

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

M.P. DR. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	76001-31-05-004-2015-00004-01
DEMANDANTE:	FERNANDO MUÑOZ GIRÓN
DEMANDADO:	COLPENSIONES
ASUNTO:	Consulta Sentencia No. 239 del 01 de noviembre de 2017
JUZGADO:	Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali
TEMA:	Retroactivo Pensión de vejez Acuerdo 049 de 1990 – Intereses moratorios art. 141 L.100/93 – Incrementos pensionales

APROBADO POR ACTA No. 17

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO No. 77

Hoy, dieciséis (16) de julio dos mil veinte (2020), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santiago de Cali, Sala Primera de Decisión Laboral integrada por los magistrados **Dr. CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**, **DRA. MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA** y como ponente **Dr. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**, se constituye en audiencia pública de Juzgamiento, con el fin de resolver el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de Colpensiones ordenado en la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario promovido por **FERNANDO MUÑOZ GIRÓN** contra **COLPENSIONES**, radicado **76001-31-05-004-2015-00004-01**.

Seguidamente se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, la cual se traduce en los siguientes términos,

SENTENCIA No. 76

1) ANTECEDENTES:

El señor **FERNANDO MUÑOZ GIRÓN** presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, con el fin que se reconozca y pague la pensión de vejez desde el 15 de diciembre de 2011 o en su defecto desde la fecha en que dejó de cotizar al sistema 01 de marzo de 2012. Se le paguen intereses moratorios y de manera subsidiaria se ordene la indexación de las sumas reconocidas. Además, se condene al pago del incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo y del 7% por hijo menor a cargo. Exige el pago de las costas y agencias en derecho.

En virtud del principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se

encuentran a folios 64-72 demanda, 79-92 contestación de la demanda (arts. 279 y 280 CGP).

El Juzgado 4° Laboral del Circuito de Cali desató la litis en primera instancia mediante sentencia, en la cual decidió declarar no probadas las excepciones de mérito, condenar a Colpensiones a pagar al actor las mesadas pensionales causadas entre el 02 de marzo de 2012 al 30 de septiembre de 2013, en la suma de \$11.539.200. Además, condenó a pagar los intereses moratorios desde el 13 de junio de 2013. Autorizó los descuentos al SGSSS. Condenó a Colpensiones a pagar el incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo desde el 2 de marzo de 2012, el retroactivo generado por este concepto hasta el 31 de octubre de 2017, sin indexar asciende a \$6.524.412. Reconoció el incremento pensional del 7% por hijo menor a cargo desde el 2 de marzo de 2012 hasta el 12 de septiembre de 2016, por un valor de \$2.535.061. Ordenó la indexación de los incrementos pensionales y condenó en costas y agencias en derecho por la suma de \$2.000.000.

El juzgado de primera instancia fundamentó la condena, puesto que en el acervo probatorio se observa que la última cotización se hizo para el periodo 2012/03, procediendo a hacer la desafiliación al sistema el día 01 de marzo de 2012, por lo que para el Despacho le asiste el derecho al actor a reclamar el retroactivo pensional y mesadas atrasadas, entre el 02 de marzo de 2012 hasta el 30 de septiembre de 2013, de acuerdo al art. 13 Ac. 049/90. En lo referente a los intereses moratorios se demuestra que el demandante presentó solicitud pensional el 12 de febrero de 2012, por lo tanto, la entidad tenía hasta el 12 de junio de 2012 para resolver la solicitud y no lo hizo, por lo tanto se generaron intereses moratorios desde el 02 de marzo de 2012 hasta el 30 de septiembre de 2013, desde el día 13 de junio de 2013 hasta el cumplimiento de la obligación pensional. Respecto a los incrementos pensionales, el juez sostiene que el actor tiene derecho a los mismos bajo las disposiciones del D.758/90, toda vez que se le reconoció su pensión de vejez a través de la Res. GNR 245866 de 2013, aplicando el art. 36 L.100/93 y art. 12 Ac.049/90, además, demuestra convivencia con su pareja y su dependencia económica, procreación de un hijo y de acuerdo a los testimonios se demuestra la existencia del derecho, por lo tanto, reconoce el incremento a partir del día 02/03/2012. En cuanto a la excepción de prescripción se declara no probada.

2

2) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Mediante auto del 24 de junio de 2020, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Dentro de la oportunidad, la parte demandada argumenta que no hay lugar al pago de retroactivo ni de incrementos, toda vez que se debe observar los preceptos establecidos en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y las reglas para obtener el IBL según el Decreto 1158 de 1994, por lo que solicita al TSC absuelva a Colpensiones que actuó conforme a derecho otorgando la pensión de acuerdo al IBL que fue el resultado de la densidad de semanas cotizadas por el actor.

La parte demandada no presentó alegatos de conclusión dentro del término concedido para tal fin.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

La sentencia consultada debe **REVOCARSE PARCILAMENTE Y CONFIRMARSE** son razones:

1. CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN DE VEJEZ.

Los artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990¹, son las normas que dirimen la causación y disfrute de la pensión de vejez, en virtud de la vigencia que le otorga el inciso 2º del art. 31 de la ley 100 de 1993.

Conforme a dichas normas, la causación del derecho pensional se refiere al nacimiento del mismo, es decir, cuando la persona reúne las exigencias normativas, que en el caso de la pensión de vejez es la edad y semanas cotizadas; y el concepto de disfrute se refiere a que *“para comenzar a percibir las mesadas pensionales, se requiere la desafiliación del régimen”*, o el retiro.

Acorde con ello, conforme al **Artículo 17 de la ley 100 de 1993**, cesa la obligación de cotizar desde la fecha en que el afiliado reúne los requisitos para acceder a la pensión de vejez, o cuando se pensione por invalidez o anticipadamente, sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar realizando.

Sin embargo, en la **sentencia CSJ-SL rad. No.39206 del 07 de febrero de 2012, en la que se cita sentencia del 7 de septiembre de 2004**, se aclara que, el criterio hermenéutico del deber de reconocer hasta la última cotización, es aplicable *“única y exclusivamente para aquellas eventualidades en donde su no inclusión conlleva una desmejora en los intereses del aportante frente al monto final de su mesada pensional.”*

Adicionalmente, también ha indicado la jurisprudencia que la aplicación de dichas normas debe ajustarse a la circunstancias especiales que presentan algunos casos peculiares, por tanto ha señalado la sala especializada que considera materializado los efectos de la novedad de retiro vía inferencial, tal como se explica en la **sentencia CSJ-SL rad. 22630 del 7 de sept. 2004**, en la que indica que basta con: a) cumplimiento de los requisitos para acceder a la prestación, b) la solicitud de pensión y c) el cese de cotizaciones; criterio ratificado en la **sentencia CSJ-SL rad. No.39206 del 07 de febrero**

¹ **ARTÍCULO 13. CAUSACION Y DISFRUTE DE LA PENSION POR VEJEZ.** La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.”

ARTÍCULO 35. FORMA DE PAGO DE LAS PENSIONES POR INVALIDEZ Y VEJEZ. Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión. El Instituto podrá exigir cuando lo estime conveniente, la comprobación de la supervivencia del pensionado, como condición para el pago de la pensión, cuando tal pago se efectúe por interpuesta persona.

de 2012², en la que cita como jurisprudencia acorde la **sentencia del 22 de febrero del 2011³**.

En ese orden de ideas, considera la Sala de Decisión que en el presente asunto el retiro por vía inferencial se produjo en la fecha en que el actor realizó la última cotización al sistema; una vez revisada la historia laboral que obra a folio 107 y ss., se establece que la última cotización se realizó el 01 de marzo de 2012, razón por la cual el disfrute de su pensión de vejez operaba desde el 02 de marzo de 2012, fecha para la cual ya contaba con los requisitos de semanas cotizadas y edad para acceder a la pensión, tal y como lo estableció el A Quo en su sentencia debiéndose confirmar lo resuelto en ese sentido.

2. EXCEPCIONES DE FONDO, PRESCRIPCIÓN Y LIQUIDACIÓN:

Según lo expuesto, no prosperan las excepciones de fondo propuestas por la demandada, ni siquiera la de prescripción, pues al haberse establecido el disfrute de la pensión a partir del 02 de marzo de 2012, el actor contaba con 3 años para reclamar la prestación, según el término estipulado en el art. 151 del CPTSS, la reclamación ante Colpensiones del retroactivo se presentó el 29 de mayo de 2014 (fl.55), y la demanda fue interpuesta el 14 de enero de 2015 –FL 72–, evidenciándose entonces que no transcurrió el trienio contemplado en la citada disposición.

Ya en el plano de las liquidaciones, dado que la mesada pensional reconocida por Colpensiones en la resolución GNR 245866 del 03 de octubre de 2013 (fl.46 y ss.) asciende a 1 SMLMV, el retroactivo pensional causado entre el 02 de marzo de 2012 y el 30 de septiembre de 2013 (día anterior al disfrute otorgado por Colpensiones –Fl.52–), una vez liquidado por la Corporación asciende a la suma de **\$11.519.932,20 (Tabla Anexa)**, valor inferior al liquidado en primera instancia, debiéndose modificar en este sentido la sentencia consultada.

Anexo.

RETROACTIVO			
AÑO	VALOR MESADA	NO. MESADAS ADEUADAS	TOTAL

² **sentencia CSJ-SL rad. No.39206 del 07 de febrero de 2012:** “En sentido concordante con el precepto antes visto, se encuentra que el inciso segundo del artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 4 de la Ley 797 de 2003, dispone que la obligación de cotizar al Sistema General de Pensiones cesa en el momento en que el afiliado reúne los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando este se pensione por invalidez o anticipadamente, pero no dispone ninguna limitante respecto al vínculo laboral que exista para ese momento y, tampoco, impide que se reclame el reconocimiento de la pensión de vejez, aunque se mantenga vigente la relación de trabajo, a partir del momento en que cesan los aportes.”

³ **sentencia del 22 de febrero del 2011³:** “A pesar de la improsperidad del cargo, conviene acotar que, si bien, los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, consagran necesaria la desafiliación del sistema para que pueda comenzarse a pagar la pensión de vejez, ante situaciones que presentan ciertas peculiaridades, como en este evento quedó demostrado, la aplicación de dichas normas debe ajustarse a las especiales circunstancias que emergen del plenario, verbigracia, cuando los aportes efectuados redundan en perjuicio del asegurado.” (negrilla del Despacho)

2012	\$566.700	10,966	6.214.432,20
2013	\$589.500	9	5.305.500,00
TOTAL:			\$11.519.932,20

Así mismo se confirmará la autorización a la entidad demandada para que descuenta del retroactivo pensional adeudado los aportes que a salud corresponde efectuar al demandante para ser transferidos a la entidad a la que se encuentre afiliada o elija para tal fin. (Artículo 143 inciso 2 de la Ley 100/93, en concordancia con el artículo 42 inciso 3, Decreto 692/94).

3. INTERESES MORATORIOS:

El art. 141 de la Ley 100 de 1993 concede a los beneficiarios de las pensiones, el derecho a gozar de los intereses moratorios cuando no se les reconoce a tiempo las mesadas correspondientes.

Ahora, para esta Sala de Decisión los intereses moratorios proceden desde el momento en que se vence el plazo para decidir sobre la prestación y, por ende, como se trata de pensión de vejez, el término legal para ello es de 4 meses, conforme a lo dispuesto en el art. 33 Ley 100/1993, modificado por el art. 9º Ley 797 de 2003, sin que haya lugar a analizar la existencia de buena o mala fe del deudor, por cuanto se trata de resarcimiento económico para contrarrestar los efectos adversos de la mora, y no tiene carácter sancionatorio⁴.

5

Conforme a lo expuesto, los intereses moratorios sobre el retroactivo pensional, se causarían a partir del **13 de junio de 2012**, día siguiente a la fecha en que se cumplen los 4 meses posteriores a la reclamación elevada por el demandante (12 de junio de 2012 -fl-4-) y hasta que se haga efectivo el pago del retroactivo liquidado, por lo que se confirmará lo resuelto en ese sentido por el juez primigenio.

4. INCREMENTOS PENSIONALES

Sobre este aspecto de la decisión de primera instancia, cabe reseñar que esta Corporación venía siguiendo la posición de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, las sentencias con radicaciones 21517 del 27 de julio de 2005, 29741 y 29751 del 5 de diciembre de 2007 y 55822 del 23 de agosto de 2017, en consonancia con lo expuesto por el Consejo de Estado en decisión del 16 de noviembre de 2017⁵, en el sentido que el Acuerdo 049 de 1990 seguía siendo parte integral del sistema de seguridad social de la Ley 100 de 1993 y había lugar al reconocimiento del incremento pensional por derecho propio y cuando se tratara de pensiones de vejez reconocidas en el régimen de transición con fundamento en el Decreto 758 de 1990.

⁴ Línea jurisprudencial reiterada en las siguientes providencias, entre otras: Sentencia de 23 de septiembre de 2002, rad. N° 18512, sentencia SL3087-2014, rad. 44526, Sentencia SL16390 del 20 de octubre de 2015, rad. No. 40868.

⁵ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ Bogotá, D. C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil diecisiete (2017) Radicación: 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08).

Así mismo, aplicando la doctrina constitucional según sentencias T-217 de 2013, T-831 de 2014, T-319 de 2015, T-369 del 2015, T-395 de 2016 y más recientemente en sentencia T-088/18, se dijo que el incremento por persona a cargo es un elemento de la pensión, que sigue la suerte de las causas que le dieron origen y por lo tanto es imprescriptible, siendo afectadas por ese fenómeno solo las mesadas que no se reclamaban antes de los tres años previos al reconocimiento de dicho incremento.

Sin embargo, sobre este tema se hace menester traer a colación la sentencia SU-140 de 2019, en la que concluye la Corte 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, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, estos 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 reformado por el Acto Legislativo 01 de 2005.

La Corte Constitucional ha señalado en múltiple jurisprudencia, la vigencia y validez de la fuerza vinculante del precedente judicial en materia de tutela, señalando que las autoridades públicas, tanto administrativas como judiciales, están obligadas a acatar los precedentes que fije la jurisprudencia constitucional. En ese sentido precisó 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.

6

Así, la Sala recoge el criterio que venía sosteniendo sobre la vigencia y reconocimiento de los incrementos pensionales previstos en el Acuerdo 049 de 1990, a pesar de la expedición de la Ley 100 de 1993, acogiendo la nueva postura de la Corte Constitucional en la sentencia de Unificación mencionada, en tanto constituye un precedente aplicable a los supuestos fácticos esbozados, lo que conlleva a que se deba revocar este punto de la sentencia consultada, 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 habían sido derogados orgánicamente por la mencionada normatividad.

Es menester señalar que la aplicación de esta jurisprudencia no está supeditado a la fecha en la cual se interpuso la demanda, pues con anterioridad a la expedición de la misma no existía unificación respecto a la vigencia de los incrementos por persona a cargo instituidos en el Decreto 758 de 1990. Se resalta que la sentencia SU-310 de 2017, fue anulada, razón por la que no constituye un precedente en la materia que nos ocupa.

Por lo expuesto la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE

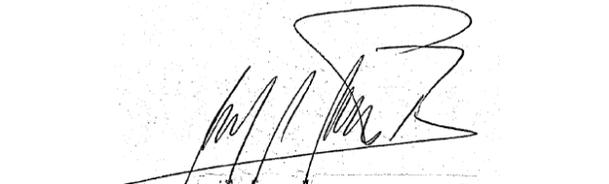
- 1. REVOCAR** los numerales 6°, 7°, 8° y 9° de la sentencia consultada y en su lugar absolver a Colpensiones de las pretensiones relativas

al incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo y del 7% por hijo menor a cargo.

2. **MODIFICAR** el numeral tercero de la sentencia consultada en el sentido que el retroactivo pensional adeudado asciende a **\$11.519.932,20**.
3. **CONFIRMAR** en los demás aspectos la sentencia consultada.
4. **SIN COSTAS** en esta instancia.

Los Magistrados,


GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
(SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL)


MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)