**ORALIDAD**

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 08 de febrero de 2018.

**Radicación No**:66001-31-05-004-2016-00378-01

**Proceso**:  Ordinario Laboral.

**Demandante**: Teodoro de Jesús Tuberquia

**Demandado:** Colpensiones

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

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

**Tema a tratar: Régimen de transición.** La Ley 100 de 1993 en su artículo 36 estableció un régimen de transición, cuya finalidad es amparar a las personas que estuvieran en alguno de los grupos allí referidos, las expectativas legítimas de pensionarse, de conformidad con parte del régimen legal anterior que le resultare aplicable. Los grupos que se podían beneficiar de tales pautas, eran quienes al 1º de abril de 1994 contarán con uno de estos requisitos: (i) mujeres que tuvieran 35 años o más; (ii) hombres que tuvieran 40 años o más y (iii) hombres y mujeres que tuvieran 15 años de servicios o su equivalente en cotizaciones, sin importar la edad. **Contabilización del tiempo en el cual se presta el servicio militar obligatorio:** al tenor de lo preceptuado en el literal a) del artículo 40 de la Ley 48 de 1993, el tiempo en el cual se presta el servicio militar obligatorio, debe ser tenido en cuenta para efectos pensionales, como quiera que es un período efectivamente laborado, que genera prerrogativas para quienes optan por cumplir con este deber legal.

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

Pereira, hoy ocho (08) de febrero de dos mil dieciocho (2018), 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 de Decisión Laboral No. 4 del Tribunal de Pereira, presidida por el ponente, declaran abierto el acto, el cual tiene por objeto decidir el grado jurisdiccional de consulta frente a la sentencia del 21 de marzo de 2017 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***Teodoro de Jesús Tuberquia*** contra ***Colpensiones.***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

1. **INTRODUCCIÓN**

Persigue el demandante que se declare que es beneficiario del régimen de transición, y por ende, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez con fundamento en el régimen anterior. En consecuencia, pide que se condene a Colpensiones a cancelar dicha prestación a partir del 28 de abril de 2007, en 14 mesadas anuales, más los intereses de mora que prevé el canon 141 de la Ley 100/93, y las costas del proceso.

En subsidio, pide el reconocimiento de la gracia pensional con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100/93, modificado por la Ley 797 de 2003.

Sustenta sus pedidos, básicamente, en que cuenta con más de 69 años de edad; que el 4 de octubre de 2007 presentó solicitud de pensión de vejez ante la entidad, misma que fue resuelta desfavorablemente a través de la Resolución No. 12787 de 2007 por no reunir la densidad de semanas necesarias. Indica que el 25 de febrero de 2010 solicitó la reactivación del expediente; que el 10 de marzo de 2014 solicitó nuevamente la pensión de vejez y el 14 de ese mismo mes y año, la corrección de su historia laboral, por cuanto no se reportaban algunos ciclos del año 71, 72, 95 2004, entre otros; que mediante Resolución GNR 271068 de 2014 la entidad demandada negó nuevamente la pensión, argumentando el incumplimiento de la densidad de semanas y la pérdida del régimen de transición; que presentó recurso de reposición en subsidio de apelación, sin que haya obtenido respuesta a la fecha de presentación de esta acción.

Indica que cotizó más de 1.316,55 semanas en el sector público, y 102 en el sector público en el Ejército Nacional, de las cuales más de 750 fueron cotizadas antes del 25 de julio de 2005; que ha cotizado en forma continua con el empleador Javier Ríos Ochoa, empero, ante la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez debió solicitarle la suspensión del pago de aportes al sistema, motivo por el que no se registran pagos en el periodo de marzo de 2010 a septiembre de 2011.

Admitida la demanda, Colpensiones se pronunció a través de su vocero judicial, indicando que no le consta cuáles fueron los motivos por los que el demandante no reporta cotizaciones entre marzo de 2010 a septiembre de 2011; y tampoco lo relativo a la densidad de semanas cotizadas, pues ello debe ser probado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones “Inexistencia de la obligación demandada”, “Improcedencia de los intereses de mora” y “Prescripción”

 ***II.******SENTENCIA DEL JUZGADO***

La Jueza mediante fallo del 21 de marzo de 2017, condenó a Colpensiones a pagar al demandante la pensión de vejez a partir del 4 de marzo de 2014, en cuantía de 1 smlmv, y por trece mesadas anuales. Reconoció la suma de $24`913.299 a título de retroactivo causado hasta febrero de 2017, más los intereses de mora a partir del 5 de septiembre de 2014. Por último, condenó en costas a la parte vencida en juicio.

Expuso como fundamento de su decisión, que el demandante es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100/93, pues a la entrada en vigencia del nuevo sistema de seguridad social contaba con más de 40 años de edad, amén de que acumuló en tiempos del sector público y el sector privado, más de 750 semanas al 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, situación que le permitió al actor conservar tales beneficios hasta el 31 de diciembre de 2014.

De otra parte, encontró satisfechos los requisitos exigidos en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, para acceder al derecho pensional, indicando que el actor cumplió la edad mínima el 28 de abril de 2007 y acreditó más de 1.000 semanas de aportes en el año 2013, no obstante, fijó el disfrute para el 4 de marzo de 2014, teniendo en cuenta la fecha de la tercera solicitud pensional. Respecto a los intereses de mora, indicó que la entidad excedió el término legal para el reconocimiento de la prestación y la inclusión en nómina, motivo por el cual procedía condena por tal concepto.

***III. CONSULTA***

 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.

***IV.******CONSIDERACIONES***

***1. Del problema jurídico:***

*¿Tiene derecho el demandante a la pensión de vejez conforme a los postulados del Acuerdo 049 de 1990?*

***2. Desenvolvimiento de la problemática planteada.***

Para empezar, es indispensable en primer lugar, precisar que la Ley 100 de 1993 en su artículo 36 estableció un régimen de transición, el cual tuvo por finalidad, amparar a las personas que estuvieran en ciertos grupos, las expectativas legitimas de pensionarse con parte del régimen legal anterior que le resultare aplicable, puntualmente, con aplicación de la edad, el tiempo o semanas de cotización y el monto de la pensión, que se regulaba en esas normas anteriores.

 Los grupos que podían beneficiarse de tales pautas, eran quienes al 1º de abril de 1994 contarán con (i) 35 años o más en caso de las mujeres ó 40 años o más en caso de hombres y (ii) hombres y mujeres que tuvieran 15 años de servicios o su equivalente en cotizaciones, sin importar la edad.

Sin embargo, en vista de la precariedad de aquellas personas que adquirieron la transición con la sola edad y no con la densidad de cotizaciones, el Acto Legislativo 01 de 2005, extendió dicho régimen del 31 de julio de 2010 hasta el 2014, siempre que al momento de entrar a regir dicho acto modificatorio contarán con 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios.

En el caso concreto, conforme a las pruebas documentales obrantes en el plenario, está acreditado que el señor Teodoro de Jesús nació el 28 de abril de 1947, según copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 36, por lo que al 1º de abril de 1994, tenía más de 46 años de edad.

Así mismo, que al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigor del Acto Legislativo 01/05, había sufragado 743.28 semanas de aportes al ISS, tiempo que al adicionarle el prestado en el servicio militar obligatorio desde el 6 de enero de 1966 y el 16 de enero de 1968, que corresponde a 105.86 semanas –ver folio 12-, arroja un guarismo superior a las 750 semanas o el equivalente en tiempo de servicios que exige la precitada disposición, concretamente, 849.14.

Ello, por cuanto al tenor de lo preceptuado en el literal a) del artículo 40 de la Ley 48 de 1993, el tiempo en el cual se presta el servicio militar obligatorio, debe ser tenido en cuenta para efectos pensionales, como quiera que es un período efectivamente laborado, que genera prerrogativas para quienes optan por cumplir con este deber legal. Así lo ha establecido en forma reiterada esta Sala de Decisión, en acopio de los múltiples pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación No. 42383 de 2012, y más recientemente 47354 de 2016.

Por lo anterior, no milita duda en torno a que el actor continuó gozando de los beneficios del régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, sin que las cotizaciones efectuadas al régimen de ahorro individual con solidaridad varíen la situación, pues fueron realizadas erróneamente por el empleador aun cuando el demandante no estaba vinculado a ese régimen pensional, motivo por el que fueron objeto de validación y registro en el régimen de prima medida, tal cual se deriva del concepto emitido por Colpensiones y que obra a folio 74.

Se solicita en la demanda la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, por ser el régimen anterior al cual se encontraba afiliado. Dicho precepto establece en su artículo los presupuestos para acceder a la pensión por vejez, puntualmente dos: (i) que en el caso de los hombres alcancen los 60 años de edad y (ii) que tengan 1.000 semanas cotizadas en cualquier tiempo o 500 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad.

En cuanto al requisito de la edad, éste lo reunió el 28 de abril de 2007 cuando arribó a 60 años de edad.

Frente a las cotizaciones, según la historia laboral allegada por la entidad visible a folio 70, el actor sufragó un total de 1.137.28 semanas de aportes al ISS hasta el 31 de diciembre de 2014, las cuales resultan suficientes para el otorgamiento de la pensión de vejez peticionada, en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990. Por ende, se confirmará este punto de la sentencia objeto de consulta.

En lo referente al disfrute pensional, es preciso indicar que pese a las distintas posiciones jurisprudenciales que se han fijado en torno al tema, el órgano de cierre de la especialidad laboral en recientes pronunciamientos[[1]](#footnote-1) ha dejado sentado que si bien el disfrute está condicionado a la desafiliación formal del sistema, al tenor de lo preceptuado en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, existen casos que ameritan una situación distinta, dadas las particularidades del mismo, bien sea porque el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando por un error inducido por parte de la entidad, ora porque existen actos externos e inequívocos del afiliado que permiten inferir su voluntad de no seguir sufragando al sistema, tales como la manifestación expuesta en tal sentido o la suspensión definitiva de las cotizaciones.

En el sub-lite, se tiene que el 25 de febrero de 2011 el actor solicitó por tercera vez el reconocimiento de la pensión de vejez, y que la entidad demandada sólo hasta el 19 de septiembre de 2013 se pronunció a través de la Resolución No. GNR 235894, negando la solicitud, argumentando que pese a que el afiliado contaba con la edad mínima y además reportaba 1.014 semanas cotizadas en toda su vida laboral, no conservaba el régimen de transición.

En ese orden, bien podría decirse que al momento en que la entidad demandada resolvió dicha solicitud, el actor ya tenía reunidos los requisitos de edad y tiempo de servicios requeridos para acceder a la pensión, por lo que el disfrute procedía a partir del 1º de septiembre de 2013, sin que tuviere incidencia alguna el hecho de que el actor continuara efectuando cotizaciones hasta el 31 de agosto de 2016, pues claramente lo hizo inducido por un error de la propia entidad, quien además, con posterioridad mediante Resolución GNR 271068 de 2014, ratificó su negativa de reconocimiento de la pensión de vejez. No obstante, en vista de que este punto no fue objeto de inconformidad por la parte actora, y que la sentencia está siendo analizada en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se mantendrá incólume la decisión de primera instancia, que fijó el goce de la prestación pensional a partir de marzo de 2014.

El monto de la pensión será equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, como quiera que el actor siempre efectuó cotizaciones sobre esa base salarial, y por trece mesadas anuales, conforme a los lineamientos del inciso 8º del artículo 1º del A.L. 01 de 2005, dado que el derecho pensional se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011.

Así las cosas, el valor del retroactivo generado entre el 4 de marzo de 2014 al 31 de enero de 2018, es decir, incluyendo el valor de las mesadas generadas a la emisión de esta sentencia, asciende a $33`028.186, conforme se ilustra en el cuadro que se pone de presente a los asistentes y que hará parte integrante del acta final que se suscriba con ocasión de esta diligencia.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta por la entidad, se dirá que no está llamada a prosperar, pues en los términos del artículo 151 del C.P.T y S.S. y artículo 488 del C.S.T., no transcurrió el término trienal desde el reconocimiento del derecho y la interposición de la demanda, que data del 16 de septiembre de 2016 (fl.9).

Frente al tema de los intereses moratorios, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, dispone que: *“…en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago”*.

Conforme lo ha establecido el órgano de cierre de la especialidad laboral, tales réditos proceden a partir del día siguiente al vencimiento de los cuatro (4) meses que confiere el artículo 9º de la Ley 797 de 2003 para resolver la solicitud de reconocimiento pensional[[2]](#footnote-2), de modo que en el caso puntual, era procedente ordenar el pago de los intereses moratorios a partir del 5 de julio de 2014, pues el actor presentó la reclamación administrativa el 4 de marzo de esa anualidad.

Sin embargo, en vista de que la jueza impuso tal condena a partir del 5 de septiembre de 2014, y que tal decisión no mereció ningún cuestionamiento de la parte actora, no le es dable a esta Sala modificar en peor la condena de la entidad en favor de quien se surte el grado de consulta, motivo por el que se le impartirá aprobación.

 Al tenor de lo hasta aquí expuesto, se confirmará la sentencia consultada, modificándola únicamente en lo atinente al valor del retroactivo pensional.

 Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto,el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Laboral No. 4,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA**

1. **Confirmar** la sentencia proferida el 21 de marzo de 2017 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso de la referencia, **modificándola** en cuanto al valor del retroactivo pensional causando entre el 4 de marzo de 2014 y el 31 de enero de 2018, es decir, incluyendo las mesadas generadas a la emisión de esta sentencia, que arroja un total de $33`028.186.
2. Sin costas en esta instancia por haberse conocido en consulta.

**NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.**

La anterior decisión queda notificada en **estrados.**

El Magistrado Ponente,

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Las Magistradas,

**OLGA LUCIA HOYOS SEPULVEDA** **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

**ANEXO**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **AÑO**  | **VALOR DE LA MESADA**  | **No. MESADAS** | **TOTAL**  |
| Marzo 2014- Febrero 2017  |   |   | $24.913.299 |
| SUBTOTAL  | **$24.913.299** |
|  |  |  |  |
|  |  |  |  |
| **AÑO**  | **VALOR DE LA MESADA**  | **No. MESADAS** | **TOTAL**  |
| 2017 | $737.717 | 11 | $8.114.887 |
| 2018 | $781.242 | 1 | $781.242 |
| SUBTOTAL  | **$8.114.887** |
|  |  |  |  |
| TOTAL  | **$33.028.186** |

1. Sentencia SL 5603, de 6 de abril 2016 [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia SL 4985 de 2017 Sala Laboral Corte Suprema de Justicia.

 Sentencia N° 42826 del 16 de octubre de 2012. [↑](#footnote-ref-2)