El siguiente es el documento presentado por la Magistrada 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 esta Sala.



**Rama Judicial del Poder Público**

**Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**

**Sala Cuarta Laboral**

Magistrada Sustanciadora

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia

**Radicación No**:66001-31-05-001-2015-00013-01

**Proceso**:Ordinario Laboral.

**Demandante**: Roberto Luis Gutiérrez Ospina

**Demandado:** Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-

**Vinculado:** Alejandro Buitrago Sánchez

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

**Tema: PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR APORTES: LOS 20 AÑOS QUE EXIGE LA NORMA EQUIVALEN A 1.028,57 SEMANAS DE COTIZACIÓN / CAUSACIÓN / DESAFILIACIÓN / DISFRUTE** - Sumados los anteriores guarismos, con cualquiera de los reportes mencionados, se arriba a un total de 1.035,87 o 1055,45 semanas cotizadas, respectivamente; las que se tornan suficientes para acceder a la pensión de jubilación prevista en la Ley 71/88, como quiera que en los dos casos se superan los 20 años a los que alude esa normativa.

Siendo así las cosas, es fácil concluir que la parte actora cumplió con la carga que le asistía de probar el cumplimiento de las semanas mínimas de cotización para acceder a la pensión de jubilación deprecada; que lo será a razón de 13 mesadas anuales, toda vez que la misma se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011 (Inciso 8° en concordancia con el parágrafo 6° transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005).

(…)

Por lo visto, una cosa es la causación del derecho a la pensión de vejez, que se presenta cuando el afiliado logra acreditar los requisitos de edad y densidad de cotizaciones exigidos por la ley para acceder a esa prestación, y otra, el disfrute de la misma, que se genera con el retiro del sistema pensional.

En este asunto, no existe duda en que el derecho a la pensión de jubilación se causó cuando confluyeron los requisitos de edad y tiempo de servicios en el actor; no obstante, su pago se abre paso cuando se acredite su retiro del sistema, y en el presente asunto, contrario a lo dicho por la primera instancia, ello ocurrió el 29-02-2016, cuando efectuó la última cotización; muy a pesar de certificar Colpensiones que su estado es activo cotizante (fl. 8 c.1), por lo ya dicho.

Efectivamente, el actor luego de cumplir la edad mínima para pensionarse –septiembre de 2011-, siguió cotizando por voluntad propia o por emplearse, y no por error inducido de Colpensiones, pues al resolver la reclamación administrativa el 17-09-2013 con las semanas reportadas por Colpensiones y el tiempo público servido no completaba los 20 años de servicios que exige la Ley 71 de 1988, conforme a la historia laboral que para tal momento existía; sin que se puedan considerar las semanas agregadas en el reporte actualizado al 25 de julio de 2016 que se allegó en segunda instancia, al corresponder a un error imputable al empleador por efectuar los pagos a un fondo diferente; además se echa de menos otra reclamación administrativa que haya generado una respuesta negativa de Colpensiones por una supuesta insuficiencia de semanas.

Precisado lo anterior, se tiene que no existe duda que desde el momento en que dejó de cotizar, se configuró el acto externo indicativo de la voluntad de desafiliarse, según los términos jurisprudenciales antes citados, por lo que la prestación debe ser reconocida a partir del 1-03-2016, lo que obliga a calcular nuevamente el IBL y consecuentemente la mesada pensional.

**AUDIENCIA PÚBLICA**

En Pereira, a los veintitrés (23) días del mes de enero de dos mil dieciocho (2018), siendo las nueve de la mañana (09:00 a.m.), la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida el 11 de noviembre de 2016 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve el señor **Roberto Luis Gutiérrez Ospina** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-**, donde se vinculó a Alejandro Buitrago Sánchez; radicado bajo el N° 66001-31-05-001-2015-00013-01.

**Registro de asistencia:**

Demandante y su apoderada - Demandada y su apoderado

En este estado de la audiencia, se hace necesario hacer uso de la facultad oficiosa del juez, para lo cual se ordena tener como prueba los documentos allegados en esta instancia por Colpensiones y que reposan a folios 13 a 17 del cuaderno 2. Los que se ponen en conocimiento a las partes.

**Traslado a las partes**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos atendiendo lo previsto en el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007.

**ANTECEDENTES**

**1. Síntesis de la demanda y su contestación**

Pretende el señor Roberto Luis Gutiérrez Ospina se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 27-09-2011, las mesadas de junio y diciembre, más su retroactivo pensional y los intereses moratorios, subsidiariamente la indexación.

Fundamenta sus aspiraciones en que: (i) nació el 27-09-1951, (ii) es beneficiario del régimen de transición al contar con 43 años 8 meses y 3 días de edad y 15.09 años de servicio, entre el sector público y privado, al 30-06-1995 fecha en que entró en vigencia de la ley 100 de 1993; (iii) tiene actualmente más de 20.23 años de servicio entre el sector público y privado por lo que tiene derecho a la pensión acorde con la Ley 71 de 1988 o con el Decreto 758 de 1990, por el principio de favorabilidad; (iv) Colpensiones mediante Resolución N° GNR 235150 de 2013 le negó la pensión de vejez por no cumplir los 20 años de aportes.

La **Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-**, se opuso a todas las pretensiones de la demanda tras considerar que el actor no cumple con los presupuestos legales para ser beneficiario de la pensión en los términos solicitados.

Formuló las excepciones de mérito que denominó “Inexistencia de la obligación” y “Prescripción”.

Mediante auto del 18-08-2015 se dispuso la vinculación de Alejandro Buitrago Sánchez, supuesto empleador, quien dijo no oponerse a las pretensiones, dado que pagó totalmente las obligaciones a su cargo, para lo cual allegó las planillas de auto liquidación.

**2. Síntesis de la sentencia**

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, declaró probada la excepción de pago de la obligación a cargo del vinculado y no probadas las excepciones interpuestas por Colpensiones y consecuente con ello, declaró que el actor tiene derecho al reconocimiento a la pensión de jubilación por aportes – Ley 71 de 1988, al ser beneficiario del régimen de transición, a partir del 4-12-2014, en cuantía de un SMLMV, a razón de 13 mesadas, junto con su retroactivo debidamente indexado; y condenó en costas a Colpensiones.

Para arribar a esa conclusión, explicó que era beneficiario del régimen de transición toda vez que para el 1-04-1994 tenía 42 años de edad, el que conservó al contar para el 25-07-2010 con 841 semanas; de esta forma logró cumplir con los requisitos de la Ley 71 de 1988 al llegar a los 60 años de edad el 27-09-2011 y completar 20 años de servicios (1071 semanas) sumando el servicio público, lo cotizado al ISS por sus empleadores, entre ellos Alejandro Buitrago, quien realizó los aportes debidamente y régimen subsidiado, donde estuvo afiliado por dos periodos, en el primero de ellos con reportes en 0 por dejar de hacer sus pagos el actor.

La que debe empezar a disfrutar a partir del 4-12-2014 fecha de la última cotización, momento en que se entiende ocurrió la desafiliación del sistema, conforme lo ha referido esta Corporación en diferentes providencias, sin que hubiera prescrito ninguna mesada.

En cuanto a los intereses moratorios, no hubo condena al proceder para las pensiones consagradas en el sistema de seguridad social, Ley 100 de 1993 y reconocidas con base en el Acuerdo 049 de 1990.

Por su parte para el IBL tuvo en cuenta los salarios en los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, que al aplicar el 75% arrojó una suma inferior al SMLMV por lo que la ajustó a este.

**3. Grado jurisdiccional de Consulta**

Como la anterior decisión resultó adversa a los intereses de la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-, la funcionaria de primer grado, ordenó el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo dispone en artículo 69 del C.P.L. y la jurisprudencia.

**CONSIDERACIONES**

**1. De los problemas jurídicos**

Visto el recuento anterior, la Sala formula los siguientes interrogantes:

1.1. ¿El señor Gutiérrez Ospina es beneficiario del Régimen de Transición?

1.2. En caso afirmativo, ¿Reunió el demandante los veinte años 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos que exige la Ley 71 de 1988 para acceder a la pensión de jubilación por aportes?

1.3. De ser positiva la respuesta anterior ¿Desde cuándo hay lugar al disfrute de la pensión y ello incide en el periodo a tener en cuenta para hallar el IBL?

**2. Solución a los problemas jurídicos**

Con el propósito de dar solución a los anteriores cuestionamientos, se considera necesario precisar lo siguiente:

**2.1. Del régimen de transición**

**2.1.1. Fundamento Jurídico**

Para la aplicación del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, para aquellas personas que cumplen la totalidad de los requisitos para acceder a la pensión con posterioridad al 31 de julio de 2010, deben atenderse dos normativas, la primera el artículo 36 *ibídem* que en el caso de los hombres establece que al 1° de abril de 1994 tuvieran más de 40 años de edad o 15 o más años de servicios cotizados y, la segunda el Acto Legislativo 01 de 2005 que exige acreditar 750 semanas de cotización al 29 de julio de 2005.

**2.1.2. Fundamento fáctico:**

En lo atinente a la primera disposición existe certeza de su cumplimiento, toda vez que de conformidad con la copia de la cédula de ciudadanía –fl.19- y registro civil de nacimiento - fl. 20 - se puede extraer que el demandante nació el 27-09-1951, por lo tanto, al 1-04-1994 contaba con 42 años de edad cumplidos.

Así mismo, puede deducirse que solo en el 2011 arribó a los 60 años de edad, por lo que debía satisfacer las exigencias del Acto Legislativo mencionado, esto es, 750 semanas al 29 de julio de 2005.

Al respecto, revisados los certificados de información laboral expedidos por el Ministerio de Defensa, Policía Nacional, Gobernación del Valle, Contraloría General de la República (fls.37, 182, 41, 28, respectivamente), dan cuenta de 727,14 semanas de servicio público, a las que agregadas solamente las 56,71 cotizadas por el primer empleador que lo afilió al ISS en el año de 1978 y que obran en el reporte de semanas de cotización válido para prestaciones económicas[[1]](#footnote-1) aportado por Colpensiones (fl. 75), arrojan 783,84 semanas a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; con lo cual se colige que no se vio afectada su transición con la expedición del acto legislativo 01 de 2005.

**2.2. De los requisitos para acceder a la pensión de jubilación por aportes prevista en la Ley 71 de 1988.**

**2.2.1. Fundamento jurídico**

La pensión de jubilación por aportes se encuentra señalada por el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, reglamentada por el Decreto 2709 de 1994, en su artículo 1º, allí se consagran como requisitos 60 años de edad si es hombre y 55 años si es mujer y 20 o más años de cotización o aportes continuos o discontinuos al ISS y en una entidad de previsión social del sector público.

**2.2.3. Fundamento fáctico**

Se encuentra probado que el actor nació el 27/09/1951, por lo tanto, cumplió los 60 años de edad en esa calenda de 2011, por ello satisface el requisito de la edad.

En lo que corresponde al tiempo de servicios se advierte que de acuerdo con el reporte de semanas cotizadas para pensiones expedida por Colpensiones, aportado por este en la primera instancia (fl. 75 c.1), el actor contaba con 308,74 semanas cotizadas en el sector privado entre el 14-04-1978 y el 31-12-2014, está última en que cesó el régimen de transición.

Ahora, en la historia laboral por el mismo lapso, allegado en segunda instancia[[2]](#footnote-2) (fl. 13 C2), aumentó las semanas cotizadas a 328,32; lo que se explica, al contabilizar este último reporte las semanas cotizadas por el actor como trabajador independiente -12,86- en los ciclos 1-08-2012 al 31-10-2012, antes en “0” y por el empleador “Fundación de Pequeos Comerciantes” -2,43 y 4,29- semanas, para los ciclos de mayo y junio de 2013, no registrados antes al realizarse los pagos equivocadamente a otro fondo, como se advierte en el detalle de pagos (fls. 15 c.2 y 79 c.1). Por su parte, en lo que respecta al tiempo público, con ya se dijo, el actor prestó sus servicios por 727,14 en diferentes entidades.

Sumados los anteriores guarismos, con cualquiera de los reportes mencionados, se arriba a un total de 1.035,87 o 1055,45 semanas cotizadas, respectivamente; las que se tornan suficientes para acceder a la pensión de jubilación prevista en la Ley 71/88, como quiera que en los dos casos se superan los 20 años a los que alude esa normativa.

Siendo así las cosas, es fácil concluir que la parte actora cumplió con la carga que le asistía de probar el cumplimiento de las semanas mínimas de cotización para acceder a la pensión de jubilación deprecada; que lo será a razón de 13 mesadas anuales, toda vez que la misma se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011 (Inciso 8° en concordancia con el parágrafo 6° transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005).

**2.3. De la fecha en que debe ser reconocida la pensión de vejez – Retroactivo Pensional - IBL**

**2.3.1. Fundamento jurídico**

De conformidad con lo establecido en los artículos 12 y 13 del Acuerdo 049 de 1990, la pensión de vejez se causa a partir del momento en el cual confluyen en el beneficiario la totalidad de los requisitos, esto es, la edad y el número de cotizaciones o tiempo de servicios y, se disfruta a partir de la fecha en la que se acredita la desafiliación del sistema, respectivamente.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral, en sentencia SL607-2017 del 25/01/2017, radicado 47315, con ponencia del doctor Jorge Mauricio Burgos Ruiz, ha reiterado lo expuesto en anterior oportunidad por esa Corporación[[3]](#footnote-3), en que por regla general se requiere manifestación expresa acerca de la desafiliación del sistema y que le corresponde en principio al empleador informar la cesación de cotizaciones por renuncia del trabajador, por reunir los requisitos para acceder a la pensión de vejez; no obstante, la jurisprudencia ha consentido que excepcionalmente ante la falta de esa información, ésta puede provenir de actos externos e inequívocos que demuestren que esa es la voluntad del afiliado, como por ejemplo dejar de cotizar, cumplir la totalidad de los requisitos y solicitar el reconocimiento de la prestación por parte de este, postura que esta Sala ha aplicado reiteradamente[[4]](#footnote-4).

Así mismo, ha expuesto esa Corporación que en caso de que el afiliado continúe realizando cotizaciones, debido a un error inducido por Colpensiones, las mismas no deben ser contabilizadas sino le generan o representan un beneficio, según se advierte en las sentencias con radicaciones 34514 de 2009, 39391 de 22 de febrero de 2011, 38558 del 6 de julio de 2011, 37798 de 15 de mayo de 2012 y, más recientemente en la 47236 de 06/04/2016 –ya citada-.

Ahora, en cuanto al IBL ha de decirse que para hallarse deben aplicarse los cánones del sistema general de pensiones – ley 100 de 1993, así se hubiere reconocido la pensión con venero en el régimen de transición, pues este tema no quedó incluido en los aspectos a respetar de la norma anterior.

Por lo que para cuantificarlo puede acudirse a los artículos 36 inc. 3 o 21, este último en el evento que al afiliado, a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, le faltare 10 o más años para adquirir el derecho; caso en el cual se tomará el promedio de lo devengado y sobre lo cual hubiere cotizado el afiliado durante los 10 años que anteceden al reconocimiento de la pensión, que equivalen a 3600 días. En otras palabras, se identifica la última cotización y a partir de ella se efectúa el conteo, retrocediendo en la historia laboral o salarios hasta completar un lapso igual a 10 años de tiempo cotizado. Salarios que se actualizan a la fecha de la pensión y se promedian[[5]](#footnote-5).

**2.3.2. Fundamento fáctico:**

Por lo visto, una cosa es la causación del derecho a la pensión de vejez, que se presenta cuando el afiliado logra acreditar los requisitos de edad y densidad de cotizaciones exigidos por la ley para acceder a esa prestación, y otra, el disfrute de la misma, que se genera con el retiro del sistema pensional.

En este asunto, no existe duda en que el derecho a la pensión de jubilación se causó cuando confluyeron los requisitos de edad y tiempo de servicios en el actor; no obstante, su pago se abre paso cuando se acredite su retiro del sistema, y en el presente asunto, contrario a lo dicho por la primera instancia, ello ocurrió el 29-02-2016, cuando efectuó la última cotización; muy a pesar de certificar Colpensiones que su estado es activo cotizante (fl. 8 c.1), por lo ya dicho.

Efectivamente, el actor luego de cumplir la edad mínima para pensionarse –septiembre de 2011-, siguió cotizando por voluntad propia o por emplearse, y no por error inducido de Colpensiones, pues al resolver la reclamación administrativa el 17-09-2013 con las semanas reportadas por Colpensiones y el tiempo público servido no completaba los 20 años de servicios que exige la Ley 71 de 1988, conforme a la historia laboral que para tal momento existía; sin que se puedan considerar las semanas agregadas en el reporte actualizado al 25 de julio de 2016 que se allegó en segunda instancia, al corresponder a un error imputable al empleador por efectuar los pagos a un fondo diferente; además se echa de menos otra reclamación administrativa que haya generado una respuesta negativa de Colpensiones por una supuesta insuficiencia de semanas.

Precisado lo anterior, se tiene que no existe duda que desde el momento en que dejó de cotizar, se configuró el acto externo indicativo de la voluntad de desafiliarse, según los términos jurisprudenciales antes citados, por lo que la prestación debe ser reconocida a partir del 1-03-2016, lo que obliga a calcular nuevamente el IBL y consecuentemente la mesada pensional.

Ahora, como el señor Roberto Luis Gutiérrez Ospina nació el 27-09-1951 al 1-04-1994 contaba con 42 años y le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho pensional, por lo que el IBL debe hallarse conforme a lo señalado por el artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es, los 10 últimos años, ya que no alcanzó a cotizar más de 1250 semanas para tener en cuenta los ingresos de toda la vida.

Calculado así el IBL y aplicada la tasa de remplazo, arroja una mesada pensional para el 2016 de $628.226, inferior al SMLMV que correspondía a $689.454, por lo que deberá fijarse esta en suma equivalente al SMLMV, que para el año 2018 corresponde a $781.242.

En cuanto al retroactivo, este se causa entre el 1-03-2016 y el 31 de diciembre de 2017, que es evidente no ha prescrito; por lo que tiene derecho el actor al pago de $17.626.092, conforme consta en la liquidación que hace parte integral del acta que se suscriba con ocasión de esta diligencia, sin perjuicio de las mesadas que se sigan causando hasta que sea incluido en nómina de pensionados y los descuentos que por salud deban realizarse.

**CONCLUSIÓN**

Conforme lo expuesto, la decisión revisada será confirmada, salvo los numerales 3 y 4 conforme lo mencionado, para modificar la fecha del reconocimiento de la gracia pensional, su valor para el año 2018 y consecuentemente el retroactivo.

Costas en esta instancia no se causaron por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

**DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 11-11-2016 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por el señor **Roberto** **Luis Gutiérrez Ospina** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES**, donde se vinculó a Alejandro Buitrago Vásquez, conforme a las consideraciones que preceden; salvo los numerales tercero y cuarto que se modifican y quedan de la siguiente manera:

TERCERO. ORDENAR, en consecuencia, a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones proceda a reconocer y pagar al señor ROBERTO LUIS GUTIERREZ OSPINA la pensión de jubilación por aportes a partir del día 1-03-2016 en cuantía equivalente a un SMLMV, que para el año 2018 corresponde a $781.242. Dicha prestación se pagará a razón de trece (13) mesadas por año.

CUARTO. CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones al pago del retroactivo pensional causado desde el 1-03-2016 y hasta el momento en que se haga respectiva inclusión en nómina y que al 31-12-2017 asciende a la suma de $17’626.092, debidamente indexada, sin perjuicio que se llegare a indexar las sumas que se sigan causando.

**SEGUNDO: Sin costas** en esta instancia.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se eleva y firma esta acta por las personas que han intervenido.

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

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

 Magistrado Magistrada

\*Anexo





OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Magistrada Ponente

1. Actualizada al 16-02-2015 [↑](#footnote-ref-1)
2. Admitida como prueba en esta audiencia [↑](#footnote-ref-2)
3. Rad. 47236 del 6 de abril de 2016, con ponencia de la doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo [↑](#footnote-ref-3)
4. M.P. Olga Lucía Hoyos Sepúlveda. Radicado 2015-00321 de 26/07/2016 Dte. Teresa Aristizabal Carmona.

 M.P. Olga Lucía Hoyos Sepúlveda. Radicado 2014-00333 de 28/03/2017 Dte. Miguel Isidoro Pérez Tirado [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Suprema De Justicia Sala De Casación Laboral, Sentencia Radicado 40552 Del 15-01-2011 [↑](#footnote-ref-5)