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.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia, 12 de julio de 2018

Radicación No: 66001-31-05-004-2016-00257-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Gilberto Marín Cadavid

Demandado: Colpensiones, Protección S.A. y Frisby S.A.

Juzgado de origen: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira.

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**Temas: PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR APORTES / RETORNO AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA / REQUISITOS PARA CONSERVAR RÉGIMEN DE TRANSICIÓN / ACREDITADOS / ACUMULACIÓN DE TIEMPOS EN SECTOR PÚBLICO Y PRIVADO / LEY 71 DE 1988 / CUMPLE REQUISITOS /**

En materia de traslado de régimen pensional, particularmente, respecto de los beneficiarios del régimen de transición, se tiene conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, entre otras, las sentencias SU 130 de 2013, C-789 y 1024 del 2002 y 2004, que sólo pueden retornar al régimen de prima media con prestación definida, en cualquier tiempo, y conservar los beneficios de la transición, quienes cumplan los siguientes requisitos:

(i) Tener 15 años o más de servicios cotizados a la entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social en pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, conforme a lo dispuesto en el artículo 151 del mismo estatuto.

(ii) Trasladar al régimen de prima media todo el ahorro que hayan efectuado en el régimen de ahorro individual

(iii) Que el ahorro hecho en el régimen de ahorro individual no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.

A propósito de este último requisito, cabe indicar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL6438 de 2015, estableció que el requisito de equivalencia de los aportes no puede exigirse para recuperar el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100/93, fundamentalmente porque el legislador no estableció este requisito para que las personas pudieran acceder a su pensión de vejez conforme al régimen de transición.

(…)

De modo que, no se equivocó la sentenciadora de primer grado al establecer que el actor tenía derecho a retornar al régimen de prima media en cualquier tiempo y conservar los beneficios del régimen de transición que prevé el artículo 36 de la Ley 100 de 1994, el cual valga decir, se le extendió hasta el 31 de diciembre de 2014, por cumplir el condicionamiento exigido en el Acto Legislativo 01/2005.

Atendiendo lo anterior, la solicitud de pensión del demandante debe estudiarse, con apoyo en La Ley 71 de 1988, norma que le es aplicable por transición, por ser la primera que autorizó para efectos pensionales la acumulación de tiempos tanto del sector público como del privado.

(…)

En cuanto al disfrute pensional, el mismo procede a partir del 9 de septiembre de 2014, calenda en que el actor alcanzó la edad mínima, ya tenía reunido el tiempo de servicios exigido, y además, estaba desafiliado del sistema pensional, dado que la última cotización correspondió al ciclo de enero de 2012, amén de que había presentado la solicitud de pensión ante Colpensiones el 15 de junio de 2015, siendo ésos actos externos una manifestación expresa e inequívoca de la voluntad del afiliado de desafiliarse definitivamente del sistema y disfrutar del beneficio pensional, en los términos del órgano de cierre de esta especialidad laboral .

***ORALIDAD***

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los doce (12) días del mes de julio de dos mil dieciocho (2018), siendo las nueve de la mañana (9:00 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia las magistradas y el suscrito magistrado de la Sala Laboral No.4 del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto tramitar el grado jurisdiccional de consulta frente a la sentencia proferida el 24 de agosto de 2017 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***Gilberto Marín Cadavid*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, Protección S.A. y Frisby S.A.***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

1. **INTRODUCCIÓN**

Pretende el actor que la justicia ordinaria laboral declare la nulidad de su afiliación al RAIS, en el fondo privado demandado, y en consecuencia, se ordene a esa entidad remitirle a Colpensiones los aportes con sus respectivos rendimientos, y a esta última a aceptar su retorno al régimen de prima media. Igualmente, pide que se declare la existencia del contrato de un trabajo con Frisby S.A., desde el 25 de marzo de 1980 y hasta el 30 de octubre de 1981, condenándola al pago del título pensional respectivo por el tiempo laborado, previo el cálculo actuarial. Por último, pide que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 9 de septiembre de 2014, y se condene a Colpensiones a su pago en cuantía de un salario mínimo, más el retroactivo, los intereses moratorios, y las costas del proceso a su favor.

 Como fundamento a esos pedimentos expone que nació el 9 de septiembre de 1954, por lo que arribó a 60 años de edad ese mismo día y mes del año 2014; que en el sector privado se afilió al ISS para cubrir los riesgos de Invalidez, vejez y muerte, trasladándose posteriormente a Protección S.A, inducido por un asesor que le informó que el ISS se acabaría; que laboró con Frisby S.A. en el periodo antes referido, bajo la modalidad de un contrato a término indefinido, con una jornada de 10 am a 10 pm, devengando un salario mínimo y cumpliendo órdenes de la auditora Anita Toro y del Gerente General, empero que, las cotizaciones a pensión no le aparecen registradas en su historia laboral; que laboró en toda su vida un total de 1.487 semanas, y que más de 750 lo fueron antes del 31 de marzo de 1994.

Refiere que el 15 de septiembre de 2011 radicó ante Protección SA, derecho de petición solicitando el traslado de régimen, sin embargo, le dijeron que debía acercarse directamente a Colpensiones; que sólo hasta el 20 de mayo de 2015, esa entidad emitió respuesta negativa, argumentando que no era procedente la afiliación, pues le faltaban diez años o menos para cumplir el tiempo para pensión. Aduce que solicitó a su ex empleador la certificación de ciclos laborados no reportados en su historia laboral, pero nunca obtuvo respuesta. Por último, que el 15 de junio de 2015 se acercó a Colpensiones a radicar la solicitud de pensión de vejez, pero la entidad se negó a recibir la documentación argumentando que no aparecía afiliado.

Colpensiones allegó a través de apoderado judicial contestación a la demanda, oponiéndose a las declaraciones y condenas, tras considerar que carecen de fundamento fáctico y jurídico, pues la nulidad alegada respecto del traslado de régimen pensional debió ser alegada dentro del término establecido en el artículo 1741 del C.C., y por ende, como no se hizo, ha quedado saneada. Por consiguiente, el actor se encuentra válidamente afiliado al RAIS. En su defensa, propuso como excepciones Saneamiento de una presunta nulidad, Validez de la afiliación al RAIS y Prescripción.

Frisby S.A. allegó oportunamente respuesta a través de su mandatario judicial, aceptando que pese a que el demandante laboró en la compañía, no se tiene constancia exacta de las fechas de ingreso y retiro. Se opuso a las pretensiones de la demanda, arguyendo que los aportes a pensión fueron debidamente realizados durante el tiempo que duró la vinculación laboral. Excepcionó Cobro de lo no debido y Temeridad.

Por su parte, Protección S.A.se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, arguyendo que la afiliación del actor a la entidad es completamente válida en tanto que reúne los requisitos forales de ley y su consentimiento no se encuentra afectado por algún vicio. Formuló como medios exceptivos: Validez y eficacia de la afiliación al RAIS, Improcedencia de autorizar el traslado al régimen de prima media, Ausencia de Causa para demandar, Improcedencia de la condena en costas procesales y Prescripción.

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

 La a-quo mediante fallo dictado el 22 de agosto de 2017, declaró que Gilberto Marín Cadavid es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100/93, pues a la entrada en vigencia de dicha normativa contaba con más de 15 años de servicios, concretamente, un total de 911,54 semanas. Por tal motivo, estimó que el actor tiene derecho a retornar en cualquier tiempo al régimen de prima media con prestación definida, citando para el efecto distintos pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto al tema. En consecuencia, condenó a Colpensiones a realizar el trámite correspondiente para el traslado de régimen pensional en un término no mayor a 10 días, y a Protección S.A. a trasladar los aportes efectuados en la cuenta de ahorro individual del actor, con destino a la administradora del régimen de prima media, en un término no mayor a 15 días contados a partir de la ejecutoria de la sentencia.

De otra parte, verificó el cumplimiento de los requisitos exigidos en la Ley 71 de 1988, ordenando a Colpensiones reconocer y pagar la pensión de jubilación por aportes en favor del actor, en cuantía de un salario mínimo y por trece mesadas, a partir del 9 de septiembre de 2014, calenda en que reunió los requisitos de edad y tiempo de servicios, y además, se encontraba desafiliado del sistema pensional. Condenó además al pago de los intereses de mora a partir del 18 de junio de 2016, es decir, vencido el término de cuatro meses contados desde la presentación de la solicitud pensional. Absolvió a Frisby S.A. de las pretensiones incoadas en su contra, al encontrar que durante el tiempo en que estuvo vigente la relación laboral con el actor, cumplió con el deber legal de realizarle los aportes al sistema pensional, según la historia laboral allegada por la entidad demandada, debidamente corregida y actualizada. Por último, emitió condena en costas procesales a cargo de Colpensiones y en favor del actor.

1. ***CONSULTA***

 Respecto del citado proveído se dispuso el grado jurisdiccional de consulta ante esta Sala, por haber sido desfavorable a la entidad demandada, al tenor de lo preceptuado en el artículo 69 del CPT. Surtido como se encuentra el trámite procesal de la instancia, se procede a desatarlo.

***Del problema jurídico.***

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

*¿Acreditó el demandante los 15 años de servicios a la entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social en pensiones, que le permitan retornar en cualquier tiempo al Régimen de Prima Media con prestación definida, y recuperar los beneficios transicionales consagrados el artículo 36 de la Ley 100 de 1993?*

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

*¿Hay lugar al pago de los intereses moratorios que consagra el artículo 141 de la Ley 100/93?*

***Alegatos en esta instancia***:

En este estado de la diligencia, alegan los voceros judicial, si asistieron y si es la voluntad de ellos hacerlo. Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis se refirieron a los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir de fondo, previa las siguientes:

**III. CONSIDERACIONES:**

* 1. **Desenvolvimiento de la problemática planteada**

**Retorno al régimen de prima media con prestación definida.**

En materia de traslado de régimen pensional, particularmente, respecto de los beneficiarios del régimen de transición, se tiene conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, entre otras, las sentencias SU 130 de 2013, C-789 y 1024 del 2002 y 2004, que sólo pueden retornar al régimen de prima media con prestación definida, en cualquier tiempo, y conservar los beneficios de la transición, quienes cumplan los siguientes requisitos:

1. Tener 15 años o más de servicios cotizados a la entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social en pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, conforme a lo dispuesto en el artículo 151 del mismo estatuto.
2. Trasladar al régimen de prima media todo el ahorro que hayan efectuado en el régimen de ahorro individual
3. Que el ahorro hecho en el régimen de ahorro individual no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.

A propósito de este último requisito, cabe indicar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL6438 de 2015, estableció que el requisito de equivalencia de los aportes no puede exigirse para recuperar el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100/93, fundamentalmente porque el legislador no estableció este requisito para que las personas pudieran acceder a su pensión de vejez conforme al régimen de transición. Al respecto indicó:

*“La Corte Suprema de Justicia sobre este tema ha mantenido una línea jurisprudencial uniforme, que tiene el carácter de reiterada. (…)*

*El anterior panorama permite a la Sala concluir, que no resulta razonable exigir a quienes pretenden recuperar el régimen de transición, una vez regresan del régimen de ahorro individual al de prima media, y cumplen el requisito de 15 años o más de servicios o de cotizaciones a la entrada en vigencia del sistema, además del traslado de todo el saldo de la cuenta de ahorro individual, la equivalencia de los aportes legales, puesto que se trata de una exigencia que no fue contemplada por el legislador”.*

En el sub-lite, conforme a las pruebas documentales arrimadas al expediente, son hechos incontrovertidos: (i) que el demandante nació el 9 de septiembre de 1954, según folio 19; (ii) que estuvo afiliado al ISS para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, y realizó cotizaciones entre el 24 de enero de 1980 y el 30 de junio de 1997, según el reporte de semanas cotizadas obrante a folio 230; y (iii) que el 14 de octubre de 1997 se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, con afiliación al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A, ver folio 143.

En ese orden, le corresponde a la Sala en aras de resolver el primer cuestionamiento, verificar si el demandante acredita 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia del nuevo sistema general de pensiones, que le permitan retornar en cualquier tiempo al régimen de prima media con prestación definida.

Según certificado de información laboral emitido por el Ministerio de Defensa Nacional –fl.22, el actor prestó sus servicios en el Ejército Nacional desde el 15 de octubre de 1972 al 30 de junio de 1979, esto es, por un lapso de 6 años, 8 meses y 15 días. Adicionalmente, según la historia laboral válida para prestaciones económicas allegada por Colpensiones, se observa que al 1º de abril de 1994, tenía un total de 566.43 semanas cotizadas, que corresponden a 10 años, 10 meses y 15 días. De modo que, no se equivocó la sentenciadora de primer grado al establecer que el actor tenía derecho a retornar al régimen de prima media en cualquier tiempo y conservar los beneficios del régimen de transición que prevé el artículo 36 de la Ley 100 de 1994, el cual valga decir, se le extendió hasta el 31 de diciembre de 2014, por cumplir el condicionamiento exigido en el Acto Legislativo 01/2005.

Atendiendo lo anterior, la solicitud de pensión del demandante debe estudiarse, con apoyo en La Ley 71 de 1988, norma que le es aplicable por transición, por ser la primera que autorizó para efectos pensionales la acumulación de tiempos tanto del sector público como del privado.

Dicha disposición normativa, reglamentada por el Decreto 2709 de 1994, en su artículo 1º, reza:

 ***“Artículo 1°.****Pensión de jubilación por aportes. La pensión a que se refiere el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, se denomina pensión de jubilación por aportes.*

 *Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de 60 edad si es varón, o 55 años o más si se es mujer, acrediten en cualquier tiempo, 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público”.*

Analizando las exigencias de la norma, se tiene que frente a la edad no hay duda de su cumplimiento, pues el señor Gilberto Marín Cadavid alcanzó 60 años de edad el 9 de septiembre de 2014. Respecto a las cotizaciones, como se dijo, laboró al servicio del Ministerio de Defensa, un total de 350 semanas; en Colpensiones reporta 718,99 semanas cotizadas entre el 24 de enero de 1980 y el 30 de junio de 1997, y en la AFP Protección S.A., entre el ciclo de octubre de 1997 y el ciclo de enero de 2012, 582.29 semanas, para un total de tiempo de 1.651 semanas de aportes, guarismo que supera con creces los 20 años de servicios que exige el artículo 1º del Decreto 2709 de 1994 que reglamentó el 7º de la Ley 71/88, siendo viable el reconocimiento de la prestación, tal cual lo estimó la a-quo.

En cuanto al disfrute pensional, el mismo procede a partir del 9 de septiembre de 2014, calenda en que el actor alcanzó la edad mínima, ya tenía reunido el tiempo de servicios exigido, y además, estaba desafiliado del sistema pensional, dado que la última cotización correspondió al ciclo de enero de 2012, amén de que había presentado la solicitud de pensión ante Colpensiones el 15 de junio de 2015, siendo ésos actos externos una manifestación expresa e inequívoca de la voluntad del afiliado de desafiliarse definitivamente del sistema y disfrutar del beneficio pensional, en los términos del órgano de cierre de esta especialidad laboral[[1]](#footnote-1).

El monto de la pensión es el salario mínimo, tal cual se peticionó en la demanda, y por 13 mesadas anuales, dado que el derecho se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011, conforme a los lineamientos del Inc. 8º del artículo 1º del A.L. 01 de 2005.

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar, como quiera que 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 la exigibilidad del derecho pensional y la interposición de la demanda, que data del 25 de julio de 2016 (fl.18).

Por lo tanto, es evidente que la decisión consultada, acertó en la determinación del traslado de régimen pensional y la concesión de la prestación pensional deprecada a cargo de Colpensiones.

En cuanto a los intereses moratorios a los cuales accedió la a-quo, debe indicarse que tal decisión no se encuentra ajustada a derecho, pues tal como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral, recientemente en sentencia SL1866 del 23 de mayo de 2018, tales réditos resultan improcedentes en aquellas pensiones que no se reconocen con sujeción total a la Ley 100 de 1993. Por tal motivo, se revocará el ordinal 6º de la sentencia consultada, para en su lugar, absolver de esta condena a Colpensiones.

Sin costas en esta instancia, por haberse conocido en grado jurisdiccional de 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. *Revocar* el ordinal 6ºde la sentencia proferida el 24 de agosto de 2017 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, para en su lugar, Absolver a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones del pago de los intereses moratorios peticionados.
2. *Confirmar* todo lo demás*.*
3. Sin costas en esta instancia.

*NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.*

La anterior decisión queda notificada en estrados.

FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

Magistrado Ponente

ANA LUCIA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

 Magistrada Magistrada

1. Sentencia SL 5603, de 6 de abril 2016 [↑](#footnote-ref-1)