



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105004201900062-01

En Bogotá D.C., hoy 29 de julio de 2020, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Régimen de Transición - Pensión de jubilación Ley 71 de 1988.

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad demandada dentro de la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2019, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **MANUEL GUSTAVO FANDIÑO PACHECO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, reconociendo previamente personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. Dannia Vanessa Yusselky Navarro Rosas con la CC No. 52.454.425 y T. P No. 121.126 del CSJ y como apoderada sustituta a la Dra. Edna Carolina Olarte Marquez con la CC No. 1.016.005.949 y T. P No. 188.735 del CSJ, en los términos de los poderes vistos a folios 71 a 82.

ANTECEDENTES

MANUEL GUSTAVO FANDIÑO PACHECO instauró demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, en la que procura que previa declaratoria que es beneficiario del régimen de transición, que según su historia laboral cotizó efectivamente 1.445.51 semanas al ISS, y que por tanto le asiste derecho al reconocimiento de la pensión se condene a la demandada a su reconocimiento al amparo de lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, o en su defecto a la ley 100 de 1993 o a la ley 71 de 1988, desde el 8 de agosto de 2011, junto con los intereses de mora, la indexación y las costas del proceso.

Como fundamento de su pedido, en síntesis, afirmó que nació el 8 de agosto de 1951, prestó servicio militar obligatorio por 98.67 semanas (del 18 de mayo de 1971 al 15 de abril de 1973), laboró para el Ministerio de defensa Nacional del

2 de septiembre de 1974 al 29 de septiembre de 1977 para un total de 154.44 semanas, se afilió al ISS el 7 de abril de 1969 donde cotizó 1.0011.43 semanas, con Expreso del Pais laboró 180.97 semanas que no reportan como cotizadas debiendo la administradora adelantar la acción correspondiente para su cobro, las que sumadas en total arrojan 1.441.51 semanas efectivamente cotizadas. (fls 4-26)

CONTESTACIÓN

Notificada en legal forma **COLPENSIONES** con escrito de folios 50-57 se opuso a todas y cada una de las pretensiones, en cuanto a los hechos manifestó no contarle los relacionados con el tiempo de servicio militar, al Ministerio de Defensa, ser beneficiario del régimen de transición y las 1.011.43 semanas cotizadas aceptando los demás. Propuso las excepciones de: Inexistencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 16 de septiembre de 2019, resolvió condenar a COLPENSIONES a reconocer al demandante la pensión de vejez por aportes a partir del 1° de noviembre de 2016 en cuantía inicial de un(1) SMLMV el cual debe ser ajustado anualmente conforme al IPC de cada año, junto con los intereses moratorios a partir del 22 de noviembre de 2018 que corren hasta la inclusión en nómina; ordenando a COLPENSIONES descontar del retroactivo pensional los aportes a salud a que hubiere lugar, declarando no probadas las excepciones propuestas y condenando en costas a la demandada fijando como agencias en derecho la suma de \$1.656.232.

ALEGACIONES

Una vez corrido el traslado de ley, COLPENSIONES solicitó la revocatoria de la sentencia teniendo en cuenta que el demandante no cumple con los requisitos del acto legislativo 01 de 2005, ni registra en su historia laboral las cotizaciones efectuadas por Expreso del Pais, sin que en todo caso haya lugar al pago de los intereses moratorios.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la instancia previas las siguientes...

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

La Sala estudiará sí (i) el demandante es beneficiario del régimen de transición y cumple los requisitos para acceder a la pensión de jubilación por aportes de

que trata la Ley 71 de 1998 con base en el régimen de transición establecido por el artículo 36 de la Ley 100 y con los requisitos que trae el Acto Legislativo 01 de 2005 para determinar la aplicabilidad del mencionado régimen hasta 2010 o hasta 2014, por ser el régimen pensional bajo el cual fue condenada la demandada (ii) de encontrar cumplidos los mismos, se determinará el monto de la pensión que deberá recibir éste, y iii) si hay lugar a disponer el pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993.

DEL REGIMEN DE TRANSICIÓN

De conformidad con los períodos de afiliación al régimen de pensiones ISS (fls 38-40), así como el certificado de factores salariales mes a mes y los certificados de información laboral para bono pensional 1,2, 3, salario base y salario mes a mes expedidos por el Ministerio de Defensa Nacional (fls 41-44), se tiene plenamente acreditado que el actor laboró en el sector público en dos periodos durante los cuales no cotizó a ninguna caja, el primero entre el 18 de mayo de 1971 y el 15 de abril de 1973, y el segundo entre el 2 de septiembre de 1974 y el 29 de febrero de 1977 para un total de 1.794 días equivalente a **256.28** semanas; mientras que al ISS por cuenta del sector privado cotizó **1.011.43** semanas entre el 7 de abril de 1969 y el 31 de agosto de 2016, tiempo de servicio y cotizaciones de los cuales **474.43** semanas lo fueron entre el 7 de abril de 1976 y el 31 de mayo de 1994, por lo que para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 (el 1° de abril de 1994) no superaba los 15 años de servicios ya que apenas contaba con 730.71 semanas equivalente a 14.2 años; sin embargo, como sí cumple con el requisito de la edad para ser beneficiario del régimen de transición, ya que de acuerdo a su documento de identidad y registro civil de nacimiento vistos a folios 27 y 28 del expediente, su natalicio data del 8 de agosto de 1951, es claro que para el 1° de abril contaba con más de 40 años de edad; beneficio que conservó con base en las disposiciones normativas del Acto Legislativo 01 de 2005 que modificó el artículo 48 de la Constitución de 1991, en cuyo parágrafo transitorio 4°, indicó que el régimen de transición pensional establecido en la Ley 100 de 1993, no podría extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, tengan cotizados al menos **750 semanas** o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del citado Acto Legislativo, 25 de julio de 2005, a los cuales se les mantendría el régimen hasta el año 2014, si se tiene en cuenta que para el 25 de julio de 2005 registraba un total de **978.41 semanas** cotizadas y de tiempo de servicios.

Luego, se encuentra acertada la declaratoria que frente a dicho beneficio se efectuó en primera instancia el cual le permite pensionarse al actor conforme al régimen anterior.

DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR APORTES – LEY 71 DE 1988

El régimen anterior que tenía el demandante es el contenido en el artículo 7° de la Ley 71 de 1988 del mismo año, el cual establece:

“Artículo 7.- Reglamentado por el Decreto Nacional 2709 de 1994. A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores

que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas.

Parágrafo.- INEXEQUIBLE. Para el reconocimiento de la pensión de que trata este artículo, a las personas que a la fecha de vigencia de la presente ley, tengan diez (10) años o más de afiliación en una o varias de las entidades y cincuenta (50) años o más de edad si es varón o cuarenta y cinco (45) años o más si es mujer, continuarán aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes. Corte Constitucional Sentencia C-012 de 1994” (Negrilla fuera de texto)

En sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, con radicado N° 29991 del 11 de septiembre de 2007, se dijo “que lo que aporta el afiliado tanto en el sector oficial como en el ISS, se puede acumular de forma simultánea para el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes.” Y en sentencia SL5113-2019 recordó que no sólo se suman los tiempos cotizados, sino aquellos donde la entidad empleadora no realizó las cotizaciones debidas, es así como expuso: “En ese orden, se tiene que esta Sala, a partir de la sentencia CSJ SL4457-2014, 26 marzo 2014 rad. 43904, cambió de criterio y avaló la posibilidad de sumar las semanas cotizadas con el tiempo servido al sector público (no cotizado) en aplicación del régimen de la Ley 71 de 1988 (pensión por aportes), bajo el raciocinio de que el derecho pensional no puede verse truncado por la circunstancia de que la entidad empleadora no hubiese efectuado aportes a una caja de previsión social.”.

Así las cosas, en el caso concreto se observa que el demandante cumplió los 60 años de edad el 8 de agosto de 2011, y que su última cotización lo fue hasta, inclusive, el 31 de agosto de 2016, fecha para la cual contaba con un total de 1.267.71 semanas tanto de servicios al sector público como cotizados al ISS, superando las 1.029 requeridas en la norma, por tanto, al reunir tales requisitos, no cabe la menor duda que tiene derecho a que le sea reconocida la pensión de jubilación por aportes en los términos exigidos por la ley 71 de 1988 previstos en su artículo 7°.

DE LA CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

Respecto del reconocimiento de la prestación económica incoada, y la fecha a partir de la cual se debe condenar a la pasiva a reconocer y pagar la pensión de vejez, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990 señala: “CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN POR VEJEZ. **La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a**

disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo. (Negrilla fuera de texto)

De la citada norma se desprende que la causación de la pensión de jubilación por aportes es un concepto diferente al disfrute de la prestación; la primera, ocurre siempre que se reúnan los requisitos de edad y semanas de cotización exigidos por la ley, en tanto que el disfrute ocurre una vez se produzca la desafiliación del Sistema de Pensiones.

En el presente asunto, como quiera que la última cotización cubrió hasta el 31 de agosto de 2016, la cual se debe tener en cuenta para liquidar la pensión, sería del caso modificar la decisión de primera instancia en cuanto no dispuso reconocer el derecho a partir del día siguiente a esa calenda, esto es, desde el 1º de septiembre de 2016, sino en fecha posterior, pues la fijó desde el 1º de noviembre de 2016; no obstante, dado que no es dable agravar la condena de la entidad en favor de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta se impone la confirmación de tal reconocimiento .

Ahora bien, en lo atinente al monto de la primera mesada pensional del demandante, dado que éste siempre cotizó sobre el salario mínimo legal mensual vigente se mantendrá incólume el establecido en la sentencia, atendiendo que ninguna pensión puede ser inferior a dicha cantidad.

INTERESES MORATORIOS DEL ARTÍCULO 141 DE LA LEY 100 DE 1993

Señala el tenor literal del artículo 141: “**INTERESES DE MORA.** A partir del 1o. de enero de 1994, 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 efectuó el pago.”

Los intereses de mora contemplados en el artículo aludido se consideran generados cuando existe mora en el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales, por lo tanto, los mismos se producen de pleno derecho por el simple hecho de que la entidad se encuentre en mora de reconocer y pagar la pensión a que tiene derecho el afiliado.

De acuerdo con lo dicho, es claro que **si el afiliado realiza la solicitud con la documentación que acredite el derecho** y la entidad encargada de reconocer la prestación no lo hace, incurre en mora, por lo que entonces surge la obligación de reconocer los intereses moratorios, salvo que el fondo de pensiones justifique su conducta con la aplicación de una norma sin tener en cuenta la interpretación que sobre el mismo aspecto ha realizado la Corte Suprema de Justicia, según lo ha explicado la CSJ, Sala Laboral, en sentencia SL 787-2013, radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2012.¹, y lógicamente, en los eventos en que ni siquiera exista solicitud.

¹ La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o

Así las cosas, contrario a lo manifestado por la falladora de primera instancia, ha de decirse que en la foliatura **no** se advierte solicitud elevada por el demandante a la demandada dirigida a obtener el reconocimiento pensional, ya que la que milita a folio 29, como todas las demás, estuvieron encaminadas a una corrección de la historia laboral, circunstancia que incluso la propia parte actora señaló en los hechos del libelo genitor pero se pasó por alto, y aun tal situación cuando pone en evidencia que no se agotó la reclamación administrativa oportunamente, dado que no fue objeto de reparo por ninguna de las partes, ni advertida por el juez en las etapas procesales correspondientes, quedó saneada y trae como consecuencia que para todos los efectos legales deba entenderse la interposición de esta demanda como el escrito con el que se presentó la solicitud pensional, y si ello es así, no existe una tardanza en el reconocimiento de la pensión de vejez por aportes, sobre todo cuando es hasta ahora con la sentencia que se ordena.

Por lo anterior, se revocará la condena que frente a los mismos impuso la A quo, ante la ausencia de solicitud, para en su lugar ordenar el pago indexado de las sumas que a título de retroactivo pensional resulten en favor de la parte comprendido entre el 1° de noviembre de 2016 y hasta su efectivo pago e inclusión en nómina.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

El artículo 151 del C.P.L., sobre la prescripción de los derechos en materia laboral indica: *“PRESCRIPCION. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”*

Aclarado lo anterior, ha de advertirse que el derecho pensional es a todas luces imprescriptible, no ocurriendo lo mismo con las mesadas pensionales, las cuales prescriben si transcurridos tres años de su causación no se reclaman.

En este orden de ideas, considerando que, como se explicó en el acápite anterior, no consta en el expediente prueba de reclamación del derecho pensional ante la demandada, siendo tan sólo con el escrito de demanda que se

privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir.

Entiende la Corte que la jurisprudencia en materia de definición de derechos pensionales ha cumplido una función trascendental al interpretar la normativa a la luz de los principios y objetivos que informan la seguridad social, y que en muchos casos no corresponde con el texto literal del precepto que las administradoras en su momento, al definir las prestaciones reclamadas, debieron aplicar por ser las que en principio regulaban la controversia; en esas condiciones, no resulta razonable imponer el pago de intereses moratorios porque su conducta siempre estuvo guiada por el respeto de una normativa que de manera plausible estimaban regía el derecho en controversia. Máxime que en Colombia el control difuso que es el que opera en las excepciones de inconstitucionalidad está a cargo de los jueces y no de las administradoras.

entiende elevada tal solicitud e interrumpido el término prescriptivo, es claro que en el *sub examine* este medio exceptivo no puede prosperar, habida cuenta que entre la última cotización efectuada por el señor FANDIÑO PACHECO (31 de agosto de 2016, fl 38) y la presentación de la demanda (17 de enero de 2019, fl 46) no transcurrió dicho término trienal.

COSTAS

Sin costas en la instancia ante su no causación. Las de primera se confirman

Conforme a las anteriores consideraciones se revocara el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia en cuanto dispuso el pago de los intereses de mora previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, para en su lugar condenar a la demandada a pagar de manera indexada el retroactivo causado desde el 1° de noviembre de 2016 hasta que se verifique la efectiva inclusión en nómina y el pago de aquél.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia proferida el 16 de septiembre de 2019, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **MANUEL GUSTAVO FANDIÑO PACHECO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en cuanto dispuso el pago de los intereses de mora previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, para en su lugar condenar a la demandada a pagar de manera indexada el retroactivo causado desde el 1° de noviembre de 2016 hasta que se verifique la efectiva inclusión en nómina y el pago de aquél, conforme lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

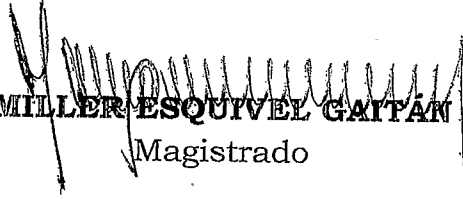
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia.

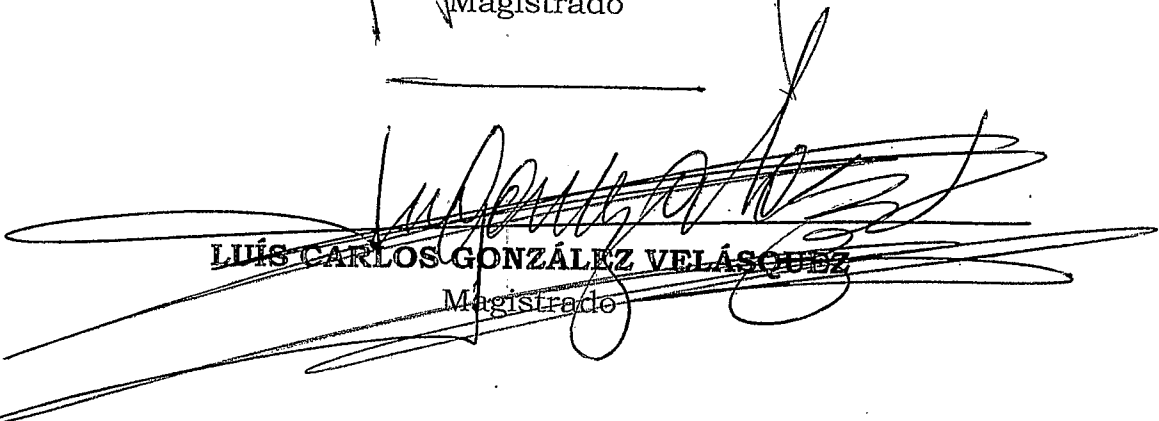
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman dadas las resultados del proceso.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

51489 25 SEP 20 PM 4:12
51490 25 SEP 20 PM 4:12