***ORALIDAD***

***Providencia****:* *Sentencia de Segunda Instancia, jueves 22 de febrero de 2018.*

***Radicación No****:**66001-31-05-005-2015-00053-01*

***Proceso****:* *Ordinario Laboral.*

***Demandante****: Diego García Murillo*

***Demandado:*** *Colpensiones*

***Juzgado de origen****: Quinto Laboral del Circuito de Pereira.*

***Magistrado Ponente:*** *Francisco Javier Tamayo Tabares.*

***Tema a tratar: Pensión especial de vejez por hijo inválido. No afecta la adquisición de la pensión ordinaria de vejez con aplicación de los beneficios transicionales.*** *Atendiendo lo anterior, es necesario indicar que el hecho de acceder a este disfrute anticipado de la pensión de vejez, en manera alguna implica que una persona deje de ser beneficiaria de las condiciones anteriores para pensionarse, adquiridas en virtud del régimen transicional, como lo entiende la entidad, pues, se insiste, la prestación es exactamente la misma, solamente que se anticipa el disfrute, pero al cumplirse las condiciones legales exigidas en la normatividad correspondiente –edad y tiempo de cotización-, la prestación se transforma en una “ordinaria” de vejez, regida por la normatividad que en virtud del régimen de transición .* ***Intereses moratorios. Improcedencia.*** *En cuanto a la condena por concepto de intereses moratorios de que trata el canon 141 de la Ley 100 de 1993, los cuales fueron impuestos por la a-quo por la mera tardanza en el reconocimiento de la pensión de vejez, debe decirse que estima esta Sala que no son procedentes, puesto que en este caso el actor no cesó de percibir sus mesadas pensionales, las cuales se reajustan en este proceso por la conversión de su pensión a una ordinaria de vejez, con un valor mayor al pagado, pero que, sin duda, no configura la mora penada en dicha normatividad. Ello, en temas similares, ha sido tratado por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, cuando se reajusta el valor de la mesada pensional, declarándose improcedente los réditos moratorios en estos eventos (ver entre otras SL 22112-2007, SL12350-2014).*

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los veintidós (22) días del mes de febrero de dos mil dieciocho (2018), siendo las nueve y cuarenta y cinco de la mañana (9:45 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia los magistrados que integran la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara formalmente abierto el acto, que tiene por objeto resolver el grado jurisdiccional de consulta frente a la sentencia proferida el 05 de abril de 2017 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***Diego García Murillo*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones*.**

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

1. ***INTRODUCCIÓN***

Persigue el demandante que se declare que es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que por lo tanto tiene derecho a que se le aplique el Acuerdo 049 de 1990 y, en consecuencia, pide que se condene a Colpensiones a que reconozca la pensión de vejez desde el 22 de mayo de 2014, con el respectivo retroactivo pensional, los intereses moratorios de que trata el canon 141 de la Ley 100 de 1993 o en subsidio la indexación de las diferencias y las costas del proceso.

Para así pedir, relató la parte actora que nació el 22 de mayo de 1954, que cumplió los 60 años de edad en la misma fecha del año 2014, que al 01 de abril de 1994 contaba con 1.134 semanas cotizadas, que el ISS le reconoció pensión especial de vejez por hijo inválido a partir del 01 de noviembre de 2008, que el 26 de mayo de 2014 solicitó a Colpensiones el reconocimiento de su pensión de vejez, de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, que tal pedido fue negado por Colpensiones porque ya recibía el demandante la pensión especial de vejez y que el actor cotizó un total de 1.760,18 semanas.

La entidad demandada, una vez notificada de la providencia que admitió el libelo sintetizado anteriormente, allegó repuesta en la que se pronunció respecto a los hechos de la demanda aceptando la fecha de nacimiento del actor, el cumplimiento de los 60 años el 22 de mayo de 2014, el reconocimiento de la pensión especial de vejez, la fecha de vigencia de la misma, la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez, la negativa de la entidad y los argumentos de dicha negativa. Respecto a los restantes indica que no son ciertos. Se opone a la totalidad de pretensiones de la demanda y excepcionada de fondo “Inexistencia de la obligación”, “Improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios”, “Cobro de lo no debido”, “Prescripción y “Buena fe”.

1. ***SENTENCIA DEL JUZGADO***

La a-quo accedió a las pretensiones de la demanda, al encontrar que la pensión especial de vejez por tener a cargo a un hijo inválido resulta compatible con la pensión de vejez y, además, no se van a percibir simultáneamente, sino que aquella muta en la prestación pensional ordinaria de vejez. Encuentra además, que el demandante era beneficiario del régimen transicional contenido en el canon 36 de la Ley 100 de 1993 y, además, cumplió con las condiciones establecidas en el Acto Legislativo 01 de 2005, para que los referidos beneficios transicionales se le extendieran más allá del 31 de julio de 2010. Verificado ello, se dispuso a estudiar si se daban las condiciones exigidas en el Acuerdo 049 de 1990, encontrando que efectivamente estaban reunidos, tanto el presupuesto de edad, el cual satisfizo el demandante el 22 de mayo de 2012, como el de semanas cotizadas, pues contaba con un total de 1.772,19 semanas. Por lo anterior, dispuso la modificación de las condiciones en las cuales se pensionó el demandante, aplicándole el IBL de toda la vida, que resultó más favorable al actor y al aplicarle una tasa de reemplazo del 90%, arroja una mesada para el año 2014 de $1.131.409causada a partir del 22 de mayo del aludido año, imponiendo condena por la respectiva diferencia.

***III. CONSULTA***

Teniendo en cuenta el mandato contenido en el artículo 69 del Estatuto Instrumental Laboral y de la Seguridad Social, se dispuso la remisión de las diligencias a esta Sala para que se surtiera el grado jurisdiccional de consulta.

***Del problema jurídico.***

Plantea la Sala como problema jurídico el siguiente:

*¿Se puede convertir la pensión especial de vejez por hijo inválido a una pensión “ordinaria” de vejez, en aplicación del régimen transicional?*

***Alegatos en esta instancia***:

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, de respuesta al problema jurídico planteado, se corre traslado por el término de 8 minutos, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia, para que presenten sus alegatos de conclusión.

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:

**IV. CONSIDERACIONES:**

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

El inciso segundo del parágrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, establece que el padre o madre trabajador que tenga a su cargo a un hijo inválido, se podrá pensionar por vejez a cualquier edad, siempre que cuente con el número de semanas exigido en el régimen de prima media para pensionarse por vejez. Esta figura no consiste en una nueva forma o modalidad de adquirir la pensión de vejez, sino que se trata de una anticipación del disfrute de la misma, atendiendo las particulares circunstancias del afiliado, es decir, encontrarse a cargo de un hijo con merma en su capacidad laboral. La prestación de vejez otorgada bajo esta modalidad, en todo caso, no es definitiva pues la misma norma establece dos eventos en los que la prestación se suspende, el primero de ellos, cuando el hijo del pensionado deja de ser considerado como inválido o dependiente de su progenitor y el segundo, cuando el pensionado se reincorpora a la fuerza laboral. Lo anterior, permite evidenciar el carácter netamente temporal o provisional de la prestación concedida en esos términos y, solamente cuando se reúnan las condiciones legales para adquirir la pensión de vejez, aquella muta a permanente bajo esta nueva denominación.

Atendiendo lo anterior, es necesario indicar que el hecho de acceder a este disfrute anticipado de la pensión de vejez, en manera alguna implica que una persona deje de ser beneficiaria de las condiciones anteriores para pensionarse, adquiridas en virtud del régimen transicional, pues, se insiste, la prestación es exactamente la misma, solamente que se anticipa el disfrute, pero al cumplirse las condiciones legales exigidas en la normatividad correspondiente –edad y tiempo de cotización-, la prestación se transforma en una “ordinaria” de vejez, regida por la normatividad que en virtud del régimen de transición. Tampoco es dable entender o analizar la compatibilidad de ambas modalidades de pensión de vejez, porque en realidad no se tratan de pensiones diferentes, como se acaba de analizar, sino que es una misma prestación, por lo que en todo caso no habrá concurrencia entre ellas, sino que una –la especial por hijo inválido- muta en la otra –ordinaria y vitalicia de vejez-.

Clarificado ello, es pertinente verificar si en el caso puntual el demandante es beneficiario de la transición establecida en el canon 36 de la Ley 100 de 1993 y si para la fecha en que el demandante cumplió la edad para pensionarse -22 de mayo de 2014- aún se le podía aplicar tal régimen transicional, atendiendo las condiciones exigidas en el Acto Legislativo 01 de 2005.

Pues bien, para desatar el primero de los asuntos planteados, ha decirse que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció que se mantendrían las condiciones para pensionarse por vejez fijadas en legislaciones anteriores, entre otros, para los hombres y mujeres que al 01 de abril de 1994 contaran con al menos 15 años de servicios o su equivalencia en cotizaciones. Pues bien, en el caso puntual se tiene que de conformidad con las varias historias laborales que obran en el proceso, se observa que el demandante, para la calenda de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 1.135,44 semanas, período que corresponde a más de 21 años, razón por la cual claramente el señor García Murillo es beneficiario del régimen transicional.

Y si bien tal régimen transicional fue limitado en su vigencia por el Acto Legislativo 01 de 2005, cuya vigencia inició el 29 de julio de 2005. La limitación que estableció dicho acto reformatorio de la Carta Política, fue indicar que los beneficios transicionales solamente se extenderían hasta el 31 de julio de 2010 –Parágrafo transitorio 4-, salvo para aquellas personas que al momento de entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo, contaran con 750 semanas cotizadas, a quienes se le extenderían tales beneficios hasta el 31 de diciembre de 2014. Pues bien, ante la cantidad de semanas que el actor tenia cotizadas al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, innecesario se torna entrar en profundas disquisiciones para colegir que la transición se le extendió hasta el 22 de mayo de 2014, calenda en la que alcanzó los 60 años de edad.

Así las cosas, claramente el actor tiene derecho a que la pensión especial de vejez que ha estado disfrutando se convierta en la pensión de vejez, en los términos del Acuerdo 049 de 1990, pues siempre cotizó al régimen pensional administrado por el ISS y actualmente por Colpensiones y claramente se encuentran satisfechos los presupuestos del artículo 12 de dicha normatividad. Atendiendo lo anterior, ha de decirse que –efectivamente- el señor García Murillo tiene derecho a que se le convierta y reliquide la pensión de vejez.

La reliquidación pensional, implica que se establezca el IBL del demandante, conforme a los lineamientos establecidos en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, atendiendo que al 01 de abril de 1994 le faltaban más de 10 años para pensionarse, razón por la cual se debe tomar el promedio de los 10 últimos años cotizados o el de toda la vida laboral, si este es mayor.

Pues bien efectuando las operaciones aritméticas respectivas, se observa que las elaboradas en primer grado resultan incorrectas, pues arrojan unos IBL superiores y por tanto un monto pensional superior, al que realmente corresponde de conformidad con la información que reposa en el expediente. El IBL que resulta más favorable para el actor, corresponde al de los 10 últimos cotizados $-1.186.150-, al que al aplicarle la tasa de reemplazo del 90%, conforme al artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, arroja una mesada pensional de $1.067.535 para el año 2014.

Así las cosas, se procederá a modificar los ordinales correspondientes de la sentencia, en lo tocante al valor de la mesada para el año 2014 y el valor de la condena por diferencia pensional causada, el cual se concreta así:



Así las cosas, la condena por concepto de la diferencia pensional, a la fecha de esta providencia, corresponde a la suma de $7.031.844,53.

En cuanto a la condena por concepto de intereses moratorios de que trata el canon 141 de la Ley 100 de 1993, los cuales fueron impuestos por la a-quo por la mera tardanza en el reconocimiento de la pensión de vejez, debe decirse que estima esta Sala que no son procedentes, puesto que en este caso el actor no cesó de percibir sus mesadas pensionales, las cuales se reajustan en este proceso por la conversión de su pensión a una ordinaria de vejez, con un valor mayor al pagado, pero que, sin duda, no configura la mora penada en dicha normatividad. Ello, en temas similares, ha sido tratado por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, cuando se reajusta el valor de la mesada pensional, declarándose improcedente los réditos moratorios en estos eventos (ver entre otras SL 22112-2007, SL12350-2014). Por lo tanto, se revocará la condena por este concepto impuesta en el ordinal séptimo y en su lugar, atendiendo que se pidió en subsidio la indexación de las condenas, se accederá a la misma, atendiendo la evidente afectación que el tiempo ha causado en el poder adquisitivo de dichas sumas. Tal condena deberá efectuarse mes a mes y acorde con la formula siguiente:

VA= VH x IF / II

Donde:

VA: Valor actualizado.

VH: Valor a actualizar.

IF: Valor del índice reportado, en la serie de empalme, por el DANE, al momento en que se va a efectuar el pago.

II: Valor del índice reportado, en la serie de empalme, por el DANE, al momento en que se debió efectuar el pago.

En síntesis se modificará el monto de la pensión a reconocer a partir del año 2014 y el monto de la condena por concepto de diferencia pensional y se revocarán los intereses moratorios de que trata el canon 141 de la Ley 100 de 1993, accediéndose a la indexación de las condenas, de conformidad con lo dicho en la parte motiva.

Sin costas en esta instancia.

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***

1. ***Modificar los ordinales 3º y 5º de la*** sentencia proferida el 05 de abil de 2017 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, en lo tocante al monto de la prestación pensional para el 22 de mayo de 2014 correspondía a la suma de $1.067.535 y para el año 2018 corresponde a $1.300.565.
2. ***Modificar el ordinal 6º*** de la sentencia referida, en el sentido de que la condena por la diferencia pensional causadas entre el 22 de mayo de 2014 y la fecha de esta providencia, corresponde a la suma de $7.031.844,53.
3. ***Revocar el ordinal 7º*** de la sentencia referida, y en su lugar ordenar la indexación de las sumas impuestas por concepto de diferencia pensional, en los términos indicados en la parte considerativa de esta providencia.
4. Confirmar la providencia en todo lo demás.
5. Sin costas en esta sede.

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

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA** **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

 Magistrado Magistrada