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 el audio que reposa en la Secretaría de esta Sala.

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia

**Radicación No**:66001-31-05-001-2015-00432-01

**Proceso**:Ordinario Laboral.

**Demandante**: José William Morales Restrepo

**Demandado:** Colpensiones

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

**Tema: PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ – ALTO RIESGO – RÉGIMEN DE TRANSICIÓN -** Ya se había dicho que el Decreto 2090 de 2003, es el que establece cuáles con las actividades de alto riesgo. Dicha normativa, establece en el artículo 3° la pensión especial de vejez para los afiliados al RPM que se dediquen al ejercicio de las mismas.

Así mismo, establece en el artículo 6°, en su inciso 1°, un régimen de transición para aquellas personas que a su entrada en vigencia -28/07/2003-, hubieren: i) cotizado como mínimo 500 semanas de cotización especial, ii) el número mínimo de semanas exigido en la Ley 797/03 para acceder a la pensión de vejez y, en el parágrafo; (iii) cumplir los requisitos especiales señalados en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; es decir, debe cumplir con las exigencias de dos disposiciones diferentes y vigentes en el tiempo, para poder ser beneficiario de la transición.

Al respecto, sostuvo lo a-quo, que conforme a lo señalado por esta Corporación y en atención a lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-663-07, en virtud del principio de favorabilidad, debía aplicarse el régimen de transición que le resultara más benéfico al trabajador, siendo este, el establecido por la Ley 100/93, que señala que a la entrada en vigencia de esa ley, los hombres cuenten con 40 años de edad o 15 años de servicios.

Sin embargo, analizada con detenimiento la sentencia de constitucionalidad citada, la ratio decidendi de la misma, está relacionada con la declaratoria de exequibilidad condicionada del artículo 6° del Decreto 2090/03, en cuanto al requisito de las 500 semanas de “cotización especial”, toda vez que es imposible de cumplir por razones meramente cronológicas; de tal manera que el calificativo de “especial”, debía ser interpretado de la manera más favorable, esto es, permitiendo la contabilización de todas las semanas que pueda acreditar el trabajador efectuadas en cualquier actividad previa a ese decreto, que hubieren sido calificadas jurídicamente como de alto riesgo y no sólo las cotizaciones de carácter “especial” derivadas del Decreto 1281 de 1994; intelección que dista de aquella que afirma que el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100/93, conforme al principio de favorabilidad, debía ser aplicado por ser más benéfico para el trabajador, pues esto solo constituye un dicho de paso en la misma, al traer a colación y a título ilustrativo, un caso hipotético en que un trabajador se viera amparado por ambos regímenes de transición.

Por lo tanto, deben cumplirse todos los requisitos señalados en el artículo 6° del Decreto 2090/03, incluido el de su parágrafo, que se refiere a los requisitos del régimen de transición de la Ley 100/93.

En el caso concreto, el señor José William Morales Restrepo, según el contenido de las distintas historias laborales que reposan en el expediente, para el 28/07/2003 , contaba con 1750,06 semanas cotizadas, las que lo fueron en virtud de la actividad desempeñada en la Vidriera de Caldas S.A., de la cual ya se dijo que había quedado acreditada que era de alto riesgo, con lo cual cumple con las exigencias del inciso 1° del artículo 6 del Decreto 2090/03, para ser beneficiario del régimen de transición.

Ahora, la transición del artículo 36 de la Ley 100/93, se obtiene por acreditar 15 años de servicios o 40 años de edad en el caso de los hombres o 35 años en el caso de las mujeres, al 01/04/1994.

Bien. Para esa calenda, el señor José William Morales tenía 1.303,53 semanas cotizadas, por lo que es evidente que accedió al beneficio de transición, el cual no se vio afectado con el traslado que realizó al RAIS, como lo sugiere la apoderada de Colpensiones en su alzada; por las razones que se explicaran a continuación.

El artículo 9° del Decreto 2090 de 2003, reguló las reglas que definían lo atinente al traslado del RAIS al RPM para los trabajadores que desempeñaban actividades de alto riesgo y señaló que el mismo debía darse dentro de los 3 meses siguientes a la fecha de su publicación, que lo fue el 28/07/2003, pero con el fin de no exigírseles el término de permanencia señalado en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100/93, modificado por el artículo 2° de la Ley 797/03 y tampoco que se hiciera cuando les faltare más de 10 años para arribar a la edad mínima para pensionarse; por lo que en principio podría tener razón la recurrente.

Sin embargo, esa norma fue objeto de estudio de constitucionalidad y la Corte, la declaró la exequible , bajo el entendido que a) el plazo de tres (3) meses se contará a partir de la comunicación de la presente sentencia ; y b) la persona que ejerza la opción, puede aportar voluntariamente los recursos adicionales necesarios en el evento de que el ahorro en el régimen de ahorro individual con solidaridad sea inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso de que hubiere permanecido en el régimen de prima media, como se advirtió en la sentencia C-789 de 2002.

Así mismo, dispuso en esa providencia, lo que reiteró en las sentencias SU-062/2010, SU-130/2013 y SU-856/2013, que el referido canon no había establecido la imposibilidad de trasladarse de régimen pensional una vez vencido el plazo de los tres meses, sino la posibilidad de trasladarse durante ese interregno sin la necesidad de acreditar el tiempo de permanencia mínimo de 5 años en el régimen pensional –RAIS-; dicho en otras palabras, las personas que pretendan retornar al RPM con posterioridad al 28/04/2009 –fecha de comunicación de la sentencia de constitucionalidad-, deben demostrar la permanencia en el RAIS por 5 años y que les falta más de 10 años para cumplir la edad mínima para acceder a la pensión especial de vejez, salvo que al 01/04/1994, tuvieran más de 15 años de servicios cotizados.

Según lo manifestado en los hechos 8.2 y 8.3. del libelo y que concuerda con el contenido de las historias laborales, el señor José William Morales Restrepo estuvo vinculado en el RAIS desde el 01/11/1999 al 31/08/2010 y retornó al RPM a partir del 01/09/2010.

De lo anterior se concluye que se trasladó nuevamente al otrora ISS por fuera del límite establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-030-09, de tal manera que debía acreditar los requisitos antes determinados, el primero de ellos, la permanencia en el RAIS por 5 años, que los superó ampliamente, como quiera que estuvo 10 años y 9 meses; el segundo, que al momento del traslado –septiembre de 2010-, le faltaran más de 10 años para pensionarse, si bien no lo cumple, como quiera que su derecho pensional lo causaría en el año 2015, al cumplir los 60 años de edad; dicha falencia se supera porque al 01/04/1994, sobrepasaba los 15 años de servicios, pues como se indicó tenía 1.303,53 semanas, que equivalen a algo más de 25 años.

Siendo así las cosas, el demandante no perdió la calidad de beneficiario del régimen de transición, pese al traslado que efectuó del RPM al RAIS y su posterior retorno a aquel, por lo que logra acreditar todas las exigencias del canon 6° del Decreto 2090/03, para analizar su prestación con base en la normativa anterior, que bien puede ser el Decreto 1281 de 1994 –por ser la norma inmediatamente anterior- o el Acuerdo 049/90, al que se puede acudir, por ser también beneficiario de la transición establecida en el artículo 8° del Decreto 1281/94 ; pero en relación con los requisitos para acceder a la prestación y la forma de determinar el monto de la mesada pensional las exigencias del Decreto 049/90 le resultan más favorables, por lo que será este el que se aplicará.

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**AUDIENCIA PÚBLICA**

En Pereira, a (19) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), siendo las diez de la mañana (10:00 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 y el recurso de apelación respecto de la sentencia proferida el 09 de septiembre de 2016 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve el señor **José William Morales Restrepo** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES,** radicado al N° 66001-31-05-001-2015-00432-01**.**

**Registro de asistencia:**

Demandante y su apoderado:

Administradora Colombiana de Pensiones y su apoderado:

**Traslado a las partes**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos, de conformidad con lo establecido por el artículo 13 de la Ley 1149/07.

**ANTECEDENTES:**

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

El señor José William Morales Restrepo solicita que se declare que: (i) laboró para la Vidriera de Caldas S.A. –hoy liquidada- entre el 02/03/1969 al 30/04/1974 y del 18/05/1974 al 14/08/2012 -sic-, realizando labores en condiciones de alto riesgo – clasificación IV, esto es, temperaturas superiores al 1.700 grados centígrados y expuesto a agentes cancerígenos; (ii) cotizó para los riesgos de IVM al ISS entre 02/03/1969 al 30/04/1974, 18/05/1974 al 31/10/1999 y del 01/09/2010 al 14/08/2012.

Como consecuencia de lo anterior, se condene a Colpensiones a reconocerle la pensión especial de vejez, con base en el artículo 15 del Acuerdo 049/90, en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 8 del Decreto Ley 1281/94, a partir del 18/08/1999 –fecha en que cumplió requisitos-, pero con fecha de efectividad del 22/01/2011; el retroactivo correspondiente; los intereses moratorios y las costas del proceso.

Fundamenta sus aspiraciones en que: (i) nació el 18/08/1955, por lo que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 58 años de edad cumplidos –sic-; (ii) laboró como operario de planta (archero y recortador) en la Vidriera de Caldas S.A. entre 02/03/1969 al 30/04/1974 y del 18/05/1974 al 14/08/2012; (iii) para el cumplimiento del objeto social de la empresa debía hacerse uso de horno de gas, arena de sílice y asbesto o amianto; (iv) el cumplimiento de las labores del demandante, implicaron el sometimiento continuo a altas temperaturas, inhalación de óxido de silicio o dióxido de silicio y asbesto.

(v) Cotizó para los riesgos de IVM, a través de su empleador al ISS, en los periodos 02/03/1969 al 30/04/1974 y del 18/05/1974 al 31/10/1999 y a la AFP ING Pensiones y Cesantías del 01/11/1999 al 31/08/2010 y, regresó nuevamente al ISS del 01/09/2010 hasta la fecha de su retiro, el 14/08/2012; para un total de 11.898 días o 1.699 semanas; (vi) con la implementación del Sistema General de Riesgos Labores, la empresa le cotizó para cubrir el riesgo tipo IV, ante las ARP del ISS, Previsora Vida S.A. y Positiva Compañía de Seguros S.A.

(vii) El 22/01/2014 solicitó a Colpensiones el reconocimiento de la pensión especial de vejez, pero le fue negada mediante Resolución N° GNR 212695 de 2014, bajo dos argumentos: a) el no pago del porcentaje adicional en la cotización, establecido en el Decreto 2090/03 y, b) no acreditar la densidad de semanas de cotización requeridas con anterioridad a esa normativa.

(viii) La empresa Vidriera de Caldas S.A. inició proceso de liquidación el 14/08/2012 y el 28/11/2013 se ordenó la cancelación de su matrícula mercantil.

La **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-,** se opuso a todas las pretensiones de la demanda y como razones de defensa expresó que el actor no cumple con los requisitos establecidos en el Decreto 2090/03 para acceder a la prestación reclamada, según se le había informado cuando se expidió la Resolución GNR 212695 de 2014, por lo que solo puede acceder a la indemnización sustitutiva. Propuso como excepciones de mérito las que denominó “Inexistencia de la obligación demandada” y “Prescripción”.

1. **Síntesis de la sentencia**

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, declaró que entre el actor y la Vidriera de Caldas S.A., había existido un contrato de trabajo en los periodos referidos en la demanda y que la labor que ejecutó era de alto riesgo. Así mismo, declaró que era beneficiario del régimen de transición y en consecuencia, le aplicó el Acuerdo 049/90, normativa bajo la cual le reconoció la pensión especial de vejez, a partir del 22/01/2014, en cuantía de $778.628 y a razón de 14 mesadas anuales. Condenó a la demanda al reconocimiento de los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia y al pago de las costas procesales.

Para arribar a la anterior conclusión, expresó que conforme las certificaciones emitidas por la empleadora -fls. 73 y 24-, la información reportada en la historia laboral emitida por Colpensiones –fls. 169 a 178- y la prueba testimonial, la parte actora había logrado acreditar que laboró en la Vidriera de Caldas S.A. ejecutando labores de alto riesgo en el área de producción de la misma, porque estaba expuesto a las altas temperaturas de los hornos, al asbesto porque en ese material estaban hechos los utensilios de protección y, a la arena de sílice porque era uno de los materiales con que se elaboraba el vidrio.

Manifestó que según el Decreto 049/90, para acceder a la pensión especial de vejez, se requiere tener 60 años de edad, pero la misma se disminuirá en un año por cada 50 semanas adicionales a las primeras 750 cotizadas.

De tal manera que como el actor nació el 28/08/1955, con las semanas cotizadas a agosto de 1999 -*1.562*-, podría pensionarse con 41 años, los que cumplió en 1996 –sic-; no obstante, como para el momento en que cumplió tales requisitos ya estaba vigente el Decreto 1281/94, que derogó tácitamente el anterior, sería aquella la norma aplicable.

Pero, como la solicitud de reconocimiento pensional fue presentada cuando estaba vigente el Decreto 2090/03, es esta la normativa que debe aplicarse, la que en el artículo 6°, previó un régimen de transición, que debía concordarse con el establecido en el artículo 36 de la Ley 100/93.

Al respecto indicó, que ha sido decantado por esta Corporación[[1]](#footnote-1), que cuando una persona es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100/93, como el previsto por el Decreto 2090/03, por principio de favorabilidad, debe aplicarse el primero. Beneficio que obtuvo, por contar con más de 15 años de servicios al 01/04/1994, sin que haya sido afectado por el traslado que efectuó al RAIS, porque este se presentó cuando ya tenía cumplidos los requisitos y por lo tanto, causado el derecho a su favor y, porque cumplió con las condiciones descritas en las sentencias C-789/02 y C-1024/04, esto es, más de 15 años de servicios al 01/04/1994 y trasladó todo sus ahorros con los respectivos rendimientos; requisitos que por demás fueron recogidos por el legislador en el Decreto 3800/03, artículo 3°.

Pese a que la pensión se había causado desde el año 1999, dispuso el reconocimiento de la prestación a partir del 22/01/2014, pues ante la omisión en el reporte de la novedad de retiro, debía atenderse circunstancias externas que así lo demostraran y, para ese momento el actor ya había efectuado su último aporte –septiembre/2010- y presentó la reclamación administrativa.

El IBL, lo determinó con base en el promedio de los salarios devengados en los últimos 10 años, por ser más favorables y obtuvo la suma de $865.142, al que al aplicarle una tasa de reemplazo del 90% le generó un valor de $778.628 como monto de la mesada pensional para el 22/01/2014.

Liquidó el retroactivo con base en 14 mesadas, por haberse causado la pensión con anterioridad al 31/07/2010 –acto legislativo-, el que calculado hasta el 09/09/2016, le generó $30´004.768.

Por último, ordenó el reconocimiento de los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, porque la negativa de Colpensiones se excusaba en el incumplimiento de los requisitos establecidos en el Decreto 2090/03 y, la orden se emitió en aplicación de una interpretación constitucional favorable, acudiendo al Acuerdo 049/90.

**3. Síntesis del recurso de apelación**

Inconforme con lo decidido, la apoderada judicial de Colpensiones interpuso recurso de apelación y argumentó que debe analizarse de nuevo si el actor es beneficiario del régimen de transición, toda vez que si bien el Juzgado analizó los argumentos establecidos en las sentencias SU-062, SU-130 y SU-789 de 2002, era necesario también verificar lo establecido en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100/93, modificado por el artículo 2° de la 797/03; porque en el detalle de afiliación del demandante, reposa el traslado al RAIS y su regreso al RPM en el año 2010, toda vez que no se realizó el traslado dentro de los 3 meses siguientes a la publicación del Decreto[[2]](#footnote-2) -*28/07/2003*-.

**4. 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. ¿Logró acreditar el señor José William Morales Restrepo, que desempeñó funciones calificadas como de alto riesgo en la empresa Vidriera de Caldas?

1.2. ¿El señor José William Morales Restrepo es beneficiario del Régimen de Transición o lo perdió al haberse trasladado al RAIS, pese de haber retornado al mismo?

1.3. ¿Logró el demandante acreditar los requisitos necesarios para acceder a la Pensión especial de vejez que solicita?

1.4. En caso positivo, ¿A partir de qué fecha procede el disfrute de la pensión de vejez del actor y, por ende, el correspondiente retroactivo?

1.5. ¿Son procedentes los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en caso afirmativo, desde cuándo?

1. **Solución a los interrogantes planteados**

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

**2.1. De las actividades de alto riego**

**2.1.1. Fundamento jurídico**

El Decreto 2090 de 2003, en el artículo 2, enlista cuáles son las actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores, entre las cuales, en los numerales 2° y 4°, se encuentran aquellas que impliquen la exposición a altas temperaturas y a sustancias comprobadamente cancerígenas, respectivamente.

En relación con la acreditación, que de tales actividades debe realizar quien pretenda acceder a la pensión especial de vejez, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha definido que es deber demostrar que efectivamente se estaban ejecutando tales funciones y no limitarse a acreditar que la empresa donde las ejercía se encontraba clasificada como de alto riesgo[[3]](#footnote-3), así como que el funcionario judicial puede darla por demostrada a través de cualquier medio probatorio que le permita una libre formación de su convencimiento[[4]](#footnote-4).

**2.1.2. Fundamento fáctico**

Se encuentra suficientemente probado que el señor José William Morales Restrepo laboró en la empresa Vidriera de Caldas S.A., sociedad que se dedicaba a la elaboración de vidrio[[5]](#footnote-5), según consta en las certificaciones laborales expedidas por ella a folios 23, 24 y 25 del cd. 1, en los periodos del 02/03/1969 al 30/04/1974 y del 18/05/1974 en adelante y hasta por lo menos el mes de junio de 2010, cuando fueron expedidas.

Asimismo, que sus funciones fueron las de archero entre los años 1974 a 1976 y de recortador desde el año 1977 en adelante.

Por su parte, los testigos escuchados a instancia del demandante[[6]](#footnote-6) -*todos trabajadores en la referida sociedad-*, indicaron unánimemente que él laboró en el área de producción, como archero y recortador, lugar donde se encontraban ubicados los hornos, los que manejaban altísimas temperaturas para poder fundir la arena de sílice que se utilizaban para la elaboración del vidrio, y que los ventiladores que existían para reducir el calor, dispersaban por todo el lugar ese material; expresaron también que estaba en contacto con el asbesto porque para el desempeño de su función como recortador, debía utilizar elementos de protección hechos en ese material.

Declaraciones que valoradas bajo las reglas de la sana crítica, especialmente las reglas de la ciencia, merecen credibilidad, dado que la fabricación y producción del vidrio se hace en un reactor de fusión, en donde se calienta una mezcla que casi siempre consiste en arena silícea (arcillas) y óxidos metálicos secos pulverizados o granulados. En el proceso de la fusión (paso de sólido a líquido) se forma un líquido viscoso y la masa se hace transparente y homogénea a temperaturas mayores a 1 000ºC[[7]](#footnote-7).

Así las cosas se demostró que el demandante estaba expuesto a arena de sílice y asbesto, las que han sido consideradas como sustancias generadoras de cáncer[[8]](#footnote-8) y, además su trabajo lo realizaba sometido a altas temperaturas; por lo cual se probó que la labor desarrollada en la Vidriera de Caldas S.A., fue una actividad de alto riesgo, al estar ésta considerada de esta forma en el artículo 2° del Decreto 2090 de 2003 y, consecuente con ello, puede acceder a la pensión especial de vejez, por lo que se abordará el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley.

**2.2. De la pensión especial de vejez derivada por el ejercicio de actividades de alto riesgo – Régimen de Transición**

**2.2.1 Fundamento jurídico**

Ya se había dicho que el Decreto 2090 de 2003, es el que establece cuáles con las actividades de alto riesgo. Dicha normativa, establece en el artículo 3° la pensión especial de vejez para los afiliados al RPM que se dediquen al ejercicio de las mismas.

Así mismo, establece en el artículo 6°, en su inciso 1°, un régimen de transición para aquellas personas que a su entrada en vigencia -28/07/2003-, hubieren: *i)* cotizado como mínimo 500 semanas de cotización especial, ii) el número mínimo de semanas exigido en la Ley 797/03 para acceder a la pensión de vejez y, en el parágrafo; (iii) cumplir los requisitos especiales señalados en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; es decir, debe cumplir con las exigencias de dos disposiciones diferentes y vigentes en el tiempo, para poder ser beneficiario de la transición.

Al respecto, sostuvo lo a-quo, que conforme a lo señalado por esta Corporación[[9]](#footnote-9) y en atención a lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-663-07, en virtud del principio de favorabilidad, debía aplicarse el régimen de transición que le resultara más benéfico al trabajador, siendo este, el establecido por la Ley 100/93, que señala que a la entrada en vigencia de esa ley, los hombres cuenten con 40 años de edad o 15 años de servicios.

Sin embargo, analizada con detenimiento la sentencia de constitucionalidad citada, la *ratio decidendi* de la misma, está relacionada con la declaratoria de exequibilidad condicionada del artículo 6° del Decreto 2090/03, en cuanto al requisito de las 500 semanas de “cotización especial”, toda vez que es imposible de cumplir por razones meramente cronológicas; de tal manera que el calificativo de “especial”, debía ser interpretado de la manera más favorable, esto es, permitiendo la contabilización de todas las semanas que pueda acreditar el trabajador efectuadas en cualquier actividad previa a ese decreto, que hubieren sido calificadas jurídicamente como de alto riesgo y no sólo las cotizaciones de carácter “especial” derivadas del Decreto 1281 de 1994; intelección que dista de aquella que afirma que el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100/93, conforme al principio de favorabilidad, debía ser aplicado por ser más benéfico para el trabajador, pues esto solo constituye un dicho de paso en la misma, al traer a colación y a título ilustrativo, un caso hipotético en que un trabajador se viera amparado por ambos regímenes de transición.

Por lo tanto, deben cumplirse todos los requisitos señalados en el artículo 6° del Decreto 2090/03, incluido el de su parágrafo, que se refiere a los requisitos del régimen de transición de la Ley 100/93.

En el caso concreto, el señor José William Morales Restrepo, según el contenido de las distintas historias laborales que reposan en el expediente, para el 28/07/2003[[10]](#footnote-10), contaba con 1750,06 semanas cotizadas, las que lo fueron en virtud de la actividad desempeñada en la Vidriera de Caldas S.A., de la cual ya se dijo que había quedado acreditada que era de alto riesgo, con lo cual cumple con las exigencias del inciso 1° del artículo 6 del Decreto 2090/03, para ser beneficiario del régimen de transición.

Ahora, la transición del artículo 36 de la Ley 100/93, se obtiene por acreditar 15 años de servicios o 40 años de edad en el caso de los hombres o 35 años en el caso de las mujeres, al 01/04/1994.

Bien. Para esa calenda, el señor José William Morales tenía 1.303,53 semanas cotizadas, por lo que es evidente que accedió al beneficio de transición, el cual no se vio afectado con el traslado que realizó al RAIS, como lo sugiere la apoderada de Colpensiones en su alzada; por las razones que se explicaran a continuación.

El artículo 9° del Decreto 2090 de 2003, reguló las reglas que definían lo atinente al traslado del RAIS al RPM para los trabajadores que desempeñaban actividades de alto riesgo y señaló que el mismo debía darse dentro de los 3 meses siguientes a la fecha de su publicación, que lo fue el 28/07/2003, pero con el fin de no exigírseles el término de permanencia señalado en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100/93, modificado por el artículo 2° de la Ley 797/03 y tampoco que se hiciera cuando les faltare más de 10 años para arribar a la edad mínima para pensionarse; por lo que en principio podría tener razón la recurrente.

Sin embargo, esa norma fue objeto de estudio de constitucionalidad y la Corte, la declaró la exequible[[11]](#footnote-11), bajo el entendido que **a) el plazo de tres (3) meses se contará a partir de la comunicación de la presente sentencia**[[12]](#footnote-12)**; y b) la persona que ejerza la opción, puede aportar voluntariamente los recursos adicionales necesarios en el evento de que el ahorro en el régimen de ahorro individual con solidaridad sea inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso de que hubiere permanecido en el régimen de prima media, como se advirtió en la sentencia C-789 de 2002.**

Así mismo, dispuso en esa providencia, lo que reiteró en las sentencias SU-062/2010, SU-130/2013 y SU-856/2013, que el referido canon no había establecido la imposibilidad de trasladarse de régimen pensional una vez vencido el plazo de los tres meses, sino la posibilidad de trasladarse durante ese interregno sin la necesidad de acreditar el tiempo de permanencia mínimo de 5 años en el régimen pensional –RAIS-; dicho en otras palabras, las personas que pretendan retornar al RPM con posterioridad al 28/04/2009 *–fecha de comunicación de la sentencia de constitucionalidad-*, deben demostrar la permanencia en el RAIS por 5 años y que les falta más de 10 años para cumplir la edad mínima para acceder a la pensión especial de vejez, salvo que al 01/04/1994, tuvieran más de 15 años de servicios cotizados**.**

Según lo manifestado en los hechos 8.2 y 8.3. del libelo y que concuerda con el contenido de las historias laborales, el señor José William Morales Restrepo estuvo vinculado en el RAIS desde el 01/11/1999 al 31/08/2010 y retornó al RPM a partir del 01/09/2010.

De lo anterior se concluye que se trasladó nuevamente al otrora ISS por fuera del límite establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-030-09, de tal manera que debía acreditar los requisitos antes determinados, el primero de ellos, la permanencia en el RAIS por 5 años, que los superó ampliamente, como quiera que estuvo 10 años y 9 meses; el segundo, que al momento del traslado –*septiembre de 2010*-, le faltaran más de 10 años para pensionarse, si bien no lo cumple, como quiera que su derecho pensional lo causaría en el año 2015, al cumplir los 60 años de edad; dicha falencia se supera porque al 01/04/1994, sobrepasaba los 15 años de servicios, pues como se indicó tenía 1.303,53 semanas, que equivalen a algo más de 25 años.

Siendo así las cosas, el demandante no perdió la calidad de beneficiario del régimen de transición, pese al traslado que efectuó del RPM al RAIS y su posterior retorno a aquel, por lo que logra acreditar todas las exigencias del canon 6° del Decreto 2090/03, para analizar su prestación con base en la normativa anterior, que bien puede ser el Decreto 1281 de 1994 –*por ser la norma inmediatamente anterior-* o el Acuerdo 049/90, al que se puede acudir, por ser también beneficiario de la transición establecida en el artículo 8° del Decreto 1281/94[[13]](#footnote-13); pero en relación con los requisitos para acceder a la prestación y la forma de determinar el monto de la mesada pensional las exigencias del Decreto 049/90 le resultan más favorables, por lo que será este el que se aplicará.

**2.3. De los requisitos para acceder a la pensión especial de vejez conforme al Acuerdo 049/90 y la fecha de disfrute**

**2.3.1. Fundamento jurídico**

El artículo 15 del Acuerdo 049/90, dispone que la edad para acceder a la pensión de vejez, que según el artículo 12 *ibídem* es de 60 años en el caso de los hombres, se disminuye en 1 año por cada 50 semanas cotizadas con posterioridad a las primeras 750 de forma continua o discontinua para las personas que ejecuten, entre otras, actividades a altas temperaturas o con exposición a sustancias cancerígenas.

El citado artículo 12, exige igualmente tener como mínimo 1.000 semanas de cotización.

De conformidad con lo establecido en este último canon y el 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[[14]](#footnote-14), 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[[15]](#footnote-15).

**2.3.2. Fundamento fáctico**

Conforme al contenido de la historia laboral –*fl. 169 y s.s. del cd. 1*-, se tiene que el actor en toda su vida laboral, es decir, hasta septiembre de 2010, registra un total de 2.122,78 semanas cotizadas, es decir, que supera en 1.372,78 las primeras 750 cotizadas, que en virtud de simples operaciones aritméticas, le disminuirían la edad, incluso en un número mayor al que requería para ese momento; pero como la última cotización, se itera, la realizó en el mes de agosto de 2010 y elevó la solicitud de reconocimiento pensional el 22/01/2014, conforme se expresa en la Resolución N° GNR 212695 del 11/06/2014 –fl. 48-; desde la última cotización realizada podría entenderse que se configuró la desafiliación del sistema en términos jurisprudenciales, por ser ese el acto externo indicativo de tal voluntad y, consecuente con ello, tendría derecho al disfrute de la pensión a partir del 01/09/2010, cuando tenía 55 años de edad.

Sin embargo, como la jueza de primer grado determinó que lo era a partir del 22/01/2014 y ese aspecto no fue motivo de apelación por la parte actora y la decisión por ella adoptada se revisa en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de Colpensiones y la alzada presentada por esa misma entidad frente a otro talante, no es posible modificarla y por lo tanto, permanecerá incólume.

**2.5. De la asignación de la tasa de reemplazo y la determinación del IBL**

**2.5.1. Fundamento jurídico**

Para los beneficiarios del régimen de transición que se pensionaron bajo el régimen establecido en el Acuerdo 049/90, conforme al artículo 20, la tasa de reemplazo cuando se superan las 1250 semanas debe ser equivalente al 90% del IBL.

Ahora, el artículo 8° Decreto 1281/94[[16]](#footnote-16), establece que el IBL para aquellas personas que al 02 de junio de 1994, les faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuese superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida al DANE.

Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia del presente decreto, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio delo devengado en los dos (2) últimos años.

**2.5.2. Fundamento fáctico:**

De entrada debe decirse que como el actor supera las 1.250[[17]](#footnote-17) semanas de cotización, conforme al artículo 20 del Decreto 758/90, tiene derecho a una tasa de reemplazo equivalente al 90%, aspecto que no ofrece ninguna discusión.

Conforme a la copia del registro civil de nacimiento –fl. 22-, el demandante, nació el 18/08/1955, lo que significa que a la entrada en vigencia del Decreto 1281/94, esto es, el 2 de junio de 1994, contaba con 38 años de edad cumplidos, faltándole mucho más de 10 años para arribar a la edad requerida para acceder a la subvención por vejez, por lo que su IBL, debe obtenerse con el promedio de los salarios devengados en toda su vida y no el de los últimos 10 años, pues esta posibilidad no está prevista en el régimen de transición, por el cual se acude al Acuerdo 049/90.

Conforme con lo anterior, según la liquidación que hace parte integral del acta que se suscriba con ocasión de esta diligencia, una vez hecho el cálculo pertinente, se tiene que para el 22/01/2014, su IBL es de $569.101, que al extraérsele el 90% de la tasa de reemplazo aplicable, arroja una primera mesada pensional por valor de $512.191, que al resultar inferior al SMLMV[[18]](#footnote-18), debe ser ajustado a ese monto.

En este orden de ideas, se genera como retroactivo pensional desde el 22/01/2014 y el 30/08/2017 un total de $33´487.029, el cual fue liquidado con base en 14 mesadas anuales, de conformidad con lo establecido en el parágrafo 6° del Acto Legislativo 01 de 2005, por haber causado el derecho con anterioridad al 31/07/2011.

Respecto de la suma anterior, se autorizará a la entidad demandada a realizar los descuentos correspondientes por concepto de aportes a salud.

No se efectuaran disquisiciones referentes a la procedencia de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, como quiera que podría modificarse el momento determinado por la primera instancia, lo que no resulta posible por el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la demandada.

No está llamada a prosperar la excepción de prescripción como quiera que entre la fecha determinada como disfrute de la pensión del actor y la de presentación de la demanda -14/08/2015-, conforme al acta individual de reparto, visible a folio 67, no transcurrieron más de 3 años que prevé el artículo 151 del C.P.L.

**CONCLUSIÓN**

Conforme con lo expuesto, se confirmará la decisión de primer grado, salvo los numerales tercero y cuarto que se modificará con el objeto de precisar el monto de la pensión y actualizar la condena por concepto de retroactivo pensional liquidado hasta el 31/08/2017.

Costas en esta instancia a cargo de la entidad demandada y a favor del señor José William Morales Restrepo, al no prosperar la alzada.

**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 09 de septiembre de 2016 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por el señor **José William Morales Restrepo** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión, salvo los numerales tercero y cuarto, que quedará así:

*“TERCERO: DECLARAR que el señor José William Morales Restrepo, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-, de manera efectiva desde el 22/01/2014, en cuantía de $616.000, la cual deberá ser incrementada anualmente conforme lo determine el Gobierno Nacional, con derecho a 14 mesadas pensionales por año.*

*CUARTO: ORDENAR, como consecuencia de la anterior decisión, que la demandada Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES, proceda a efectuar el reconocimiento y pago a favor del demandante del retroactivo pensional, correspondiente a las mesadas causadas desde el 22/01/2014 al 31/08/2017 por la suma de $33´487.029, sin perjuicio de las que se causen a futuro.*

**SEGUNDO:** Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y a favor de la parte actora, por lo expuesto.

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 1 – LIQUIDACIÓN IBL*





*ANEXO 2 – LIQUIDACIÓN RETROACTIVO*

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **IPC (Var. Año anterior)** | **Desde** | **Hasta** | **Causadas** | **Valor mesada** |  **Mesadas por año**  |
| 3,66 | 22-ene-14 | 31-dic-14 | 13,27 |  $ 616.000  |  $ 8.174.320  |
| 6,77 | 01-ene-15 | 31-dic-15 | 14,00 |  $ 644.350  |  $ 9.020.900  |
| 5,75 | 01-ene-16 | 31-dic-16 | 14,00 | $ 689.454 |  $ 9.652.356  |
| 0,00 | 01-ene-17 | 31-ago-17 | 9,00 |  $ 737.717  |  $ 6.639.453  |
| TOTAL RETROACTIVO |  |  |  |  $ 33.487.029  |

*OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA*

*Magistrada*

1. M.P. Francisco Javier Tamayo Tabares. Radicado 2013-00375 del 14/05/2015 [↑](#footnote-ref-1)
2. Debe entenderse que es el Decreto 2090/2003, en su artículo 9. [↑](#footnote-ref-2)
3. M.P. Dolly Amparo Caguasango, SL.10549. Radicación N° 55643 del 19/07/2017. Sala de Descongestión N° 1. [↑](#footnote-ref-3)
4. M.P. Giovanni Francisco Rodríguez Jiménez. SL11207-2017. Radicación N.° 50666 del 26/07/2017. Sala de Descongestión N° 4. [↑](#footnote-ref-4)
5. Según se desprende de la certificación emitida por Positiva Compañía de Seguros S.A. –fl. 30-, en la que certifica que esa empresa se encontraba afiliada en riesgos profesionales y su actividad principal es la fabricación de vidrio y de productos de vidrio, emplomados y vitrales. [↑](#footnote-ref-5)
6. Señores Ulmahier Grajales Parra, Fernando Gil Henao, Nelson de Jesús Sánchez Chaverra y Jairo Hernando Henao Vasco [↑](#footnote-ref-6)
7. http://bibliotecadigital.ilce.edu.mx/sites/ciencia/volumen3/ciencia3/137/html/sec\_4.html [↑](#footnote-ref-7)
8. <http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTecnicas/NTP/Ficheros/821a921/890w.pdf>

 <https://www.cancer.gov/espanol/cancer/causas-prevencion/riesgo/sustancias/asbesto/hoja-informativa-asbesto> [↑](#footnote-ref-8)
9. M.P. Francisco Javier Tamayo Tabares. Rad. 2013-00375 del 14/05/2015 [↑](#footnote-ref-9)
10. Cuando entró en vigencia el Decreto 2090/03. [↑](#footnote-ref-10)
11. C-030-2009 [↑](#footnote-ref-11)
12. Comunicado de Prensa No. 02 de 28 de enero de 2009 [↑](#footnote-ref-12)
13. Pues al 02/06/1994, tenía más de 15 años de servicios [↑](#footnote-ref-13)
14. 47236 del 6 de abril de 2016, con ponencia de la doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo [↑](#footnote-ref-14)
15. 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-15)
16. Norma de la cual el demandante es beneficiario, en virtud de la transición del Decreto 2090/03 [↑](#footnote-ref-16)
17. Tiene 2.122,78 hasta el 30/09/2010 [↑](#footnote-ref-17)
18. Que para el año 2014 era de $616.000, conforme al Decreto 3068 de 2013, expedido por el Gobierno Nacional [↑](#footnote-ref-18)