

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



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

SENTENCIA 50

(Aprobado mediante Acta del 26 de mayo de 2023)

Proceso	Ordinario
Demandante	Valentín Castro Valencia
Demandado	Colpensiones
Radicado	76001310501420190007001
Temas	Retroactivo pensional
Decisión	Confirma - Adiciona

AUTO

Previo a abordar la sentencia, el ponente en atención al poder allegado al expediente procede a reconocer personería adjetiva a la abogada María Juliana Mejía Giraldo identificada con T.P. 258.258 del Consejo Superior de la J., y a su vez, a reconocer personería jurídica a la abogada Yesenia Gutiérrez Erazo identificada con T.P. 345.714 del Consejo Superior de la J., según poder de sustitución aportado.

En Santiago de Cali, el día 28 de junio de 2023, la Sala Quinta de Decisión Laboral, conformada por los **Magistrados María Isabel Arango Secker, Natalia María Pinilla Zuleta y Fabian Marcelo Chávez Niño**, quien actúa como ponente, obrando de conformidad con la Ley 2213 de 2022, por medio de la cual se modificó el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, procedemos a resolver el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia 274 del 25 de septiembre de 2020, proferida dentro del proceso ordinario promovido por **Valentín Castro Valencia** contra **Colpensiones**.

ANTECEDENTES

Para empezar, pretende el demandante que se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago del retroactivo de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, desde el 28 de mayo de 2009, al incremento del 14% por persona a cargo, la indexación y las costas procesales.

Como hechos relevantes expuso que, nació el 28 de mayo de 1949, que cotizó 1221,71 semanas hasta el 1 de diciembre de 2008 y cumplió los 60 años de edad, el mismo día y mes de 2009, por lo que el 9 de febrero de 2011 elevó reclamación ante la demandada para obtener la pensión de vejez, que Colpensiones mediante Resolución 104356 del 3 de junio de 2011 le concedió la prestación económica, efectiva desde el 1 de mayo de 2011.

Agrega, que convive con María Ediltrudis Alomia de Riascos desde hace más de 30 años, por lo que presentó solicitud ante la demandada el 2 de septiembre de 2017, para obtener el incremento pensional del 14%, pero que no ha sido resuelta por la entidad.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Una vez surtido el trámite de rigor, Colpensiones se opuso a las pretensiones precisando que el demandante no reúne los requisitos para acceder a su reconocimiento. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, la innominada, compensación, imposibilidad de condena simultánea a la indexación y a los intereses moratorios e imposibilidad jurídica con las obligaciones pretendidas.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez Catorce Laboral del Circuito de Cali, en sentencia proferida el 274 del 25 de septiembre de 2020, declaró probada la excepción de prescripción, absolvió a Colpensiones de las pretensiones

y condenó en costas a la parte demandante, fijó como agencias en derecho la suma de \$300.000.

Lo anterior fundamentado en que, conforme al artículo 13 del Decreto 758 de 1990 y la sentencia con radicado 39789 de 2010, entre otras, -hizo lectura de extractos de ellas-, se debe cumplir con los requisitos establecidos por la ley y además, debe haberse presentado la desafiliación del sistema, que conforme a las pruebas aportadas, el demandante nació el 28 de mayo de 1949, que se aportó la Resolución GNR 104356 del 12 de mayo de 2011 a través de la cual le fue reconocida la pensión de vejez al demandante desde el 1 de mayo de 2011 en cuantía de \$717.877, que conforme la historia laboral, se extrae que hasta el 31 de diciembre de 2008 se reflejan semanas cotizadas como trabajador dependiente, que la fecha de causación se da conforme a la fecha del retiro del sistema, de acuerdo a la novedad que reporte el empleador, pues es a partir de esa fecha que queda desafiliado al sistema, sin embargo, resaltó que el actor realizó cotizaciones de manera independiente hasta diciembre de 2008 y el 28 de mayo de 2009 cumplió 60 años de edad, y que es desde allí que se debe tener como retirado del sistema y que era desde esa data que se debió cancelar la prestación económica de vejez, es decir, desde el 28 de mayo de 2009 y no desde el 1 de mayo de 2011, como le fue reconocida.

Al analizar la excepción de prescripción, indicó que los requisitos para obtener la pensión se cumplieron el 28 de mayo de 2009, la pensión se reconoció conforme la Resolución 104356 de mayo de 2011, la reclamación se presentó el 2 de agosto de 2017 y la demanda se radicó el 2 de agosto de 2019, por lo que transcurrió el término trienal para que se configure el fenómeno prescriptivo. Por ende, absolvió de las pretensiones.

TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez recibido el proceso de la referencia, este despacho judicial asumió el conocimiento del presente asunto en el estado en

que se encontraba, revisadas las actuaciones se evidencia que, se admitió el grado jurisdiccional de consulta y se surtió la etapa de alegatos. Por su lado, ambas partes presentaron el escrito de alegatos, dentro de la oportunidad procesal oportuna.

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Es preciso anotar que la competencia de esta Corporación procede del grado jurisdiccional de consulta consagrado en el artículo 69 del CPTSS, dado que, la sentencia fue desfavorable a los intereses de la parte demandante.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El problema jurídico consiste en dilucidar i) si el Juez de conocimiento erró o acertó frente a la absolución sobre el reconocimiento del retroactivo pensional y si hay lugar al reconocimiento del incremento pensional del 14%.

1. Retroactivo pensional

Los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aplicables al régimen de prima media con prestación definida, en virtud del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, señalan que es necesaria la desafiliación del régimen para disfrutar de la prestación por vejez y jurisprudencialmente, ha establecido la Corte Suprema de Justicia en su Sala especializada que no es imperiosa la novedad de retiro para efectos de ordenar el disfrute del derecho, sino que pueden existir actos positivos que indiquen la voluntad del afiliado de convertirse en beneficiario del sistema en calidad de pensionado.

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que existen dos circunstancias por las cuales resulta desatinado exigir la desafiliación del sistema para entrar a disfrutar de la pensión de vejez; una de ellas, en el evento en el que el afiliado habiendo causado el derecho a la pensión de vejez por reunir requisitos de edad y densidad de semanas y haber solicitado su reconocimiento de manera oportuna,

se ve forzado a continuar cotizando debido a la omisión por parte de la administradora de pensiones en reconocer la prestación argumentando que son insuficientes las semanas cotizadas y; la otra, cuando del comportamiento del afiliado proviene la intención inequívoca de retirarse del sistema, así formalmente no exista novedad de retiro. (CSJ SL5603-2016, reiterada en la SL5331-2021).

En el presente caso, según la prueba documental obrante en el plenario, está demostrado que el demandante cumplió los 60 años de edad el 28 de mayo de 2009 (f.º 12); se presentó a reclamar pensión de vejez el 9 de febrero de 2011, como se evidencia del texto de la Resolución 104356 del 12 de mayo de 2011 (Pág. 25-26); que para esa data ya cumplía con el requisito de edad y semanas, pues había cotizado 1221,71 semanas al sistema general de pensiones -conforme al Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, normativa con la que se le reconoció la pensión- y realizó la última cotización para el periodo de 31 de diciembre de 2008 con el empleador Agropesquera IND BAH, según se extrae de la historia laboral (f.º 13-17).

Conforme a lo anterior, y al haberse efectuado la última cotización al sistema de pensiones el 31 de diciembre de 2008, debe primar la realidad sobre las formas en cuanto el empleador no registró el retiro, siendo procedente entonces en principio, el reconocimiento del retroactivo pensional a partir del día siguiente a la última cotización, es decir, el 1º de enero de 2009, sin embargo, resulta imperioso precisar que el actor cumplió el requisito de edad el 28 de mayo de 2009, pues nació el mismo día y mes de 1949 (f.º 12), y es hasta esa data que acreditó los requisitos establecidos por la norma, pero la entidad le reconoció el derecho pensional a partir del 1º de mayo de 2011, es decir, que sería procedente el reconocimiento del retroactivo pensional pretendido.

Al estudiar la excepción de prescripción, se tiene que la prestación económica se causó el 28 de mayo de 2009, la entidad reconoció la pensión de vejez a través de la Resolución 104356 del 12 de mayo de 2011 a partir del 1º de mayo de 2011, se elevó reclamación

el 2 de agosto de 2017 (para obtener el retroactivo), y ya demanda se interpuso el 8 de febrero de 2019.

Así las cosas, sin ser necesario un análisis exhaustivo, ha de indicarse que el actor contaba hasta el mes de mayo de 2014 para reclamar el retroactivo que le había sido desconocido, pero tan solo elevó reclamación el 2 de agosto de 2017, superando así el término trienal que establece el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, por ende, a criterio de la Sala, se configuró el fenómeno de la prescripción, razón por la que no hay lugar al reconocimiento del retroactivo pretendido, por lo que se confirmará la sentencia proferida por el Juez de conocimiento, en este aspecto.

2. Incremento pensional

Sobre este punto, es preciso traer a colación la sentencia SL 2061 de 2021¹ en la que al analizar el tema del incremento pensional por persona a cargo de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año, fue enfática en mencionar que esa norma fue objeto de derogación orgánica, en virtud de la expedición de la Ley 100 de 1993 y además, resulta incompatible con el artículo 48 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, y en la que hizo referencia al pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia CC SU-140-2019, que señaló:

“(…)

En efecto, como se ha explicado a lo largo de esta providencia, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante el Decreto 758 de ese mismo año, dejó de existir con ocasión de la derogatoria tácita que sobre este implicó expedición de la Ley 100 de 1993. Como se señaló bajo el numeral 3 supra, con dicha Ley 100 el Legislador previó una nueva regulación integral de la generalidad del sistema de seguridad social, incluyendo para el caso que ahora ocupa a la Corte, dicho sistema en su dimensión pensional. Tal derogatoria, además de estar respaldada por la doctrina especializada (ver supra 3.2.2.), ha sido respaldada por la propia Corte a través de la línea jurisprudencial

¹ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral (SL 2061 de 2021), magistrado. Luis Benedicto Herrera Díaz.

que se esbozó bajo el numeral 3.2.3 supra y suficientemente explicada a la luz del particular objeto del régimen de transición que previó el artículo 36 de la mentada Ley 100 (ver supra 3.2.8-3.2.11).

(...)

Concluye diciendo que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto legislativo 01 de 2015.

(...)”

Cabe reseñar que la Sala Mayoritaria acoge este criterio que se acompasa con lo analizado por la Corte Constitucional en la sentencia SU 140 de 2019, en la que concluye sobre los incrementos por personas a cargo que establecía 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 reformado por el Acto Legislativo 01 de 2005.

Frente al artículo 48 de la Carta Política, refiere que los incrementos 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 (3.1.2, 3.1.4 SU-140 de 2019), y en cuanto a la reforma que trajo consigo el Acto Legislativo 01 de 2005, refiere que dada la derogatoria orgánica, con su expedición, 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 resultan evidentemente incompatibles con una norma constitucional que, por una parte, restringe los beneficios pensionales a aquellos que hacen parte 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.

Aunado a lo anterior, la Corte en esa misma sentencia ya mencionada, señala 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.

Y como si lo anterior no fuera suficiente, advierte que sería menester su inaplicación por inconstitucional en casos concretos, precisando: *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 y por nuestro órgano de cierre cuando acogió tal criterio, 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 subsistir, en razón de los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad y unidad del sistema de seguridad social; lo que se enfatiza con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005.

Así las cosas, atendiendo la postura fijada por la Corte Constitucional en la sentencia de unificación SU 140-2019 y la Corte

Suprema de Justicia en la SL 2061 de 2021, que constituye un precedente aplicable a los supuestos fácticos esbozados, es preciso señalar que tal como lo dispuso este último pronunciamiento, en tanto señaló: *todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto legislativo 01 de 2015*. Por ende, la Sala acoge el criterio emanado de ambos órganos de cierre, por ende, adicionará la sentencia proferida en primera instancia en el sentido de declarar probadas las excepciones propuestas solo frente al incremento pensional por persona a cargo y en su lugar, se absolverá a Colpensiones de la pretensión encaminada al reconocimiento de los incrementos pensionales por persona a cargo.

Se confirmarán las costas de primera instancia; en esta sede no se causaron dado el grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI, SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia 274 del 25 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **DECLARAR** probadas las excepciones propuestas frente al incremento pensional por persona a cargo y en su lugar, se **ABSUELVE** a Colpensiones de esta pretensión, conforme lo expuesto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia 274 del 25 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, conforme lo expuesto.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: DEVOLVER por Secretaría el expediente al Juzgado de origen, una vez quede en firme esta decisión.

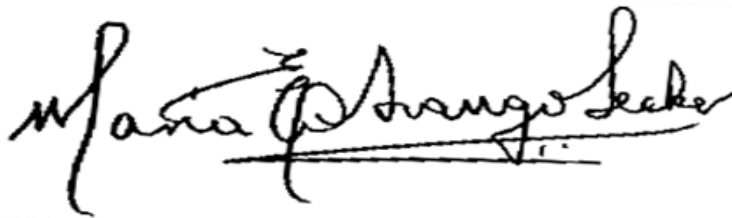
Lo resuelto se notifica y publica a las partes, por medio de la página web de la Rama Judicial.

No siendo otro el objeto de la presente se cierra y se suscribe en constancia por quienes en ella intervinieron, con firma escaneada, por salubridad pública conforme lo dispuesto en el Artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



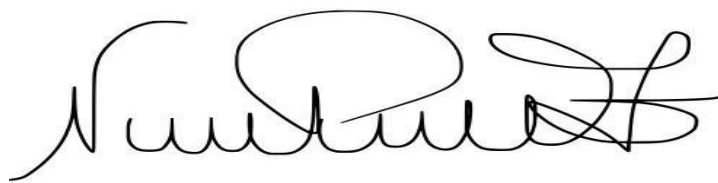
FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO

Magistrado



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

Magistrada



NATALIA MARÍA PINILLA ZULETA

Magistrada