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 la Secretaría de la respectiva Sala.

*ORALIDAD*

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 3 de agosto de 2017.

**Radicación No**:66001-31-05-005-2015-00388-01

**Proceso**:Ordinario Laboral

**Demandante**: Héctor Hoyos López

**Demandado:** Colpensiones

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

**Magistrado Ponente:** Francisco Javier Tamayo Tabares.

Tema a tratar: Consecuencias de la falta de afiliación al ISS antes de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones: en la órbita del régimen de transición, la aplicación del régimen anterior, se encuentra condicionada a que en cualquier momento de su relación de trabajo o afiliación, este régimen anterior hubiera estado vigente, o lo que es lo mismo, que éste en algún momento hubiera regido su vinculación o afiliación al mismo, por cuanto la afiliación es la expresión de la voluntad de hacerse destinatario de las obligaciones y de obtener los beneficios que aquel ofrece. De modo entonces que, al demandante, como beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, le eran aplicables los regímenes pensionales establecidos en la Ley 33 de 1985 y 71 de 1988, más no el del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, como erradamente lo estimó la sentenciadora de primer grado, habida cuenta que su afiliación al régimen de prima media con prestación definida administrado por el antiguo ISS hoy Colpensiones, sólo se vino a presentar el 2 de agosto de 1994, por lo que mal podría solicitar que se le respete y aplique un régimen al cual nunca perteneció antes de la vigencia del Sistema General de Pensiones.

AUDIENCIA PÚBLICA:

En Pereira, a los tres (3) días del mes de agosto de dos mil diecisiete (2017), siendo las siete y treinta de la mañana (7:30 a.m..), reunidos en la Sala de Audiencia las magistradas y el suscrito magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta frente a la sentencia proferida el 22 de junio de 2016 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por *Héctor Hoyos López* contra la *Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.*

1. *INTRODUCCIÓN*

El demandante pretende que se declare que es beneficiario de la pensión de vejez a partir del 21 de noviembre de 2008, y en consecuencia, se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar la prestación pensional en cuantía mensual de un salario mínimo legal mensual vigente, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley100/93, y las costas del proceso.

Como fundamento a sus pedimentos expone que nació en el Municipio de Filandia, Quindío, el 20 de noviembre de 1948, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con más de 45 años de edad; que realizó cotizaciones al Sistema General de Pensiones en el Régimen de Prima Media administrado por el entonces ISS, desde el 29 de mayo de 1991; que el 2º de diciembre de 2011 solicitó ante el ISS el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, por considerar que cumplía con los requisitos de edad y densidad de semanas exigidas en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, sin embargo, mediante Resolución GNR 129889 de 2013 le fue negada por la entidad de seguridad social; que contra dicha decisión interpuso el recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante Resolución GNR 126842 de 2014, confirmando la anterior.

Admitida la demanda se corrió traslado a Colpensiones**,** quien dentro del término allegó respuesta a la demanda, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, por considerar que el actor perdió los beneficios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, por no acreditar el requisito establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005. En su defensa, propuso como excepciones de fondo las que denominó “Inexistencia de la obligación”, “Prescripción” e “Improcedencia de intereses de mora”.

1. *SENTENCIA*

El Juzgado de conocimiento mediante fallo del 22 de junio de 2016, accedió a parcialmente a las pretensiones de la demanda, declarando que el demandante tiene derecho a la pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, por ser beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100/93. En consecuencia, condenó a Colpensiones a reconocer y pagar la prestación pensional a partir del 1 de enero de 2012, en cuantía equivalente a 1 SMLMV y por catorce mesadas anuales, junto con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100/93.

Para el efecto, indicó que el demandante cumplió 60 años de edad el 20 de noviembre de 2008 y cotizó 694.14 fueron cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, conforme a las resoluciones expedidas por la entidad de seguridad social, sin que las exigencias contenidas en el A. L.01 de 2005, para la extensión de los beneficios del régimen de transición hasta el 2014, le sean aplicables, pues cumplió los requisitos de edad y tiempo antes del 31 de julio de 2010. Encontró que el disfrute de la prestación procedía a partir del momento en que el actor elevó la solicitud de pensión, pues pese a que continuó efectuando cotizaciones al sistema pensional hasta el mes de enero de 2014, fue la propia entidad quien lo indujo a error pese a que a ya reunía los requisitos para acceder al derecho pensional. Declaró prescritas las mesadas causadas con antelación al 24 de julio de 2012, en razón a que la demanda fue presentada por fuera del trienio que otorga la Ley, luego de presentada la solicitud de pensión.

El vocero judicial del demandante se alzó contra la decisión, presentando inconformidad con la declaratoria parcial de la excepción de prescripción. En la sustentación, indicó que al haberse solicitado el reconocimiento de la pensión el 2 de diciembre de 2011, no transcurrió el término trienal para la extinción de la primera mesada pensional del año 2008, cuando se causó el derecho pensional, de modo que al haberse resuelto en forma definitiva la reclamación administrativa el 14 de abril de 2014, cuando se desató el recurso de reposición presentado contra el acto administrativo que negó el derecho, y habiéndose presentado la demanda dentro del año siguiente, no hay lugar a declarar la prosperidad de dicho medio exceptivo. Solicitó además el reconocimiento de los intereses de mora desde el primer día de reconocimiento de la gracia pensional.

Respecto del citado proveído se dispuso el grado jurisdiccional de consulta ante esta Sala y surtido como se encuentra el trámite procesal de la instancia, se procede a desatarlo.

Visto el recuento anterior, la Sala formula los siguientes problemas jurídicos:

 *¿El demandante es beneficiario del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100/93?*

 *¿Tiene derecho a obtener la pensión de vejez que reclama? En caso positivo,*

*A partir de qué fecha debe otorgarse el reconocimiento de la prestación pensional?*

*¿Hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción propuesta por la entidad?*

*¿Procede la condena al pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100/93?*

*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 la instancia, se corre traslado por el término de 8 minutos para alegar, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia, empezando por el recurrente. Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis reflejan los mismos puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir de fondo, previa las siguientes:

1. *CONSIDERACIONES*

Con el advenimiento de la Ley 100 de 1993 y con miras a proteger expectativas legítimas, el legislador estableció un régimen de transición, en virtud del cual, se mantenían vigentes para ciertos grupos, los presupuestos para pensionarse del régimen anterior.

Es así como el artículo 36 de la citada disposición, estableció dos formas de acceder al régimen de transición, previendo que para quienes al 1º de abril de 1994, entrada en vigencia del sistema general de pensiones, tuvieran 40 ó más años de edad en el caso de los hombres o 35 años o más en el caso de las mujeres; 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 del demandante, se tiene que en efecto como lo indicó la a-quo es beneficiario del régimen de transición al que se ha hecho referencia, pues al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100/93, contaba con más de 45 años de edad, tal como consta en el registro civil de nacimiento obrante a fl.9, que da cuenta de que su natalicio se produjo el 20 de noviembre de 1948.

Verificada pues, su calidad de beneficiario del régimen de transición, la cual no muta bajo la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, pues el cumplimiento de la edad del actor se dio antes del 31 de julio de 2010, paso obligado es determinar cuál es el régimen anterior aplicable que venía regulando su situación pensional.

Para ello, al acudir a los medios probatorios que obran en la actuación, entre ellos, al expediente administrativo que fue allegado en medio magnético CD, el cual tiene plena validez y fuerza probatoria, conforme lo establecen los artículos 55 de la Ley 1437 de 2011 y 244 del Código General del Proceso, se observa que antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, el demandante había prestado sus servicios en el sector público, puntualmente, en la Gobernación del Valle del Cauca, según se extrae del certificado de información laboral expedido el 10 de septiembre de 2010, en el formato establecido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

De modo entonces que, al demandante, como beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, le era aplicable el régimen pensional establecido para los servidores públicos o empleados oficiales, esto es, la Ley 33 de 1985; o bien la Ley 71 de 1988, que autorizó para efectos pensionales, la acumulación de tiempos tanto del sector público como del privado, puesto que al tenor de lo establecido en el artículo 7º ibídem, modificado por el artículo 1º del Decreto 2709 de 1994, las semanas cotizadas al ISS podían ser acreditadas en cualquier tiempo, sea anterior o posterior a la vigencia del nuevo Sistema General de Seguridad Social. Así lo ha señalado en múltiples oportunidades la Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia reciente SL8951 de 2017, radicación 65833.

A contrario sensu, no le resultaba aplicable el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, como erradamente lo estimó la sentenciadora de primer grado, pues su afiliación al régimen de prima media con prestación definida administrado por el antiguo ISS hoy Colpensiones, sólo se vino a presentar el 2 de agosto de 1994, de modo que, mal podría solicitar el respeto y la aplicación de un régimen pensional al cual nunca perteneció antes de la vigencia del Sistema General de Pensiones, pues como es sabido, en la órbita del régimen de transición, la aplicación del régimen anterior se encuentra condicionada a que en cualquier momento de su relación de trabajo o afiliación, este régimen anterior hubiera estado vigente, o lo que es lo mismo, que éste en algún momento hubiera regido la vinculación al mismo, por cuanto la afiliación es la expresión de la voluntad de hacerse destinatario de las obligaciones y de obtener los beneficios que aquel ofrece.

En conclusión, pese a que en este proveído se acoge la postura del órgano de cierre de la especialidad laboral, en cuanto a que en orden a reconocer la acumulación de aportes de que trata la Ley 71 de 1988, es suficiente que la afiliación al antiguo ISS se hubiere producido por primera vez en vigencia de la Ley 100/93, no sucede igual con el acogimiento de la postura de la Corte Constitucional[[1]](#footnote-1), en cuanto a la libertad de escogencia de uno u otro estatuto (Ley 71 de 1988 o Decreto 758 de 1990), en orden a liquidar la prestación de acuerdo con el que más le favorezca al afiliado, por la potísima razón de que para la aplicación de esta última pauta jurisprudencial, se exige que la inscripción al ISS se hubiere efectuado con antelación a la citada Ley 100/93, para el cómputo respectivo de las 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad requerida, o 1000 en cualquier tiempo.

Aclarado lo anterior, procede la Sala a verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en los regímenes anteriores que resultaban aplicables al actor (Ley 33 de 1985 y 71 de 1988) para lo cual dirá que si bien acredita el cumplimiento de las edades exigidas en esos compendios normativos, al haber cumplido los 55 años de edad el 20 de noviembre de 2003, y 60 en la misma calenda del año 2008 respectivamente, no cumple ni con el tiempo de servicios exigidos en la Ley 33 de 1985, pues en toda su vida laboral tiene servicios prestados en el sector público que equivalen a 8 años 7 meses y 3 días, como se evidencia en el certificado de información laboral expedido por la Gobernación del Valle del Cauca; ni tampoco acumula 20 años de aportes sumando a esos servicios del sector público, los cotizados al sector privado, pues de acuerdo con la información suministrada en la historia laboral –fls.60 a 63-, reporta un total de 543.45 semanas de aportes, esto es, 10.56 años de servicios, que en total arroja 19.27 años de servicios acumulados entre el sector público y privado.

Acorde con lo expuesto, el demandante no tiene derecho a la pensión de vejez que reclama, razón por la que en virtud del grado jurisdiccional de consulta que opera en favor de la entidad demandada, se revocará íntegramente la sentencia de primer grado, para en su lugar, absolverla de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Sin costas en esta instancia. Las de primer grado correrán a cargo del demandante.

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. *Revocar l*a sentencia proferida el 22 de junio de 2016 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso de la referencia, para en su lugar. *Absolver* a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.
2. Sin costas en esta instancia. Las de primer grado correrán a cargo del demandante.

*NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.*

La anterior decisión queda notificada en estrados.

FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

Magistrado Ponente

OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

 Magistrada Magistrada

ALONSO GAVIRIA OCAMPO

Secretario

1. Sentencia SU 769 de 2014, Corte Constitucional [↑](#footnote-ref-1)