

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	ALVARO EUGENIO TOBÓN CASTAÑO
DEMANDADO	COLPENSIONES
RADICADO	05001-31-05-015-2018-00378-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Reliquidación pensional conforme al Decreto 758 de 1990, como beneficiario del régimen de transición pensional
DECISIÓN	Revoca y condena

Medellín, veintitrés (23) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Estudiado, discutido y aprobado en sala virtual

Esta Sala asume la competencia en esta instancia, conforme a la regulación establecida por el Gobierno Nacional en el Decreto 806 del 4 de junio de 2020 *“por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”*; en concordancia con lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de Junio de 2020 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

En consecuencia, este asunto se tramita conforme al procedimiento de sentencia escrita, y cumplido el traslado a las partes en los términos reglados, procede la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín a proferir sentencia ordinaria de segunda instancia dentro del presente proceso,

promovido por el señor **ALVARO EUGENIO TOBÓN CASTAÑO** en contra de **COLPENSIONES**.

La Magistrada Sustanciadora, **MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO**, declaró abierto el acto y a continuación, después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 030**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ASUNTO

Es materia de la Litis, decidir el recurso de apelación que formuló el apoderado judicial del demandante contra la sentencia que profirió el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 27 de septiembre de 2018, que resultó completamente adversa a sus intereses.

II. – HECHOS DE LA DEMANDA

Como fundamento de las pretensiones incoadas con la demanda, se expuso, en síntesis, que el señor **ALVARO EUGENIO TOBÓN CASTAÑO** nació el 6 de septiembre de 1945, por lo que contaba al 1º de abril de 1994, con más de 40 años, y; estuvo afiliado al entonces Instituto de los Seguros Sociales (hoy Colpensiones), desde el 31 de julio de 1970 hasta el 31 de julio de 2006, alcanzando a reunir un total de 1,081 semanas de cotización.

Refirió, que el entonces ISS, le reconoció la pensión de vejez, a través de la Resolución Nro. 010427 del 11 de mayo de 2007, bajo los presupuestos de la Ley 797 de 2003, teniendo en cuenta un IBL de \$1.120.717 y una tasa de reemplazo del 64,13%, que arrojó una cuantía inicial de \$718.716, efectiva, desde el 1º de mayo de 2006.

Agregó que, el 18 de agosto de 2016, presentó reclamación administrativa a Colpensiones, solicitando el reajuste de su mesada pensional, por lo que la entidad expidió la resolución GNR 318363 del 28 de octubre de 2016, a través de la cual reliquidó la mesada pensional del actor, con

fundamento en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en aplicación de la Ley 71 de 1988, ajustando el monto al 75%, teniendo en cuenta un IBL de \$1.549.343 para 2013, que con la aplicación del mencionado monto, arrojó una mesada pensional de \$1.311.034 para el año 2016.

Se duele, que la entidad accionada no le haya reajustado la mesada pensional, aplicando los principios de favorabilidad, acogiendo el monto del 78% del Decreto 758 de 1990.

III. – PRETENSIONES

La acción judicial esta dirigida a que declare que el señor ALVARO EUGENIO TOBÓN CASTAÑO, es beneficiario del régimen de transición pensional, y que le asiste derecho a que su pensión se reliquide con base al promedio de los últimos 10 años laborados, con una tasa de reemplazo del 78%, con fundamento en la posibilidad de acumular tiempos públicos y privados, conforme a la Sentencia de la Corte Constitucional SU – 769 de 2014 y el Acuerdo 049 de 1990, y que; en consecuencia, se condene a la entidad demandada a pagarle el valor de la reliquidación en los términos solicitados, desde el 1º de mayo de 2006, con la indexación de las sumas objeto de condena y las costas procesales.

IV. – RESPUESTA A LA DEMANDA

La demanda fue admitida mediante auto del 11 de julio de 2018, disponiendo notificar a la entidad demandada.

COLPENSIONES contestó la demanda a través de escrito visible a folios 81 y siguientes del expediente, aceptando en su mayoría los hechos de la demanda; oponiéndose a las pretensiones de la demanda, y; formulando las excepciones de mérito que denominó “*inexistencia de la obligación*”, “*cobro de lo no debido*”, “*buena fe*” y “*prescripción*”.

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 28 de septiembre de 2018, la Juez de conocimiento, absolvió a COLPENSIONES de todas las pretensiones de la demanda, imponiéndole condena en costas al demandante, en favor de la entidad demandada.

Los argumentos en que se basó la A quo para llegar a dicha conclusión, gravitaron en torno a que, de conformidad al precedente jurisprudencial del máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en la materia, el tiempo servido por el demandante en el sector público, no es susceptible de ser sumado con las semanas efectivamente cotizadas al ISS, por lo que destacó que al actor ya se le había reliquidado su prestación en el año 2016, al amparo del régimen de transición pensional, dando aplicación a la Ley 71 de 1988, concediéndole un monto del 75% sobre su IBL.

VI. – RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por el apoderado judicial del demandante, quien insistió, que en este caso debe aplicarse la sentencia SU 769 de 2014 de la Corte Constitucional, en desarrollo de la interpretación favorable al trabajador y pensionado, conforme al artículo 53 de la Constitución Política.

Si bien adujo, que la interpretación en que se apoyó la A quo para no acceder a la reliquidación bajo el Acuerdo 049 de 1990, al estimar improcedente la sumatoria de tiempos públicos no cotizados con semanas efectivamente sufragadas, es sostenida por algún sector de la jurisprudencia, se duele que esa no es la postura más favorable, ni la que consulta el artículo 53 de la Constitución Política, conforme a la interpretación del órgano de cierre en la materia.

Alegatos de conclusión:

El apoderado judicial del demandante Dr. OSCAR DARÍO RÍOS OSPINA, solicita a este colegiado, que se revoque la sentencia de primera instancia, en atención a que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha venido zanjando las diferencias que existían en la interpretación judicial sobre el tema de la sumatoria de tiempos públicos y privados en aplicación del Acuerdo 049 de 1990 (Sentencia SL2557 y SL1947 de 2020), con total independencia de la formalización o no de los aportes realizados.

Llamó la atención de este colegiado, en orden a que se entienda que, conforme a estas nuevas posturas jurisprudenciales, que consultan las disposiciones constitucionales, aunado a la similitud que el presente caso tiene con esos contextos jurisprudenciales, llevan inexorablemente a que al actor se le conceda la reliquidación en los términos solicitados en la demanda.

A su turno la apoderada judicial de COLPENSIONES, Dra. ANA MARÍA TORO TORO portadora de la T.P. N° 313.795 del C.S. de la J., indicó en sus alegatos de instancia, que la postura sentada por la Corte Constitucional en la sentencia SU-769 de 2014, tiene por finalidad la de proteger el goce efectivo del derecho a la Seguridad Social de las personas que no lograban acceder a una pensión de vejez bajo ningún régimen pensional y que la única alternativa para adquirirla, era sumar tiempos cotizados tanto al ISS, hoy Colpensiones, como otras cajas logrando así acreditar el requisito de semanas contemplado en el artículo 12 Decreto 758 de 1990.

No obstante, a demandante le resulta inaplicable esta providencia, al encontrarse percibiendo en la actualidad una pensión de vejez reconocida mediante resolución GNR 318363 de 28 de octubre de 2016, es decir, no se encuentra afectado el goce efectivo del derecho a la Seguridad Social, y para respaldar sus argumentaciones, cita las sentencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 55.899 del 8 marzo de 2017, SL5514-2018 y SL317-2019.

A la referida apoderada judicial se le reconoce personería para actuar en los términos del memorial de sustitución poder allegado al plenario, conferido por la apoderada principal de la entidad Dra. VICTORIA ANGÉLICA FOLLECO ERASO.

Teniendo en cuenta la anterior crónica procesal, pasa la Sala a resolver de fondo, previas las siguientes

VII. – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Los presupuestos procesales, requisitos indispensables para regular la formación y desarrollo de la relación jurídica procesal, como son demanda en forma, Juez competente, capacidad para ser parte y comparecer al proceso se encuentran cumplidos a cabalidad en el caso objeto de estudio, lo cual da mérito para que la decisión que se deba tomar en esta oportunidad sea de fondo.

Naturaleza jurídica de la pretensión.- Reliquidación Pensional conforme al Decreto 758 de 1990, con el beneficio del régimen de transición (Artículo 36 Ley 100 de 1993).

El objeto central de esta Litis, se circunscribe estrictamente a los puntos objeto de inconformismo planteados por el apoderado judicial del demandante en el recurso de alzada, lo que comprende determinar, si le asiste derecho a la reliquidación por monto pensional, conforme al Decreto 758 de 1990, como beneficiario del régimen de transición pensional.

Es preciso reseñar, que, si bien en la demanda se solicitó la reliquidación del IBL, conforme al promedio de los últimos 10 años cotizados, y que la A quo no hizo ningún pronunciamiento al respecto, ya que todo su juicio jurídico lo enfocó en la imposibilidad de acumular semanas cotizadas con tiempos público no cotizados, a efectos de ver imposibilitada la opción de aplicar el Acuerdo 049 de 1990, esta Sala no se pronunciará sobre el tema del IBL, ya que conforme al

principio de consonancia, la alzada se circunscribe únicamente a lo apelado, que se dirigió únicamente al tema de la reliquidación conforme al Decreto 758 de 1990 (Artículo 320 CGP).

En el caso presente, no se discute que: **(i)** el accionante alcanzó su estatus pensional el día 1º de mayo de 2006, en virtud de la Resolución Nro. 010427 del 11 de mayo de 2007, expedida por el entonces Instituto de los Seguros Sociales, en cuantía mensual primigenia de \$718.716, resultante de haber aplicado un IBL por valor de \$1.120.717, al cual se le designó una tasa de reemplazo del 64,13%, prestación reconocida con arreglo al artículo 9º de la Ley 797 de 2003, al estimar la entidad que, *“la única normatividad que permite acumular tiempo laborado al servicio del Estado y no aportado a Caja de Previsión alguna, y periodos cotizados al Seguro Social en calidad de trabajador vinculado a una empresa privada es el artículo 9º de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993...”*; **(ii)** asimismo, no hay duda que la entidad, tuvo en cuenta para ese reconocimiento, 1,076 semanas, entre el equivalente a 439,43 semanas, resultante del tiempo público no cotizado, amén al servicio público prestado a la DIRECCIÓN SECCIONAL DE SALUD DE ANTIOQUIA, entre el 2 de noviembre de 1976 al 29 de agosto de 1982 y al MATADERO REGIONAL DE URABA entre el 16 de julio de 1987 y el 3 de abril de 1990; así como 637 semanas cotizadas efectivamente al entonces ISS desde el 31 de julio de 1970 al 31 de julio de 2006; **(iii)** se evidencia asimismo, que Colpensiones, a través de la Resolución GNR 318.363 del 28 de octubre de 2016 (fls. 32/35), reliquidó la pensión de vejez del demandante, por IBL y Monto, aplicando respectivamente uno de \$1.549.343 y tasa del 75%, acogiendo como fuente normativa la Ley 71 de 1988, y concediéndole al actor el beneficio del régimen de transición pensional del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, la A-quo estimó que bajo el Decreto 758 de 1990 no es posible sumar tiempos públicos no cotizados con semanas efectivamente sufragadas a Colpensiones, ya que bajo la postura jurisprudencial adoptada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, entre otras, en las providencias Radicaciones

44.603 de 2016 y 55.899 de 2017, el tiempo servido por el demandante en el sector público, no es susceptible de ser sumado con las semanas cotizadas al ISS, a efectos de aplicar el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

El reproche que el recurrente propone frente al argumento jurídico precitado, parte de enarbolar, que en el marco de ese régimen deben acumularse los tiempos de servicios públicos o aportes sufragados a otras cajas o fondos de previsión social, a efectos de acceder a una tasa de reemplazo del 78% del ingreso base de liquidación, en aplicación de la favorabilidad que le asiste al actor como beneficiario del régimen de transición pensional.

Para esta Sala, la A-quo, no incurrió en dislate alguno de apreciación jurídica, conforme a la línea de argumentación jurisprudencial en que se apoyó, para la calenda en que profirió su fallo (27 de septiembre de 2018), para cuando, se encontraba vigente en el máximo órgano de cierre, la interpretación, que solo permitía la pretendida acumulación de tiempos en Decreto 758 de 1990, bajo la premisa de que fuere esa la única forma de que el asegurado realizare su acceso a la pensión (Sentencia SU-769 de 2014 de la Corte Constitucional), y no para efectos de reliquidación pensional.

Actualmente, la Sala de Casación Laboral, a partir de las sentencias SL1947 y SL1981 de 2020, y posteriormente, en lo respectivo a la reliquidación pensional, en la SL2557, Radicación 72.425 de 2020, recogió su anterior postura, a alineándose con la Corte Constitucional, partió de la aplicación de principios constitucionales (artículos 2 y 25 de la Constitución Política); teniendo en cuenta que, durante la trayectoria laboral, las personas pueden estar unos tiempos en el sector público o en el sector privado, dado que ello hace parte de las contingencias del mercado laboral; determinando que, lo relevante es que el Estado permita tener en cuenta lo uno y lo otro, en el marco de la garantía del derecho fundamental a la seguridad social, y viabilizó la sumatoria, bajo Decreto 758 de 1990, a los beneficiarios del régimen de transición pensional, incluso para la reliquidación pensional.

El eje axial de las citadas providencias, asumió que el régimen de transición pensional, al proteger expectativas legítimas, propugnó por evitar que los cambios legislativos en materia pensional, resultaran abruptos para los ciudadanos, y que, al conservar los conceptos edad-tiempo-monto del régimen pensional anterior, permitía que la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rigiera íntegramente por el literal f del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que dispone expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así estos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social, al tratarse de la esencia del trabajo humano.

Esta nueva visión, que reúne una mirada constitucional al asunto, desde el trabajo, el principio de favorabilidad y la estructura del sistema de seguridad social, conlleva un *“cambio de criterio jurisprudencial, acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado ius cogens...”*.

Así, concluye la Corte que, *“conforme al Acuerdo 049 de 1990 es viable acumular los tiempos de servicios públicos”,* como alternativa extensiva, *“a la reliquidación de la pensión de vejez...”*.

Acogiendo esta postura, es pertinente **REVOCAR** la sentencia de primera instancia, y conceder al actor el beneficio de una tasa de reemplazo del 78% propia del artículo 20 del Decreto 758 de 1990, mejorando la del 75% que ya se le había otorgado administrativamente por la entidad, en consideración a que, no puede decirse que se esté aplicando de manera retroactiva la jurisprudencia, al tratarse de un caso que fue resuelto en primera instancia conforme a otra interpretación que estaba vigente para la época, como quiera que esta posición deviene en una interpretación conforme a la constitución, y hace parte de una mirada general, vívida, actual e inmanente en todo el sistema de seguridad social.

Así, es claro que el señor ALVARO EUGENIO TOBÓN CASTAÑO, empezó a cotizar al entonces Instituto de los Seguros Sociales, desde julio de 1970, estuvo cotizando bajo la vigencia de varios acuerdos, incluido el 049 de 1990, y aunque en los años 80 estuvo en el servicio público sin cotizaciones, ello no afecta su derecho a que se le calcule el monto pensional, conforme al citado acuerdo, teniendo en cuenta que, el número de semanas con que cuenta se encuentra por encima de 1,050 semanas y por debajo de 1,100, pudiendo acceder a la tasa de reemplazo del 78%.

El mencionado monto se aplicará al IBL de **\$1.549.343**, reconocido por COLPENSIONES para el año 2013, según Resolución GNR 318.363 del 28 de octubre de 2016 (fl. 33), para una mesada pensional para dicho año, por valor de **\$1.208.487**, que resulta ser superior en **\$46.480** para el año 2013, a la reliquidada por COLPENSIONES por valor de **\$1.162.007**.

Diferencia mensual para el año 2014: **\$47.381**

Diferencia mensual para el año 2015: **\$49.115**

Diferencia mensual para el año 2016: **\$52.441**

Diferencia mensual para el año 2017: **\$55.456**

Diferencia mensual para el año 2018: **\$57.724**

Diferencia mensual para el año 2019: **\$59.560**

Diferencia mensual para el año 2020: **\$61.823**.

El derecho al mayor valor por reliquidación, se reconocerá desde el 18 de agosto de 2013, calenda desde la cual Colpensiones reconoció el valor resultante de la reliquidación a que accedió a través de la Resolución GNR 318.363 del 28 de octubre de 2016 (fl. 35), en atención a que el demandante interrumpió la prescripción el 16 de agosto de 2016, cuando presentó la respectiva reclamación ante la entidad. En consecuencia, se declarará parcialmente probada la excepción de PRESCRIPCIÓN, propuesta por la entidad demandada, para todas aquellas sumas causadas con anterioridad al 18 de agosto de 2013, quedando implícitamente resueltas las demás excepciones perentorias propuestas por la pasiva.

A título de reliquidación pensional, calculada entre el 18 de agosto de 2013, hasta el 31 de agosto de 2020, se le adeuda al señor ALVARO EUGENIO TOBÓN CASTAÑO, la suma de **\$5.312.426**. A partir del 1º de septiembre de 2020, COLPENSIONES deberá continuar pagando al actor una mesada pensional por **\$1.607.419**.

Dicha suma deberá ser debidamente indexada al momento del pago, ya que dicho mecanismo mantiene el poder adquisitivo constante de las mesadas pensionales. Indexación que debe ser calculada por COLPENSIONES a partir del 18 de agosto de 2013, mes a mes y sobre cada una de las diferencias pensionales periódicas, que componen el retroactivo pensional por reliquidación.

Para liquidar la indexación, la pasiva tendrá en cuenta la siguiente formula:

ÍNDICE FINAL

ÍNDICE INICIAL x VALOR A INDEXAR – VALOR A INDEXAR

Se AUTORIZARÁ a COLPENSIONES, para que, del valor total del retroactivo por reliquidación, efectúe los descuentos en salud.

Costas Procesales:

En ambas instancias, las costas procesales correrán a cargo de COLPENSIONES, y en favor del señor ALVARO EUGENIO TOBÓN CASTAÑO. Las agencias en derecho de primera instancia, deberán ser calculadas en la oportunidad procesal pertinente, por la A quo. En esta instancia, se han causado, en favor del demandante, la suma de 1 SMLMV, para 2020, que COLPENSIONES deberá pagarle.

Sin más asuntos que resolver, pasa la Sala a proferir la decisión de segunda instancia.

VIII. - DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR íntegramente la sentencia de primera instancia, de fecha y procedencia conocidas, que se conoce en Apelación, para en su lugar **DECLARAR** que el señor **ALVARO EUGENIO TOBÓN CASTAÑO**, como beneficiario del régimen de transición pensional tiene derecho a la reliquidación de su pensión, por monto, conforme al Decreto 758 de 1990, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES, a pagar al señor **ALVARO EUGENIO TOBÓN CASTAÑO**, la suma de *cinco millones trescientos doce mil cuatrocientos veintiséis pesos (\$5.312.426)*, debidamente indexada al momento del pago, a título de reliquidación pensional, calculada entre el 18 de agosto de 2013, hasta el 31 de agosto de 2020, y a continuar pagando al citado asegurado, partir del 1º de septiembre de 2020, una mesada pensional por \$1.607.419, de conformidad a lo expuesto.

TERCERO: DECLARAR probada la excepción de **PRESCRIPCIÓN**, propuesta por la entidad demandada, para todas aquellas sumas causadas con anterioridad al 18 de agosto de 2013, quedando implícitamente resueltas las demás excepciones perentorias propuestas por la pasiva, de conformidad a lo expuesto.

CUARTO: AUTORIZAR a COLPENSIONES, a descontar del referido retroactivo, las sumas con destino al sistema de salud, de conformidad a lo expuesto.

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES en costas procesales en ambas instancias, en favor del señor **ALVARO EUGENIO TOBÓN CASTAÑO**. Agencias en derecho en segunda instancia: 1 SMLMV para 2020. En primera

instancia, las agencias en derecho, deberán ser tasadas por la juez de primer grado, en la oportunidad procesal pertinente, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: En su debida oportunidad, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

SEPTIMO: SE ORDENA la notificación por estados de esta providencia, y se autoriza su reproducción virtual a las partes del proceso.

Los magistrados



MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
Magistrada



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA
Magistrado



LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL
Magistrada

Certifico:
Que el auto anterior fue notificado por
ESTADOS Nro. 139 fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal, a las 8 a.m.

Medellín, 24 de septiembre de 2020

Secretario