El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia

Proceso: Ordinario Laboral

Radicado No: 66001-31-05-005-2017-00361-01

Demandante: Jair Antonio Ríos Benítez

Demandado: Colpensiones

**TEMAS: PENSIÓN DE VEJEZ / IMPOSIBILIDAD DE PASAR DE UN RÉGIMEN PENSIONAL (LEY 33 DE 1985) A OTRO (ACUERDO 049 DE 1990) CUANDO SE ALCANCE EL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DEL SEGUNDO Y LUEGO DE HABERSE BENEFICIADO DE LAS PRERROGATIVAS DEL PRIMERO / ARTÍCULO 288 DE LA LEY 100 DE 1993.**

La Ley 33/1985 señala que se deben cumplir 20 años de servicios que equivalen a 1.028,57 semanas y 55 años de edad para acceder a esa prestación, que únicamente aplica para servidores públicos; por su parte, el Acuerdo 049/1990 requiere de 1.000 semanas de cotización y 60 años, si se es hombre, o 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad – 60 años –, normativa que aplica a todos aquellos que hayan cotizado al ISS, sin importar que sea servidor público…

Ahora bien, cuando un afiliado acredita los requisitos para acceder a cualquiera de dichas prestaciones por ser beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100/1993, es preciso anotar que una vez accede a la prestación vitalicia por la Ley 33/1985, reconocida por el ISS, de ninguna manera podrá luego convertir dicha pensión a otra, como el Acuerdo 049/90, cuando con posterioridad al reconocimiento de la primera, alcanza los requisitos de la segunda, concretamente, el requisito de edad – 60 años –, que era el faltante cuando se reconoció la Ley 33/1985.

Lo anterior, por cuanto el riesgo de vejez ya se encuentra amparado y cubierto su contingencia, que por vía de la Ley 33/1985 se anticipó con un requisito menos exigente como era 55 años de edad, frente a los 60 años – hombres – exigidos en el Acuerdo 049/90.

En esa medida, cualquier conversión o mutación pensional trasgrediría el artículo 288 de la Ley 100/1993, puesto que una vez sometido el afiliado a una disposición pensional – Ley 33/1985, en manera alguna podría romperla para acceder a otra prestación – Acuerdo 049/90, pues ello implicaría un marcado quebrantamiento al principio de inescindibilidad de la Ley. (…)

Puestas de ese modo las cosas, ninguna persona puede convertir una pensión que ya venía disfrutando, amparado en la transición pensional por otra, cuando alcance sus requisitos, pues dicho beneficio apenas permite acceder a la normativa de pensión anterior más favorable aplicada en su integridad.



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Sustanciadora

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

En Pereira, Risaralda, a los quince (15) días del mes de octubre del año dos mil diecinueve (2019) siendo las nueve de la mañana (09:00 a.m.), la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de surtir el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación contra la sentencia proferida el 20 de febrero de 2019 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Jair Antonio Ríos Benítez** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES**, cuya radicación corresponde al Nº 66001-31-05-005-2017-00361-01.

**Registro de asistencia:**

Demandante y su apoderado Colpensiones y su apoderado

**Traslado a las partes**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos, de conformidad con lo establecido por el artículo 13 de la Ley 1149/07.

**ANTECEDENTES:**

**1. Síntesis de la demanda y su contestación**

Jair Antonio Ríos Benítez pretende que se reliquide la pensión de vejez con base en el **Acuerdo 049/90** a partir del 20/03/2014, y en consecuencia se reajuste su mesada pensional con una tasa de reemplazo del **90%**, además solicitó que “*las condenas impuestas”* se actualicen, y por último pretendió los intereses de mora.

Fundamenta sus aspiraciones en que: *i)* nació el 20/03/1954 por lo que cumplió los 60 años de edad en la misma fecha de 2014; *ii)* estuvo afiliado al ISS desde el 07/07/1973 hasta el 01/08/2005, que equivalen a 1.590,86 semanas de cotización; *iii)* para el 01/04/1994 laboraba a favor del Banco Cafetero, contaba con 40 años de edad y más de 1.000 semanas cotizadas al ISS; *iv)* el 30/05/2011 el ISS reconoció la pensión de jubilación a partir del 20/03/2009 bajo la **Ley 33/85**, todo ello por la alteración de competencia del Decreto 4937/09, pues su reconocimiento correspondía al último empleador, a quien además ordenó la emisión y pago del bono tipo T; *v)* infructuosamente solicitó el reajuste de su pensión con base en el Acuerdo 049/90, porque al 20/03/2009 carecía de los 60 años de edad.

**Colpensiones** al contestar la demanda se opuso a las pretensiones porque el demandante ya había accedido a la pensión de jubilación a través de las Ley 33/85, por lo que no podía pretender beneficiarse de dos normativas de acuerdo a lo más favorable a su monto pensional. Por otro lado, explicó que el demandante sí estuvo afiliado al ISS desde el 07/07/1973 hasta el 01/08/2005, para un total de 1.590,86 semanas y que para el 01/04/1994 se encontraba afiliado al ISS con el empleador Banco Cafetero. Como medios de defensa presentó las excepciones que denominó “*inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido”,* “*prescripción”,* entre otras.

**2. Síntesis de la sentencia**

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira ordenó a Colpensiones a reajustar la pensión de vejez del demandante a partir del 20/03/2014 conforme al Acuerdo 049/90 y una tasa de reemplazo del 90%. En consecuencia condenó a la administradora pensional a pagar un retroactivo pensional por la diferencia entre las mesadas reconocidas y las que debió reconocer desde el 20/03/2014 hasta el 31/01/2019 que asciende a $31’216.826 que deben pagarse debidamente indexados, suma de la que ordenó descontar $3’452.241 por aportes al sistema de salud. Por otro lado, ordenó que la mesada pensional a partir del 01/02/2019 corresponde a $3’337.524.

Para arribar a la anterior decisión expuso que el demandante era beneficiario de la transición pensional y que las normas aplicables al mismo eran las Leyes 33/85, 71/88 y Acuerdo 049/90. Concretamente argumentó que no existía ninguna prohibición para que un trabajador oficial pensionado por Ley 33/85, cuando alcanzará la edad de vejez del aludido Acuerdo 049/90 pudiese acceder a este, sin que ninguna incidencia tuviera el bono tipo T aludido en la resolución de reconocimiento pensional.

**3. Del recurso de apelación**

Colpensiones inconforme con la anterior decisión elevó recurso de alzada para lo cual argumentó que de ninguna manera podía reconocerse la pensión bajo el Acuerdo 049/90 porque acreditó 20 años de cotizaciones al sector público, y en esa medida no se podían acumular tiempos servidos como empleado público a las cotizaciones del sector privado.

**4. Del grado jurisdiccional de consulta**

Por resultar adversa la decisión a Colpensiones, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta, pues la Nación es garante de las condenas impuestas a dicha entidad, todo ello de conformidad con el artículo 69 del C.P.L. y de la S.S.

**CONSIDERACIONES**

**Cuestión previa**

Es pacífico en esta instancia que el ISS mediante la Resolución No. 02326 del 30/05/2011 reconoció la pensión de jubilación a Jair Antonio Ríos Benítez con fundamento en la Ley 33/85 y con apoyo en el Decreto 813/1994, a partir del 20/03/2009 en cuantía de $1’941.293 (fls. 29 a 30 c. 1).

**1. De los problemas jurídicos**

Visto el recuento anterior, la Sala formula los siguientes:

* 1. ¿El reconocimiento de la pensión de jubilación por parte del ISS, amparada en la Ley 33/1985, impide su mutación a la pensión de vejez del Decreto 758/90, una vez se alcanzan los requisitos de esta última?
	2. En caso de respuesta negativa ¿El demandante es beneficiario del régimen de transición?
	3. ¿El demandante cumple los requisitos para acceder a la reliquidación de la pensión de vejez con base en el Acuerdo 049/90?

**2. Solución a los problemas Jurídicos**

**2.1. Mutación de pensión de vejez por otra de igual origen, una vez se alcanzan los requisitos de esta última**

La Ley 33/1985 señala que se deben cumplir 20 años de servicios que equivalen a 1.028,57 semanas[[1]](#footnote-1) y 55 años de edad para acceder a esa prestación, que únicamente aplica para servidores públicos; por su parte, el Acuerdo 049/1990 requiere de 1.000 semanas de cotización y 60 años, si se es hombre, o 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad – 60 años –, normativa que aplica a todos aquellos que hayan cotizado al ISS, sin importar que sea servidor público. Ambas prestaciones tienen como causa originaria la ancianidad, aunque requisitos disímiles para su acceso.

Ahora bien, cuando un afiliado acredita los requisitos para acceder a cualquiera de dichas prestaciones por ser beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100/1993, es preciso anotar que una vez accede a la prestación vitalicia por la Ley 33/1985, reconocida por el ISS, de ninguna manera podrá luego convertir dicha pensión a otra, como el Acuerdo 049/90, cuando con posterioridad al reconocimiento de la primera, alcanza los requisitos de la segunda, concretamente, el requisito de edad – 60 años -, que era el faltante cuando se reconoció la Ley 33/1985.

Lo anterior, por cuanto el riesgo de vejez ya se encuentra amparado y cubierto su contingencia, que por vía de la Ley 33/1985 se anticipó con un requisito menos exigente como era 55 años de edad, frente a los 60 años – hombres – exigidos en el Acuerdo 049/90.

En esa medida, cualquier conversión o mutación pensional trasgrediría el artículo 288 de la Ley 100/1993, puesto que una vez sometido el afiliado a una disposición pensional – Ley 33/1985, en manera alguna podría romperla para acceder a otra prestación – Acuerdo 049/90, pues ello implicaría un marcado quebrantamiento al principio de inescindibilidad de la Ley.

En efecto, en el régimen de prima media del Sistema General de Seguridad Social Integral las personas solo pueden acceder al cubrimiento del riesgo de vejez por una única vez. Así, la ancianidad puede cubrirse ya sea por una pensión anticipada de vejez por invalidez -inciso 1º, parágrafo 4º, artículo 33 de la Ley 100/93-, por una pensión especial de alto riesgo – art. 15, A. 049/90 – u ordinaria de vejez – Ley 100/93, Acuerdo 049/90, Ley 71/88 o Ley 33/85 -, pues en estrictez todas ellas constituyen una misma prestación en tanto amparan el mismo riesgo; por lo tanto, quien viene disfrutando de una pensión de jubilación por Ley 33/85, de ninguna manera puede pretender convertirla por otra de igual categoría – A. 049/90, una vez alcanza la edad pensional de esta última, pues iterase, el riesgo de la vejez ya se encontraba cubierto de manera anticipada y vitalicia[[2]](#footnote-2), salvo cuando la pensión haya sido reconocida en primer lugar por el empleador, y luego se traslade al ISS la obligación de pago, evento en el cual, ocurre la compartibilidad pensional, por el mayor valor, si hay lugar a este, por lo que el empleador quedará obligado al pago de la diferencia entre ambas pensiones.

Situación diferente ocurre cuando lo que se pretende es el reconocimiento de una prestación de vejez simultánea, en ese sentido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en jurisprudencia reciente[[3]](#footnote-3) explicó que la pensión de jubilación contemplada en la Ley 33/85 es compatible con las pensiones de vejez derivadas de servicios privados cotizados al ISS – Acuerdo 049/90 -, pero:

*“bajo el entendimiento o de que el tiempo de servicio fue completado antes de que entrara en vigor la Ley 100 de 1993, o de que la prestación se haya reconocido a través de Cajas de Previsión, diferenciándose así los recursos de los cuales provienen, impidiéndose de esa forma que, por regla general el Instituto de Seguros Sociales, disponga el pago de dos pensiones de vejez, como se trataría en este evento.*

*En ese sentido deben leerse las decisiones que esta Sala de la Corte ha decantado, esto es que únicamente bajo el evento de que cualquiera de las dos prestaciones de las que se pide su compatibilidad, hubiesen sido causadas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, es que puede predicarse su compatibilidad, cuando provengan de distintos tiempos, como los públicos y privados, pues de lo contrario se entenderá que es inviable.*”*[[4]](#footnote-4)*

Por su parte, en pronunciamiento jurisprudencial anterior, si bien se ordenó al ISS (régimen de prima media con prestación definida) el pago de dos pensiones para cubrir el riesgo de la vejez, ello ocurrió como consecuencia de que la prestación causada por servicios privados se otorgó en 1991 y la de la Ley 33/85 se causó en el 2002, es decir, “*quedó demostrado que los tiempos y cotizaciones que sirven a una y otra prestación son diferentes, así como las normas en las cuales se fundamentan*”[[5]](#footnote-5).

Por último, es preciso advertir que con ocasión a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y de conformidad con el régimen de transición, así como el principio de favorabilidad, una persona sí puede acceder a la reliquidación o conversión de una prestación de vejez ya reconocida por otra que ampare el mismo riesgo, pero ello únicamente bajo el entendimiento de que para el momento en que solicitó la pensión de vejez, cumplía con los requisitos de ambas normativas, siendo más favorable una que otra, puesto que “*si el beneficiario puede acogerse a distintos regímenes anteriores, en virtud de transición, debe seleccionar el más favorable”*[[6]](#footnote-6) o en otras palabras “*debe optarse por el que mejor favorezca los intereses del asegurado, siempre que en todos ellos cumpla los presupuestos para acceder a la prestación por vejez, pero el que se seleccione debe ser aplicado exclusivamente*”*[[7]](#footnote-7)* y añade que en cuanto a los aportes o cotizaciones que no se hayan tenido en cuenta, entonces lo procedente sería incluirlos en la pensión de jubilación que se viene disfrutando y obtener la reliquidación de la misma si fuere el caso, pero nunca obtener el pago, devolución de aportes o indemnización sustitutiva[[8]](#footnote-8).

Puestas de ese modo las cosas, ninguna persona puede convertir una pensión que ya venía disfrutando, amparado en la transición pensional por otra, cuando alcance sus requisitos, pues dicho beneficio apenas permite acceder a la normativa de pensión anterior más favorable aplicada en su integridad.

El anterior argumento también se confirma con lo enseñado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que en un caso de contornos similares al de ahora[[9]](#footnote-9), explicó que algunas normas pensionales anteriores a la Ley 100/93, aun producen efectos, pero bajo la transición pensional – art. 36 -; en ese sentido, los administrados podrán acceder a pensiones de vejez contenidas en la Ley 33/85, que originariamente era reconocida por el empleador, pero que con la vigencia del nuevo sistema pensional, requerían una transición en el sujeto obligado a su pago, esto es, del empleador al Instituto de Seguros Sociales – Decretos 813 y 1160 de 1994, aplicables a empleadores públicos, y Decreto 4937 de 2009 –.

En ese sentido explicó que ante la necesidad de implementar un mecanismo que permitiera al ISS asumir el reconocimiento de las pensiones de jubilación de los servidores públicos afiliados a dicho instituto y beneficiarios del régimen de transición, entonces se creó el bono especial tipo T, que cubre la diferencia existente entre las condiciones estipuladas en los regímenes legales aplicables a los servidores públicos antes de la vigencia del S.G.S.S. y el contenido para los afiliados al ISS, para que el instituto pueda reconocer la pensión con régimen de transición.

No obstante lo anterior, la misma decisión enseñó que para las entidades públicas afiliadas al ISS, frente a las cuales sus servidores cotizaron durante toda la vinculación laboral a dicho instituto, sus trabajadores, en caso de ser beneficiarios de la transición – art. 36, Ley 100/93 -, “*tienen la posibilidad de que su situación pensional se defina o bien con las condiciones señaladas en las normas anteriores para el sector público o con las propias del Instituto de Seguros Sociales.* [por lo tanto] *Si se considera que la legislación pertinente es la del referido Instituto, el reconocimiento procedería conforme a lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 750 de 1990, en cuyo caso la pensión la concedería el ISS, cuando los trabajadores cumplan 60 años de edad y acrediten un mínimo de 1000 semanas cotizadas. En cambio, si el régimen de transición aplicable es el del sector público, la prestación se otorgará acorde con las condiciones señaladas en la Ley 33 de 1985”.*

Puestas de ese modo las cosas, el servidor podrá elegir entre una u otra norma, más nunca beneficiarse de ambas sucesivamente.

**2.2. Fundamento fáctico**

Rememórese que Jair Antonio Ríos Benítez pretende que la pensión de jubilación – Ley 33/1985 – que viene disfrutando, sea reliquidada (convertida) bajo los parámetros del Acuerdo 049/1990, pues con posterioridad al reconocimiento de la primera, reunió los requisitos de la segunda.

En el caso concreto, está acreditado que el demandante disfruta de una pensión de jubilación reconocida por el ISS mediante la Resolución No. 02326 del 30/05/2011, con fundamento en la Ley 33/85 a partir del 20/03/2009, reconocimiento que se hizo posible bajo el régimen de transición pensional contemplado en el art. 36 de la Ley 100/93 (fls. 29 a 30 c. 1).

Acto administrativo que auscultado en detalle indica que Jair Antonio Ríos Benítez cotizó al ISS 1.043 semanas hasta mayo de 1998 – 20 años de servicios -, y que alcanzó los 55 años de edad el 20/03/2009, por lo que ordenó su reconocimiento desde esta última data.

Ahora bien, Jair Antonio Ríos Benítez en el libelo genitor expuso que en tanto el 20/03/2014 alcanzó los 60 años de edad, entonces la pensión que ya tiene reconocida, debía reliquidarse conforme al Acuerdo 049/90, norma que ampara su derecho también por el régimen de transición pensional (fl. 6 c. 1).

Petición que aparece ahora improcedente en la medida que el demandante ya disfruta de una pensión de vejez, reconocida por el ISS, derecho al que accedió a través de la Ley 33/85, esto es, 5 años antes de que alcanzara los requisitos del Acuerdo 049/90, es decir, cuando cumplió los 55 años, de manera que no podía pretender nuevamente acceder a la pensión de vejez, esta vez, por el Acuerdo 049/90 cuando cumpliera los 60 años de edad, pues su derecho ya se encuentra regulado de manera íntegra por la pluricitada Ley 33/85, todo ello en virtud del régimen de transición pensional.

Al punto es preciso anotar que, auscultada la historia laboral del demandante aparece que todas sus cotizaciones fueron realizadas al ISS (fls. 24 a 27 c. 1), y que la pensión que disfruta fue reconocida por dicho instituto (fls. 29 a 30 c. 1), sin que mediara anterior reconocimiento por parte de su empleador Bancafé, por lo que el caso de ahora no obedece a una compartibilidad pensional, sin que la presencia del bono especial tipo T, aludido en la Resolución No. 02326 del 30/05/2011 (fls. 29 a 30 c. 1), implique dicha compartibilidad, pues como se explicó en líneas anteriores, este debía ser pagado por el empleador para solventar la transición entre empleador e ISS, acaecida con ocasión a los Decretos 813 y 1160 de 1994 y 4937 de 2009.

En conclusión, es improcedente convertir una pensión de vejez ya reconocida por el ISS, bajo régimen de transición, por otra que ampare el mismo riesgo, cuando con posterioridad al reconocimiento de la primera se alcanzan los requisitos de la segunda; máxime que cuando accedió a la pensión con la Ley 33/85 se desafilió del sistema como resultado de la aplicación del Bono Tipo T lo que implica que no había aportes posteriores que generaran luego la reliquidación como la aquí pretendida. Por último se tiene que la sentencia mencionada por la parte actora en esta instancia no viene al caso, toda vez que no se llegó a estudiar el punto de apelación formulado por la parte demandada. Todo lo dicho implica la revocatoria de la sentencia de primera instancia en virtud al grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de Colpensiones, para en su lugar absolver a la entidad de las pretensiones formuladas en su contra.

Por lo dicho en precedencia se hace innecesario analizar el argumento contenido en la apelación.

**CONCLUSIÓN**

A tono con lo expuesto, la decisión revisada será revocada en su totalidad. Costas en ambas instancias a cargo del demandante y a favor de la demandada, de conformidad con el numeral 4º del artículo 365 del C.G.P.

**DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la **Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 20 de febrero de 2019 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Jair Antonio Ríos Benítez** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-,** para en su lugar absolver a esta última de las pretensiones elevadas en su contra.

**SEGUNDO: Costas** en ambas instancias a cargo del demandante y a favor de la demandada por lo expuesto.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se eleva y firma esta acta por las personas que han intervenido.

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Magistrado

1. SL16086 de 20/10/2015. [↑](#footnote-ref-1)
2. En este sentido se ha pronunciado esta Colegiatura, aunque para pretensiones de conversión o mutación de pensiones anticipadas de vejez por invalidez a ordinarias de vejez en sentencia de 22/01/2019, Rad. 2017-00329-01. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. SL536-2018 del 28/02/2018. Radicado 48880. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sent. de 28 de febrero de 2018. SL536-2018, rad. 48880. [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sent. de 4 de marzo de 2015. SL2576-2015, rad. 36936. [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. **SL 712 del 14/03/2018, radicado 52150.** [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sent. de 11 de junio de 2019. SL3172-2019, rad. 72638. [↑](#footnote-ref-7)
8. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. **SL 712 del 14/03/2018, radicado 52150.** [↑](#footnote-ref-8)
9. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. SL2852 de 20/03/2019, rad. 64112. [↑](#footnote-ref-9)