**ORALIDAD**

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 22 de febrero de 2018.

**Radicación No**:66001-31-05-005-2016-00599-01

**Proceso**:  ordinario Laboral.

**Demandante**: Pedro José Ríos Valencia

**Demandado:** Colpensiones

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

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

**Tema a tratar: Condicionamiento para la acumulación de tiempos cotizados al ISS y el sector público para el reconocimiento de la pensión de vejez con el cuerdo 049/90:** dadas las características del caso que ahora es objeto de estudio, en esta oportunidad se impone a la Sala la necesidad de modular la aplicación de la jurisprudencia constitucional referente a la posibilidad de acumular los tiempos del sector público y privado para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, por virtud del régimen de transición, es procedente siempre que se cumplan los siguientes requisitos: (i) Que exista afiliación a dicho régimen pensional con antelación a la entrada en vigencia de la nueva ley de seguridad social. (ii) Que no exista otro régimen pensional anterior que le permita al afiliado concretar su derecho a la pensión de vejez. (iii) Que con dicha acumulación no se pretenda el reajuste o la reliquidación de la pensión de vejez reconocida con base en otro régimen anterior distinto al Acuerdo 049 de 1990.

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

Pereira, hoy veintidós (22) 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 Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal de Pereira, presidida por el ponente, declaran abierto el acto, el cual tiene por objeto decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 31 de marzo de 2017 dictada por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***Pedro José Ríos Valencia*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones*** ***Colpensiones.***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

1. **INTRODUCCIÓN**

Persigue el demandante que se declare que Colpensiones es responsable del reconocimiento y pago de su pensión de vejez, con fundamento en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, a partir del 31 de enero de 2016, más el correspondiente retroactivo y los intereses moratorios contemplados en el canon 141 de la Ley 100/93.

Sustenta sus pedidos en que nació el 7 de junio de 1954; que el 16 de abril de 1973 ingresó a laborar con el Ministerio de Defensa; que al 1º de abril de 1994 contaba con un total de 836.15 semanas cotizadas; y que el 28 de marzo de 2016 solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez ante la entidad demandada, misma que fue negada a través de la Resolución GNR 190585 de 2016.

Colpensiones por intermedio de su vocera judicial allegó respuesta, aceptando la totalidad de los hechos a excepción del relativo a la densidad de semanas cotizadas. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo “Improcedencia del reconocimiento pensional”, “Improcedencia de los intereses de mora”, y “Prescripción”.

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

La Jueza del conocimiento mediante fallo del 31 de marzo de 2017, negó las pretensiones del demandante, declaró probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada y, condenó en costas procesales a la parte vencida en un 80 %.

Para arribar a tal determinación, consideró que pese a que el demandante es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, por contar con más de 15 años de servicios a la entrada en vigencia de esa disposición normativa, no acreditaba la densidad de semanas exigidas en el Acuerdo 049 de 1990, para acceder a la prestación pensional solicitada, pues sólo cotizó 179.29 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima para pensión y, 935.58 semanas en toda su vida laboral, sin que fuera posible tener en cuenta las cotizaciones efectuadas en el sector público, según los lineamientos expuestos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuyos apartes trajo a colación.

De otra parte, indicó que el actor tampoco cumple la densidad de semanas exigidas en la Ley 71/88 y la 797 de 2003, pues reúne un total de 1.027.75 semanas en toda la vida, que resulta insuficientes, pues requería para el primer caso 1.029 semanas, según pronunciamiento de la Corte, y para el segundo 1.300 para el 2016.

***III. RECURSO DE APELACIÓN***

El apoderado judicial del demandante se alzó contra la decisión en orden a que se revoque y se acceda a todas las pretensiones invocadas en la demanda. En la sustentación, indicó que conforme a la jurisprudencia del órgano de cierre constitucional es posible acumular tiempos del sector público y privado para reconocer prestaciones pensionales de vejez con fundamento en las previsiones del Acuerdo 049 de 1990.

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

***1. Del problema jurídico:***

*¿Es posible la acumulación de semanas cotizadas al ISS y a otras entidades de previsión social existentes antes de 1993, para otorgar pensiones bajo el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990?*

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

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

Solicita el recurrente la acumulación de los tiempos del sector público y privado, a efectos de obtener el reconocimiento y pago de la pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, para lo cual pide la aplicación del precedente fijado por la Corte Constitucional, según la cual es posible dicha acumulación.

Frente a los argumentos esbozados por el recurrente, y que a voces del máximo órgano de cierre constitucional[[1]](#footnote-1), permite la posibilidad de acumular tiempos del sector público y privado para efectos de reconocer pensiones de vejez con fundamento en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, es preciso indicar que esta Sala de Decisión, por mayoría, ha venido acogiendo dicho raciocinio, amparada en el principio de interpretación más favorable, según la cual dicho artículo en ninguno de sus apartes prevé que las cotizaciones deban efectuarse de manera exclusiva al fondo que administra el régimen de prima media, y que por ende, deba descartarse el tiempo servido en el sector público.

Aunado a ello, porque la aplicación de las reglas para el cómputo de las semanas establecida en el literal f) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993[[2]](#footnote-2), es plenamente favorable a dicha acumulación, en la medida en que el régimen de transición del artículo 36 ibídem nada reguló al respecto, pues únicamente dispuso la aplicación del régimen anterior respecto a tres aspectos: edad, densidad de cotizaciones, y monto de la pensión; situación entonces que sugiere que para el cómputo de las semanas cotizadas deba darse aplicación a las reglas del nuevo sistema general de pensiones.

Con base en esas consideraciones, la Corte Constitucional ha pregonado en sus sentencias de Tutela, en especial la distinguida con el número 938 de 2013, que su interpretación más favorable en torno a la aplicación del Decreto 758 de 1990, y agregamos, la Ley 71 de 1988, lo hace en gracia de una regla de unidad, la cual se ve reflejada, entre otras razones, “*para contabilizar las cotizaciones, que se suman y se acumulan como una sola independientemente que se hayan realizado a varias entidades*”, siempre y cuando “*la entidad responsable de la pensión exija los bonos, realice los recobros o las compensaciones a otras entidades, por las partes que les corresponde*”, aspecto este último, que se encuentra asegurado en el sub-lite.

Siendo ello así, se impondría a Colpensiones el deber de reconocer la prestación pensional por haber sido la última entidad a la que se efectuaron las cotizaciones, más cuando tal acumulación de tiempos, en nada afectaría la sostenibilidad financiera del sistema, puesto que la entidad pública está obligada a realizar el pago de los aportes por el tiempo servido con base en el cálculo actuarial o bono pensional.

No obstante, dadas las características del caso que ahora es objeto de estudio, en esta oportunidad se impone a la Sala la necesidad de modular la aplicación de dicha interpretación más favorable, con base en los siguientes argumentos:

El inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100/93, indica que la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios y el monto de la misma de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema, tengan 35 años de edad en caso de mujeres o 40 en caso de los hombres, o 15 años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

Planteadas así las cosas, para la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, por virtud de los beneficios de la transición, se torna indispensable que el trabajador haya estado afiliado a dicho régimen en una época anterior a la expedición de la nueva ley de seguridad social, pues de lo contrario le resultaría inaplicable, pues no existiría una expectativa legal o régimen anterior digno de protección, por no haber estado afiliado en tránsito de adquirir una prestación ofrecida por esa legislación o régimen anterior.

De ahí que resulte necesario establecer el condicionamiento de estar afiliado a ese régimen pensional – Acuerdo 049 de 1990- con antelación a la vigencia de la Ley 100/93, para efectos de dar aplicación a la regla jurisprudencial de acumulación de aportes.

En segundo lugar, es preciso mencionar que la tesis favorable de la Corte Constitucional sobre el régimen contenido en el Acuerdo 049 de 1990, fue establecida en aras de evitar que los afiliados a ese régimen pensional que no lograban satisfacer el tiempo de servicios exigido en la ley con las semanas cotizadas en forma exclusiva al Seguro Social, vieran truncadas sus aspiraciones de obtener el reconocimiento de la pensión de vejez, pues la no acumulación de tiempos implicaba perder los beneficios del régimen de transición, en punto a la aplicación del régimen anterior, al paso que, tampoco acreditaban el tiempo de servicios exigido en la Ley 100/93 modificada por la Ley 797 de 2003.

Como se ve, dicha postura pretendió maximizar el goce efectivo del derecho fundamental a la seguridad social de las personas que por no cumplir los requisitos fijados en alguno de los regímenes anteriores a los que se encontraban afiliados, perdían los beneficios del régimen de transición y quedaban acogidos íntegramente a la ley vigente. Sin embargo, es preciso aclarar qué sucede cuando en virtud del régimen de transición el afiliado tiene la posibilidad de concretar su derecho pensional con otro de los regímenes existentes antes de la entrada en vigencia de la Ley 100/93, sea la Ley 71 de 1988 o la Ley 33 de 1985?

A juicio de la Sala, el hecho de que exista otro régimen pensional anterior que se acomode a la situación del afiliado y le permita concretar el derecho a la pensión de vejez implica que la regla jurisprudencial de acumulación de tiempos fijada por la Corte Constitucional no pueda aplicarse. Lo anterior, por cuanto los beneficios que se derivan del régimen de transición, no se harían nugatorios ante la existencia de otro régimen pensional que le permita al afiliado el goce efectivo del derecho a la seguridad social.

En ese sentido, es menester recordar que el régimen de transición fue creado por el legislador como forma de protección de las garantías fundamentales de aquellas personas que tenían una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez de conformidad con los requisitos establecidos en el régimen anterior. Por ende, si para acceder a la pensión de vejez el trabajador reúne las condiciones fijadas en otro régimen pensional al cual también se encontraba afiliado al momento de la entrada en vigencia de la nueva ley de seguridad social, innecesario se torna entonces que el operador judicial acuda a la interpretación más favorable fijada por el órgano de cierre constitucional respecto del régimen pensional contenido en el Acuerdo 049/90, para otorgar el derecho pensional, pues como se indicó precedentemente, la prevalencia de aquella interpretación se impone cuando tiene como finalidad garantizar la concreción de los derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social.

A la luz de lo anterior, se considera que la postura de la Corte Constitucional, que sugiere la acumulación de tiempos del sector público y privado para el reconocimiento de la pensión de vejez con base en el régimen consagrado en el Acuerdo 049 de 1990, es de aplicación restrictiva, y procede únicamente en aquellos eventos en que el afiliado no reúne los requisitos para acceder a la prestación bajo ninguno otro de los diferentes regímenes pensionales que se encontraban vigentes antes de la entrada en vigor de la Ley 100/93, y que le eran aplicables, por virtud del régimen de transición.

De lo anterior, deviene además que la tesis jurisprudencial de la que se ha venido haciendo referencia, sea inaplicable cuando lo pretendido es el reajuste o la reliquidación de la pensión de vejez concedida de conformidad con un régimen anterior distinto al contemplado en el Acuerdo 049 de 1990.

En suma, la aplicación de la jurisprudencia constitucional referente a la posibilidad de acumular los tiempos del sector público y privado para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, por virtud del régimen de transición, es procedente siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

1. Que exista afiliación a dicho régimen pensional con antelación a la entrada en vigencia de la nueva ley de seguridad social.
2. Que no exista otro régimen pensional anterior que le permita al afiliado concretar su derecho a la pensión de vejez.
3. Que con dicha acumulación no se pretenda el reajuste o la reliquidación de la pensión de vejez reconocida con base en otro régimen anterior distinto al Acuerdo 049 de 1990.

Con esta nueva postura, la Sala recoge cualquier pronunciamiento anterior que resulte contrario respecto a la aplicación de la interpretación más favorable del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 fijada por la Corte Constitucional.

**Caso concreto**

Para los fines del recurso, interesa resaltar los supuestos fácticos indiscutidos en el proceso y que sirven de base a la decisión que se adopta. Ellos son: (i) que el demandante nació el 7 de junio de 1954, por ende, arribó a 60 años de edad ese día y mes del año 2014, ver fl.17; (ii) que conservó los beneficios del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100/93 hasta el 31 de diciembre de 2014, puesto que contaba con más de 15 años de servicios al 1º de abril de 1994, con lo satisfizo lógicamente el requisito exigido en el Acto Legislativo 01 de 2005, ver reporte de semanas cotizadas visible a fl.40; (iii) que cotizó un total de 935.58 semanas al régimen de prima media entre el 14 de agosto de 1975 y el 31 de diciembre de 2014; y (iv) que laboró al servicio del Ministerio de Defensa – Ejército Nacional - un total de 655 días que corresponden a 93.57 semanas comprendidas desde el 16 de abril de 1973 hasta el 30 de enero de 1975, según certificado de información laboral visible a folio 19.

Como se recuerda, la disconformidad del recurrente radica en que la jueza primer grado inaplicó la postura de la Corte Constitucional respecto al régimen contenido en el 12 del Acuerdo 049 de 1990, según la cual es posible acumular tiempos del sector público y privado para acceder a la pensión de vejez.

Al revisar el libelo introductor del proceso, se observa que como razones de derecho se indicó que el actor no cumple con el tiempo de servicios exigido en la Ley 71 de 1988, pues sólo cuenta con 1022 semanas cotizadas al 31 de diciembre de 2014, razón por la que se pide la aplicación de la tesis de la Corte, en aras de concretar el derecho pensional.

De allí que la Sala en uso de su facultad de interpretar la demanda, deduzca que la súplica de la parte actora, más allá de pretender la aplicación exclusiva de dicha tesis, está encaminada a obtener la pensión de vejez sin consideración de una norma o régimen específico. Así quedó fijado el litigio y se resolvió la primera instancia, pues la jueza estudió no sólo el cumplimiento de los requisitos del régimen al que se encontraba afiliado el actor al momento de la vigencia de la Ley 100/93 sino de todos aquellos que le eran aplicables.

Así las cosas, teniendo en cuenta que a la luz de la Constitución y la Ley (artículos 229 y 230 C.N y artículo 2º de la Ley 270 de 1996)[[3]](#footnote-3), y en aplicación del principio procesal iura novit curia, los jueces pueden determinar los efectos jurídicos de las situaciones y derechos que se demuestren en el curso del proceso, sin que con ello se afecte el principio de congruencia, por no modificar la causa petendi, la Sala analizará la situación del actor con base en los postulados de la Ley 71 de 1988, por ser el régimen pensional anterior al cual se encontraba afiliado antes de la entrada en vigencia de la Ley 100/93.

Recuérdese que para la materialización del derecho a la justicia, no es necesario que las partes acierten al invocar la norma en que sustentan sus aspiraciones, pues el juez está obligado a someterse a los hechos probados y decidir de acuerdo con las normas legales adecuadas al caso, aun cuando los litigantes hayan traído una regla distinta para fundar el derecho que reclaman.

Como requisitos para acceder a la pensión jubilación por aportes el artículo 1º de la Ley 71/88, prevé: (i) cumplir 60 o más años en caso de los hombres, o 55 o más en caso de las mujeres, y (ii) tener 20 años de servicios cotizados o su equivalente en tiempo de servicios en el ISS o en una varias de las entidades del sector público.

En cuanto al requisito de la edad, éste se reunió el 7 de junio de 2014 cuando el demandante arribó a 60 años de edad.

Frente al tiempo de servicios, según la historia laboral allegada por la entidad demandada y los certificados laborales expedidos por el Ministerio de Defensa, el actor reúne un total de 1.029,15 semanas entre el 16 de abril de 1973 y el 31 de diciembre de 2014, las cuales resultan suficientes para hacerse acreedor de la pensión de vejez conforme a las previsiones de la Ley 71/88.

Por ende, se revocará el fallo del juzgado para atender las orientaciones atrás asentadas, respecto a que en este caso en particular no procede la aplicación de la tesis de la sumatoria de tiempos de servicios oficial no cotizados con cotizaciones efectuadas al Instituto demandado para efectos de la pensión de vejez prevista en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 de mismo año, por efectos del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero sí para la pensión de jubilación de que trata el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, por cumplir el demandante con las condiciones exigidas en dicho régimen pensional.

En cuanto al monto de la prestación, será equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, por cuanto el demandante efectuó cotizaciones en toda su vida laboral sobre esa base salarial. Se reconocerán 13 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.

Tal reconocimiento procede a partir del 1º de marzo de 2016, fecha en que operó la desafiliación al sistema pensional, en la medida en que la última cotización data del 29 de febrero de 2016 y la solicitud de pensión fue elevada por el peticionario el 28 de ese mismo mes y año, fl.11.

Efectuados los cálculos respectivo, el retroactivo pensional generado entre el 1° de marzo de 2016 y el 31 de enero de 2018, es decir, incluyendo las mesadas causadas a la emisión de esta sentencia, asciende a $17`955.557, 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.

La excepción de prescripción no prospera, como quiera que en los términos del artículo 151 del C.P.T y S.S. y 488 del C.S.T, no trascurrió el término legal de tres años entre la exigibilidad del derecho pensional y la interposición de esta acción judicial, que según folio 5, fue el 2 de septiembre de 2016.

Frente al tema de los intereses moratorios peticionados, deberán negarse, amén que resultan improcedentes en aquellas pensiones que no se reconocen con sujeción total a la Ley 100 de 1993, así lo ha decantado suficientemente la Sala de Casación Laboral en varios pronunciamientos (SL 5890-2016, SL 13076-2014, entre otras).

Por último, de conformidad con el inciso 2 del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto por el inciso 3, artículo 42 del Decreto 692 de 1994, se autoriza a Colpensiones, para que del retroactivo pensional acá reconocido, haga los correspondientes descuentos del valor que corresponda al total de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud, a partir de la fecha en la cual se ordenó el reconocimiento de la pensión de vejez, con la finalidad de que las transfiera a la entidad administradora de salud a la que el actor escoja o se encuentre afiliado.

Las costas en ambas instancias estarán a cargo de la entidad demandada y en favor del demandante.

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**

Revocar la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira el 31 de marzo de 2017, dentro del proceso ordinario de la referencia y en su lugar:

1. **Declara** que el señor Pedro José Ríos Valencia es beneficiario del régimen de transición estatuido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y por ende, tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes, con fundamento en la Ley 71/88.
2. En consecuencia, **Condena** a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reconocer y pagar en favor de Pedro José Ríos Valencia la pensión de vejez a partir del 1º de marzo de 2017, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, y por 13 mesadas anuales.
3. **Condena** a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, a pagar en favor de Pedro José Ríos Valencia, la suma de $ $17.955.557, por concepto de retroactivo pensional causado entre el 1 de marzo de 2016 y el 31 de enero de 2018, sin perjuicio de que se siga generando hasta su solución.
4. **Niega** las demás pretensiones incoadas en la demanda.
5. **Autoriza** a Colpensiones a descontar del valor del retroactivo reconocido, los aportes con destino al sistema general de seguridad social en salud.
6. **Declara** no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada.
7. Se condena a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a las costas de ambas instancias.

**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**

ANEXOS

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **AÑO**  | **VALOR DE LA MESADA**  | **No. MESADAS** | **TOTAL**  |
| 2016 | $689.454 | 11 | $7.583.994 |
| 2017 | $737.717 | 13 | $9.590.321 |
| 2018 | $781.242 | 1 | $781.242 |
| TOTAL  | **$17.955.557** |

1. Corte Constitucional, Sentencia SU 769 de 2014. [↑](#footnote-ref-1)
2. Estableció que para el reconocimiento de las prestaciones que trae la ley en sus dos regímenes, como la pensión de vejez, *“se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio”.*  [↑](#footnote-ref-2)
3. Artículo 229 C.N. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

Artículo  230 .C.N. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

Artículo 2º de la Ley 270 de 1996. El Estado garantiza el acceso de todos los asociados a la administración de justicia.  [↑](#footnote-ref-3)