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 esta Sala.

*ORALIDAD*

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 24 de julio de 2017.

**Radicación No**:66001-31-05-004-2015-00613-01

**Proceso**:Ordinario Laboral

**Demandante**: Holmes Cadena Duque

**Demandado:** Colpensiones

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

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

**Tema a tratar: Pensión de jubilación para los beneficiarios del régimen de transición con afiliación al ISS antes de la entrada en vigor del nuevo Sistema General de Seguridad Social**: para aquellos servidores públicos que al 1º de abril de 1994 se encontraran vinculados y afiliados al Instituto de Seguros Sociales, no les es dable reclamar ante esa entidad de seguridad social el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación –Ley 33 de 1985-, pues, según las reglas previstas para los servidores públicos, quien está obligado a reconocer tal gracia pensional es el último empleador, quien además, deberá seguir cotizando hasta que su trabajador cumpla con los requisitos para pensionarse por vejez bajo los parámetros que reconoce la entidad de seguridad social.

AUDIENCIA PÚBLICA:

En Pereira, a los (24) días del mes de julio de dos mil diecisiete (2017), siendo las diez y treinta de la mañana (10:30 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 interpuesto por el vocero judicial del demandante contra la sentencia proferida el 27 de julio de 2016 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por *Holmes Cadena Duque* contra la *Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.*

*IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES*

1. *INTRODUCCIÓN*

El demandante pretende que se declare que es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y como consecuencia, se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar la pensión de jubilación de que trata la Ley 33 de 1985, a partir del 12 de mayo de 2009 en cuantía del 75 % del IBL calculado sobre lo cotizado durante el último año de servicios comprendido entre el 16 de noviembre de 1990 y el 15 de noviembre de 1991, debidamente indexado o actualizado hasta la fecha de reconocimiento. En subsidio, solicita se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar la pensión de jubilación por aportes a partir del 12 de mayo de 2014.

Solicita además el reconocimiento y pago de los intereses de mora a la tasa máxima permitida por la ley sobre las mesadas atrasadas a partir de la ejecutoria de la sentencia.

Como fundamento fáctico de tales pretensiones, indicó que nació el 12 de mayo de 1954; que prestó sus servicios personales a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero desde el 17 de enero de 1972 hasta el 15 de noviembre de 1991, lo cual representa un total de 19 años, 9 meses y 29 días; que no obstante lo anterior, en aplicación del principio de la primacía de la realidad, prestó sus servicios por más de 7.200 días, lo cual surge de la contabilización efectiva de los 365 días que tiene cada año y para el cual se cotizaba al ISS antes del 1º de abril de 1994; que para esa calenda contaba con más de 15 años de servicios prestados en condición de empleado oficial.

Indica que el 18 de diciembre de 2014 radicó solicitud de pensión de vejez ante la entidad demandada, la cual fue resuelta desfavorablemente mediante Resolución GNR 157954 del 27 de mayo de 2015, con el argumento de no estar amparado por los beneficios del régimen de transición; que interpuso el recurso de reposición contra dicho acto administrativo, allegando copia del certificado expedido por el Ministerio de Agricultura, con el fin de acreditar más de 15 años de servicios al 1º de abril de 1994, sin embargo, la decisión inicial se confirmó. Por último, indica que interpuso el recurso de apelación, empero, no ha sido resuelto.

Admitida la demanda se corrió traslado a Colpensiones**,** quien dentro del término oportuno allegó respuesta, en la que aceptó que el demandante al 1º de abril de 1994 contaba con más de 15 años de servicios. Se opuso a las pretensiones encaminadas a que el IBL se liquide con el promedio de lo cotizado en el último año de servicios, al reconocimiento de los intereses moratorios y a las costas del proceso. Frente a los demás pedimentos indicó que se atiene a lo que resulte probado dentro del proceso. Propuso como excepciones de fondo “Improcedencia de la liquidación pensional en la forma pretendida”, “Improcedencia de los intereses de mora” y “Prescripción”.

Dentro del trámite de la audiencia del artículo 77 del Estatuto Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el vocero judicial del demandante allegó copia de la Resolución VPB5683 del 4 de febrero de 2016, mediante la cual Colpensiones reconoce la pensión de jubilación al actor bajo el amparo de la Ley 71 de 1988, a partir del 12 de mayo de 2014 y, en cuantía de 2`190.341, por contar con un total de 1.219 semanas de aportes sufragadas al sector público y privado.

Como consecuencia de lo anterior, la fijación del litigio quedó establecido únicamente en determinar si el demandante tiene derecho a la pensión de jubilación prevista en la Ley 33 de 1985, a partir del 12 de mayo de 2009.

*SENTENCIA DEL JUZGADO*

La Jueza del conocimiento mediante fallo del 27 de julio de 2016, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte vencida en juicio. En la motiva de la decisión, estimó que pese a que el demandante ostenta la calidad de beneficiario del régimen de transición, pues acredita más de 15 años de servicios al 1º de abril de 1994, no tiene derecho a obtener la pensión de jubilación en los términos de la Ley 33 de 1985, pues sólo cuenta con un tiempo servido al sector público de 19 años, 9 meses y 29 días.

De otra parte, consideró que aun si se contabilizara el tiempo exigido en la norma con 365 días, como lo sugiere el promotor de la Litis, el equivalente a 20 años de servicios no correspondería a 7.200 días sino a 7.300, o su equivalente a 1.042 semanas, lo cual tampoco le favorecería en su aspiración de obtener la pensión de jubilación de la Ley 33 de 1985.

*RECURSO DE APELACIÓN.*

Inconforme con lo decidido el vocero judicial del demandante interpuso el recurso de apelación en orden a que se revoque y se acceda a la pretensión principal de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación prevista en la Ley 33 de 1985. En la sustentación, indicó que antes de la vigencia de la Ley 100/93, el tiempo de servicios se contaba con el número de días concretos que tenía cada mes, y que el tiempo que le restaba al demandante para completar los 20 años de servicios, era inferior al 0.84%, por lo que solicita que se analice su situación a la luz de los artículos 48 y 53 de la Carta Política.

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

 *¿Tiene derecho el demandante a que Colpensiones le reconozca y pague la pensión de jubilación bajo los preceptos de la Ley 33 de 1985?*

*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 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*

Solicita la parte recurrente que Colpensiones le reconozca y pague la pensión de jubilación contenida en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, pues considera que los 7.200 días que laboró en el sector público al servicio de la Caja Agraria, por razones de equidad y justicia deben ser aproximados a los 20 años que exige la citada disposición normativa, en razón a que antes de la entrada en vigencia del nuevo sistema de seguridad social, se tomaba el número efectivo de días que componen cada mes para el cómputo de las semanas cotizadas.

Para los fines del recurso interesa resaltar que si bien el demandante es beneficiario del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues al 1º de abril de 1994 contaba con más de cuarenta años de edad, y por ende, le era aplicable el régimen anterior que venía regulando su situación pensional, lo cierto es que resulta irrelevante dirimir la controversia en torno a si éste cumplió o no 20 años de servicio al sector público, pues la entidad convocada a juicio no es la llamada a resolver su aspiración de obtener el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación bajo los preceptos de la Ley 33 de 1985.

Ello, por cuanto durante el tiempo que el demandante ostentó la calidad de servidor público, estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales desde el 17 de enero de 1972 hasta el 15 de noviembre de1991, con algunos interregnos desprovistos de cotización –ver fl.38, razón por la que la obligación de reconocer y pagar la prestación que acá se reclama, conforme las reglas del régimen que precedió la Ley 100 de 1993, ya sea la ley 33 de 1985 o cualquier otro que gobernara el asunto –sea legal o convencional-, seguía estando en cabeza del empleador oficial, habida consideración de que la afiliación del servidor público al régimen de prima media con prestación definida antes de la vigencia de le Ley 100, no habilitaba al trabajador a reclamar las prestaciones del sector público ante el ISS, y tampoco eximía al empleador oficial del pago de las mismas, pues los sistemas de previsión social y el de seguridad social eran distintos, y por ende, el ISS no podía asimilarse a una caja, fondo o entidad de previsión social, tal cual lo ha decantado el órgano de cierre de la especialidad laboral, como se verá más adelante.

Lo anterior sin perjuicio de que la prestación reconocida por el empleador quedara compartida con la de vejez, con cargo a la entidad de seguridad social y reconocida conforme a sus reglamentos, una vez el afiliado reuniera los requisitos para hacerse acreedor de ella, quedando entonces comprometido el empleador únicamente en lo referente al reconocimiento y pago del mayor valor si a él hubiere lugar.

Tal distinción quedó establecida en el Decreto 813 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, cuando en su artículo 5º literal c) dispuso que: “*Cuando el trabajador cumpla los requisitos del régimen que se le venía aplicando, tendrá derecho al reconocimiento y pago de la pensión a cargo de dicho empleador / Reconocida la pensión de jubilación por el empleador, éste continuará cotizando al Instituto de Seguros Sociales, hasta que el trabajador cumpla con los requisitos mínimos exigidos por dicho Instituto para otorgar la pensión de vejez a sus afiliados del régimen de transición. En ese momento el ISS procederá a cubrir dicha pensión siendo de cuenta del empleador únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cubriendo al pensionado (…)”.*

De otra parte, el artículo 6 ibídem determinó la responsabilidad del ISS de asumir el pago de las obligaciones pensionales de los servidores públicos básicamente por defecto de caja, fondo o entidad de previsión social, llámese por ausencia de afiliación a ellas antes de la vigencia del sistema de seguridad social, o por su desaparecimiento por obra de su liquidación, ya fuere antes o después de la vigencia del sistema pensional.

Al respecto, el órgano de cierre de la especialidad laboral, al hacer la distinción entre servidores públicos con afiliación al ISS antes o después de la expedición de la Ley 100 de 1993, puntualizó:

*“(…) Del recuento normativo realizado se colige sin dificultad que en los casos en que el servidor oficial fue afiliado al ISS desde la época en que comenzó la vigencia de los seguros sociales, en fecha cercana a ella, o en todo caso con anterioridad a la Ley 100 de 1993, y se hallaban afiliados cuando entró en vigencia dicha ley 100, la pensión de jubilación se rige por lo previsto en el artículo 45 del Decreto 1748 de 1995 en armonía con lo establecido en el artículo 5º del Decreto 813 de 1994, modificado por el artículo 2º del D.R. 1160 de 1994, es decir, el empleador concederá la pensión en las condiciones previstas en las normas del régimen a que pertenecía el trabajador, con la obligación de seguir cotizando hasta cuando el ISS reconozca la de vejez, momento a partir del cual quedará a cargo del patrono del mayor valor si se llegare a presentar, como de manera clara lo establecen las disposiciones indicadas, sin que haya lugar, en esta específica hipótesis, a la expedición de bono pensional.*

*Esta solución no es extensible a los casos en que la vinculación del trabajador al ISS se produce en el momento en que comenzó la vigencia de la Ley 100 de 1993 o con posterioridad, porque en tales eventos sí se aplica el artículo 5º del Decreto 1068 de 1995 y la pensión puede quedar a cargo del ISS, siempre que se den los supuestos cronológicos previstos en el Decreto 2527 de 2000, surgiendo, ahí sí, para la entidad territorial o de previsión respectiva la obligación de emitir el bono pensional (…)”[[1]](#footnote-1)-.*

Y más recientemente en providencia SL7657 del 31 de mayo de 2017, radicación 48883, cuando sostuvo que:

*“la afiliación facultativa al seguro social de los servidores públicos antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, no les impedía consolidar su derecho pensional a la edad de 55 años, pues no habría razón para que se distinguieran de los demás servidores del Estado por la circunstancia de esa afiliación, porque esto iría en contravía del principio constitucional de igualdad. Sin embargo, ellos debían reclamar esa pensión del sector público al empleador estatal correspondiente, hasta tanto cumplieran los requisitos de número de cotizaciones y la edad de 60 años en el caso de los varones, para que hubiere lugar a la pensión de vejez del Instituto, caso en el cual subsistiría en cabeza del empleador público el mayor valor si lo hubiere.”*

Acorde con lo expuesto, el recurso de apelación interpuesto por el actor no tiene vocación de prosperidad, pues se itera, el derecho del cual se pretende su reconocimiento no está a cargo de la entidad de seguridad social acá demandada, sino del empleador oficial, esto es, la Caja Agraria, hoy liquidada y subrogada en el pago de las obligaciones de origen pensional a su cargo, por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional –FOPEP-, de conformidad con el Decreto 255 de 2000, modificado por el Decreto 2282 de 2003 y posteriormente por el Decreto 2721 de 2008.

Por lo expuesto, se confirmará por razones distintas la sentencia apelada.

Las costas en esta instancia estarán a cargo del recurrente.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 3 del *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. *Confirmar por razones distintas* la sentencia proferida el 27 de julio de 2017, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso de la referencia.
2. Costas en esta instancia a cargo del recurrente.

*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

1. *C.S.J. Sala de Casación Laboral, M.P. Carlos Isaac Náder, sentencia 15 de Agosto de 2006, RADICACIÓN No. 29210. Rev. J y D., Legis, No. 419 p. 1945. Pronunciamiento reiterado el 7 de mayo de 2008.* [↑](#footnote-ref-1)