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 31 de agosto de 2017.

**Radicación No**:66001-31-05-003-2016-00176-01

**Proceso**:Ordinario Laboral

**Demandante**: Myriam Becerra Ocampo

**Demandado:** Colpensiones

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

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

**Tema a tratar: Régimen de transición:** artículo 36 de la Ley 100/93 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. Sin embargo, con posterioridad a dicha norma, se estableció una nueva transitoriedad, contenida en el Acto Legislativo 01 de 2005, mediante el cual se modificó el artículo 48 superior, el cual indicó que el régimen de transición se extendía hasta el 31 de julio de 2010 (parágrafo 4º transitorio), pero que aquellas personas que al momento de entrar a regir dicho acto modificatorio de la Constitución -29 de julio de 2005- contarán con 750 semanas, tendría el beneficio de la transición hasta el año 2014.

AUDIENCIA PÚBLICA:

En Pereira, a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 de Decisión Laboral No. 3 del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el grado jurisdiccional de consulta frente a la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2016 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por *Myriam Becerra Ocampo* contra la *Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.*

IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES

1. *INTRODUCCIÓN*

La demandante pretende que se declare que tiene derecho a la pensión de vejez, pro ser beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y en consecuencia, pide que se condene a la entidad de seguridad social demandada al reconocimiento y pago de dicha prestación a partir del 31 de agosto de 2014, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 ibídem, más las costas del proceso.

Como fundamento a sus pedimentos expone que nació el 15 de agosto de 1953, por lo que al 1º de abril de 1994 tenía más de 40 años de edad; que siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida; que el 23 de diciembre de 2014 presentó ante la entidad demandada la solicitud de pensión de vejez, empero, le fue negada con el argumento de no contar con la densidad de semanas exigidas para el efecto; que su historia laboral refleja mora en el pago de aportes entre el 1º de enero y el 30 de septiembre de 1999; que cotizó un total de 1.010,86 semanas de aportes al sistema en toda su vida laboral, de las cuales 788 lo fueron con antelación al 29 de julio de 2005; que ante la información que le entregó Colpensiones, realizó cotizaciones a través del régimen subsidiado hasta el 31 de julio de 2015, muy a pesar de que cumplió los requisitos para pensión desde el 2014.

Admitida la demanda se corrió traslado a Colpensiones**,** quien dentro del término oportuno allegó respuesta oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, por considerar que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y por ende la entidad no está en la obligación de reconocer y pagar le pensión que reclama.. En su defensa, propuso como excepciones de fondo “Inexistencia de la obligación demandada”, “Prescripción” y “Buena fe”.

1. *SENTENCIA*

El Juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante fallo del 16 de septiembre de 2016, en el que condenó a Colpensiones a reconocer y pagar a la demandante la pensión de vejez, a partir del 1 de enero de 2016, en cuantía igual a un salario mínimo. Así mismo, condenó a la entidad demandada al pago de $5`515.640 a título de retroactivo pensional causado hasta el 31 de agosto de 2016, junto con los intereses de mora a partir de la ejecutoria de la sentencia y hasta el pago efectivo de la obligación. Declaró no probadas las excepciones de fondo propuestas por la entidad; la autorizó para descontar del retroactivo reconocido lo correspondiente al sistema de salud y, condenó en costas a la parte vencida en juicio en un 100%.

Para arribar a tal determinación, la a-quo encontró que la demandante es beneficiaria del régimen de transición estatuido en el artículo 36 de la Ley 100/93, pues al 1º de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad, y tenía más 750 semanas de aportes al sistema, siendo entonces la normatividad aplicable el Acuerdo 049 de 1990, cuyos requisitos encontró satisfechos, pues la actora cumplió 55 años de edad el 15 de agosto de 2008 y reunió más de 1.000 semanas en toda su vida laboral.

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 el problema jurídico en los siguientes términos:

 *¿Tiene el demandante derecho a obtener la pensión de vejez reclamada con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año?*

*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 grado jurisdiccional de consulta , 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 la demandante. 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.

Con posterioridad a dicha norma, se expidió el Acto Legislativo 01 de 2005, mediante el cual se adicionó el artículo 48 Superior, indicando en su parágrafo 4º transitorio que el régimen de transición se extendía hasta el 31 de julio de 2010, salvo para aquellas personas que al momento de entrar en vigor dicho acto modificatorio de la Constitución Política, contaran con 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios, caso en el cual los beneficios transicionales se extenderían hasta el 2014.

En el caso puntual, no milita duda en cuanto a que la demandante es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como quiera que al momento de entrada en vigencia de esta Ley, no sólo contaba con 41 años de edad, pues nació el 15 de agosto de 1953 –ver fl.11-, sino que además contaba con más de 750 semanas de aportes al sistema pensional, tal como consta en la historia laboral allegada por la entidad y que obra a folio 43 del expediente.

Bajo tal escenario, se tiene que la normatividad aplicable a la situación pensional de la actora, no es otra el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, pues aquella siempre prestó sus servicios en el sector privado.

El artículo 12 de la norma en cuestión, establece los presupuestos para acceder a la pensión por vejez, puntualmente dos: (i) que en el caso de los mujeres alcancen los 55 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 se reunió el 15 de agosto de 2008 cuando la demandante arribó a 55 años de edad.

Frente a las cotizaciones, según la historia laboral allegada por la entidad y que a folio 43, se tiene que la actora sufragó hasta el 31 de diciembre de 2014, fecha límite para la extensión del régimen de transición, un total de 985.13 semanas, las cuales resultarían insuficientes para consolidar el derecho pretendido.

No obstante, del análisis pormenorizado del haz informativo se observa que hay lugar a adicionar 21.72 semanas al haber de aportes, por cuanto: (i) en el periodo de agosto a diciembre de 1998 se reportan 16.86 semanas, cuando debieron registrarse 21.42, existiendo entonces una diferencia de 4.56 semanas, pues la mora presunta del empleador en el pago de los ciclos de agosto y septiembre, no puede ser imputada al afiliado como tantas veces lo ha predicado la jurisprudencia del órgano de cierre de esta especialidad laboral[[1]](#footnote-1), pues las entidades de seguridad social cuentan con las acciones de cobro para combatir esa situación, y (ii) los ciclos de marzo, mayo, junio y julio de 1999, que equivalen a 17.14 semanas no fueron contabilizados, pese a que se registra el respectivo pago de los aportes con cargo a la empleadora Nancy Castro identificada con número patronal 31409121.

En ese orden, al sumar las 985.13 semanas que aparecen reportadas en la historia laboral al 31 de diciembre de 2014, con las 21.72 adicionales que no fueron computadas por la entidad, se obtiene un gran total de 1.006,85 semanas, las cuales resultan suficientes para el otorgamiento de la pensión de vejez peticionada, en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, tal como lo indicó la sentenciadora de primer grado.

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[[2]](#footnote-2) 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 en los cuales se presentan situaciones relevantes que permiten deducir la voluntad del afiliado de no seguir cotizando.

Así por ejemplo ha reconocido que la desafiliación al sistema pensional, se puede presentar de manera excepcional ante la falta de reporte de dicha novedad, y se infiere de las circunstancias que rodean cada caso en particular, pues estas disposiciones (arts. 13 y 35 Ado. 049/1990), "*admiten un entendimiento conforme al cual la voluntad del afiliado de no continuar afiliado al sistema, manifestada mediante actos externos, es un parámetro válido para establecer la fecha de inicio de disfrute de la pensión*” (sentencia SL 5603, de 6 de abril 2016).

De allí, entonces, que la ameritada jurisprudencia insiste que “*dicha situación de desafiliación, puede ser igualmente cognoscible mediante otros actos exteriores e inequívocos, como lo puede ser la suspensión definitiva de los aportes o la manifestación expuesta en tal sentido*”.

Así pues, conforme a dicha postura, desde el momento en que reunidos ambos presupuestos (edad y densidad de aportes), el afiliado denota su intención de dejar de cotizar al sistema, se podrá empezar a disfrutar de la pensión de vejez, al configurarse así la desafiliación contenida en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990.

Acorde con lo anterior, la fecha del disfrute de la pensión, en el sub-lite, sería procedente a partir del 1º de enero de 2015, fecha en que la demandante además de haber reunido los requisitos de edad y densidad de semanas exigidas para acceder al derecho, presentó el 23 de diciembre de 2014 la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez, sin que tenga incidencia alguna en este proceso, el hecho de que la demandante hubiese efectuado cotizaciones hasta diciembre de 2015, pues lo hizo inducida por un error de la propia entidad demandada, quien mediante Resolución No 88777 de 2015, le indicó que no tenía la densidad de semanas necesarias para acceder al derecho debiendo seguir cotizando, cuando lo cierto es que a la presentación de la solicitud pensional ya reunía los requisitos exigidos para ello.

No obstante, en vista de que este punto no fue objeto de inconformidad por la parte actora, y que la sentencia se analiza 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 del 1º de enero de 2016.

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

Así las cosas, el valor del retroactivo generado entre el 1° de julio de 2016 y el 31 julio de 2017, es decir, actualizado a la emisión de esta sentencia, asciende a $14`126.921, 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 3 de mayo 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[[3]](#footnote-3), de modo que en el caso puntual, era procedente ordenar el pago de los intereses moratorios a partir del 23 de abril de 2015, pues la reclamación administrativa fue presentada ese día del mes de diciembre de 2014.

Sin embargo, en vista de que la jueza impuso tal condena a partir de la ejecutoria de la sentencia, y que la parte interesada no presentó inconformidad alguna, 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.

 En consecuencia, se confirmará íntegramente la decisión de primer grado.

Sin costas en esta instancia por haberse conocido en consulta.

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. *Confirmar* la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2016 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso de la referencia.
2. Sin costas en esta instancia.

*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

ANEXO

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **AÑO**  | **VALOR DE LA MESADA**  | **No. MESADAS** | **TOTAL**  |
| 2016 | $689.454 | 13 | $8.962.902 |
| 2017 | $737.717 | 7 | $5.164.019 |
| TOTAL  | **$14.126.921** |

1. Sentencia SL 2136 de 2016. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia SL 5603, de 6 de abril 2016 [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencia SL 4985 de 2017 Sala Laboral Corte Suprema de Justicia.

 Sentencia N° 42826 del 16 de octubre de 2012. [↑](#footnote-ref-3)