

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	PEDRO DEFANOR AUDIVER GÓMEZ
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
RADICACIÓN:	76001 31 05 001 2017 00230 01
JUZGADO DE ORIGEN:	PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA, RELIQUIDACIÓN PENSIÓN VEJEZ, RETROACTIVO, INTERESES MORATORIOS, INDEXACIÓN
MAGISTRADA PONENTE:	MARY ELENA SOLARTE MELO

ACTA No. 044

Santiago de Cali, ocho (8) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Conforme lo previsto en el Art. 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, integrada por los Magistrados ANTONIO JOSE VALENCIA MANZANO, GERMAN VARELA COLLAZOS y MARY ELENA SOLARTE MELO quien la preside, previa deliberación en los términos acordados en la Sala de Decisión, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto la parte demandante y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia No. 246 del 14 de diciembre de 2017, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente:

SENTENCIA No. 159

1. ANTECEDENTES

PARTE DEMANDANTE

Pretende el demandante que se reliquide su pensión de vejez, en los términos del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 1 de junio de 2011, con una tasa de reemplazo de 81% del IBL reconocido en la resolución GNR 274961 del 2 de

agosto de 2014 por valor de \$710.657, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación. Adicionalmente pretende el reconocimiento y pago de incrementos del 7 y 14%, por su hija y compañera permanente respectivamente, indexación, costas y agencias en derecho (f. 3-15).

Como sustento de sus pretensiones señala que:

- i) Nació el 13 de septiembre de 1946, es decir a la fecha cuenta con más de 70 años;
- ii) COLPENSIONES por medio de Resolución 274961 del 2 de agosto de 2014, reconoció pensión de vejez, en cuantía de \$535.600, tasa de remplazo del 75%, IBL de \$710.657, siendo aproximada al salario mínimo vigente para el año 2011.
- iii) COLPENSIONES para liquidar la prestación tuvo en cuenta solamente 1.082 semanas y no las 1.109 semanas que realmente reunió entre tiempos públicos y cotizados al ISS hoy COLPENSIONES.
- iv) El demandante apeló la resolución solicitando reliquidación de su pensión, siendo negada por Resolución GNR 279813 del 12 de septiembre de 2015.
- v) COLPENSIONES aporta en Resolución GNR 274961 del 2 de agosto de 2014, que el demandante cotizó al ISS desde abril de 1972 con empresa privada y con la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca desde 1976 hasta 1984 y en adelante hasta mayo de 2011 nuevamente en empresa privada al ISS hoy COLPENSIONES y que cuenta con 7.577 días, equivalente a 1.082 semanas cotizadas en total.
- vi) Es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y le asiste el derecho a ser pensionado como indica el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990.
- vii) Desde hace 43 años convive con la señora CATALINA POTES VIVEROS, no recibe pensión, no tiene empleo, no devenga de sus hijos y no es propietaria de ningún negocio que le represente ingresos. De la convivencia se procrearon 7 hijos, de los cuales SUSAN JOHANA AUDIVERT POTES es aún menor de edad.
- viii) Tiene derecho a los incrementos del 14% y 7%.
- ix) Presentó derecho de petición el 18 de diciembre de 2014, solicitando incrementos, siendo negados por COLPENSIONES en oficio de la misma fecha.

PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES da contestación a la demanda, aceptando los hechos relativos al reconocimiento de la pensión de vejez del demandante, manifestando que la entidad tuvo en cuenta 1.082 semanas, pues se le concedió pensión de vejez por la Ley 71 de 1988. Adicionalmente expresa que no le constan los hechos que tratan sobre la vida personal del demandante.

Se opone a las pretensiones y propone como excepciones de mérito, las que denominó *“inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, cobro de lo no debido, imposibilidad jurídica para cumplir lo pretendido, ausencia de causa para demandar, innominada”* (f. 40-49)

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

EI JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI mediante sentencia 246 del 14 de diciembre de 2017, DECLARÓ no probadas las excepciones de mérito propuestas por la entidad demandada.

CONDENÓ a COLPENSIONES a cancelar al demandante la suma de \$139.790,96 por concepto de diferencias correspondiente a los años 2011 y 2012, debidamente indexada. También a pagar los incrementos pensionales a partir del 1 de junio de 2011 por su compañera permanente en un 14% de la pensión mínima mientras subsistan las causas que le dieron origen, adeudando hasta el 30 de noviembre de 2017 \$7.852.022,36, indexada a la fecha de su pago, y del 7% de la pensión mínima por su hija menor, a partir del 1 de junio de 2011, hasta el momento en que cumpla 18 años de edad o hasta los 25 años siempre y cuando acredite el requisito adicional de estudio, adeudando hasta el 30 de noviembre de 2017 \$3.926.011.

Consideró la *a quo* que:

- i) El demandante es pensionado por vejez, por cumplir los requisitos exigidos por la Ley 71 de 1988, al ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993. Reconocida por Resolución 274961 del 2 de agosto de 2014 a partir del 1 de junio de 2011, liquidación basada en tiempo laborado a entidades del estado y el cotizado al ISS como servidor público.

- ii) Cumple con los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición, conservándolo hasta el 1 de diciembre de 2014.
- iii) Por vía de jurisprudencia es posible contabilizar tiempos públicos no cotizados, con las semanas cotizadas al ISS, para aplicar el Acuerdo 049 de 1990.
- iv) Tiene 1095 semanas cotizadas del 15 de abril de 1972 al 31 de mayo de 2011, teniendo en cuenta los tiempos cotizados a las entidades del Estado y la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca y los cotizados exclusivamente al ISS hoy COLPENSIONES, el 13 de septiembre de 2006, hay lugar a que se reconozca su prestación desde el 1 de junio de 2011.
- v) El IBL debe calcularse con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años, la tasa de reemplazo del Acuerdo 049 de 1990, de 78% por las 1.095 semanas, para una mesada de \$554.636,84, superior a la reconocida por COLPENSIONES.
- vi) Sobre la prescripción se tiene que, la prestación fue reconocida mediante Resolución GNR 274961 del 2 de agosto de 2014, se agotó la reclamación el 7 de julio de 2015, resuelta negativamente mediante Resolución GNR 279813 del 12 de septiembre de 2015; la demanda se presentó el 28 de abril de 2017, sin que opere el fenómeno prescriptivo.
- vii) A partir del año 2013 en adelante la diferencia pensional es negativa, por tanto solo se debe reconocer las diferencias para los años 2011 y 2012.
- viii) Los incrementos pensionales del Acuerdo 049 de 1990 se encuentran vigentes, por lo que hay lugar al pago.
- ix) No hay lugar a reconocer los intereses moratorios.

RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

El apoderado del demandante, interpone recurso de apelación, únicamente respecto a la tasa de reemplazo, pues considera que el actor cuenta con 1.109

semanas de cotización y así se puede ver en las resoluciones expedidas por COLPENSIONES.

Se examina también en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de acuerdo con el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14, Ley 1149 de 2007.

TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Conforme el Art. 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, se corrió traslado a las partes por un término de cinco (5) días para que presenten alegatos de conclusión.

Dentro del plazo conferido, presentaron escrito de alegatos de conclusión la parte demandante y COLPENSIONES.

2. CONSIDERACIONES

No advierte la Sala violación de derecho fundamental alguno, así como tampoco ausencia de presupuestos procesales que conlleven a una nulidad

2.1. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala, de acuerdo a las pruebas aportadas, resolver es aplicable al demandante lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 con acumulación de tiempos públicos y privados, como beneficiario del régimen de transición; de ser así, se debe establecer si acredita 1.109 semanas de cotización para acceder a una tasa de reemplazo de 81%; en caso afirmativo se debe establecer si hay lugar al pago de las diferencias insolutas. Además se debe estudiar si tiene derecho al reconocimiento y pago de los incrementos pensionales del Acuerdo 049 de 1990, por compañera permanente e hija menor.

2.2. SENTIDO DE LA DECISIÓN

La sentencia **se modificará**, por las siguientes razones:

COLPENSIONES reconoció pensión de vejez al demandante, mediante Resolución GNR 274961 del 2 de agosto de 2014, por acreditar los requisitos del artículo 7 de la Ley 71 de 1988, en virtud del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1 de junio de 2011, teniendo en cuenta un IBL de \$710.657 con una tasa de reemplazo del 75%, para una mesada de \$535.600 (SMLMV 2011).

No se discute que el demandante es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pues así lo determinó COLPENSIONES en Resolución GNR 274961 del 2 de agosto de 2014.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional y por el principio de favorabilidad interpretativa¹, aplicado por esta Sala en sus precedentes, se pueden contabilizar tiempos públicos no cotizados con las semanas aportadas al ISS en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, tanto para el cumplimiento de las 1000 semanas como para las 500 en los 20 años anteriores a la edad, y en tal sentido le asiste razón al demandante y al Juez de primera instancia al reconocer la reliquidación solicitada.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en **sentencia T-256 del 27 de abril de 2017**, MP. Dr. Antonio José Lizarazo Ocampo, dijo:

“Sin embargo, esta Corporación consideró necesario unificar su criterio y, con ese propósito, profirió la sentencia SU-769 de 2014², en la que, en lo que interesa a esta providencia, sentó la tesis según la cual es posible efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, señalando que:

“es un aspecto que quedó consagrado en la Ley 100 de 1993 precisamente para dar solución a la desarticulación entre los diferentes regímenes que durante un tiempo hizo imposible acumular tiempos de servicio con diferentes empleadores, reduciendo notablemente la posibilidad de los trabajadores para acceder a la pensión de vejez.”

¹ C. Const.: sentencias **C-177 del 04 de mayo de 1998**, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero; **T-090 del 17 de febrero de 2009**, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, **T-559 del 14 de julio de 2011**, M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla y **T-145 del 14 de marzo de 2013**, MP. Dra. María Victoria Calle Correa. **SU-918 del 05 de diciembre de 2013**, MP. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. **Sentencia T-466 del 28 de julio 2015**, MP. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio: “7.9. Como pudo observarse, en cada una de las providencias reseñadas, **en aplicación del principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de las normas en materia laboral**, resulta más beneficioso para los trabajadores asumir tal postura. Además, de aceptar una interpretación contraria, la misma iría en contravía de los postulados constitucionales y jurisprudenciales, si se tiene en cuenta que la mentada norma en ninguno de sus apartes menciona la imposibilidad de realizar tal acumulación.”

² M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Por tanto, “es posible acumular los tiempos de servicios cotizados a las cajas o fondos de previsión social, con las semanas de cotización efectuadas al Instituto de Seguros Sociales, por cuanto la exclusividad en los aportes a esta entidad se trata de un evento no contemplado en el Acuerdo 049 de 1990.”.

Es importante resaltar, que si bien la Corte Suprema de Justicia, mantenía el criterio de la no procedencia de la acumulación de tiempos públicos y privados en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, recientemente en Sentencia SL 1947 del 1 de julio de 2020, modificó su precedente “... *para establecer que las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, y los tiempos laborados a entidades públicas.*”

Conforme a lo expuesto, es posible estudiar la prestación de la demandante, bajo lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990.

El demandante nació el 13 de septiembre de 1946, por tanto para la fecha de reconocimiento de la prestación, esto es 1 de junio de 2011, ya cumplía con la edad mínima de pensión, y en Resolución GNR 274961 del 2 de agosto de 2014, COLPENSIONES reconoce al demandante un total de 1.081 semanas, superando la densidad de semanas requerida por el Acuerdo 049 de 1990.

El artículo 36 de Ley 100 de 1993, establece, que, para aquellos beneficiarios del régimen de transición, que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a pensión de vejez, el IBL se calculará con el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior. No obstante, si al beneficiario le faltan más de 10 años para alcanzar la edad mínima de pensión, su IBL deberá calcularse bajo lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

El demandante nació el 13 de septiembre de 1946 (f. 24), al 1 de abril de 1994, contaba con 47 años de edad, faltándole más de 10 años para alcanzar los 60 años, por consiguiente, el cálculo del IBL debe realizarse conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con los aportes de los últimos 10 años.

Tras realizar los cálculos respectivos, se obtuvo un IBL de \$711.298, ligeramente superior al decretado en primera instancia, de \$711.072,87, no

obstante, al no ser punto de apelación del demandante y estudiarse el presente también en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, no procede su modificación en perjuicio de la entidad y deberá confirmarse la decisión sobre este particular.

Ahora si bien el *a quo*, utilizó una tasa de reemplazo de 78% por 1.095 semanas cotizadas, manifiesta en su recurso el demandante que cuenta con un total de 1.109 semanas de cotización, teniendo en cuenta tanto tiempos públicos como privados.

Tras realizar la evolución de semanas cotizadas, utilizando como insumos, historia laboral tradicional allegada a folios 52 al 56, historia laboral actualizada al 9 de mayo de 2017 (f. 57 a 60) y certificación de salarios mes a mes (f. 62-68), encontró la sala un total de 1.091,86 semanas. Existen periodos simultáneos entre el 14 de febrero de 1976 y el 23 de agosto de 1976, para un total de 27.43 semanas, los cuales no pueden ser tenidos en cuenta para el conteo de semanas, por lo que no hay lugar a modificar la tasa de reemplazo utilizada, debiendo confirmar en este aspecto la sentencia.

La demanda propuso la excepción de prescripción, artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. El derecho pensional es imprescriptible; sin embargo, al ser la pensión de vejez, una prestación de tracto sucesivo, prescribe lo que no se reclame en forma oportuna.

La pensión fue reconocida mediante Resolución GNR 274961 del 2 de agosto de 2014, a partir del 1 de junio de 2011, el 7 de julio de 2015 se presenta reclamación de reliquidación, negada por la entidad en Resolución GNR 279813 del 12 de septiembre de 2015, la demanda se radica el 28 de abril de 2017, sin que haya operado el fenómeno prescriptivo, debiéndose confirmar la decisión de primera instancia.

Una vez revisado el retroactivo, encontró la sala un valor superior al decretado en primera instancia, esto se debe a que para el 2011 el juzgado al establecer el total para las 7 mesadas de ese año, no realiza la operación aritmética y da como total el valor de la diferencia para una sola mesada; no obstante por estudiarse en consulta en favor de COLPENSIONES y no ser punto de apelación por parte del demandante, no hay lugar a su modificación.

Se reconocieron en primera instancia, incrementos pensionales del Acuerdo 049 de 1990, por compañera permanente a cargo e hija menor de edad.

Sobre el tema es preciso manifestar, que era criterio de la sala que los incrementos pensionales consagrados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, no desaparecieron de la vida jurídica con la expedición de la Ley 100 de 1993, y se mantenían por derecho propio frente a las pensiones causadas con anterioridad a su vigencia, y aquellas otorgadas en aplicación del régimen de transición.

Sin embargo, a raíz de la expedición de la sentencia SU-140 de 2019, proferida por la Corte Constitucional, considera la sala necesario replantear su posición, acogiendo lo dicho por el Alto Tribunal, apartándose de anteriores decisiones, haciendo suyas las consideraciones contenidas en la aludida sentencia.

Considera la Corte Constitucional que los incrementos pensionales del artículo 21 del Acuerdo 049 1990, no constituyen un elemento integrante del régimen de prima media con prestación definida contenido en la Ley 100 de 1993, ni aun en aplicación del régimen de transición, pues el Art. 36 de la Ley 100 de 1993, solo hace referencia a edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión, dejando por fuera cualquier otro aspecto consagrado en regímenes anteriores al Sistema General de Pensiones, entre ellos los incrementos pensionales, lo cual no hace más que confirmar que estos fueron objeto de derogatoria orgánica por parte de esta norma.

También señala que los incrementos tiene naturaleza “expresamente extra pensional”, siendo “beneficios pensionales por fuera del sistema general de pensiones”, por lo que su aplicación a pensiones causadas con posterioridad a la Ley 100 de 1993 resulta incompatible con el inciso 9 del Art. 48 de la C.P. adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005; además que COLPENSIONES no tendría la facultad de reconocerlos, pues de hacerlo estaría vulnerando el principio de legalidad, dado que la entidad no puede ejercer actividades que no se encuentren previamente autorizadas por el ordenamiento jurídico, que en el caso de COLPENSIONES se limitan a la administración del régimen de prima media creado por la Ley 100 de 1993.

Explica además que si en gracia de discusión se admitiera que los incrementos pensionales no fueron objeto de derogatoria orgánica, habrían sido desterrados del ordenamiento jurídico por el Acto legislativo 01 de 2005, por lo que se tornan inconstitucionales, sin que sea dable su aplicación.

A criterio de esta sala, estos son argumentos suficientes para sostener que los incrementos pensionales del Art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, perdieron vigencia con la expedición de la Ley 100 de 1993, aunado a que en la actualidad su aplicación se tornaría inconstitucional, por lo que acogiendo este criterio, y en virtud de estudiarse también en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se revocará la condena impuesta en primera instancia sobre incrementos pensionales.

Por lo expuesto, se modificará la sentencia, condenando en costas a la parte demandada, dada la no prosperidad de la alzada y sin costas por la consulta.

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. - REVOCAR los numerales TERCERO y CUARTO de la Sentencia 246 del 14 de diciembre de 2018, proferida por el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, y en su lugar ABSOLVER a COLPENSIONES del reconocimiento y pago de incrementos pensionales del Acuerdo 049 de 1990.

SEGUNDO. - CONFIRMAR en lo demás la Sentencia 246 del 14 de diciembre de 2018, proferida por el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI.

TERCERO. - COSTAS en esta instancia cargo de la parte demandante, en favor de la demandada. Se fijan como agencias en derecho un valor de \$50.000. Las costas impuestas serán liquidadas conforme el Art. 366 del C.G.P. **SIN COSTAS** por la consulta.

CUARTO. - NOTIFÍQUESE esta decisión mediante inserción en la página web de la Rama Judicial. <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-006-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/16>

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARY ELENA SOLARTE MELO



ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO



GERMAN VARELA COLLAZOS

Firmado Por:

MARY ELENA SOLARTE MELO
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
Despacho 006 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Cali

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **351d7074b6baddc4bf043fce99e214182da674985547b471bd0d6533dbdedd02**

Documento generado en 07/09/2020 06:39:28 p.m.