# ***ORALIDAD***

| | |
|---|---|
| ***Providencia***: | *Sentencia de Segunda Instancia, jueves 7 de mayo de 2015.* |
| ***Radicación No***: | *66001-31-05-005-2013-00536-01* |
| ***Proceso***: | *Ordinario Laboral.* |
| ***Demandante***: | *Jorge Hugo Reyes Barco* |
| ***Demandado:*** | *Colpensiones* |
| ***Juzgado de origen***: | *Quinto Laboral del Circuito de Pereira.* |
| ***Magistrado Ponente:*** | *Francisco Javier Tamayo Tabares.* |
| ***Tema a tratar:*** | ***De la aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 y las leyes anteriores:*** *En orden a dirimir la controversia, es menester señalar que como la prestación que acá se invoca, está contenida en el nuevo estatuto de la seguridad social (art. 33) destinado a la regulación de la pensión de vejez, su titular no es quien se encuentra cobijado por el régimen de transición, como lo es el demandante, a menos que con arreglo del artículo 288 ibídem, se acoja íntegramente a la Ley 100 de 1993, como quiera que por fuerza del principio de inescendibilidad o conglobamiento, no le es dable al asegurado elegir normas de uno y otro sistema, en orden a que se le extiendan los beneficios de ambos. De tal suerte, que el actor pretende en su favor la pensión especial descrita en el Par. 4º incorporado a la Ley 797 de 2003, empero, a la vez, le fue otorgada la pensión de vejez, a la luz del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, sin que este disponga para sus titulares, prestación semejante a la aquí invocada, de allí que no sea plausible el citado reclamo.* |

## AUDIENCIA PÚBLICA:

En Pereira, a los siete (7) días del mes de mayo de dos mil quince (2015), siendo las dos y treinta de la tarde (2:30 p.m.), reunidos en la Sala de Audiencia los suscritos magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara formalmente abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación propuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 21 de mayo de 2014 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por Jorge Hugo Reyes Barco contra la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

## IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:

### *INTRODUCCIÓN*

Antes de que procedan los asistentes a descorrer el traslado para alegar en esta instancia, conforme a las voces del artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, a modo de introducción se tiene que el demandante **Jorge Hugo Reyes Barco,** pretende que se declare que tiene derecho al reconocimiento de la pensión especial de vejez, consagrada en el parágrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003; en consecuencia, solicita que se condene a la entidad

accionada a pagar dicha prestación, a partir del 16 de septiembre de 2010, junto con el retroactivo pensional causado hasta el 25 de agosto de 2012, más los intereses moratorios, y las costas procesales.

Como fundamento de las súplicas de la demanda, indicó que nació el 26 de agosto de 1952; que el 17 de noviembre de 2010, mediante dictamen No. 6813, fue calificado por medicina laboral, determinándosele una pérdida de capacidad laboral del 57.76% de origen común, con fecha de estructuración del 16 de septiembre de 2010, fecha para la cual, tenía cotizados al sistema pensional, un total de 1.164,71 semanas y contaba 58 años de edad; que el día 11 de agosto de 2011, presentó solicitud ante el Instituto de Seguros Sociales, con el propósito de obtener la pensión especial de vejez, contenida en el Par. 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, y que tras la negativa inicial, le fue reconocida mediante Resolución VPB 2227 del 12 de julio de 2013, la pensión de vejez, con fundamento en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 26 de agosto de 2012, en cuantía de $1`735.527, luego de aplicar una tasa de reemplazo del 84 %.

La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda, dado que el reconocimiento de la pensión de vejez con fundamento en el Decreto 758 de 1990, se hizo en aplicación del principio de favorabilidad, como quiera que resultaba más favorable a sus intereses. Propuso como excepciones de fondo: “Inexistencia de la obligación”, “Buena fe”, “Improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios”, “Cobro de lo no debido” y “Prescripción”.

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira dictó sentencia por medio de la cual negó las pretensiones invocadas en la demanda, apoyada en que si bien el actor cumplió con los requisitos exigidos para ser acreedor de la pensión especial anticipada de vejez, consagrada en el par. 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en atención al principio de favorabilidad, no era procedente acceder a las pretensiones invocadas por el gestor, pues al realizar los cálculos pertinentes, le correspondía una mesada pensional de $ 1`259.623, con una tasa de remplazo de 68.2%, inferior a la prestación pensional de vejez reconocida por Colpensiones, en cuantía de $ 1`694.189; que ante

la reducción significativa por valor de $400.000, el demandante se vería perjudicado, al dejarlos de percibir cada mesada.

Contra el mentado fallo, se alzó la parte demandante en orden a que se revoque la sentencia de primer grado y se acceda al reconocimiento de la pensión especial anticipada de vejez, a partir de la fecha de estructuración y hasta el 26 de agosto de 2012, así como al pago de intereses moratorios y costas procesales. Arguye que una vez el actor acreditó los requisitos para acceder a la mentada prestación especial, la accionada ha debido reconocer el derecho y cancelar el retroactivo correspondiente, en virtud del principio de favorabilidad y por tratarse de un derecho adquirido.

***Del problema jurídico.***

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

¿Hay lugar al reconocimiento de la pensión especial anticipada de vejez? En caso positivo,

¿Qué pasaría si la entidad otorga la pensión de vejez del Acuerdo 049 de 1990; su titular también podría acceder a la del Par. 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003?

***Alegatos en esta instancia***:

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, de respuesta al problema jurídico planteado, con el propósito de desatar el recurso, se corre traslado por el término de 8 minutos, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia, empezando por la parte recurrente, con la advertencia de que sus exposiciones se contraerán a lo que fue motivo de apelación (art. 66 A CPLSS.).

Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis reflejan los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir de fondo, previa las siguientes:

## III. CONSIDERACIONES:

### *2. Desenvolvimiento de la problemática planteada*

Son supuestos fácticos no controvertidos en esta contienda que el señor Jorge Hugo Reyes Barco, a la edad de 58 años, acreditando una deficiencia superior al 50% de su capacidad laboral, y más de 1000 semanas sufragadas al sistema pensional, impetró al organismo de la seguridad social demandada, a partir del 16 de septiembre de 2010, el reconocimiento de la pensión de vejez especial, consagrada en el Par. 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

No se remite a discusión tampoco, que a raíz de dicho pedimento, la parte pasiva otorgó al demandante la pensión de vejez, al amparo del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, a partir del 26 de agosto de 2012, desestimando, la prevista en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, aduciendo razones de favorabilidad.

Ahora bien, Reyes Barco, insiste en esta acción con el reclamo de la pensión especial del Par. 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, pedimento que lo extiende del 16 de septiembre de 2010 al 25 de agosto de 2012.

En orden a dirimir la controversia, es menester señalar que como la prestación que acá se invoca, está contenida en el nuevo estatuto de la seguridad social (art. 33) destinado a la regulación de la pensión de vejez, su titular no es quien se encuentra cobijado por el régimen de transición, como lo es el demandante, a menos que con arreglo del artículo 288 ibídem, se acoja íntegramente a la Ley 100 de 1993, como quiera que por fuerza del principio de inescendibilidad o conglobamento, no le es dable al asegurado elegir normas de uno y otro sistema, en orden a que se le extiendan los beneficios de ambos.

Reza el mentado artículo:

"*Articulo 288. Aplicación de las disposiciones contenidas en la presente ley y en las leyes anteriores: Todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a que a la vigencia de la presente ley le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de esta ley."*

De tal suerte, que el actor pretende en su favor la pensión especial descrita en el Par. 4º incorporado a la Ley 797 de 2003, empero, a la vez, le fue otorgada la pensión de vejez, a la luz del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, sin que este disponga para sus titulares, prestación semejante a la aquí reclamada, de allí que no sea plausible la citada petición.

Ahora, si en gracia de discusión y con el ánimo de ser exhaustivos, se analizara la posibilidad del reconocimiento de la pensión de invalidez, como quiera que lo relevante en la pretensión de la parte actora, es su grado de invalidez en un porcentaje del 57.76 %, desde su fecha de estructuración del 16 de septiembre de 2010, resulta menester hacer las siguientes precisiones:

La pensión de invalidez no contempla un régimen de transición, que sí lo posee, la de vejez (artículo 36 de la Ley 100 de 1993), por lo que la norma que lo gobierna, es la vigente al momento de la estructuración de la invalidez, para los actuales efectos, la Ley 860 de 2003, dado que su estructuración se dio en el año 2010.

Igualmente, cabe la posibilidad de que la de invalidez, en ambos sistemas, se convierta en la de vejez, al haberse reunido la edad y cotizaciones exigidas para esta última, en el marco de uno u otro régimen pensional (transición o Ley 100).

Así que si el actor, resultare beneficiado también de la pensión de invalidez, en un lapso anterior y no concurrente con el de vejez, ello no obedece al imperio del principio de favorabilidad, comparado el artículo 33, consagrativo del Par. 4, invocado en la demanda, con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, dado que por no tratarse de normas vigentes para el tiempo que se pretende efectuar la comparación, no es de recibo el comentado principio, como quiera que el presupuesto legal, es que ambas se hallen en vigor.

El hecho de que el actor no aplique para el Par. 4º del artículo 33 en mientes, por su calidad inobjetable de beneficiario del régimen de transición, pues, bajo este postulado la entidad accionada le otorgó la pensión de vejez, bajo las previsiones del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, ello no significa que no aplique para el artículo 38 de la referida Ley 100 de 1993, con las innovaciones introducidas por la Ley 860 de 2003, como quiera que para la pensión de invalidez, el legislador no diseño un régimen transitivo, como si lo hizo para el de vejez (artículo 36 de la Ley 100 de 1993).

Así mismo, ello sería procedente en el sub-lite, en la medida en que no concurre en el idéntico lapso con la de vejez, es más, la de invalidez cesaría para el 26 de agosto de 2012, calenda para la cual ya estaría gozando o disfrutando de la pensión de vejez, acorde con la Resolución VPB 2227 del 2013.

Sin embargo, en el sub-lite, el demandante no aplica para el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, como quiera que a su tenor, el señor Jorge Hugo Reyes Barco, no cotizó 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez, dado que su ultimo aporte data para el 31 de diciembre de 1999 (fl.86), en cambio la estructuración operó en el año 2010.

En consecuencia, las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad, y en razón de ello, se confirmará la decisión de primer grado.

Costas en ambas instancias a cargo de la parte recurrente. Como agencias en derecho en esta sede se fija la suma de $ 644.350. Liquídense por secretaria.

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***

***Confirma*** por otras razones la sentencia proferida el 21 de mayo de 2014 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***Jorge Hugo Reyes Barco*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.***

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente. Como agencias en derecho se fija la suma de $ 644.350. Liquídense por secretaria.

***NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.***

La anterior decisión queda notificada en estrados.

Los Magistrados y la Magistrada,

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**
Magistrado Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**
Magistrada

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**
Magistrado

**EDNA PATRICIA DUQUE ISAZA**
Secretaria