

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA LABORAL**

MAGISTRADA PONENTE: MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	CARLOS JULIO BERMÚDEZ RODRÍGUEZ
DEMANDADO	COLPENSIONES
PROCEDENCIA	JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001 31 05 002 2017 00184 01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN AMBAS PARTES
TEMAS Y SUBTEMAS	Reliquidación pensión – Ingreso Base de Liquidación Intereses Moratorios Incremento Pensional
DECISIÓN	MODIFICA

SENTENCIA No. 154

Santiago de Cali, veintisiete (27) de mayo de dos mil veintidós (2022)

En atención a lo previsto en el artículo 15 del decreto 806 del 4 de junio de 2020, una vez discutido y aprobado en la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N° 006 de 2022, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver los recursos de apelación formulados por los apoderados judiciales de la parte DEMANDANTE y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la Sentencia No. 187 del 7 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali.

Atendiendo al poder que se allegó al expediente, se reconoce personería a la abogada MAREN HISEL SERNA VALENCIA identificada con T.P. No. 204.944 del C.S. de la J. para que actúe como apoderada sustituta de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

El señor **CARLOS JULIO BERMÚDEZ RODRÍGUEZ** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES**, con el fin de que: **1)** Se declare que tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, con el promedio de las cotizaciones efectuadas durante los últimos 10 años. **2)** Igualmente, deprecó el pago de los intereses moratorios reglados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre el retroactivo reconocido en la Resolución GNR 396267 del 9 de diciembre de 2015. **3)** De otro lado, peticionó el reconocimiento del incremento pensional del 14% por persona a cargo, consagrado en el

Acuerdo 049 de 1990. 4) Seguidamente, deprecó el pago indexado de las sumas resultantes.

En virtud del principio de economía procesal en consonancia con los artículos 279 y 280 de la ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran en la demanda y su subsanación visible a folios 5 a 10 y 34 a 35, así como en la contestación a la demanda visible a folios 43 a 52, piezas procesales contenidas en el Archivo 02 ED.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia No. 187 del 7 de septiembre de 2021, condenó a **COLPENSIONES** a cancelar al demandante la suma de \$6.577.935 por concepto de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, liquidado sobre el retroactivo pensional reconocido en sede administrativa. Absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Como sustento de su decisión consideró que, sin ser un punto discutido en el proceso que a través de la Resolución GNR 396267 del 9 de diciembre de 2015, **COLPENSIONES** le reconoció al demandante la pensión de vejez a partir del 5 de diciembre de 2011 en cuantía de \$535.600, a partir de un IBL de \$677.990, con 1065 semanas, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, ello al amparo del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, con base en el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años, cuestión que al ser revisada por el Despacho, anotó, evidenció que lo decidido por la entidad se encuentra ajustado a derecho, pues de cualquier forma, la mesada del actor arrojó una suma inferior al SMLMV, debiendo ajustarse al valor de este, como lo hizo la administradora de pensiones, razón que impide la prosperidad del reajuste reclamado.

En cuanto a los intereses moratorios solicitados, la Falladora de instancia explicó que, radicada la solicitud de pensión el 5 de diciembre de 2014, pese a ser otorgada por la demandada, su pago fue dejado en suspenso en virtud de la pensión de invalidez de origen profesional percibida por el reclamante, siendo pagada la de vejez solo a partir del mes de enero de 2016, evidenciándose que hubo mora en su cancelación, como quiera que la entidad excedió el plazo de gracia con el cual contaba a la hora de reconocer la prestación, lo que hace procedente la imposición de los citados intereses, causados desde el 5 de diciembre de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2015, sobre el retroactivo reconocido en la Resolución GNR 396267 del 9 de diciembre de 2015.

Finalmente, en relación con el incremento pensional del 14% contemplado en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, dijo el *A quo* que a pesar de las facultades otorgadas por el artículo 230 CN, en aras de respetar el principio de seguridad jurídica, resulta necesario acatar el precedente de las Altas Cortes, pues si bien, en principio, su posición frente al tema analizado tendía hacia la procedencia de los beneficios estudiados, en consonancia con las múltiples decisiones de la Sala Laboral del Tribunal de este Distrito, debe modificarse la posición, a fin de negar lo pretendido en este ámbito, con base en la Sentencia SU-140 de 2019, como quiera que el demandante adquirió su derecho pensional

con base en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, esto es, cuando al tenor de la decisión evocada, se derogaron tales emolumentos.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado judicial del **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación, insistiendo en la revisión de la liquidación de la pensión de su representado, como quiera que los IBC reportados superan notablemente la cuantía del SMLMV, situación que sumada al hecho de tener que calcular la mesada con base en los últimos 10 años de cotizaciones, arroja una suma superior. En ese sentido, precisó que deben tenerse en cuenta los intereses moratorios sobre las sumas resultantes.

Respecto a la negativa del incremento pensional, argumentó que la Sentencia de la Corte Constitucional tiene efectos hacia el futuro, por lo que, en atención a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, además del trato igualitario hacia los usuarios de la justicia, considera que, para la fecha de reclamación e interposición del proceso, la posición vigente era la de reconocer los citados beneficios.

A su turno, el apoderado de **COLPENSIONES** arguyó que efectuó el reconocimiento pensional una vez agotó los trámites administrativos en los términos estipulados en la normativa aplicable. Que, en el evento de mantenerse la decisión, se proceda a estudiar la prescripción propuesta, y se ajusten los intereses teniendo en cuenta las fechas de causación.

El presente asunto se estudiará igualmente en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** conforme lo dispone el artículo 69 del CPTSS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto del 11 de marzo de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos la apoderada de **COLPENSIONES**, los que pueden ser consultados en el archivo 04 del expediente digital, y a los cuales se da respuesta en el contexto de la providencia.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala gravita en establecer si le asiste derecho al señor **CARLOS JULIO BERMÚDEZ RODRÍGUEZ** a la reliquidación la pensión de vejez otorgada, de acuerdo con el promedio de los últimos 10 años de cotización.

De ser así, se establecerá el valor de las diferencias generadas, previo estudio de la excepción de prescripción formulada por la pasiva, y si procede ordenar el pago de los intereses moratorios peticionados sobre los saldos derivados de la reliquidación, y el retroactivo reconocido en la Resolución GNR 396267 del 9 de diciembre de 2015.

Por último, analizará la Sala si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por persona a cargo, reglamentado en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990.

CONSIDERACIONES

Como supuestos de hecho debidamente demostrados en el *sub-lite* se tiene lo siguiente:

- (i) Que el señor **CARLOS JULIO BERMÚDEZ RODRÍGUEZ** nació el 17 de febrero de 1951, conforme se desprende del documento de identidad y la Resolución GNR 85118 del 24 de marzo de 2015 (f. 11 a 18 y 29 Archivo 0200220170018400 ED).
- (ii) Que mediante la Resolución GNR 85118 del 24 de marzo de 2015, **COLPENSIONES** supeditó el reconocimiento de la pensión y posterior ingreso a nómina, hasta tanto el demandante decidiera optar por esta prestación, o seguir percibiendo la pensión de invalidez de origen profesional que venía recibiendo (f. 11 a 18 y 29 Archivo 0200220170018400 ED).
- (iii) Más adelante, el 23 de octubre de 2015 el demandante reiteró el reclamo pensional, junto al pago de intereses moratorios, y el incremento del 14% por persona a cargo, petición resuelta a través de la Resolución GNR 396267 del 9 de diciembre de 2015, donde la demandada accedió a reconocer la pensión peticionada por el actor, a partir del 5 de diciembre de 2011, en cuantía de \$535.600, tomada de 1065 semanas, un IBL de \$677.990, al cual aplicó una tasa de reemplazo del 78%, negando los demás pedimentos (f. 21 a 28 Archivo 0200220170018400 ED).

DE LA RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

Lo primero a resaltar es que no es materia del debate que el demandante es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, y que la norma que rige su derecho pensional lo es el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, condición reconocida por **COLPENSIONES** desde la resolución que le otorgó la pensión de vejez – GNR 396267 del 9 de diciembre de 2015 f. 21 a 28 Archivo 0200220170018400 ED-.

La Juez de instancia consideró improcedente la reliquidación de la mesada pensional del promotor de la acción, debido a que, efectuado el cálculo del IBL con los últimos 10 años, arrojó una suma muy inferior al SMLMV, lo que significaba que la mesada debía ser equivalente al estipendio mínimo, como, en efecto, la viene pagando la pasiva.

Para desatar la Litis, huelga recordar que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dispone en su inciso tercero la forma para calcular el IBL de los afiliados beneficiarios del régimen de transición, anotando que este aparte normativo expresamente se refiere a los afiliados que les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, es decir, para quienes acrediten los requisitos de semanas y edad antes del 1º de abril de 2004, como quiera que la Ley 100 de 1993 entró en vigencia el mismo día y mes del año 1994, siendo a estos afiliados a los únicos que se les puede calcular el IBL con el

promedio del tiempo que les hiciera falta o el de toda la vida laboral si este les fuera más favorable.

De otro lado, para aquellos los afiliados a quienes les faltare un tiempo superior a 10 años a la entrada en vigor de dicha normativa, la forma para liquidar la mesada pensional es la establecida en el artículo 21 de la Ley 100, que establece que el IBL de sebe calcular con el promedio de las cotizaciones efectuadas en los últimos 10 años o con el promedio de toda la vida para los afiliados que cuenten con un mínimo de 1250 semanas cotizadas. Criterio señalado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en recientes providencias entre las que podemos destacar las sentencias radicadas SL-13025 del 26 de agosto de 2015 y SL-16827 del 18 de noviembre de 2015.

En el presente asunto, tenemos que el demandante nació el 7 de febrero de 1951, según consta en el documento de identidad y el acto administrativo de reconocimiento (f. 21 a 28 Archivo 0200220170018400 ED), por lo cual, arribó a la edad de 60 años el mismo día y mes del año 2011, circunstancia que con facilidad direcciona a que la pensión deba liquidarse conforme lo reglado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, ya que a la entrada en vigencia de esta, le faltaban más de 10 años para acceder a la pensión. En esa misma senda, el cálculo del IBL debe hacerse con el promedio de los últimos 10 años de cotizaciones, toda vez que, en la historia laboral actualizada tan solo acredita **1065 semanas** (GRP-SCH-HL-66554443332211_1077-20170908014711), insuficientes de cara a las 1250 semanas necesarias para también calcular el IBL con el promedio de toda la vida laboral.

Así entonces, realizadas las operaciones aritméticas del caso, que hacen parte integral de la presente decisión (Anexo 1), se obtiene un IBL por la suma de \$678.698,96, que al aplicarle una tasa de reemplazo del 78%, porcentaje correspondiente de acuerdo al número de cotizaciones (**1065 semanas**), arroja una mesada pensional a 2011, por valor de **\$529.385,19**, monto que por ser inferior al mínimo, debe reajustarse a la equivalencia del salario mínimo, al tenor de lo establecido en el artículo 35 de la Ley 100 de 1993, que para la época ascendía a \$535.600, equivalencia efectuada por la entidad de pensiones al momento del reconocimiento (f. 21 a 28 Archivo 0200220170018400 ED), asistiéndole razón a la Juzgadora de primera instancia al considerar que no existen diferencias en favor del accionante.

INTERESES MORATORIOS

Para resolver el problema jurídico planteado, debemos indicar que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, dispone que en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata dicha ley, el fondo de pensiones estará en la obligación de reconocer al pensionado, además de la obligación a su cargo, los intereses moratorios vigentes a la fecha en que se efectuó el pago.

Con relación a la fecha a partir de la cual deben concederse tales intereses, por vía jurisprudencial se tiene establecido que éstos se causan una vez vence el plazo que por ley tiene la entidad de seguridad social para resolver la solicitud del derecho. Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias SL11750 de 2014, SL13670 de 2016 y SL4985 de 2017.

En el presente asunto, se trata de una pensión de vejez, por lo que de conformidad con el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la ley 100 de 1993, **los fondos administradores de pensiones cuentan con un término máximo de cuatro (4) meses para resolver las solicitudes atinentes a este derecho.**

Descendiendo al caso de autos, se tiene que el señor **CARLOS JULIO BERMÚDEZ RODRÍGUEZ** elevó la primera solicitud de pensión de vejez el 5 de diciembre de 2014, conforme se extrae de la Resolución GNR 85118 del 24 de marzo de 2015, en la cual **COLPENSIONES** consideró que pese a que el demandante reunía las exigencias para acceder a la prestación reclamada, supeditó el reconocimiento a que el afiliado optara por esta pensión o continuar recibiendo la pensión de invalidez de origen profesional que la ARL le había reconocido (f. 11 a 18 y 29 Archivo 0200220170018400 ED). No obstante, meses más tarde, y después de la insistencia del interesado, la entidad demandada emitió la Resolución GNR 396267 del 9 de diciembre de 2015, en la que procedió a reconocerle la citada pensión, a partir del 5 de diciembre de 2011, con una mesada de \$535.600, y un retroactivo por valor de \$33.651.537, de conformidad con el Decreto 758 de 1990. En esta decisión, la entidad negó el pago de intereses e incrementos pensionales deprecados por el accionante (f. 21 a 28 Archivo 0200220170018400 ED).

Puestas de ese modo las cosas, tal como lo concluyó el *A quo*, resulta evidente para la Sala la tardanza injustificada en el reconocimiento pensional del demandante, al cual le asistía derecho desde la primera reclamación, pues incluso en el acto administrativo de reconocimiento, la entidad coligió que la consolidación del derecho prestacional del actor viene desde el mes de febrero de 2011, configurándose, entonces, la mora en su otorgamiento, asistiéndole derecho al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el **6 de abril de 2015**, y no desde el 5 de diciembre de 2014 ordenado en Sentencia, pues cumple recordar que estos comienzan a correr **vencidos los cuatro (4) meses posteriores** a la primera reclamación que se elevó el 5 de diciembre de 2014, hasta el 31 de diciembre de 2015, en tanto el retroactivo fue ingresado de nómina de dicho mes, pagadera en enero de 2016, según se desprende de la Resolución GNR 396267 del 9 de diciembre de 2015.

Previo al cálculo de los intereses es necesario referirse a la prescripción invocada por la entidad de pensiones. Al respecto, se advierte que una vez reconocida la pensión de vejez a la demandante en la Resolución **GNR 396267 del 9 de diciembre de 2015**, el citado concurrió a presentar la demanda originaria del actual proceso el **19 de abril de 2017** (f. 2 Archivo 0200220170018400 ED), de donde emerge que no transcurrió el plazo trienal requerido para la operancia de aquella figura, deviniendo en acertada la decisión del Despacho de primera instancia en este aspecto.

Superado lo anterior, efectuado el cálculo correspondiente (Anexo 2), se observa que lo adeudado por intereses moratorios causados en los términos descritos atrás, asciende a **\$5.251.955**, debiendo modificarse la decisión de primera instancia, a efectos de precisar el monto realmente adeudado por la demandada.

DEL INCREMENTO PENSIONAL

Sobre lo discernido por el apoderado judicial del demandante en relación con la procedencia del incremento pensional del 14% por persona a cargo, cabe reseñar que la

Sala Mayoritaria viene siguiendo lo resuelto por la Corte Constitucional en su sentencia SU-140 de 2019, en la que concluye el Alto Tribunal sobre los incrementos por personas a cargo que traía el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma data, que estos solo subsisten en tratándose de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, porque con su vigencia tales emolumentos desaparecieron del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica, y más de ello, por su incompatibilidad con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformada por el Acto Legislativo 01 de 2005.

En lo relativo al primer aspecto refiere la Guardiana de la Carta, que los incrementos previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año fueron derogados a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, dada la regulación integral y exhaustiva que en materia pensional hizo la Ley 100 de 1993 (SU-140 de 2019, numerales 3.1.2, 3.1.4), lo que hizo más evidente con la regulación expresa que se ameritó para las expectativas legítimas de quienes se hallaban próximos a pensionarse, por vía de un régimen de transición, que se estatuyó solo para el derecho a la pensión.

Y en cuanto a lo segundo explica, que en defecto de la derogatoria orgánica, con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 se habría expulsado del ordenamiento al artículo 21 del Decreto 758 de 1990 por vía de su derogación tácita en estricto sentido, ello por cuanto los incrementos del artículo mencionado se muestran evidentemente incompatibles con una norma constitucional que, por una parte, restringe los beneficios pensionales a aquellos que cohabitan al interior del sistema pensional previsto integralmente por la Ley 100 y demás normas posteriores y concordantes; y de otro lado, prohíbe que su reconocimiento implique una alteración en la correspondencia que debe existir entre el monto pensional asignado y los factores que se utilizaron para cotizar al respectivo sistema pensional.

Precisa la Corte que el eventual derecho que pudiera tenerse respecto de los incrementos por personas a cargo no se puede entender como parte integrante del derecho fundamental a la seguridad social, toda vez que el mismo no corresponde al núcleo esencial de ese derecho, dado que no puede decirse su falta de otorgamiento afecte la dignidad humana, habida consideración que los mismos se aplican sobre una pensión ya reconocida, respecto del cónyuge e hijos que tienen derecho a usufructuar aquella por virtud de la solidaridad y responsabilidad familiares.

Como si lo anterior no fuera suficiente, advierte que sería menester su inaplicación por inconstitucional en casos concretos, dado que su eventual reconocimiento violaría al inciso 11 del artículo 48 superior, según la reforma introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005. A este respecto precisa: *“Ciertamente, tal reconocimiento se haría en expresa violación de la norma superior conforme a la cual la liquidación de las pensiones debe hacerse teniendo en cuenta las cotizaciones correspondientes. Y respecto de los incrementos del 14% y 7% que prevé el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 no existe norma alguna que imponga cotizaciones para soportar dichos porcentajes”*.

En suma, al tenor del análisis constitucional efectuado por el Máximo Tribunal Constitucional, el incremento por personas a cargo fue un derecho que mantuvo su vigencia hasta que entró en vigor la ley 100 de 1993, pues no se consideró como un

beneficio contemplado en esta ley, ni tampoco que debiera pervivir, en razón de los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad y unidad del sistema de seguridad social; lo que se exacerban con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, frente al cual se presenta una clara contradicción con sus postulados, que propugnan por la universalidad del sistema de seguridad social, en un panorama económico que refleja las complicadas situaciones sociales que presenta el país con la situación marginal de niños y personas de la tercera edad, una alta tasa de informalidad laboral, el envejecimiento progresivo de la población que provoca la inversión de la pirámide laboral para efectos de la solidaridad pensional, lo que obliga al Estado a encausar los recursos públicos hacia los sectores más desfavorecidos de la sociedad y no hacia aquellos que tienen la manera de asistir a su propia subsistencia con ocasión de la pensión a que se hicieron acreedores, lo que identifica la Corte como un problema de asignación presupuestal constitucionalmente admisible.

A esta línea jurisprudencial se suma la actual postura de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sus recientes pronunciamientos ha considerado que el citado beneficio es inviabile para aquellos pensionados vía régimen de transición (Sentencia SL2061-2021 del 19 de mayo de 2021). En ese sentido, considero el Alto Tribunal:

“(...) En relación con los incrementos pensionales por personas a cargo de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año, basta decir que esa norma fue objeto de derogación orgánica, en virtud de la expedición de la Ley 100 de 1993 y resulta incompatible con el artículo 48 de la CN, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia CC SU-140-2019.

(...)

De lo expuesto, obvio resulta que la reclamación es improcedente y, por tanto, se absolverá de ella a la demandada. (...)”

Lo anterior denota la relevancia y el carácter vinculante del precedente constitucional, sobre el cual, se ha puntualizado, las autoridades públicas, tanto administrativas como judiciales, están obligadas a acatar los precedentes que fije la Corte Constitucional, y que si bien es cierto, la tutela no tiene efectos más allá del caso objeto de controversia, la *ratio decidendi*, constituye un precedente de obligatorio cumplimiento para las autoridades públicas, “*ya que además de ser el fundamento normativo de la decisión judicial, define, frente a una situación fáctica determinada, la correcta interpretación y, por ende, la correcta aplicación de una norma.*” (T-439 de 2000).

El pronunciamiento realizado por la Corte Constitucional en sede de control concreto, tal como corresponde a las decisiones de las salas de revisión de tutela y sentencias de unificación de éstas, obligan en su *ratio decidendi* a los operadores jurídicos, pues es en su papel de autoridad encargada de la guarda, integridad y supremacía constitucional, que se emiten por el Alto Tribunal, lo que se debe atender cada que se vaya a resolver un determinado asunto que quede enmarcado en las hipótesis del caso.

Es necesario resaltar que, contrario a lo señalado por el apelante activo, **no se está ante la discusión de la vigencia de un precepto previa su exclusión del ordenamiento por contradicción con la Carta, en razón del control abstracto ejercido por la Corte Constitucional, sino del alcance que a la luz de la Carta Magna se amerita para una**

determinada normativa, mismo que debe atenderse desde que se fija este por el Tribunal Constitucional, de ahí que no puede considerarse que haya un periodo de transición para aquellas situaciones previas a su expedición, dado que no le resulta válido a los jueces una vez conocido el alcance armónico del precepto al tenor de la supremacía constitucional, definir una que vaya en contravía del mandato superior.

Así mismo, ha recabado la jurisprudencia de la Corte, en que si bien la parte resolutive de los fallos de revisión obligan tan solo a las partes, el valor doctrinal de los fundamentos jurídicos o consideraciones de esas sentencias trasciende el asunto concreto revisado y que en cuanto fija el contenido y alcance de los preceptos constitucionales, hace parte del concepto de “*imperio de la ley*” a la cual están sometidos los jueces y las autoridades públicas de conformidad con el artículo 230 Superior. (Ver sentencias C-531 de 2011, C-539 de 2011, C-821 de 2011 y C-621 de 2015).

Aunado a todo, no debe perderse de vista que los incrementos por persona a cargo no tienen la virtualidad de afectar el mínimo vital de los pensionados, pues esta prerrogativa no afecta el derecho pensional como tal, que sigue intacto pese a la negativa de esta acreencia.

Corolario de lo expuesto, atendiendo la postura fijada por la Corte Constitucional en la sentencia de unificación SU 140-2019, que constituye un precedente aplicable a los supuestos fácticos esbozados, es preciso señalar que debe confirmarse la sentencia de primera instancia en este aspecto, en consideración a que para la fecha en que se causó el derecho a la pensión de vejez, que fue con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, ya no se encontraba vigente ese emolumento pensional.

En síntesis, habrá de modificarse la Sentencia confutada en lo relacionado con las fechas de liquidación de los intereses moratorios, y el monto al cual ascienden estos, confirmándose en lo demás esta decisión. Las costas de segunda instancia estarán a cargo del demandante, a quien le fue resuelto de manera desfavorable su recurso. Inclúyanse como agencias en derecho la suma equivalente a \$100.000.

Sin que sean necesarias más consideraciones, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la Sentencia No. 187 del 7 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de precisar que los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a cargo de la entidad demandada, ascienden a la suma de **\$5.251.955**, liquidados entre el 6 de abril y el 31 de diciembre de 2015, sobre el retroactivo reconocido en la Resolución GNR 396267 del 9 de diciembre de 2015.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la Sentencia apelada y consultada.

TERCERO: Las **COSTAS** de segunda instancia están a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$100.000.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
SE SUSCRIBE CON FIRMA ELECTRONICA
Ley 527 de 1999, artículo 7º. Decreto 2364 de 2012

Firma digitalizada para
actos judiciales



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO PARCIAL

ANEXO 1.

TRIBUNAL SUPERIOR								
LIQUIDACIÓN DE PENSIÓN - IBL ÚLTIMOS 10 AÑOS								
Expediente:	76 001 31 05 002 2017 00184 00			DESPACHO: No. 10 Sala Laboral				
Demandante:	CARLOS JULIO BERMÚDEZ RODRÍGUEZ			Nacimiento:	7/02/1951	60 años a	7/02/2011	
Edad a	1/04/1994	43	años	Última cotización:			30/09/2017	
Sexo (M/F):	M			Desde	19/07/1967	Hasta:	31/01/1996	
Desafiliación:		Folio		Días faltantes desde 1/04/94 para requisitos:			6.066	
Calculado con el IPC base 2008				Fecha a la que se indexará el cálculo			5/12/2011	
SBC: Indica el número de salarios base de cotización que se están acumulando para el período.								
PERIODOS (DD/MM/AA)		SALARIO	SBC	ÍNDICE	ÍNDICE	DÍAS DEL	SALARIO	IBL
DESDE	HASTA	COTIZADO		INICIAL	FINAL	PERIODO	INDEXADO	
11/09/1980	31/12/1980	11.850,00	1	1,020000	105,240000	112	1.222.641	38.037,73
1/01/1981	19/11/1981	14.610,00	1	1,290000	105,240000	323	1.191.904	106.940,29
20/11/1981	20/11/1981	29.220,00	1	1,290000	105,240000	1	2.383.808	662,17
21/11/1981	30/11/1981	14.610,00	1	1,290000	105,240000	10	1.191.904	3.310,84
1/12/1981	31/12/1981	17.790,00	1	1,290000	105,240000	31	1.451.333	12.497,59
1/01/1982	31/08/1982	17.790,00	1	1,630000	105,240000	243	1.148.601	77.530,57
1/09/1982	31/12/1982	21.420,00	1	1,630000	105,240000	122	1.382.970	46.867,31
1/01/1983	18/02/1983	21.420,00	1	2,020000	105,240000	49	1.115.961	15.189,47
16/06/1987	31/12/1987	41.040,00	1	4,130000	105,240000	199	1.045.775	57.808,10
1/01/1988	30/08/1988	41.040,00	1	5,120000	105,240000	243	843.564	56.940,60
9/10/1989	31/12/1989	30.150,00	1	6,570000	105,240000	84	482.951	11.268,85
1/01/1990	31/12/1990	30.150,00	1	8,280000	105,240000	365	383.211	38.853,32
1/01/1991	31/12/1991	30.150,00	1	10,960000	105,240000	365	289.506	29.352,69
1/01/1992	31/12/1992	61.950,00	1	13,900000	105,240000	366	469.037	47.685,46
1/01/1993	31/12/1993	79.290,00	1	17,400000	105,240000	365	479.568	48.622,85
1/01/1994	31/12/1994	79.290,00	1	21,330000	105,240000	365	391.209	39.664,21
1/01/1995	28/02/1995	118.934,00	1	26,150000	105,240000	60	478.647	7.977,45
1/04/1995	31/08/1995	118.934,00	1	26,150000	105,240000	150	478.647	19.943,62
1/09/1995	30/09/1995	118.934,00	1	26,150000	105,240000	29	478.647	3.855,77
1/10/1995	31/10/1995	118.934,00	1	26,150000	105,240000	30	478.647	3.988,72

1/11/1995	30/11/1995	118.934,00	1	26,150000	105,240000	29	478.647	3.855,77
1/12/1995	31/12/1995	118.934,00	1	26,150000	105,240000	30	478.647	3.988,72
1/01/1996	31/01/1996	142.125,00	1	31,240000	105,240000	29	478.785	3.856,88
TOTALES						3.600		678.698,96
TOTAL SEMANAS COTIZADAS						514,29		
TASA DE REEMPLAZO		78%			PENSION			529.385,19
SALARIO MÍNIMO		2.011			PENSIÓN MÍNIMA			535.600,00

ANEXO 2

FECHAS DETERMINANTES DEL CÁLCULO	
Deben mesadas desde:	5/12/2011
Deben mesadas hasta:	30/11/2015
Deben intereses de mora desde:	6/04/2015
Deben intereses de mora hasta:	31/12/2015

MESADAS ADEUDADAS CON INTERES MORATORIO						
PERIODO		Mesada Adeudada	Número de Mesadas	Deuda total Mesadas	Días Mora	Deuda Mora
Inicio	Final					
5/12/2011	31/12/2011	535.600	0,87	464.187	269	80.292
1/01/2012	31/01/2012	566.700	1,00	566.700	269	98.024
1/02/2012	29/02/2012	566.700	1,00	566.700	269	98.024
1/03/2012	31/03/2012	566.700	1,00	566.700	269	98.024
1/04/2012	30/04/2012	566.700	1,00	566.700	269	98.024
1/05/2012	31/05/2012	566.700	1,00	566.700	269	98.024
1/06/2012	30/06/2012	566.700	2,00	1.133.400	269	196.049
1/07/2012	31/07/2012	566.700	1,00	566.700	269	98.024
1/08/2012	31/08/2012	566.700	1,00	566.700	269	98.024
1/09/2012	30/09/2012	566.700	1,00	566.700	269	98.024
1/10/2012	31/10/2012	566.700	1,00	566.700	269	98.024
1/11/2012	30/11/2012	566.700	2,00	1.133.400	269	196.049
1/12/2012	31/12/2012	566.700	1,00	566.700	269	98.024
1/01/2013	31/01/2013	589.500	1,00	589.500	269	101.968
1/02/2013	28/02/2013	589.500	1,00	589.500	269	101.968
1/03/2013	31/03/2013	589.500	1,00	589.500	269	101.968
1/04/2013	30/04/2013	589.500	1,00	589.500	269	101.968
1/05/2013	31/05/2013	589.500	1,00	589.500	269	101.968
1/06/2013	30/06/2013	589.500	2,00	1.179.000	269	203.936
1/07/2013	31/07/2013	589.500	1,00	589.500	269	101.968

1/08/2013	31/08/2013	589.500	1,00	589.500	269	101.968
1/09/2013	30/09/2013	589.500	1,00	589.500	269	101.968
1/10/2013	31/10/2013	589.500	1,00	589.500	269	101.968
1/11/2013	30/11/2013	589.500	2,00	1.179.000	269	203.936
1/12/2013	31/12/2013	589.500	1,00	589.500	269	101.968
1/01/2014	31/01/2014	616.000	1,00	616.000	269	106.552
1/02/2014	28/02/2014	616.000	1,00	616.000	269	106.552
1/03/2014	31/03/2014	616.000	1,00	616.000	269	106.552
1/04/2014	30/04/2014	616.000	1,00	616.000	269	106.552
1/05/2014	31/05/2014	616.000	1,00	616.000	269	106.552
1/06/2014	30/06/2014	616.000	2,00	1.232.000	269	213.104
1/07/2014	31/07/2014	616.000	1,00	616.000	269	106.552
1/08/2014	31/08/2014	616.000	1,00	616.000	269	106.552
1/09/2014	30/09/2014	616.000	1,00	616.000	269	106.552
1/10/2014	31/10/2014	616.000	1,00	616.000	269	106.552
1/11/2014	30/11/2014	616.000	2,00	1.232.000	269	213.104
1/12/2014	31/12/2014	616.000	1,00	616.000	269	106.552
1/01/2015	31/01/2015	644.350	1,00	644.350	269	111.456
1/02/2015	28/02/2015	644.350	1,00	644.350	269	111.456
1/03/2015	31/03/2015	644.350	1,00	644.350	269	111.456
1/04/2015	30/04/2015	644.350	1,00	644.350	245	101.512
1/05/2015	31/05/2015	644.350	1,00	644.350	214	88.667
1/06/2015	30/06/2015	644.350	2,00	1.288.700	184	152.475
1/07/2015	31/07/2015	644.350	1,00	644.350	153	63.393
1/08/2015	31/08/2015	644.350	1,00	644.350	122	50.549
1/09/2015	30/09/2015	644.350	1,00	644.350	92	38.119
1/10/2015	31/10/2015	644.350	1,00	644.350	61	25.274
1/11/2015	30/11/2015	644.350	2,00	1.288.700	31	25.689
TOTAL RETROACTIVO				33.651.537		5.251.956



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

Considero no resulta procedente el estudio del grado de CONSULTA de la sentencia por cuanto COLPENSIONES presentó recurso de apelación, ello es así por cuanto el recurso de apelación y la consulta tienen un mismo fin, que es la revisión de los errores de las decisiones del juez de instancia, por consiguiente, resultan excluyentes entre sí.

Así lo determinó la Corte Constitucional en **sentencia T-1092 de 2012** cuando determinó la incompatibilidad del recurso de apelación con la consulta dentro de los procesos ordinarios de la especialidad laboral, veamos:

4. Para la jurisprudencia de la Corte Constitucional la apelación y la consulta tiene una misma finalidad, que es revisar las decisiones del juez de primera instancia para corregir los errores de esa providencia, y que el fallo que haga tránsito a cosa juzgada se expida conforme al ordenamiento jurídico³. *“De ahí que, como lo sostiene un amplio sector de la doctrina procesalista, si la parte en cuyo favor se estableció la consulta recurre en apelación, no es necesaria la misma, pues por sustracción de materia quedaría sobrando”².*

Bajo este supuesto, las herramientas procesales referidas son formas diferentes de agotar el proceso laboral. Así, en el evento en que se tramite y decida el recurso de apelación el juicio ordinario terminará, siempre que no se proponga o proceda la casación. Lo propio ocurre con la consulta, pues dicho instituto procesal es indispensable para que la decisión adoptada por el *a-quo*, que es totalmente adversa al trabajador o la entidad territorial, quede ejecutoriada, y el proceso llegue a su fin³. En efecto, ese grado jurisdiccional *“es un trámite obligatorio en los casos en que la ley lo exige y que, tratándose del contencioso laboral, dicho grado jurisdiccional deberá inexorablemente surtirse en los eventos de que trata el canon 69 del C.P”⁴.*

La Corte estima que la consulta y la apelación son excluyentes entre sí, de modo que no proceden de forma simultánea. Es más, el instituto procesal estudiado es independiente de los recursos, por cuanto sobrepasa los

factores de competencia. Además, la consulta no está regulada en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo⁶, norma que señala cuáles son los recursos existentes para atacar las providencias en los procesos adelantados ante la jurisdicción laboral. Lo expuesto en razón de que *“propende por la realización de objetivos superiores como el interés general de la Nación, la consecución de un orden justo y la prevalencia del derecho sustancial”*.

Así también se ha manifestado en aclaraciones de voto en providencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia **SL 3202-2021, SL 3047-2021, SL 3199 –2021 y SL 3049-2021**.

De igual forma, y en gracia de discusión, de forma respetuosa se considera que la ley como elemento social y de gobernanza no tiene por virtud contrariar la naturaleza de los derechos fundamentales y la razón de ser de los intereses moratorios, razón que indica no ser excusa para el pago de ellos la existencia o complacencia de un término diseñado para dar respuesta a las peticiones pensionales (derecho de petición), que por cierto en nada modifica el mandato claro establecido para la procedencia de los intereses, su pago oportuno y su naturaleza resarcitoria más no sancionatoria.

Finalmente, considero en torno a los incrementos pensionales, tal como lo anoto el Consejo De Estado, que no solo no han sido derogados, según se precisa en los apartes de la sentencia anotada en la providencia de la que me aparto, sino que son derechos adquiridos, incluidos los del régimen de transición.

Además si bien es cierto, la Ley 100 de 1993 determinó que derogaba todas las disposiciones que le fueran contrarias o que la modificaran, así mismo es preciso tener en cuenta, que también determinó acerca de la salvaguarda de los derechos adquiridos y del régimen de transición; lo que significa, que se constituye en deber legal el respeto por el derecho adquirido, que le asiste a los jubilados por invalidez o por vejez al amparo el Acuerdo 49 de 1990, al reconocimiento y pago de los incrementos por familiares a cargo, siempre que se presenten esas especiales circunstancias en estos últimos, que se determinan expresamente en dicho acuerdo.

De manera, que en salvaguarda por los derechos adquiridos de los jubilados con sujeción al referido acuerdo y de conformidad con el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, legalmente no se pueden entender como derogados en forma orgánica, figura que tendría lugar, si la materia relacionada con los incrementos hubiera sido en efecto contemplada de manera integral por esta nueva ley tal como lo hizo el acuerdo.

En conclusión, de conformidad con los derechos y los principios que consagra la Constitución Política en lo que atañe a los derechos laborales, que están orientados a que no se desconozcan

o lesionen las situaciones jurídicas consolidadas conforme a la normativa anterior, con el fin de que impere el respeto por los derechos adquiridos; se debe tener en cuenta, que los incrementos por personas a cargo que en el pasado fueron establecidos por el Consejo Nacional del Instituto de los Seguros Sociales a través de los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, aún permanecen vigentes como parte integrante del régimen de transición que estableció la Ley 100 de 1993 en su artículo 36.A mi juicio, una sentencia de unificación constitucional como lo precisa la misma Corte Constitucional, debe superar todos los temas, cosa que no se hizo, como **tampoco se supera la aplicación de los incrementos pensionales de conformidad con el Art.31 de la ley 100 de 1993.**

LA PROTECCIÓN DEL ART.58 DE LA C.P. A LOS DERECHOS ADQUIRIDOS Y DERECHO AL REGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL DEL ART.36 DE LA LEY 100 DE 1993.

1. El respeto que enseña el **art.58 de la C.N.**, a la propiedad privada y a los derechos adquiridos, es asunto de necesaria consideración para el caso, por lo que se hace materia de estudio indagar sobre la condición jurídica del derecho al régimen de transición, de manera especial, si debe tenerse como derecho adquirido o solo como expectativa legítima pensional, siendo cierto que en el citado acto legislativo al menos de forma expresa no se le trata como derecho adquirido, de ahí que considerara el constituyente derivado propio colocarle finitud, fincado en el principio de sostenibilidad presupuestal del sistema pensional, sin parar mientes que en las **sentencias C-168 de 1995, C-235 de 2002, C-789 de 2004, C-177 de 2005, T-818 de 2007, T-235 de 2002, T-534 de 2001 y T-169 de 2003**, en los que se ha definido el carácter de derecho adquirido y de protección constitucional, al punto de declararse contrario a la CN las reformas que intentaron modificarlo.

1.1. Pero es de ver que esta situación especial se consideraba desarrollada y superada conceptualmente como derecho adquirido por la propia corte constitucional dada las precisiones de la **Tutela 398 del 4 de junio de 2009, M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub**, en donde se le trató como derecho adquirido y por eso se respetó el derecho a la pensión: *“Una vez establecido el régimen de transición, por su naturaleza jurídica generó controversias en torno a qué sucedía con la persona que cumplía el requisito de la edad o el tiempo de cotización, pues una parte de la doctrina asumía que era un derecho adquirido y otra afirmaba que era una expectativa respecto al goce efectivo del derecho pensional”* lo cual se definió en esa misma sentencia al indicarse: *“En esas condiciones, las personas que cumplieron con los requisitos necesarios para estar en el régimen de transición, están en pleno derecho de exigir se les aplique el régimen anterior más favorable. Con base en la anterior conclusión, es pertinente establecer si la señora Maricel Posso Ramírez cumple con los requisitos del régimen de transición que exige el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y de ser así, analizar si de acuerdo con el régimen anterior contenido en el Decreto 758 de 1990 artículo 12, cumple con los presupuestos necesarios para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez.”*, consideración que debe tenerse en cuenta fue dictada después del acto

legislativo y existiendo sentencia de constitucionalidad en donde se postulaba la conclusión contraria, lo que había ocurrido, entre otras, en la **sentencia C-663 del año 2007**, en donde se decía: “*Los regímenes de transición, en consecuencia, (i) recaen sobre expectativas legítimas de los asociados y no sobre derechos adquiridos; (ii) su fundamento es el de salvaguardar las aspiraciones de quienes están cerca de acceder a un derecho específico de conformidad con el régimen anterior y (iii) su propósito es el de evitar que la subrogación, derogación o modificación del régimen anterior, impacte excesivamente las aspiraciones válidas de los asociados, especialmente si existe la posibilidad de minimizar esa incidencia y de armonizar las expectativas ciudadanas y los cambios legislativos a través de un régimen de transición*”.

1.2. Caracterización que para el **Consejo de Estado** amerita en caso de desconocimiento del régimen de transición la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad. **Sentencia del 4 de agosto del año 2010, rad.2004 6145 01(2533 07)**, también esta Corporación se ha pronunciado sobre el carácter de situación concreta y derecho subjetivo del régimen de transición, lo que ha hecho en las sentencias del **24 de abril de 2009, 18 de febrero y 25 de marzo de 2010**.

1.3. La Corte suprema de justicia en su sala laboral se ha pronunciado de igual forma respecto de los derechos surgidos con ocasión de los regímenes de transición, los que tienen como antecedentes de la **ley 100 de 1993, ley 6 de 1945, ley 33 de 1985, ley 90 de 1946**, el **C.S.T** y el **Decreto 3041 del año 1966**, de este último en la **sentencia STL – 572 del año 2014** se expresó:

“Es de advertir, en primer lugar, que en nada incidía para el caso el hecho de que el contrato de trabajo terminara luego de los 10 años previstos en el Parágrafo, el 20 de septiembre de 1977, pues el actor, por encontrarse en la situación prevista en el mandato del último inciso del artículo 76¹ de la Ley 90 de 1946, ya tenía asegurado que, en ningún caso, las condiciones para adquirir la pensión podían ser menos favorables que las establecidas para él en la legislación anterior. Norma de orden legal que no le puso límite de tiempo a la transición.”

2. La clara advertencia de la tensión producida por la aplicación del acto legislativo y la alegada afectación de los derechos adquiridos exige la conceptualización de su noción, pulsión que se cree se da al advertirse en el **Acto Legislativo 01 del año 2005** de manera literal se contempla en varias ocasiones total respeto a los derechos adquiridos, es más, para ser más exactos en tres apartes de la norma, situación permisiva también para indicar el apego del constituyente derivado al **Art. 58 constitucional**, pero es la tesis de la providencia: desconocerse en el acto legislativo los derechos adquiridos al colocarle techo temporal al régimen de transición, que es lo que deja

¹ En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que en el momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar en dicho riesgo, serán menos favorables que las establecidas para ellos por la legislación sobre jubilación, anterior a la presente ley.

sin piso y se constituye en razón de la aplicación negativa del régimen de transición. Tal como se hace en la ya recordada **sentencia de tutela 191 del año 2014**, entre otras muchas, solo que se cita esta por lo reciente.

2.1. En esa delimitación conceptual del término se cree propio considerar que las meras expectativas, las expectativas legítimas y los derechos adquiridos son figuras que devienen del mundo de las obligaciones y de la teoría general del derecho, y por eso mismo admiten reseñar el original culto del sistema jurídico occidental a la propiedad privada, como derecho fundamental reluciente en la concepción de los derechos civiles y políticos, derechos ideados y respetados desde los romanos y los primeros albores de la revolución francesa, sitial que luego vino a concederse a los derechos sociales bajo la teorización de verdaderos derechos subjetivos, situación que comenzara con la ideas de los deberes sociales, para con esa aceptada realidad teórica marcar el campo de los derechos adquiridos de carácter social.

2.2. Pero véamelos ahora en el derecho a la pensión de vejez o de jubilación en donde siempre se los ha distinguido: hay meras expectativas, expectativas legítimas y derechos adquiridos; de las primeras se sabe no tienen ninguna protección (**art. 17 ley 153 de 1887**), las segundas, en cambio, han sido objeto de especial protección, más en casos de tránsito legislativo, por ejemplo fijese cómo en la subrogación pensional de la **Ley 90 de 1946** y el **decreto 3041 de 1966**, el legislador protegió de manera especial a quienes contaban con expectativas pensionales de más consolidación a las meras expectativas, es decir legislativamente se les protege, léase para quienes tuviesen más de 10 y menos de 20 años de servicio al **1º de enero de 1967**, disponiéndose para ellos las pensiones compartidas. También con el **artículo 267 del CST y la ley 171 de 1961**, al crearse la pensión sanción, como protección ante el despido injustificado que impedía originalmente en el régimen empresarial llegar a jubilarse, dándose a estos trabajadores de 10 y menos de 20 años de servicio la pensión sanción, lo que posteriormente se conservó incluyéndola como protección a la seguridad social en el **art. 133 de la ley 100 de 1993**.

2.3. Pero ¿qué es lo deseado relieves para el caso de las expectativas legítimas?: que la expresa y positivada protección que el hacedor de las leyes les dispuso, por tener más que una mera expectativa pensional, al tener en todo caso más de 10 años de servicio, les configuro para la pensión compartida, un derecho cierto al goce de la completud de la pensión original, figura con la cual no perderían en últimas el derecho a gozar de la pensión con el mismo monto de la normativa anterior, solo que después de los 60 años el ISS lo pagará, y el empresario si hay un mayor valor, atenderá esa parte, sin que se pudiese pensar, antes ni ahora que el derecho cierto de gozar del monto total de la pensión, que es un derecho adquirido, pueda una ley posterior eliminar ese tope mayor, que en términos pragmáticos sería tanto como que el legislador una vez el trabajado llegue a la edad de los 55 años para acceder a la pensión empresarial, disponga que el derecho al mayor valor diferencial cuando llegue a la edad de la pensión de vejez ya no surte efectos, es decir, lo derogué o elimine para quienes no hubiesen cumplido esos 60 años a la fecha de la nueva disposición. En el caso de la pensión sanción, se cree se hace más fácil visualizar la

noción del derecho adquirido, pues quien antes de cumplir la edad de goce de la pensión (**50 o 60 años, art 267 CST, modificado por el art. 8° de la ley 171 de 1961**) puede reclamarla aún antes de la fecha de disfrute, sin que haya lugar a la excepción de petición antes de tiempo precisamente porque esta pensión especial no se configura atendiendo la edad del trabajador, esta solo es una fecha indicada para su disfrute, de ahí que se afirme estarse ante el derecho adquirido a la pensión sanción, (**sentencia CSJ-SCL rad. 38.885, del 10 de agosto de 2010, M.P. Luis Javier Osorio López**), siendo cierto que el legislador no podría desconocer si los supuestos de la norma ya han sido materializados, aunque no se hubiese llegado a la edad de disfrute. (**Sentencia 13 de marzo de 1970, G.J., cxxxiii, 363**)

3. La doctrina nacional también se ha pronunciado respecto de la naturaleza jurídica del régimen de transición, tal como lo hace el **Dr. Álvaro Quintero Sepúlveda** en su obra **“pensiones del Sector Público: La Transición Continúa, jurisprudencia de las altas cortes”**, manifestando después de hacer un recuento de varias sentencias de la Corte Constitucional, del **Consejo de Estado** y de la **Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia**, que en efecto no ha existido una posición uniforme de nuestras altas cortes sobre el tema, e incluso aduce: *“Ahora, con fundamento en la consideración de la transición como un derecho adquirido (T-818 de 2007), por su naturaleza laboral este deviene irrenunciable y, por ende, la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabarlo (art. 53 superior). Bajo tal consideración, tanto tienen derecho al traslado de régimen las personas que a 1° de abril de 1994 tenían 15 o más años de servicio, como aquellas que a la misma fecha tenían 35 años si eran mujeres o 40 si eran hombres, pues al gozar de un derecho laboral cierto e indiscutible no pueden válidamente renunciar a él, toda vez que los artículo 48 y 53 de la Carta Política no lo permite, pues no se trata de la renuncia a una expectativa de derecho (C-789 de 2002 y C-1024 de 2004), sino de un derecho adquirido (T-235 de 2002, C-754 de 2004, T-818 de 2007 y T-398 de 2009, etc.)”*, y el mismo autor en su otro libro **“Régimen de transición pensional de los empleados públicos”**, directamente expresa *“De lo expuesto parece desprenderse con claridad que para las Altas Cortes, el derecho a la transición constituye un derecho subjetivo en sí mismo, el cual demanda plena protección del legislador, dada su naturaleza de verdadero derecho adquirido”*.

3.1. Es menester para la claridad del tema significar que el derecho al régimen de transición pensional es independiente y autónomo del derecho pensional anhelado, por lo que su examen no puede abordarse como si esos derechos vinieran en conjunción, cada uno tiene tipología y etiología diferente al punto que el régimen de transición al día anterior al 01 de abril de 1994 no existía, como tampoco se gana tal régimen en tiempo posterior a ese día.

4. Pero veamos ahora cómo la misma Corte Constitucional en la **sentencia C-258 de 2013** enfatiza sobre la posibilidad legislativa de modificar situaciones jurídicas estando ya definidas, que es lo que finalmente ocurre, si se dan sus supuestos de definitividad, es decir, que se esté ante situaciones jurídicas cabalmente definidas, de no ser así se impide tenerlos como derechos adquiridos, pero es de ver que para dilucidar lo relativo a los derechos adquiridos postula que ellos se dan con ocasión del efectivo ejercicio que de ese derecho se haga, véase, el caso de las obligaciones de tracto sucesivo, en cuando dice que solo se configura cuando se materializa, que es lo que lo hace definido, con lo que sin duda alguna, en caso de obligaciones de naturaleza jurídica diferente, como son las de ejecución única, si hay derecho adquirido, como lo es el caso

del régimen de transición, cosa que fue consolidado para el **1° de abril de 1994**, al tener los afiliados 35 años si es mujer o 40 años de edad hombres o 15 años de servicios.

En esta discusión actual y razonable sobre el carácter de los derechos adquiridos, se desea significar lo centenario que han sido las precauciones conceptuales y temáticas del caso, pues en sentencia del **15 de noviembre de 1915**, también hubo disidencia o discrepancia en la decisión de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia al estudiar la constitucionalidad del proyecto elaborado por el Congreso de la Nación en esa época que buscaba reducir el monto de las pensiones el fue no fuese aceptado por la Presidencia de la República pero finalmente encontrado ajustado a la **Constitución de 1886** por esa corporación, la decisión mayoritaria de la sala plena tuvo como base para declarar la constitucionalidad de esa norma, el hecho de no tener esa disposición reduccionista origen en leyes civiles, siendo solo a estas normas a las que se refería el artículo 31 de la Constitución de 1886, genética de los derechos adquiridos que no aceptó la disidencia al salvar el voto afirmando que ese origen civil constituía un mero accidente, sin que tuviera la trascendencia para excluir de la noción de los derechos adquiridos del artículo 31 ese origen, pero para el caso también es muy importante señalar lo referente al punto de los derechos adquiridos; en las que razona la disidencia:

“La ley otorga ciertas facultades. Ellas pueden o no haberse ejercido. Pueden haber tenido o no efecto. Cuando la facultad se ha ejercido o ha tenido efecto, se está en presencia de un derecho adquirido según la definición más generalmente admitida de esta clase de derecho. Cuando se trata de una facultad no ejercida aún o que no ha producido efecto, ella constituye una mera expectativa. A los primeros se refiere el artículo 31 de la Constitución, entre otros; a los segundos, en el artículo 17 de la ley 153 citada. Los primeros son intocables, en lo general, por el legislador, como que forman parte del patrimonio individual; las segundas pueden ser no sólo cercenadas sino anuladas por ese legislador, según lo establece claramente la ley.”

La doctrina nacional actualmente también así se pronuncia, Diego Moreno Jaramillo en su obra titulada **Del Código de Bello a la Constitución de 1991**, respecto los derechos adquiridos afirma:

“Hay en la concepción del art. 28 de la ley 153 una condición que perfila la norma como categoría de excepción y valida la opinión de que, tratándose de derechos adquiridos, la regla general es la de que la garantía de su respeto no se da por ser tales, sino porque su ejercicio se cumpla según las exigencias de la nueva ley. Dicho en otros términos, la existencia de un derecho adquirido depende de que el ejercicio que comporta ese derecho se realice dentro de las prescripciones de la ley, de lo contrario se extingue”.

Y esto se hace para precisar que hoy como hace cien años, la jurisprudencia es pacífica en relación con la configuración de los derechos adquiridos es menester el pleno ejercicio de sus supuestos, como en el caso de las obligaciones pensionales que en efecto más que reconocérsele el derecho como tal ingrese efectivamente a su patrimonio dado que si esa obligación legal no se desarrolle o ejercite, pues así no hay derecho adquirido, con lo cual queda definido que de ser materializado los requisitos del régimen de transición, éste es sí un derecho adquirido de protección constitucional hoy como hace cien años.

Siendo esto, se repite lo que ocurre con el régimen de transición, el cual no es una mera expectativa, pero si es una expectativa legítima respecto del derecho pensional pero que no impide ser protegido como derecho adquirido esto es como régimen de transición pues se materializó desde el **1° de abril de 1994** fecha de vigencia del sistema general de pensiones, para quienes a esa fecha tenían cumplidos a cabalidad los requisitos para pertenecer a ese régimen pensional y de manera indefinida. Recordemos como ya lo dijimos, que el régimen de transición y el derecho pensional tienen una etiología y tipología diferente, lo que impide advertir su consolidación entremezclando sus razones de ser.

Precisado lo anterior queda claro para la Sala mayoritaria no ser posible entender que antes de configurarse el derecho al régimen de transición, éste se gestaba como mera expectativa o expectativa legítima de sí mismo, sobre este derecho, el 1° de abril de 1994 o el 30 de junio de 1995 (artículo 151 de la ley 100 de 1993), antes ni después de su configuración existía esa posibilidad, porque antes de esa consolidación lo que discurría eran los derechos frente a la pensión de vejez, el régimen de transición solo nace con la Ley 100 de 1993 lo que le dispuso su etiología y tipología de aplicación única.

Cosa diferente es que racionalmente se haya diseñado o tenga relación con un estado de proximidad frente a la pensión, lo que se advierte al precisar que a los dos grupos de beneficiarios del régimen de transición les faltaban 20 años para el cumplimiento de la edad de pensión teniendo de vida las dos terceras partes, es decir el **63,63%** de vida por un lado, y los otros, por faltarles apenas una cuarta parte de los años de servicio exigidos para la pensión, teniendo ya el **75%** de tiempo trabajado, con lo cual no puede indicarse que el hecho de concederse el derecho al régimen de transición a las personas con expectativas legítimas pensionales (confianza legítima de pensionarse con las normas anteriores) sea igual o lo mismo al derecho adquirido al régimen de transición, por cuanto fue objeto de validez legislativa y por ello se convirtió en un derecho subjetivo, que tiene fisonomía diferente al también derecho subjetivo a la pensión, solo que el del régimen de transición queda como derecho adquirido cuando se satisfacen todos sus supuestos que es el caso del expediente al **1° de abril de 1994** según así lo dispuso el legislador, mientras que el derecho pensional es derecho adquirido cuando se cumplen sus requisitos; aunque el Consejo de Estado tiene tesis diferentes. (Sentencias del **Consejo de Estado, Sección Segunda, radicado 627-01 de marzo 13 de 2003 y radicado No. 66001-23-31-000-2006-00452-01 (1415-07) de 25 marzo de 2010, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero**).

Tanto el derecho al régimen de transición como el derecho pensional son, lo que hoy se denomina derecho subjetivo, que en voz del autor Rodolfo Arango en su libro *El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales*, debe entenderse así: *“Por derecho subjetivo, en su sentido más estricto, se entienden generalmente el poder legal reconocido a un sujeto por medio de una norma legal, para la persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo”*.

Fíjese entonces como la claridad jurisprudencial y la de la doctrina de los derechos adquiridos se supedita a su ejercicio, lo que es colocada en estado de protección incluso ante el legislador.

Es de advertir también que del hecho de haberse materializado o ejercitado esas facultades en el Estado Social de Derecho sobresale la valía de los derechos sociales, punto en el que importa dejar en claro del régimen de transición, que se trata de un derecho subjetivo, lo que se da por el establecimiento de una obligación por cumplir para alguien, y del otro lado poder ser exigido por otros, teniendo unos y otros, previamente establecidas las condiciones del derecho por reclamar y cumplir, permitiéndose con ello apreciar su configuración si se cumple con todos los requisitos, lo que lo hace derecho adquirido.

Casi cien años después de la **sentencia de 1915, el Consejo de Estado** perfila la noción de derechos adquiridos con óptica también diferente al contenido civilista que aún permea el entendido jurisprudencial, en **Sentencia Consejo de Estado Rad. 2004-6145-01 del 4 de agosto de 2010**), en la que afirma:

*En síntesis, es diferente el concepto del derecho a la pensión de la noción general de derecho patrimonial nacido del principio liberal de respeto a la propiedad, muy anterior a conquistas de la civilización plasmadas en las concepciones de Estado Social, que matizan el concepto del orden jurídico en función del amparo y protección de los ciudadanos más allá de la misma esfera de los derechos subjetivos dirigidos por la autonomía de la voluntad. No puede por ende el fallador apoyarse, al definir la esencia de este derecho, en las concepciones ordinarias y comunes de la situación jurídica de los particulares en la relación jurídico-administrativa cuando por ejemplo el vínculo lo liga con una Entidad de derecho público, o en la relación puramente bilateral que surge en el ámbito privado. Cuando el vínculo concierne a los derechos pensionales, la Constitución reconoce que ellos integran uno de los fines primordiales de la sociedad por tanto, hacen parte significativa del objeto mismo de la consolidación del orden políticamente organizado, es decir, **constituyen base del Estado Social de Derecho.** (negrilla fuera del texto)*

Lo que hace al indicar que existe un contexto objetivo debido a una categoría determinable de trabajadores que cumplen los requisitos establecidos en la ley, consolidando la situación jurídica concreta de su pertenencia al régimen, como medida de protección ante la transición normativa.

Hace énfasis dicho órgano, en que se debe superar el criterio civilista de derechos adquiridos con justo título (derecho pensional), por lo que no se puede hablar de meras expectativas, ya que el derecho a la pertenencia al régimen de transición es oponible por tratarse de una situación jurídica consolidada, así como que su modificación por norma posterior es cuestionable por cuanto viola la Constitución.

Cabe resaltar que toda esta fenomenología sobre el régimen de transición está inserta en el plano hermenéutico, lo que supone superar el estudio, conforme lo indica la misma Corte Constitucional en la sentencia **SU 241 de 2015** al dar prevalencia al principio pro homine, pues tal fenomenología es de clara estirpe interpretativa más no normativa, con lo que no podría reseñarse afectación del ordenamiento jurídico positivo.

De conformidad con lo anterior, en aclaración de voto de un magistrado de la Sala Laboral De La Corte Suprema De Justicia y la manifestación del Consejo De Estado² de constituir el régimen de transición un derecho adquirido, se considera colocarse en cuestión la afirmación de haber desaparecido del ordenamiento jurídico los incrementos pensionales, sobre el punto se ha considerado:

“GERARDO BOTERO ZULUAGA

Magistrado ponente

ACLARACIÓN DE VOTO

SL2689-2021

Radicación n°74332

REFERENCIA: MARÍA MAGDALENA SIERRA SEPÚLVEDA vs ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, en esta ocasión, si bien comparto la providencia, me permito aclarar el voto, por lo siguiente:

El régimen de transición constituye un verdadero derecho en cabeza de aquel que cumple los requisitos establecidos por el legislador, para mantener la aplicación total o parcial del régimen precedente, lo cual no puede confundirse con la consolidación del derecho a la pensión como tal, situación que solo es dable proteger cuando se concreta el cumplimiento de los requisitos de acceso a la pensión pretendida, de conformidad con la norma, esto es, que se está ante un derecho consolidado (derecho adquirido).

Consideró que el régimen de transición **es un derecho concreto** y, por ende, exigible a aquel que sea beneficiario de este, aun **cuando el mismo este sujeto a condición**, vale decir, que para acceder a la protección del derecho de transición, **no se requiere en un primer momento** cumplir con los requisitos de edad y semana para acceder a la pensión de vejez con la norma anterior al cambio normativo, pues, como se indicó, deben acreditarse las condiciones que ha estatuido el legislador, **aun cuando no se ha estructurado el derecho pensional**, para mantener los efectos de la norma precedente (ultractividad) bajo los parámetros determinados en la ley.

² Con lo anterior, es evidente que la ley 100 de 1993 estableció un nuevo sistema de seguridad social integral con el fin de unificar la normativa concerniente a las pensiones, a la seguridad social en salud y a los riesgos profesionales, y creó el régimen de prima media con prestación definida a través del cual se puede obtener el reconocimiento de las pensiones de vejez y de invalidez; régimen, al que son aplicables las disposiciones que venían rigiendo relacionadas con los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del instituto de los seguros sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta naciente ley, pro sin que en esta nueva ley se regule la materia concerniente a los incrementos pensionales por personas a cargo” (Sentencia del consejo de estado del 16 de noviembre del año 2017.)

“Además si bien es cierto, la ley 100 de 1993 determinó que derogaba todas las disposiciones que le fueran contrarias o que la modificaran, así mismo es preciso tener en cuenta, que también determinó acerca de la salvaguarda de los derechos adquiridos y del régimen de transición; lo que significa que se constituye en deber legal el respeto por el derecho adquirido, que le asiste a los jubilados por invalidez o por muerte al amparo del acuerdo 49 de 1990, al reconocimiento y pago de los incrementos pensionales por familiares a cargo, siempre que se presenten esas especiales circunstancias en estos últimos, que se determinan expresamente en dicho acuerdo. (Sent. Ídem)

No debe perderse de vista, precisamente que lo que busca el régimen de transición, es evitar un cambio abrupto para las personas que, en virtud del postulado de la confianza legítima, pretendían acceder a la pensión de vejez en determinadas condiciones, antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 y mantener los supuestos como la edad, o tiempo de servicios, con el fin de que aplique el régimen que tenían a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones. Ahora, resulta insoslayable el hecho que la ley también asiente que aquellos beneficiarios renuncien al mismo, pues, en lo atinente a la libre escogencia de regímenes pensionales, admite optar por el traslado al naciente régimen de ahorro individual - RAIS, en el cual no era aplicable la transición.

En suma a ello, se tiene que frente a los que se trasladaron al RAIS, la Corte Constitucional, determinó que el aparte normativo del artículo 36 que consagraba dicha pérdida de la aplicación del régimen de transición, era exequible condicional en el entendido de que a aquellos que tenían 15 años de servicio a la entrada del SGP, podrían recuperarlo, lo que, sin hesitación ninguna, evidencia que el régimen de transición constituye un derecho exigible.

De suerte que, el derecho transicional, a más de ser temporal, está sujeto a condición y mientras esta no se verifique es dable modificarlo, como ocurrió con el Acto legislativo 01 de 2005. Así, aclaro el voto. Fecha ut supra **FERNANDO CASTILLO CADENA**"

El Magistrado,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

Firmado Por:

Maria Nancy Garcia Garcia
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 010 Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **d9c0a13cdd95346c5bcb2b4ff4c7d953abfff239d61bd77a5ff54977d0d4c5ac**

Documento generado en 26/05/2022 03:16:51 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>