

Señores

Honorable Tribunal del Distrito Judicial de Cali

Magistrada Ponente

Dra. MARIA NANCY GARCIA GARCIA

Sala Laboral

E.S.D.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA EN APELACION
DE SENTENCIA

DEMANDANTE: LUIS EDUARDO CRUZ MONTAÑA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES

RADICACION: 760013105014201800213-01

DIANA MARIA GARCES OSPINA, abogada en ejercicio, identificada como aparece al pie de mi firma, en mi calidad de apoderada judicial principal del señor LUIS EDUARDO CRUZ MONTAÑA, me permito allegar al Despacho los siguientes alegatos de conclusión con la finalidad de que sean tenidos en cuenta al momento de proferir el fallo de Segunda Instancia, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del decreto 806 de 2020.

HECHOS

PRIMERO: Mediante Sentencia N° 384 del 19 de noviembre de 2019, el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, condenó a Colpensiones a la reliquidación de la pensión de vejez a partir del 02 de diciembre de 2012, y al reconocimiento del auxilio del 14% por persona a cargo.

SEGUNDO: Inconforme con la condena impuesta por el Despacho, en lo referente a la reliquidación de la pensión de vejez, se interpuso el recurso en el sentido que se condenara a COLPENSIONES a la reliquidación de la pensión de vejez, sobre catorce mesadas y no sobre trece mesadas como lo hizo el Despacho.

TERCERO: Igualmente en escrito presentado ante esta sala laboral el 24 de febrero de 2020, se reiteró dicha solicitud.

CUARTO: Me permito desistir del recurso de apelación por cuanto me encuentro conforme con la reliquidación de la pensión de vejez efectuada por el Despacho por cuanto mi mandante nunca ha tenido derecho a la mesada catorce, debido a que su pensión de vejez, fue

reconocida con posterioridad a la vigencia del acto legislativo 001 de 2005 y la mesada reconocida era superior a tres salarios mínimos legales mensuales.

ARGUMENTOS JURIDICOS PARA MANTENER LA CONDENA EN CUANTO A LOS INCREMENTOS POR CONYUGE A CARGO.

La Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia de casación del 27 de julio de 2.005 radicación 21517, reiterada **Sentencia No 29741 del 05 de Diciembre de 2007. M.P LUIS JAVIER OSORIO LOPEZ**, ha venido sosteniendo que: **“los incrementos por personas a cargo previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 aprobado por el Decreto 0758 de 1990, aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993 mantuvieron su vigencia, para quienes se les aplica el mencionado Acuerdo del ISS por derecho propio o transición, siendo este el criterio que actualmente impera.”**

La Corte Constitucional, en Sentencia 140 de marzo 28 de 2.019, la cual se dice anuló la SU 310 de 2.017, se viene argumentando que:

“De acuerdo con la sentencia, con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, el mencionado artículo 21 del Decreto 758 fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1º de abril de 1994, esta última fecha en la cual la Ley 100 entró a regir.

Tal derogatoria, resuelve el fallo, resultó en que los derechos de incremento que previó tal normativa dejaron de existir a partir de la mencionada fecha, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100, pero sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes de la fecha límite.

Así las cosas, la Corte encontró que la institución de la prescripción no se podía predicar respecto de derechos que ya habían dejado de existir para quienes no habían cumplido con las condiciones para pensionarse bajo el régimen de prima media antes del 1º de abril de 1994...”

La decisión no fue mayoritaria, porque 4 magistrados se apartaron de la decisión considerando que:

- 1.- Se adoptó una decisión diferente al problema jurídico planteado, en la sentencia de la cual se pedía su nulidad.
- 2.-Se pasó de una lectura comprensiva de la regla de imprescriptibilidad a un análisis restrictivo.
- 3.- No es un caso de juicio de constitucionalidad, que tenga un efecto erga omnes.
- 4.- Más que unificar la jurisprudencia frente a los incrementos pensionales modificó la línea jurisprudencial sostenida mayoritariamente por las salas de revisión.
- 5.- Se abandonó por completo la aplicación del principio de favorabilidad e indubio pro operario, reconocido en los incrementos que formaban parte del régimen de transición de manera que no habían sido derogados y gozaban, por lo tanto, de imprescriptibilidad e irrenunciabilidad del derecho a la seguridad.
- 6.- Se acogió al tesis más lesiva a los intereses de los pensionados, y no lo previsto en el artículo 53 de la Carta Política.

7.- La decisión constituye un retroceso en el ámbito de los derechos sociales y especialmente de las garantías a un sector vulnerable de la población, lo cual riñe con las obligaciones del estado social e derecho en la materia y el principio de progresividad y con la propia jurisprudencia constitucional.

8.- La constitución no es neutra frente a la tensión entre sostenibilidad financiera y protección de los derechos fundamentales, sino que establece la necesidad de que el juez constitucional atienda la primacía de protección efectiva de los últimos. Frente a la ponderación entre sostenibilidad financiera y derechos fundamentales, no podrá invocarse la primera para restringir o menoscabar las garantías constitucionales y la protección de los derechos.

No obstante, estas acotaciones, que de por sí ya generan ciertas dudas acerca de su acatamiento y cumplimiento por los servidores públicos judiciales, lo cierto, es que el fallo resulta inaplicable porque frente a la vigencia de los incrementos pensionales, contenidos en el artículo 21 y 22 del Decreto 758 de 1.990, se promovió demanda de inconstitucionalidad, **conocida por el juez natural**, CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ Bogotá, D. C., órgano que decidió el dieciséis (16) de noviembre de dos mil diecisiete (2017) Radicación: 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08), la demanda de nulidad instaurada por el Instituto de Seguros Sociales (ISS) Demandado: Nación, Ministerio de la Protección Social, por las razones que se exponen en el fallo de fecha 30 de julio de 2.013, radicación 2.005-170, Consejero MARCO ANTONIO VELILLA MORENO, y que a continuación se enuncian:

1. Compete al Consejo de Estado, el control abstracto de constitucionalidad, de conformidad con el artículo 237 numeral 2 de la Constitución nacional. ¹
2. Lo que definitivamente, le otorga sobre ellos, la potestad de dictar sentencia con refuerzo de cosa juzgada constitucional. Porque entre otras razones, “dentro del sistema de control constitucional adoptado en Colombia, el Consejo de Estado forma parte de lo que se denomina la jurisdicción constitucional. En lo referente, La Sala conoce en única instancia del proceso de nulidad instaurado por el Instituto de Seguros Sociales (ISS) contra la Nación, Ministerio de la Protección Social “y principalmente porque “ la acción cuya competencia se atribuye al Consejo de Estado de conformidad con el artículos 237 numeral 2, es la de “**nulidad por inconstitucionalidad**”, y su consecuencia o efecto, no es otro que el de **cosa juzgada constitucional**, sin que ello implique que se invada competencia de la corte

¹Artículo 237. Son atribuciones del Consejo de Estado:

1. Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley.
2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.
3. Actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos casos que la Constitución y las leyes determinen.

En los casos de tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional, de estación o tránsito de buques o aeronaves extranjeras de guerra, en aguas o en territorio o en espacio aéreo de la nación, el gobierno debe oír previamente al Consejo de Estado.

1. Preparar y presentar proyectos de actos reformativos de la Constitución y proyectos de ley.
2. Conocer de los casos sobre pérdida de la investidura de los congresistas, de conformidad con esta Constitución y la ley.
3. Darse su propio reglamento y ejercer las demás funciones que determine la ley.

Constitucional.

Sumado a lo anterior, dentro de la sentencia dieciséis (16) de noviembre de dos mil diecisiete (2017) Radicación: 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08), CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, este órgano competente, estudio en detalle la derogatoria orgánica contenida en La ley 153 de 1887 en su artículo 3º, tema central de la sentencia 140 de 2.019, e inclusive fue un punto del problema jurídico planteado, indicando que al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de marzo 28 de 1984, señaló que: “La derogación orgánica, que para no pocos autores no pasa de ser una faz de la derogatoria tácita, sólo se da es verdad cuando la nueva ley “regule íntegramente la materia”, y concluyendo que la anterior normación positiva regulaba tema central de la sentencia 140 de 2.019, e inclusive fue un punto del problema jurídico planteado; llegando a la conclusión que:

(...) En este punto conviene precisar, que cuando el Instituto de Seguros Sociales contempló los incrementos pensionales a través de los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, fue claro en determinar, tal como se explicó en acápite precedente, todo lo relacionado en cuanto a: su naturaleza, referida a que no forman parte de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce dicho instituto; a sus destinatarios, que son las personas jubiladas de conformidad con dicho acuerdo, siempre que tengan familiares en condiciones especiales que los hacen vulnerables y por tanto merecedores al reconocimiento y pago de esos incrementos; y a los porcentajes en los que se deben reconocer. Por manera, que si la nueva ley, en este caso la Ley 100 de 1993, **regula en forma integral esta misma materia referente a los incrementos**, es decir que la comprende en su totalidad, entonces ha de entenderse que de conformidad con lo dispuesto por la Ley 153 de 1887 en su artículo 3 y según lo considerado por la Corte Constitucional, esos incrementos fueron derogados....”

Luego de hacer un análisis jurisprudencial y legal, **el juez natural** concluyó:

“... Por manera, que al no haber sido regulada en forma integral por la Ley 100 de 1993, la materia referida a los incrementos, y por el respeto a los derechos adquiridos de quienes se jubilaron por invalidez o por vejez de conformidad con lo ordenado por el Acuerdo 049 de 1990, es evidente que no se produjo su derogatoria orgánica....”

PRESCRIPTIBILIDAD DEL DERECHO A LOS INCREMENTOS.

No existe duda alguna, que la prolija jurisprudencia de la Corte Constitucional, e inclusive el mismo artículo 22 del decreto 758 de 1.990, ²señalan en forma clara y sin dubitación alguna que el derecho a ellos subsiste mientras perduren las causas que les dieron origen, es decir, su otorgamiento no depende de la fecha en que se le reconoce el derecho al pensionado, sino desde cuando el cónyuge o compañero permanente dependa de él, además, su imprescriptibilidad deviene de ser una prestación de tracto sucesivo³ que se causa paralelamente cuando persisten las condiciones para su concesión.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL 134302016(48496), sep. 14/16, en relación con las prestaciones periódicas, indicó:

“Finalmente, advirtió que las instituciones jurídicas frente a obligaciones de tracto sucesivo no se contraponen, por cuanto los derechos pretendidos pueden reclamarse en cualquier tiempo, tanto en la jurisdicción ordinaria laboral como en la contenciosa administrativa...”

Es importante resaltar que la prescripción está prevista en los artículos 448 del [Código Sustantivo del Trabajo](#), 151 del [Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social](#), 41 del Decreto [3135 de 1968](#) y 102 del [Decreto 1848 de 1969](#) y la caducidad está establecida en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo (M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo)...”

Conforme a lo precedente, el derecho al incremento pensional es imprescriptible, como tal, de conformidad con el artículo 22 del mencionado acuerdo 049 de 1990, en cuanto dispone que el derecho a ellos subsiste mientras perduren las causas que le dieron origen. Se infiere entonces, que mientras subsistan las causas que le dieron origen no es posible que por la vía judicial se disponga la extinción del derecho, porque es la misma ley creadora quien los mantiene. Así se ha reconocido en prolija jurisprudencia de la Corte Constitucional, T – 066 de 2009, **SU-567 DE 03 DE SEPTIEMBRE DE 2015**, en donde se estudió la obligación pensional como de tracto sucesivo y por ello imprescriptible, de acuerdo al principio de la imprescriptibilidad de los derechos a la

² **ARTÍCULO 21. INCREMENTOS DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMUN Y VEJEZ.** Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así: a) En un siete por ciento (7%) sobre la pensión mínima legal, por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años o de dieciocho (18) años si son estudiantes o por cada uno de los hijos inválidos no pensionados de cualquier edad, siempre que dependan económicamente del beneficiario y, b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión. Los incrementos mensuales de las pensiones de invalidez y de vejez por estos conceptos, no podrán exceder del cuarenta y dos por ciento (42%) de la pensión mínima legal.

ARTÍCULO 22. NATURALEZA DE LOS INCREMENTOS PENSIONALES. Los incrementos de que trata el artículo anterior no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales y el derecho a ellos subsiste mientras perduren las causas que les dieron origen. El Director General del ISS establecerá los mecanismos necesarios para su control.

³Obligaciones periódicas. Se consideran de tracto sucesivo y periódico, las obligaciones que por su naturaleza son susceptibles de cumplirse en un solo acto, pero que sin embargo ese cumplimiento aislado, o de una sola vez, se sustituye por varios actos que el deudor debe repetir durante ciertos periodos de tiempo. Es el caso de la obligación de pagar la renta en el arrendamiento, la de entregar la cosa en un contrato de suministro, la obligación de restituir la suma prestada, en el contrato de préstamo mutuo, o la obligación de entregar anualmente una renta o pensión.

seguridad social, y en esa medida solo son prescriptibles las mesadas no reclamadas con anterioridad a los 3 años de solicitadas. PONENTE: MENDOZA MARTELO, GABRIEL EDUARDO.

En esta sentencia de unificación se estudió la obligatoriedad del precedente constitucional para ser adoptado por los jueces. Que en virtud del artículo 241 de la Constitución Política, asigna a la Corte Constitucional la función de salvaguardar la Carta como norma de normas – principio de supremacía constitucional⁽²⁴⁾. En efecto, esta corporación ha establecido que, como intérprete de la Constitución, sus decisiones son obligatorias tanto en su parte resolutoria como en su *ratio decidendi*, es decir, la regla que sirve para resolver la controversia, para lo cual se puede consultar las sentencias, T-292 de 2.006, T 794 de 2.011, T-656 de 2011, T – 830 de 2.012, C-539 de 2.011 resumidas en la sentencia SU 354 de 2.017. Así mismo en la sentencia **T-395/16 se precisó:**

“ La sentencia incurrió en un defecto por violación directa de la Constitución, puesto que, ante la existencia de dos interpretaciones razonables de la Corte Constitucional sobre una misma norma de seguridad social, el tribunal tenía la obligación de considerar lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, en lo relacionado con el principio de favorabilidad laboral y, por consiguiente, motivar la postura adoptada en el caso concreto...”. Inclusive la misma sentencia SU 310 de 2.017 que fuera derogada, pero que en relación con el fenómeno de la imprescriptibilidad de los incrementos pensionales, señalo que:

(..) la Sala reiteró que las pensiones derivadas del derecho a la seguridad social no admiten una prescripción extintiva del derecho en sí mismo, lo que no sucede con las prestaciones periódicas o mesadas pensionales que este genera y que no han sido cobradas en el término previsto por el legislador.

Por lo tanto, los jueces no deben aplicar el precedente sentado por la Corte Suprema de Justicia, como órgano de cierre en materia laboral, en virtud del cual los incrementos pensionales no hacen parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez, por lo que no gozan de sus atributos, entre esos la imprescriptibilidad.

‘In dubio pro operario’

Precisamente, hizo ver que en estos eventos de darse aplicación al principio *in dubio pro operario*, o favorabilidad en sentido amplio, implica que una o varias disposiciones jurídicas aplicables a un caso admiten diversas interpretaciones razonables dentro de su contenido normativo, hipótesis bajo la cual el operador jurídico debe escoger aquella que brinde mayor amparo o sea más favorable al trabajador.

Según la corporación, el postulado de la favorabilidad en materia laboral encuentra sustento no solo en disposiciones constitucionales y legales, sino, además, en normas contenidas en instrumentos internacionales, que exigen su cumplimiento. ...”

Por lo tanto, aún como se encuentra anulada esta sentencia, lo cierto es que frente al tema de la imprescriptibilidad de los incrementos, la Corte Constitucional mantiene su postura, recuérdese que este tema no fue objeto de estudio de la sentencia 140 de 2.019, por cuanto para la Corte Constitucional, resulto irrelevante este aspecto, al señalar que fueron erogados por la ley 100 de 1.993, luego por sustracción de materia, era imposible abordar el estudio de la imprescriptibilidad.

A su turno, en **Sentencia T- 022 de 2.018**, señaló:

La doctrina de la Corte, cuando un juez de cualquier jurisdicción, inaplica o desatiende injustificadamente la ratio decidendi de una sentencia o conjunto de sentencias de tutela “relevantes” para la solución de un caso (precedente⁹, incurre en una causal específica de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales denominada “defecto por desconocimiento del precedente constitucional”...”

Sentencia T-088, Mar. 8/18

En virtud del mandato constitucional de in dubio pro operario, la interpretación que resulta más favorable a los intereses de los pensionados, es aquella según la cual los incrementos pensionales de que tratan los artículos 21 y 22 del Acuerdo 49 de 1990, no prescriben con el paso del tiempo.

En esa medida, las accionadas incurrieron en violación directa de la Constitución como causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial, porque desconocieron el principio constitucional de in dubio pro operario.

La línea jurisprudencial que obliga al operador judicial a aplicar la imprescriptibilidad de los incrementos pensionales se encuentra entre otras en las sentencias T- 217 de 2.013, y posteriormente reiterada en la sentencia 831 de 2.014, sentencias T – 319 de 2.015, T- 369 de 2.015, T- 395 de 2.016, T-022 de 2.018, T-536 de 2.017, por cuanto en esas oportunidades se consideró que el derecho en mención no se encuentra sometido a la regla de prescripción de las acreencias laborales de 3 años.

Si bien es cierto se condenó a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez en favor de mi mandante el valor de la primera mesada es inferior al calculado por la suscrita, por cuanto al calcular el IBL con el promedio de toda la vida laboral para el año 1998 el valor ascendería a la suma de \$ 434.524 y al aplicar la tasa de reemplazo del 84% el valor de la mesada sería de \$ 365.000,43, arrojando en favor de mi mandante una diferencia entre la mesada reconocida y la mesada reajustada de \$ 77.231,43.

En consecuencia la diferencia global resultante en favor de mi mandante ascendería a la suma de \$ 23.481.496,09

PETICION

Solicito a los Honorables magistrados que, al momento de impartir el fallo respectivo, se tenga en cuenta que DESISTO DEL RECURSO DE APELACION interpuesto y debidamente sustentado respecto de la reliquidación de la pensión de vejez por cuanto estoy conforme con la condena de primera instancia sobre 13 mesadas pensionales, y se continúe con la condena respecto de los incrementos pensionales por persona a cargo debidamente indexados.

NOTIFICACIONES

Carrera 4 N° 10-44 oficina 403 de Cali, correo electrónico:
contacto@consultoresenpensiones.com tel 3147937832

Atentamente,



Escaneado con CamScanner

DIANA MARIA GARCÉS OSPINA

C.C. 43.614.102 de Medellín

T.P. 97.674 del Consejo Superior de la Judicatura