El siguiente es el documento presentado por el Magistrado.

El contenido total y fiel debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Salvamento de voto

Proceso: Ordinario laboral - Sentencia del 12 de mayo de 2017

Radicación No.: 66001-31-05-003-2015-00455-01

Demandantes: Argemiro Martínez Castaño

Demandado: Colpensiones

Juzgado de origen: Tercero Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

Tema:

**Reliquidación pensión de vejez – Acuerdo 049 de 1990:** No obstante haberse remitido el presente asunto por la condena que emitió en contra del Colpensiones, la Sala debió hacer una aplicación extensiva e integral del artículo 69 del CPT, con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social del actor, teniendo en cuenta que sus pretensiones se negaron por un error en la aplicación de la norma, por cuanto la Jueza de primera instancia, a efectos de obtener el IBL aplicó el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, cuando debió tener en cuenta el inciso tercero del artículo 36 de la misma disposición normativa, situación que no puede pasar por alto esta Magistratura y que no trasgrede el principio de congruencia ni el de la *non reformatio en pejus* en razón que lo que se protege con la presente decisión son los derechos mínimos del trabajador.

# SALVAMENTO DE VOTO

Con mi acostumbrado respeto manifiesto mi inconformidad frente a la sentencia mayoritaria, por cuanto considero que en el presente caso había lugar a reliquidar la pensión de vejez del demandante, en su calidad de beneficiario del régimen de transición, pero teniendo en cuenta la totalidad de las cotizaciones efectuadas hasta el año 2004, por ser más favorable a sus intereses y a pesar de que conocerse el presente asunto en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo expongo a continuación:

1. **Cálculo del Ingreso Base de Liquidación para las personas beneficiarios del Régimen de Transición**

 Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación en el sentido de afirmar que el ingreso base de liquidación de los beneficiarios del régimen de transición depende del tiempo que le hiciere falta a los mismos para acceder a la prestación. Así, a quienes les faltaban menos de 10 años a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 para acceder a la prestación se les aplicará el tercer inciso del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, aplicar el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para adquirir el derecho, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

**2 Del principio de consonancia en materia laboral**

 Al hacer el estudio de constitucionalidad del artículo 66A del C.S.T., la Corte Constitucional en la Sentencia C-968 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, indicó lo siguiente:

“Pero qué sucedería en el evento en que el juez de primera instancia deje de reconocer beneficios mínimos irrenunciables a que tiene derecho el trabajador, debatidos dentro del proceso con la plenitud de las formas legales y debidamente probados, y el recurrente al interponer el recurso de apelación no repara en ellos y no lo sustenta debidamente de modo que deja de reclamar ante el superior sobre tales derechos laborales. ¿En tal hipótesis debe el juez laboral que dicta sentencia de segunda instancia ceñirse al mandato de la norma acusada que le exige guardar consonancia con la materia objeto del recurso?

Indudablemente en la situación que se plantea el sentenciador de segundo grado podría abstenerse de pronunciarse sobre derechos y garantías mínimas del trabajador que no le fueron reconocidos por la sentencia apelada, ya que la exégesis del precepto bajo revisión lo obliga a ceñirse a *la materia* del recurso de apelación, impidiéndole extender su decisión a aspectos diferentes. Además el juez puede argüir que en tal situación el apelante está indicando tácitamente su conformidad con los aspectos no apelados de la sentencia de primer grado.

Sin embargo, para la Corte tal interpretación no se aviene con el Ordenamiento Superior, pues evidentemente comporta no sólo un flagrante desconocimiento del principio de irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales que consagra el artículo 53 Superior, sino también del principio de la prevalencia del derecho sustancial que, según se explicó, le impone al juez laboral, como director del proceso, el deber de aplicar las normas procesales para hacer efectivos los derechos de quienes intervienen en el proceso, especialmente los derechos de los trabajadores.

Por lo tanto el principio de consonancia consagrado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2002, no puede ser interpretado en el sentido restringido ya analizado, sino de manera tal que su significado se avenga a los dictados de la Constitución. De esta manera, cuando la norma en mención exige que la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia *“con las materias objeto del recurso de apelación”* debe entenderse que el examen que efectúa el superior no se limita a los asuntos desfavorables del fallo de primera instancia sobre los cuales versa la impugnación, sino a todos aquellos aspectos desfavorables al trabajador que involucran beneficios mínimos irrenunciables los cuales deben entenderse siempre incluidos en el recurso de alzada. Esta solución tiene fundamento en el principio de la conservación del derecho que habilita a la Corte para mantener la disposición en el ordenamiento, excluyendo del mismo, a través de una sentencia condicionada, los entendimientos de la misma que contraríen los principios y valores constitucionales[[1]](#footnote-1).

Lo anterior no significa que el juez de segunda instancia pueda adicionar o extender un fallo en el cual ya ha utilizado el a-quo la facultad extra o ultra petita. Por lo tanto, cuando un fallo de primera instancia, sea revisado por el superior, en virtud del recurso de apelación, éste *puede confirmar una decisión extra petita de la primera instancia, si ella es acertada, o revocarla en caso contrario, o modificarla reduciéndola si el yerro del inferior así lo impone, decisión que no puede ser aumentada ya que, de lo contrario, sería superar el ejercicio de la facultad, llevarla más allá de donde la ejercitó el a-quo y esto no le está permitido al ad-quem, ni tampoco agravarla en vigencia del principio procesal de la no reformatio in pejus, garantía constitucional que hace parte del derecho fundamental al debido proceso (C.P., arts. 29 y 31)[[2]](#footnote-2).*

Debe tenerse en cuenta, que si bien tanto la consulta como la apelación son figuras jurídicas diferentes, pues el grado jurisdiccional de consulta no opera a iniciativa de la parte afectada sino automáticamente por mandato legal, con el fin de evitar fallos que puedan afectar los derechos de los trabajadores o el patrimonio público, lo cual justifica que el superior cuente con un amplio margen para resolver, y tratándose del recurso de apelación éste un medio de impugnación establecido en favor de quien se considera afectado por una resolución judicial a fin de que el superior jerárquico la modifique, aclare o revoque, correspondiéndolo a éste determinar las pretensiones de su recurso, materias éstas que delimitan la competencia del superior quien no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, “salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla” (CPC art. 357), y por lo tanto, en apariencia no se vulneraría el derecho a la igualdad, no es menos cierto que, la facultad del reconocimiento de beneficios mínimos irrenunciables del trabajador no concedidos en primera instancia no puede ser una facultad exclusiva de la consulta, según la cual, el superior adquiere plena competencia para revisar íntegramente la actuación con el fin de reparar los posibles yerros en los que ha incurrido el a-quo, y por lo tanto debe emitir un pronunciamiento como si fuese el juez de primera instancia pudiendo en consecuencia ejercer la atribución que al sentenciador del primer grado confiere el artículo 50 del CPT[[3]](#footnote-3) para fallar extra y ultra petita, bajo las condiciones allí establecidas que consisten en que los hechos en que se sustenta se hayan debatido dentro del proceso con la plenitud de las formas legales y que los mismos estén debidamente probados.”

1. **Caso concreto**

Sea lo primero indicar que fue acertada la determinación de la A-quo al considerar que la pensión del actor podía estudiarse en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, en virtud del régimen de transición, pues cumplió la totalidad de los requisitos establecidos en dicha disposición normativa *-esto es, los 60 años de edad (fl. 18) y las 1000 semanas cotizadas (fl. 49)-*, antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005. Ahora, como quiera que a él le faltaban menos de 10 años para acceder a la pensión a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues cumplió los 60 años el 8 de febrero de 2003, su I.B.L. debía calcularse con el promedio de los salarios devengados en el lapso que le hacía falta para acceder a la pensión desde el 1º de abril de 1994, o con el de toda la vida laboral, último que la A-quo encontró erradamente que era menor al señalado por el I.S.S. en la Resolución No. 0378 de 2004, pues al efectuarse el cálculo respectivo se encontró que el valor de la mesada para el año 2004, era de $414.962, superior a los $358.000 estipulados en la aludida resolución para esa anualidad.

Ahora, es claro que la Jueza de instancia no podía tener en cuenta el IBL obtenido por el entonces I.S.S. con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años, pues ese es el método destinado para quienes les faltaban más de 10 años a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y está establecido en el artículo 21 de dicha codificación para quienes no están enmarcados en el tercer inciso del artículo 36 ídem. Por ello, lo que debía hacer era calcular el I.B.L. con el promedio del tiempo que le hacía falta al actor para acceder a la pensión, 8 años, 10 meses y 8 días *–que no 9 años, 2 meses y 22 días como se dice en la sentencia mayoritaria-*, efectuando ese conteo desde la última cotización hacia atrás.

No puede pasarse por alto que a pesar de que en la Resolución 0378 de 2004 se reconoció la pensión de vejez a partir del 8 de febrero de 2003, el actor hizo cotizaciones hasta el 1º de abril de 2004, por lo que en realidad tenía derecho a disfrutar de la prestación desde el día siguiente. En ese orden de ideas, era menester calcular el I.B.L. con base en los salarios devengados por el señor Argemiro Martínez en el aludido interregno, obteniendo una suma de $510.745, monto que al aplicarle una tasa de reemplazo del 87% por las 1.205,43 semanas cotizadas, arroja una primera mesada para el año 2004 de $444.348 *-ampliamente superior a la reconocida por el I.S.S. para ese año, por valor de $358.000 (s.m.l.m.v.)-*.

 Así las cosas, no obstante haberse remitido el presente asunto por la condena que emitió en contra del Colpensiones, la Sala debió hacer una aplicación extensiva e integral del artículo 69 del CPT, con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social del actor, teniendo en cuenta que sus pretensiones se negaron por un error en la aplicación de la norma, por cuanto la Jueza de primera instancia, a efectos de obtener el IBL aplicó el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, cuando debió tener en cuenta el inciso tercero del artículo 36 de la misma disposición normativa, situación que no puede pasar por alto esta Magistratura y que no trasgrede el principio de consonancia ni el de la *non reformatio en pejus*, en razón que lo que se protege con la presente decisión son los derechos mínimos del trabajador.

 En estos términos sustento mi salvamento de voto.

### ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

1. Sentencia C-128 de 2002 MP Eduardo Montealegre Lynett [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia C-662 de 1998 MP Hernando Herrera Vergara. [↑](#footnote-ref-2)
3. ***Artículo 50.-Extra y ultra petita.*** *El juez (de primera instancia) podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el juicio y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas”*. Nota: mediante Sentencia C-662 del 12 de noviembre de 1998 la Corte Constitucional declaró inexequible la frase entre paréntesis. [↑](#footnote-ref-3)