubre de 2014 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por **Antonio José Henao Henao** contra **Colpensiones**, con las aclaraciones contenidas en esta providencia**.**

2. Sin costas

NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.
La anterior decisión queda notificada en **estrados.**

Los Magistrados,

FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

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

Edna Patricia Duque Isaza
Secretaria