

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado Ponente

SENTENCIA LABORAL

Aprobado mediante acta N° 002 del 13 del mes de agosto de 2021

RAD: 20-001-31-05-003-2014-00564-01 Proceso ordinario laboral promovido por ALVARO RAFAEL GARCIA SANDOVAL contra La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

1. OBJETO DE LA SALA

En aplicación del decreto 806 del 4 de junio de 2020, en su artículo 15, la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Valledupar, Cesar, integrada por los Magistrados **ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ**, **JESUS ARMANDO ZAMORA SUAREZ** y **JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH** quien la preside como ponente, procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 8 de julio de 2016 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso de la referencia.

Por disposición del artículo 279 y 280 del CGP, esta sentencia será motivada de manera breve, en virtud de que la demanda, la contestación y las actuaciones procesales son suficientemente conocidas por las partes del proceso, para iniciar el argumento desde la sentencia de primera instancia.

2. ANTECEDENTES.

2.1. DEMANDA Y CONTESTACION

2.2. HECHOS

El señor **ALVARO RAFAEL GARCIA SANDOVAL**, promovió demanda ordinaria laboral contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** -

COLPENSIONES, para que se declare que tiene derecho a la pensión de vejez de conformidad el artículo 12 del acuerdo 049 de 1990; para tal fin indicó:

2.2.1. Que el demandante ha cotizado de forma exclusiva al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES desde el 20 de enero de 1970.

2.2.2. La demandante nació el 12 de septiembre de 1950.

2.2.3. Al 1 de abril de 1994 contaba con 43 años de edad .

2.2.4. El demandante es beneficiario de transición.

2.2.5. Al momento de la demanda contaba con 62 años

2.2.6. El demandante conservo el régimen de transición pese a la vigencia del acto legislativo 01 de 2005.

2.2.7. Le es aplicable el acuerdo 049 de 1990- decreto 758 de 1990.

2.2.8. El demandante tiene la historia laboral desactualizada, pues no se le contabilizan 56,34 semanas canceladas bajo el argumento de no coincidir con la registraduría.

2.2.9. El demandante laboro con empleador que solo cancelo 141,85 semanas de 579,86 adeudando 438,01 semanas.

2.2.10. El demandante agoto reclamación administrativa, solicitando el reconocimiento de la pensión respectiva, siendo negado el derecho por parte de esta.

2.2.11. El demandante tiene cónyuge y demás personas a cargo.

2.3. PRETENSIONES.

2.3.1. Que se declare que la demandante tiene derecho a que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – le reconozca y pague la pensión de vejez contenida en el artículo 12 del acuerdo 049 de 1990, a partir del momento en que cumplió los requisitos, junto con sus respectivo retroactivo e intereses moratorios; además del reconocimiento de el incremento por personas a cargo.

2.4. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.

2.4.1. La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, contestó la demandada a través de apoderado judicial oponiéndose a las pretensiones por considerar que no se dan los presupuestos exigidos en el acuerdo 049 de 1990, como quiera que no cuenta con los requisitos para haber conservado el régimen de transición de conformidad con el acto legislativo 01 de 2005, se opone al reconocimiento del incremento por personas a cargo; respecto de los hechos acepta los concernientes al histórico de aportes enunciado en el hecho 2 , la edad, niega los demás en cuanto a la desactualización del histórico de aportes.

2.4.2. Propone como medios exceptivos los denominados:

- a) Falta de causa para demandar.

- b) Cobro de lo no debido.
- c) Prescripción.

2.5. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, con decisión del 8 de julio de 2016 concedió las pretensiones de la demanda, aborda el problema jurídico planteando si el demandante tiene o no derecho a la pensión de vejez reclamada. Para lo cual expone:

- a) Expone la normatividad aplicable, artículo 12 del decreto 748 de 1990, artículo 36 – 141 de la Ley 100 de 1993.
- b) Resume las pruebas decretadas y las enuncia.
- c) En cuanto al régimen de transición señala que es beneficiario por la edad al 1 de abril de 1994, pues contaba con 43 años de edad; igualmente señala que al momento de entrar en vigencia el acto legislativo 01 de 2015, contaba con 55 años de edad.
- d) En consecuencia, de lo anterior, le es aplicable el artículo 12 del acuerdo 049 de 1990, el cual exige 60 años o más si es hombre y
 - 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años al momento de cumplir la edad mínima.
 - 1000 semanas en cualquier tiempo
- e) Del expediente se deducen 909 semanas cotizadas, aceptadas por ambas partes, distintas a las 1000 semanas en cualquier tiempo.
- f) Estudia la posibilidad de la prestación bajo el entendido de actualizar las semanas dejadas de pagar por el empleador; en primer lugar, atiende las 56 semanas dejadas de aplicar porque el nombre no concuerda con la registraduría, y también niega otro número de semanas por una mora patronal, marzo 96 a junio de 2007, correspondiendo a 576,86 semanas, cancelando solo 141,8 semanas, pendientes por cancelar 431,01 semanas; (fl 10-14; 25-31).
- g) El demandado corrobora dicha información a folios 51 a 53, estando debidamente cargados en los históricos.
- h) Concluye después de cotejo jurisprudencial que esos aportes reportados en mora deben ser tenidos en cuenta.
- i) Sumadas las semanas en mora y las aceptadas 1341 semanas, enero 1970-julio 2010, el actor es beneficiario del régimen de transición.
- j) Cumple con los requisitos del artículo 12 del decreto 758 de 1990.
- k) Se reconoce a partir del cumplimiento de edad 12 de septiembre de 2010.
- l) Aplica tasa de reemplazo de 90%
- m) El IBL obtiene promediando los últimos 20 años. (favorabilidad entre 10 últimos años y toda la historia)

- n) Obtiene \$1.204.679 de IBL.
- o) El 90% \$ 1.084.211
- p) Reajusta los valores desde la causación hasta la fecha de la sentencia.
- q) Prescribe las mesadas con anterioridad al 11 de agosto de 2011.
- r) Liquida el retroactivo pensional
- s) No concede mesada 14.
- t) Respecto de los intereses moratorios e indexación, alude que debe ajustarse por indexación, cita jurisprudencia contenciosa.
- u) Respecto a las personas a cargo, conforme al artículo 21 del decreto 758 de 1990, encuentra que no le asiste el reconocimiento, puesto que la reclamación a COLPENSIONES la hizo 3 años posteriores a la causación del derecho.

2.6. RECURSO DE APELACIÓN.

2.6.1 COLPENSIONES:

Propone recurso de apelación,

- a) Reconoce que el demandado esta cobijado por el régimen de transición, la reclamación la presenta el 13 de marzo de 2014, anexando unos documentos, no resulta cierto que COLPENSIONES no diera respuesta, se revisa el sistema de COLPENSIONES, y se encuentra que el día 13 de marzo de 2014, COLPENSIONES dio respuesta, requiriendo al solicitante que anexara documentos para dar trámite a su solicitud (relaciona documentos), el actor no allega los documentos requeridos ni prórroga para ello.
- b) Así se negó la posibilidad de allanarse al cumplimiento y por ende el agotamiento de la vía gubernativa.

2.6.2 La parte demandante:

Inconforme con la decisión propone recurso de apelación,

- a) Reconocimiento de la mesada 14, en el presente caso adquirió el estatus de pensionado el 12 de septiembre de 2010, la causación se efectúa en el año 2010, al completarse los requisitos para acceder al reconocimiento pensional; indistinto que se otorgue un plazo de 4 meses para su reconocimiento.
- b) En cuanto a los intereses del artículo 141 de la ley 100 de 1993, señala la corte constitucional, SU-230 -2015, donde se estableció que los mismos proceden para todas las prestaciones, aun las reconocida por fuera de la ley 100 de 1993, por tanto, los intereses deben correrse a partir del 13 de julio de 2014.
- c) Los incrementos pensionales, el demandante fue beneficiario del régimen de transición, aplicando el acuerdo 049 de 1990, por lo que sería beneficiario de los

incrementos por personas a cargo, probándose en todo caso la dependencia económica de la cónyuge, y de los hijos.

2.7. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto adiado julio 19 de 2021 se corrió traslado conforme al Decreto 806 de 2020. Dentro del término legal intervino el apoderado judicial del demandante quien se reitera en los argumentos expuestos en los alegatos de conclusión de primera instancia.

Asimismo, el apoderado judicial de COLPENSIONES manifiesta que se constató que conforme a la historia laboral el demandante no cumple con las 750 semanas exigidas por el acto legislativo 01 de 2005, por lo cual no conserva el régimen de transición y la normatividad aplicable es la ley 100 de 1993 modificada por la ley 797 de 2003 y, revisada la historia laboral a pesar de que el demandante cumple con el requisito de la edad, no logra acreditar el mínimo de semanas.

Finalmente, arguye que no es acreedor a los incrementos pensionales dado que, están prescritos por no haberse cobrado dentro de los tres años anteriores a su causación.

3. CONSIDERACIONES

Preliminarmente debe expresarse, que, verificado el expediente, se tiene que la primera instancia lo remitió con el fin de que se resolviera el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y demandante, ante lo cual se desata al fallador de segunda instancia, otorgándole la potestad de revisar la sentencia en su integralidad, despojando de las reglas propias del solo recurso de apelación, en cuanto al principio de consonancia.

Por otro lado, se expresa, que los presupuestos procesales se encuentran satisfechos, situación que permite proferir una decisión de fondo. Además, no se evidencia causal alguna de nulidad que invalide lo actuado.

Examinado el proceso, se establece, que el demandante cumplió con la exigencia del artículo 6 C. P. del T. y de la S. S., porque hizo la reclamación administrativa ante el fondo de pensiones, además de integrar a la agencia nacional de defensa jurídica del estado como se observa del folio 65.

3.1. COMPETENCIA.

Se conoce del proceso con el objeto de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la demandada contra la sentencia de primera instancia, tarea

judicial que otorga competencia al *ad quem* para revisar los puntos objeto de reparo con el fin de determinar si se comparte y surtir el grado jurisdiccional de consulta.

3.2. PROBLEMA JURÍDICO

¿Cumple la demandante los requisitos contemplados en el artículo 12 del acuerdo 049 de 1990, para que se le reconozca y pague la pensión de vejez?

En caso de ser positiva la respuesta al problema anterior surgen los siguientes asociados:

¿Es beneficiario de la mesada 14 el señor ALVARO RAFAEL GARCIA SANDOVAL?

¿Es procedente el incremento de la mesada por personas a cargo?

¿Debe accederse al pago de intereses moratorios en favor del demandante?

A fin de agotar la apelación de la entidad demandada COLPENSIONES: *¿Se agotó efectivamente la reclamación administrativa por parte del señor ALVARO RAFAEL GARCIA SANDOVAL?*

Para resolver dicha interrogante se deberá de contestar de igual manera la siguiente pregunta

Conforme a los postulados del artículo 280 del CGP, especialmente en su enunciado “La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas”

Así los insumos que se tendrán para evaluar de forma crítica el problema sumido serán los siguientes:

3.3. PRECEDENTE VERTICAL

3.3.1 JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL

3.3.1.1 Reglas de la jurisprudencia constitucional aplicables al régimen de transición (Corte Constitucional, SU-230 de 2018, MP Dr. CARLOS BERNAL PULIDO)

“... las principales reglas jurisprudenciales, en cuanto al alcance del régimen de transición que estatuyó el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, derivadas del ejercicio del control abstracto de constitucionalidad (Sentencia C-258 de 2013) y del alcance de los derechos fundamentales que involucra, decantadas en las sentencias de unificación antes citadas, son las siguientes:

(i) El régimen de transición no puede caracterizarse como una especie de derecho adquirido sino de expectativa.

(ii) El régimen de transición tenía como fecha final el 31 de julio de 2010, excepto para quienes hubiesen cotizado, al menos, 750 semanas al 25 de julio de 2005, momento en el cual entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005; para estas personas, dicho régimen se mantuvo hasta el 31 de diciembre de 2014, con el fin de que pudieran reunir los requisitos para ser acreedores a la pensión de vejez. Para estos últimos efectos, el derecho debía consolidarse hasta el 31 de diciembre de 2014.

(iii) El régimen de transición está restringido a tres categorías de trabajadores: (i) mujeres que al 1 de abril de 1994 tuvieran 35 años de edad o más; (ii) hombres que al 1 de abril de 1994 tuvieran 40 años de edad o más; y (iii) trabajadores que hubieren acreditado 15 o más años de servicios cotizados al 1 de abril de 1994 (750 semanas) sin consideración de su edad.

(iv) A los beneficiarios del régimen de transición les son aplicables las reglas previstas en las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 sobre: (i) edad para consolidar el derecho; (ii) tiempo de servicios o semanas cotizadas; y (iii) monto de la pensión.

3.3.1.2 Unificación de jurisprudencia en materia de imprescriptibilidad respecto del incremento pensional del 14% en relación con el cónyuge o compañero (a) permanente a cargo (Corte Constitucional, SU-140 de 2019 del 28 de marzo de 2019, DRA. CRISTINA PARDO SCHLESINGER)

“De lo expuesto en esta providencia se concluye 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.”

3.3.2 JURISPRUDENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

3.3.2.1. La mora en el pago de cotizaciones (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral, SL4952-2016, Radicación n.º 47967 Magistrado ponente JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ)

“Ya la jurisprudencia laboral tiene definido que la mora en el pago de cotizaciones no traslada en cabeza del empleador el reconocimiento de la prestación que debe reconocer la entidad administradora en virtud de la afiliación del trabajador. De tal suerte, que el fondo y el empleador no pueden disponer nada distinto a esto, menos restarles efectividad a las cotizaciones causadas a favor del afiliado solo porque su pago fue moroso, en perjuicio del afiliado.”

3.3.2.2 Improcedencia del reconocimiento del incremento pensional del artículo 21 del decreto 758 a beneficiarios a los cuales se reconoció la prestación social bajo los postulados de transición (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL2334-2019 del 11 de junio de 2019 radicación N° 70201 MP. Dr. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO).

“Sobre la vigencia de los incrementos por persona a cargo, la jurisprudencia ha definido que es viable reconocerlos, aun con posterioridad a la entrada en vigor de la

Ley 100 de 1993, como en el fondo lo sostiene la censura; así lo ha contemplado pero en favor de los pensionados a quienes se le reconoció la prestación económica directamente, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990 o con ocasión del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, condiciones que acredita el recurrente, en razón a que no se discute la fuente normativa de la pensión que recibe. (Sentencia 60910/19, 2019, p. 32)”

3.3.2.3 Improcedencia del reconocimiento del incremento pensional del artículo 21 del decreto 758 a beneficiarios a los cuales se reconoció la prestación social bajo los postulados de transición (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL2061-2021 del 19 de mayo de 2021 radicación N.º 84054 MP. Dr. LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ)

“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:

[...]

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 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).

[...]

7. Conclusiones

De lo expuesto en esta providencia se concluye 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.

3.3.2.4 Intereses moratorios: no procede condena cuando la omisión del pago está justificada en la ley o la postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. M. P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz. Sentencia 42783 del 13 de junio de 2012)

“En lo que atañe al tema de los intereses moratorios, la Sala tiene establecido el criterio de que en materia pensional rigen los del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y que, al existir esa regulación propia, no son de recibo los consagrados en el ámbito civil. Para la imposición de los referidos intereses moratorios, no resulta menester examinar si hubo buena o mala fe en el comportamiento del deudor, pues ellos se

causan por el solo hecho del retardo en el pago de las pensiones, a manera de resarcimiento económico y para mitigar los efectos adversos que produce al acreedor la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones. Esto es, tienen carácter resarcitorio y no sancionatorio.

... La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley”

3.3.2.5 Intereses moratorios: no aplican cuando existe una variación jurisprudencial que no era posible prever (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. M. P. RIGOBERTO ECHEVERRY BUENO. SL2941-2016 Rad 52529 del 9 de marzo de 2016)

“Esta Sala ha indicado que excepcionalmente la entidad se encuentra exonerada del pago de los citados intereses, ello solo es posible en casos precisos y excepcionales, bien sea cuando la administradora de pensiones negó el derecho con apego minucioso a la ley vigente aplicable al caso concreto o cuando el reconocimiento de la prestación obedeció a un cambio de criterio jurisprudencial que dicha entidad no podía prever”

3.3.2.6 Intereses moratorios: no aplican cuando existe una variación jurisprudencial que no era posible prever (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. M. P. ANA MARIA MUÑOZ SEGURA. SL1160-2018 Rad 49457 del 7 de marzo de 2018)

“Esta Sala se ha pronunciado de manera reiterada, aduciendo que solamente se deben conceder los intereses moratorios, siempre que lo otorgado, sea el reconocimiento de la prestación pensional de manera completa. En ese orden de ideas, cuando a lo que se accede es a la reliquidación o el reajuste de la pensión ya otorgada, no es posible reclamar el pago de los intereses del artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Lo anterior, partiendo de la base que la génesis de los intereses moratorios obedece a una necesidad resarcitoria y protectora frente a los derechos pensionales que no hayan sido reconocidos. Por lo tanto, ordenar una reliquidación de la mesada pensional, parte de la base de que el derecho ya fue adjudicado, aunque de manera errónea”

3.4 NORMATIVIDAD

3.4.1 DE LOS REQUISITOS PARA ACCEDER A LA PENSIÓN DE VEJEZ CONFORME AL DECRETO 758 DE 1990.

*“Artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 Artículo 12. **Requisitos de la pensión por vejez.** Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:*

- a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,*
- b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber*

acreditado un número de un mil (1.0.00) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo."

3.4.2 LEY 100 DE 1993

ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA ACTUALES PENSIONADOS.

"<Expresiones tachadas INEXEQUIBLES> Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ~~cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o) de enero de 1988~~, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

~~Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional solo a partir de junio de 1996.~~

***PARÁGRAFO.** Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual."*

3.4.3 ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005:

"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento".

Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año.

4 DEL CASO EN CONCRETO

Entrando en materia no hay duda de que el demandante es beneficiario del régimen de transición y que la norma aplicable es el acuerdo 049 de 1990; así mismo, se encuentra probado, valga decir por medio pertinente pero **inconducente** pues no es el medio que la ley ha señalado para la demostración del hecho, ya que se presentó partida de bautismo (folio 12) y no registro civil de nacimiento para probar elementos del estado civil, cuando el nacimiento de esa persona fue posterior a la vigencia de la Ley 92 del 26 de mayo de 1938; pese a lo anterior, la parte demandada acepta el hecho y no fue objeto de purga dentro del trámite procesal, razón por la cual no se encuentra cuestionamiento que el actor nació el 12 de septiembre de 1950, por lo tanto, cumplió los 53 años de edad al 1 de abril de 1994, por ello satisface el requisito de la edad que exige el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

Debe entrarse a verificar si el demandado **contaba con la densidad de semanas suficiente para conservar el régimen de transición**, pues en desacuerdo se encuentra la Sala con el hecho que para verificar la conservación del derecho el *a-quo*, invoque la edad señalando que tenía 55 años al momento de entrar en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005, como si esta fuera una condición impuesta en la norma.

Lo que efectivamente debe verificarse es si contaba con 750 semanas contadas al 25 de julio de 2005, fecha en la cual cobra vigencia el acto legislativo señalado.

Del histórico de aportes válido para prestaciones económicas, visible a folios 10-11, se observa que entre el 20 de enero de 1970 y el 25 de julio de 2005, existen aportes por **896.26 semanas**, razón por la cual efectivamente el demandante conserva el régimen de transición obtenido el día 1 de abril de 1994.

En ese orden de ideas la norma a aplicar es el artículo 12 del decreto 758 de 1990, como efectivamente fue decantado por el Juez de primera instancia; para verificar el literal a) se reitera que el demandante nació el día 12 de septiembre de 1950; por tanto, la fecha de adquisición del derecho es el 12 de septiembre de 2010.

A fin de verificar el literal b) debe contabilizarse el número de semanas a esta calenda, del mismo histórico aportado se observa que el consolidado arroja un total de 909, 0 semanas; sin embargo fue objeto de debate el hecho de excluir las semanas que presentaron mora en el pago; asistiéndole razón al Juez de Primera, cuando las incluye dentro del conteo final, pues, como precedentemente se indicó; tanto la jurisprudencia constitucional como la de nuestro máximo órgano de cierre ordinario ha definido que la mora en el pago de cotizaciones no traslada en cabeza del empleador el reconocimiento de la prestación que debe reconocer la entidad administradora en virtud de la afiliación del trabajador y menos restarles efectividad a las cotizaciones causadas a favor del afiliado solo porque su pago fue moroso, en perjuicio del afiliado, esto, aunado, al criterio que expuso el Juez de primera instancia, donde se repite, la sala comparte, por ende dichas calendas deben incluirse para el cómputo de semanas para obtener la pensión de vejez del actor, siendo acertado el conteo en 1.341, cumpliendo con ambas opciones 500 en los últimos 20 años al cumplimiento de la edad y 1000 en cualquier tiempo; cumpliendo a cabalidad los requisitos de edad y semanas que exige la norma para acceder a la pensión de vejez; resultando acertada también el cálculo del IBL y de la tasa de reemplazo, en consecuencia justo el cálculo del monto de la pensión otorgado, por esto la Sala no tiene observación alguna a lo señalado por el iudex *a-quo*.

Al ser positiva la respuesta al problema jurídico principal se desencadena el asociado traído en la apelación por la parte demandante:

¿ Es beneficiario de la mesada 14 el señor **ALVARO RAFAEL GARCIA SANDOVAL**?

No mucho hay que dilucidar para darle la razón al apoderado de la parte demandante, en el entendido que el juez confunde los conceptos de causación y reconocimiento, pues el juez señala que el reclamo administrativo se surtió el 13 de marzo de 2014, y que la entidad tenía 4 meses para que surtiera el reconocimiento respectivo; si bien es cierto el reconocimiento pensional debió surtir por vía administrativa el día 13 de julio de 2014, este solo acaeció por vía judicial el día 8 de julio de 2016, y valga la aclaración aun no cobra firmeza; por tanto debe decirse que el derecho fue reconocido por vía judicial y sin importar la fecha de ello, lo verdaderamente importante es que la causación se dio el día **12 de septiembre de 2010**; y que el monto pensional reconocido \$1.084.211, no alcanza a superar los 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha (\$515.000); por tanto debe aplicarse la exclusión de que trata el parágrafo 6 el cual señala:

“Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año”.

En resumen, la pensión del señor **GARCIA SANDOVAL**, se causó el día 12 de septiembre de 2010 fecha **anterior** al 31 de julio de 2011, y el monto como ya se acotó, es inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de la causación; es así que por simple subsunción normativa le asiste derecho al demandante de gozar de la mesada 14.

De tal suerte la misma debe ser declarada y condenado su pago atendiendo la prescripción determinada en la primera instancia, esto es, que el pago procede a partir del mes de junio de 2012.

Se continúa con el siguiente problema planteado en la apelación del demandante:

¿Es procedente el incremento del 14% sobre la pensión mínima del señor **ALVARO RAFAEL GARCIA SANDOVAL**, bajo los parámetros del artículo 21 del acuerdo 040 de 1990

Plantea el apelante que no es posible escindir del decreto 758 de 1990 el reconocimiento de la pensión y el beneficio por personas a cargo, sin embargo, esto si es posible por las razones que a continuación se exponen:

En el desarrollo del régimen de transición es claro, que se conservan requisitos de la norma derogada **únicamente en lo que respecta a edad, tiempo de servicios, número de semanas cotizadas y el monto de la pensión.**

Según postura anterior al año 2019, la Corte Suprema de Justicia, basaba el reconocimiento de dicho acrecentamiento, más en la discusión en torno a la prescriptibilidad que a la aplicación del artículo 21 del decreto 758 de 1990; pues resultaba claro que quien le fuera reconocido el derecho bajo los postulados de la transición era acreedor al incremento pensional, así era tratado por el máximo órgano de cierre en materia ordinaria laboral, siendo la primera postura al respecto el pronunciamiento del 27 de julio de 2005 (Sentencia 21517/05, 2005) con ponencia de la magistrada Isaura Vargas Díaz:

“Es verdad que los incrementos de las pensiones no están involucrados en la mencionada Ley 100, pero ello no significa que pierdan su vigencia; por el contrario, si tal normatividad no los reguló, no quiere decir que los hubiera derogado, entonces en ese orden conservan su pleno vigor. (Sentencia 21517/05, 2005)”

Se puede observar que, para esa data, estaba por fuera la discusión de la vigencia de la norma, es decir estaba descartada la derogatoria orgánica producida por la ley 100 de 1993.

Así las cosas, lo anterior resulta útil para resolver el caso objeto de estudio entender que la Corte Constitucional a través de la sentencia SU-140 de 2019; señalara que, la norma del año 90 fue derogada expresamente por la del año 93 y la transición contemplada en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, **no resucita, ni mantiene viva la norma anterior**; sencillamente deja efectos **ultractivos de la norma derogada**, única y exclusivamente en lo que respecta a edad, tiempo de servicios, número de semanas cotizadas y el monto de la pensión, en caso de ser beneficiario del régimen de transición

De esta forma es dable aclarar que sí existió la derogatoria orgánica **al momento de expedirse la ley 100 de 1993**, la cual nunca había sido debatida, como ya se demostró; lo que se venía aplicando por parte de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, era un reconocimiento del derecho al incremento pensional por vía interpretativa de principios de orden laboral tales como los de *favorabilidad e inescindibilidad*. Tal como se trajo con la sentencia del 2005, antes reseñada. Dicha posición varió, en primer lugar, por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia SU-140 de 2019, quien, unificando criterio de tutela, apuntó:

*“(…) el régimen de transición solo se diseñó para proteger las expectativas legítimas exclusivamente del **derecho a la pensión**, pero que no llegó a extenderse a derechos extra pensionales accesorios, como sucede con los incrementos contemplados en el artículo 21 del acuerdo 049 de 1990. (...)”*

Sobre el artículo 22 en la misma providencia recalcó:

“(…) En dicho orden de ideas, la duda según la cual habría que escudriñar el sentido de los artículos 21 y 22 del Decreto 758 de 1990 sería evidentemente infundada pues no hay lugar a examinar la aplicación o el propósito de una norma que ha perdido vigencia en el ordenamiento jurídico, del cual ha sido expulsada; todo ello, se reitera, sin perjuicio de la subsistencia de su eficacia para únicamente la conservación de los derechos que se hubieren adquirido bajo la vigencia de dicho artículo 21 del Decreto 758 de 1990, antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 (…).”

Se concluye para este caso y de la misma sentencia de unificación que la derogatoria orgánica **no produjo efectos para quienes adquirieron el derecho con anterioridad al 1 de abril de 1994.** Ahora bien, con relación a presuntos derechos adquiridos, tal razonamiento tampoco sería aplicable al caso concreto, pues, se observa que al demandante le fue reconocido el derecho a partir del **12 de septiembre de 2010**; fecha para la cual alcanzó los requisitos de pensión; esto es a más de 20 años de la derogatoria del Decreto 758 de 1990; y esto se logró gracias a la transición establecida en la ley 100. De tal manera que, al 1° de abril de 1994, el señor **GARCIA SANDOVAL**, no había consolidado un derecho, solo tenía la **expectativa de uno.**

De lo anterior simple y llanamente se puede inferir que este tipo acrecimiento pensional del 7 o 14%, solo puede ser reconocido a aquellos pensionados, que lograron **causar su derecho en vigencia del Decreto 758 de 1990,** dicho de otra forma, quienes **consolidaron su derecho antes del 1 de abril de 1994.**

Al ser una posición Jurisprudencial, (la aplicación de la favorabilidad e Inescindibilidad) aplicada hasta el mes de marzo de 2019, por la Corte Suprema y la Corte Constitucional, para justificar la concesión de los incrementos, y no la aplicación directa de la Ley por el sistema subsunción normativa **le es dable recoger la postura, y asumir otra; tal como lo hicieron ambas Cortes, tal cual se refirió en cita jurisprudencial de insumo para esta providencia.** Por tanto, y para preservar la seguridad jurídica, es deber de los demás jueces, bajo el principio del respeto del precedente jurisprudencial y la obligación del acatamiento de la doctrina probable que debe mantenerse la decisión de primera instancia, pero por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia, habida consideración que la demandante no es acreedora del incremento por personas a cargo de que trata el artículo 21 del decreto 758 de 1990.

Resultado este planteamiento se continua con el otro punto en discordia, *¿Debe accederse al pago de intereses moratorios en favor del demandante?*

En principio se diría sin rodeos que le asiste razón al apelante en el entendido que el no reconocimiento oportuno de la prestación social al demandante, por la entidad

encargada no encuentra justificación dentro de los eventos que la jurisprudencia a señalado como excluyentes de la mora:

- a) En apego estricto y minucioso de la ley.
- b) Por variación jurisprudencial que no le era posible prever.
- c) Cuando el derecho ha sido reconocido, pero sufre variación (parciales)

Visto esta que el demandante era beneficiario del régimen de transición y que las semanas dejadas de contabilizar debían ser tenidas en cuenta por amplia, reiterada y antigua jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, entonces simplemente la tardanza en el reconocimiento se da por negligencia o descuido de la entidad encargada, así las cosas, es dable el pago de los intereses moratorios, además si se tiene en cuenta que:

“ Los intereses moratorios (...) *a manera de resarcimiento económico y para mitigar los efectos adversos que produce al acreedor la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones. Esto es, tienen carácter resarcitorio y no sancionatorio.*”

Sin embargo, bien hizo el Juez de primera instancia al advertir que la condena a los intereses moratorios y la indexación constituyen una **dobles indemnización** por un mismo hecho, y esta interpretación es válida, si se tiene en cuenta que el demandante en el *petitum* de la demanda pretende ambas como principales, cuando son excluyentes entre sí, por tanto implícitamente el Juez advierte la indebida acumulación de pretensiones y opta por la indexación, libertad en la que deja el accionante al acumular indebidamente; una cosa es pedir las como principal y subsidiaria, así obliga al juzgador a atender el orden en el cual se pide, estando ambas en el mismo nivel, se itera bien hizo el fallador; por tanto, al obedecer a criterio fundado del fallador de primera instancia no es dable al superior revocar o modificar la decisión, en atención al principio de autonomía judicial.

No queda mas que evacuar lo solicitado por el apelante de la parte demandada

¿Se agoto efectivamente la reclamación administrativa por parte del señor **ALVARO RAFAEL GARCIA SANDOVAL**?

Esta pregunta se realiza debido al planteamiento del apelante, pero resulta del todo insulsa y fuera de contexto en la etapa que fuera propuesta si se tiene en cuenta que la reclamación administrativa contenida en el artículo 6 del CPT y SS, es un requisito de procedibilidad, y por tanto su defecto susceptible de ser anunciado como excepción previa, de no hacerlo (como en este caso), se hace imposible denunciarlo con posterioridad a esta oportunidad procesal (pues se sana automáticamente), incluso por vía de nulidad, muchísimo menos como objeto de apelación en la sentencia. El defecto formal sería por sí mismo suficiente para desestimar esta supuesta falencia; si no fuera por el hecho que el requisito se advierte satisfecho al formular el hecho 22 de

la demanda (folio3) el cual fuera aceptado como cierto sin condición alguna en la contestación de la demanda (folio 41); en la alzada anuncia el apelante de la parte demandada que efectivamente el documento fue presentado el 13 de marzo de 2014 y que el mismo día hubo un pronunciamiento de la entidad demandada, según los sistemas informativos de la entidad, lo cierto es que esculcado el expediente no se observa ningún documento que así lo acredite, por lo cual el dicho es infundado. Así pues, bajo ningún ángulo se observa prosperidad en la alzada del demandado.

De esta forma se abarca la totalidad de la sentencia apelada por las partes, debiendo modificarla en los apartes señalados en la parte considerativa. Ccondena en costas a la parte que le resulta desfavorable el recurso (art. 365-1 C. G. del P.).

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, Sala Civil Familia Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR a la sentencia apelada proferida el 8 de julio de 2016 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **ALVARO RAFAEL GARCIA SANDOVAL** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** el numeral **SEPTIMO, OCTAVO, NOVENO** los cuales quedaran así:

SEPTIMO: DECLARAR que el señor **ALVARO RAFAEL GARCIA SANDOVAL** es beneficiario de la mesada extraordinaria (mesada14) en virtud del artículo 142 de la ley 100 de 1993; desde el 12 de septiembre de 2010.

OCTAVO: DECLARAR LA PRESCRIPCION de las mesadas extraordinarias causadas con anterioridad al 11 de agosto de 2011, por tal razón debe liquidarse a partir de la generada en el mes de junio de 2012.

NOVENO: CONDENAR: AL PAGO de las mesadas extraordinarias (mesada 14) en monto y periodo conforme al correspondiente valor para el periodo a liquidar desde el año 2012 y hasta que se verifique su pago ordenando que la inclusión en nómina incluya el valor por este concepto de forma vitalicia; sumas que deberán ser debidamente indexadas.

SEGUNDO: CONFIRMAR el numeral **CUARTO** de la sentencia de primera instancia en cuanto a la negativa de la concesión de los incrementos por personas a cargo

pedidos en aplicación del artículo 21 del decreto 758 de 1990, por haber operado la derogatoria orgánica de la citada norma, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y no por las razones expuestas por el *iudex a-quo*.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás numerales la sentencia apelada proferida el 8 de julio de 2016 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **ALVARO RAFAEL GARCIA SANDOVAL** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

CUARTO: CONDENAR en costas en esta instancia a la demandada recurrente. Como agencias en derecho se fija el equivalente a un salario mínimo legal mensual, el cual tendrá en cuenta la *iudex a quo* al momento de elaborar la liquidación concentrada de las costas. Se absuelve a la parte demandante de condena en costas por la prosperidad parcial del recurso.

Esta decisión se adoptó en Sala virtual de la fecha, en atención a la medida que el Consejo Seccional de la Judicatura dispuso en Acuerdo PCSJA20-11521 del 19 de marzo de 2020, relativa al trabajo en casa, por motivos de salubridad pública y fuerza mayor, ante la presencia de la enfermedad denominada COVID – 19.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

SIN NECESIDAD DE FIRMAS
(Art. 7, Ley 527 de 1999, Arts. 2 inc. 2,
Decreto Presidencial 806 de 2020 Art 28;
Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ)
JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
MAGISTRADO PONENTE

SIN NECESIDAD DE FIRMAS
(Art. 7, Ley 527 de 1999, Arts. 2 inc. 2,
Decreto Presidencial 806 de 2020 Art 28;
Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ)
ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ
MAGISTRADO

SIN NECESIDAD DE FIRMAS
(Art. 7, Ley 527 de 1999, Arts. 2 inc. 2,
Decreto Presidencial 806 de 2020 Art 28;
Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ)
JESUS ARMANDO ZAMORA SUAREZ
MAGISTRADO