El siguiente es el documento presentado por el Magistrado 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 el audio que reposa en la Secretaría de esta Sala.

*ORALIDAD*

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 2 de febrero de 2017

**Proceso**: Ordinario Laboral – Confirma sentencia que negó las pretensiones

**Radicación No**:66001-31-05-003-2015-00422-01

**Demandante**: José Vicente Valencia López

**Demandado:** Colpensiones

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

**Magistrado Ponente:** Francisco Javier Tamayo Tabares

.

**Tema a tratar: PETICIÓN ANTES DE TIEMPO DE PENSIÓN DE VEJEZ “***[N]adie debe ser llamado a juicio para responder por una obligación que no es exigible y respecto de la cual podría, incluso, hacer un reconocimiento voluntario, sin el apremio del juicio y sin someterse al pago de unas costas judiciales que bajo circunstancia alguna tenía que haber asumido. No es cierto que con el surgimiento  de  la  exigibilidad  de la obligación durante el juicio se presente una modificación del derecho que el juez, en desarrollo de la facultad que le da el artículo 305 del CPC, deba declarar de oficio. La razón está en que en la petición antes de tiempo falta un presupuesto de la pretensión, que se traduce en que se ha ejercitado el derecho de acción sin que exista un bien que merezca la necesaria tutela jurídica, o sea que el accionante reclama por la vía judicial cuando no existe hecho alguno que le cause un perjuicio actual. Cuando se da el reconocimiento judicial de una pensión que no se ha causado, el juez que así lo hace actúa en contra de un derecho básico a no ser demandado que tiene todo deudor que no ha incumplido, puesto que si no media el incumplimiento, tampoco ha causado un daño jurídicamente tutelable. Por simple posición de principio ese deudor no debe responder en juicio. Además, es equivocado sostener que si el juez puede decidir extra o ultra petita, con mayor razón puede fallar sobre una pensión pedida antes de tiempo, puesto que esa facultad,  que es exclusiva del juez de única o de primera instancia, no puede ser ejercida sobre derechos en los cuales falta un presupuesto de la pretensión, como lo es la oportunidad del reclamo judicial”.* Sentencia del 8 de marzo de 2003 rad. N° 19215 Sala de Casación Laboral.”.

AUDIENCIA PÚBLICA:

En Pereira, a los dos (02) días del mes de febrero de dos mil diecisiete (2017), siendo las nueve y cuarenta y cinco de la mañana (09:45 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia los suscritos magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 18 de febrero de 2016 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por *José Vicente Valencia López* contra la *Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.*

IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:

1. INTRODUCCIÓN

Pretende el demandante que se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar la pensión de vejez, a partir del 16 de noviembre de 2014, en cuantía igual a 6 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Como fundamento de pretensiones, indicó que nació el 16 de noviembre de 1954; que realiza cotizaciones al sistema pensional desde el desde el 3 de julio de 1972; que al 1° de abril de 1994 tenía más de 22 años de servicios cotizados al sistema; que tiene un total de 1.378.57 semanas de aportes, de las cuales 707.09 lo fueron dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de los 60 años y, que mediante Resolución GNR 218948 de 2015, la entidad convocada a juicio, le negó el derecho a la pensión de vejez, quedando agotada la vía gubernativa.

En respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso a las pretensiones, alegando que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, por cuanto, no acreditó tener más de 40 años de edad al 1° de abril de 1994, ni 15 años o más de servicios cotizados. En su defensa, propuso como excepciones de fondo “Imposibilidad de aplicar el régimen de transición al no reunir los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100/93”, “Inexistencia de la obligación”, y “Prescripción”.

1. *SENTENCIA DEL JUZGADO*

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, mediante fallo del 18 de febrero de 2016, negó la totalidad de las pretensiones y declaró probadas las excepciones de Imposibilidad de aplicar el régimen de transición al no reunir los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100/93, e inexistencia de la obligación demandada.

Para arribar a tal conclusión indicó que el demandante no es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, por cuanto al 1º de abril de 1994, únicamente tenía 39 años de edad y 685.88 semanas cotizadas al sistema. Indica que si bien la situación pensional del actor está regulada en su integridad por la Ley 797 de 2003, no es posible el reconocimiento de la pensión de vejez con base en dicha normativa, por cuanto el actor aún no ha arribado a los 62 años de edad, pese a satisfacer la densidad de semanas exigidas.

1. *RECURSO DE APELACIÓN*

El demandante a través de su vocera judicial se alzó contra la decisión anterior, indicando de manera textual que “15 años de servicio no pueden equipararse a 750 semanas cotizadas, puesto que la norma hace diferenciación entre una y otra con la palabra disyuntiva “o””. Sostiene además que el actor tiene 21 años cumplidos desde 1972 a 1994.

Del problema jurídico.

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

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

 ¿Le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez que reclama?

*Alegatos en esta instancia*:

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, de respuesta al problema jurídico planteado, con el propósito de desatar el recurso, se corre traslado por el término de 8 minutos, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia, empezando por la parte demandante (art. 66 A CPLSS.). Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis reflejan los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir de fondo, previa las siguientes:

III. CONSIDERACIONES:

 *Desenvolvimiento de la problemática planteada*

No obstante la desafortunada sustentación del recurso de alzada, la Sala entiende que la inconformidad que plantea el recurrente gira en torno a que el demandante cumple una de las condiciones disyuntivas que fueron propuestas por el legislador para acceder al régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100/93, y que no encontró probada la a-quo.

Al respecto, es preciso indicar que el artículo 36 de la Ley 100/96 estableció dos formas de acceder al régimen de transición, por edad o por tiempo de servicios. Esas condiciones fueron disyuntivas: la una o la otra permitiría el amparo del régimen.

Es así como la citada disposición previó que quienes a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones tuvieran 40 ó más años de edad en el caso de los hombres; o 15 ó más años de servicios cotizados, podrían alcanzar la pensión de vejez o de jubilación con los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto, del régimen que se les venía aplicando con anterioridad a esa fecha.

En el caso puntual del demandante, ninguno de esos requisitos se encuentra satisfecho, habida cuenta que al 1º de abril de 1994, apenas tenía 39 años de edad y 671.71 semanas de aportes, que equivalen a menos de 15 años de servicios laborados o cotizados exigidos en la norma ya referida. (Ver fls.9 y 89, constantes en el documento de identidad del actor y, el reporte de semanas cotizadas en pensión allegada por la entidad).

En este punto, es preciso anotar que si bien en el recurso de apelación se alegó que el demandante tenía 21 años de servicios cubiertos entre 1972 a 1994, lo cierto es que el tiempo efectivamente cotizado o laborado durante dicho periodo, sólo asciende a 13.06 años de servicios o su equivalente a 671.71 semanas, puesto que no es correcto contabilizar todo el periodo de corrido sino únicamente el efectivamente cotizado o laborado.

En ese orden, no queda duda que acertó la sentenciadora de primer grado al declarar que el demandante no es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y que en razón de ello, su situación pensional está gobernada por las normas vigentes.

Lo anterior, indica que para que pueda serle reconocida la pensión de vejez, debe ceñirse a lo dispuesto por el artículo 33 de la Ley 100/93, modificado por el artículo 9º de la Ley 797/2003, que dispone:

“*Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afilado deberá reunir las siguientes condiciones: 1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad sí es mujer o sesenta (60) años sí es hombre. A partir del 10 de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1 enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015”*

En lo que en estricto rigor interesa al asunto bajo examen, de la disposición en precedencia se colige que para acceder a la pensión de vejez solicitada por el actor, este debió cumplir dos requisitos: (i) tener 62 años de edad y, (ii) haber cotizado 1.300 semanas para el año 2015.

No existe discusión en torno a que el actor acreditó un total de 1.382.86 semanas cotizadas al 30 de noviembre de 2014- fecha de su última cotización-, tal cual se infiere del reporte de semanas cotizadas en pensiones allegado por la entidad, obrante a folio 67. De modo que, satisface a plenitud el número de semanas exigidas.

En cuanto al requisito de la edad, se reunió el 16 de noviembre de 2016, lo que conduce a concluir que en dicha data estructuró o consolidó el derecho a la pensión de vejez, estando el proceso en segunda instancia, y a la luz de lo establecido en el artículo 33 de la Ley 100/93, modificado por el artículo 9º de la Ley 797/03.

De tal suerte que la denegativa de las pretensiones no se afinca en que en la demanda no se hubiera invocado la gracia pensional bajo la égida de la Ley 100/93 con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, por cuanto, el juez no se encuentra limitado por las disposiciones judiciales que invoquen las partes, pues él es el servidor de la ley y su fiel interprete, sino que tal denegativa se debe a una petición antes de que el actor cumpliera su último requisito, esto es, la edad.

De ahí que no resulte viable el reclamo de la pensión de vejez por vía judicial, antes de su consolidación, pues nadie puede ser convocado a juicio por una obligación que no es exigible, y aun si el derecho se estructura en el curso del mismo, no le es dable al juez declararlo, en razón a que existe la garantía establecida a favor del deudor de no ser demandado si no ha incumplido la obligación que se le reclama.  Así lo estableció el órgano de cierre de esta especialidad, cuando en sentencia del 18 de marzo de 2003, radicación No. 19215, puntualizó:

 *“Si, como lo admitió el propio Tribunal, el demandante para la fecha de la presentación de la demanda, no tenía la edad suficiente para acceder a la pensión plena de jubilación, no le estaba dado reconocerla en juicio.* *Dijo el Tribunal que a pesar de no ser exigible el derecho pensional, era posible  reconocerlo judicialmente, por una razón de economía procesal. Sin embargo, en eso hay un error conceptual, puesto que nadie debe ser llamado a juicio para responder por una obligación que no es exigible y respecto de la cual podría, incluso, hacer un reconocimiento voluntario, sin el apremio del juicio y sin someterse al pago de unas costas judiciales que bajo circunstancia alguna tenía que haber asumido.*

*No es cierto que con el surgimiento  de  la  exigibilidad  de la obligación durante el juicio se presente una modificación del derecho que el juez, en desarrollo de la facultad que le da el artículo 305 del CPC, deba declarar de oficio. La razón está en que en la petición antes de tiempo falta un presupuesto de la pretensión, que se traduce en que se ha ejercitado el derecho de acción sin que exista un bien que merezca la necesaria tutela jurídica, o sea que el accionante reclama por la vía judicial cuando no existe hecho alguno que le cause un perjuicio actual. Cuando se da el reconocimiento judicial de una pensión que no se ha causado, el juez que así lo hace actúa en contra de un derecho básico a no ser demandado que tiene todo deudor que no ha incumplido, puesto que si no media el incumplimiento, tampoco ha causado un daño jurídicamente tutelable. Por simple posición de principio ese deudor no debe responder en juicio. Además, es equivocado sostener que si el juez puede decidir extra o ultra petita, con mayor razón puede fallar sobre una pensión pedida antes de tiempo, puesto que esa facultad,  que es exclusiva del juez de única o de primera instancia, no puede ser ejercida sobre derechos en los cuales falta un presupuesto de la pretensión, como lo es la oportunidad del reclamo judicial”.*

Corolario de lo hasta aquí discurrido, se confirmará la decisión de primer grado. Y se condenará en costas a la parte recurrente.

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

*FALLA*

1. *Confirma* la sentenciaproferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.
2. Costas a cargo del recurrente.

*NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.*

La anterior decisión queda notificada *en estrados.*

FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

Magistrado

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

 Magistrada Magistrada

ALONSO GAVIRIA OCAMPO

Secretario