

REPUBLICA DE COLOMBIA



Ordinario: LIBARDO ANTONIO GUTIERREZ MARTINEZ C/: COLPENSIONES.
Radicación N°76-001-31-05-001-2019-00228-01 **Juez 01° Laboral del Circuito de Cali**

Santiago de Cali, veintiocho(28) de agosto de dos mil veinte (2020), hora 09:00 a.m.

ACTA No.008

El ponente, magistrado **LUIS GABRIEL MORENO LOVERA**, en virtualidad TIC'S por la pandemia COVID 19 <art.215, C.P.Co. y Decreto 417 Y 637 del 17 de marzo y 06 de mayo de 2020, respectivamente>, con conectividad de los magistrados de Sala de Decisión, **MONICA TERESA HIDALGO OVIEDO** y **CARLOS ALBERTO OLIVER GALE**, habiéndose conectado las partes a través de sus apoderados....., conforme con el procedimiento de los arts.11 y 12, Decreto legislativo 491 y art.15, Decreto 806 del 04 de junio de 2020, y el Acuerdo 11567-CSJ del 05 de junio de 2020 y 11581 de 2020, y demás reglas de justicia digital en pandemia, procede a hacer la **notificación, publicidad virtual y remisión** a la pagina web de la Rama Judicial link de **sentencia escritural virtual**,

SENTENCIA No.1384 del 28 de agosto de 2020

El pensionista por vejez ha convocado a la demandada para que la jurisdicción la condene a Reliquidar la pensión de vejez con los 10 últimos años aplicando una tasa de reemplazo del 90% a partir del 25/12/2013 y se condene al pago de las diferencias de mesadas pensionales, como también se condene al pago de los incrementos pensionales por cónyuge a cargo a partir del 25/12/2013 con la indexación,..... con base en hechos, petitum, pruebas, oposiciones, alegaciones y excepciones suficientemente conocidos y debatidos por las partes de la relación sustancial de seguridad social en pensiones y jurídico procesal en este juicio, enteradas éstas de los fundamentos fácticos probados y argumentos jurídicos de la condena, remitido en apelación por ambas partes y en consulta en favor de la nación que es garante.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS EN II INSTANCIA:

I.- La parte actora presenta recurso de apelación: *“En contra del numeral 4 que niega la pretensión de incrementos pensionales, que dentro del proceso quedó probado los presupuestos fácticos de que trata el decreto 758/90 mediante testimonios tomados en la diligencia correspondiente, y quedó acreditado mediante prueba documental que el actor fue pensionado por vejez con fundamento en el régimen de transición con base en el art. 36 de la Ley 100/93, por lo que solicita de manera respetuosa en virtud de los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y debido proceso se de aplicación a la jurisprudencia al momento de radicar la demanda, el cual establecía que este derecho no era objeto de prescripción trienal y tampoco fue derogado con la expedición de la Ley 100/93 por no ser contraria a sus disposiciones y que por tanto goza de plena vigencia para quienes se pensionan bajo el régimen de transición, ya que adoptar una nueva postura a los casos que se encontraban en curso al momento en que ocurre el cambio de criterio respecto al tema sería violatorio de los principios mencionados, por lo que solicita se acoja la pretensión de incrementos pensionales por persona a cargo (DVD f.117 t.t. 19:20).”*

II.- La condenada demandada ejerció el derecho de impugnación
(art.29 y 31, CPCo., arts.66 y 66-A,CPTSS.) Sustenta la impugnación: *“Respecto a la reliquidación pensional, teniendo en cuenta que no se puede perder de vista que su pensión fue otorgada por acumulación de tiempos públicos y privados y la Ley que otorga dicho beneficio es la Ley 71 de 1988 y no el acuerdo 049/90, en aplicación al principio de inescindibilidad de la Ley es otorgar beneficios de dos normas, por lo que la pretensión de la reliquidación no es procedente al presente caso ya que la tasa de reemplazo que otorga la Ley aplicable es del 75% y no del 90% como lo pretende, asimismo, para los beneficios de la transición cuyo régimen anterior sea del ISS contenido en el citado acuerdo 049/90 bajo el cual se reconoció la reliquidación, se indica que la exigencia del número de semanas cotizadas debe entenderse bajo aquellas efectivamente cotizadas al ISS puesto que en el referido acuerdo no existe una disposición que permita adicionar a las semanas cotizadas el tiempo servido en el sector público, como si acontece en la Ley 100/93 para las personas que se rijan en su integridad por ella, o como también puede ocurrir respecto de la pensión de jubilación por aportes prevista la Ley 71 de 1988, bajo la cual fue pensionado el actor cita sentencia SL 4457 de 2014 por lo que COLPENSIONES actuó conforme a la Ley y jurisprudencia, se reitera que en el acuerdo no es posible computar tiempo laborado en sector oficial como tampoco con los aportes o cotizaciones efectuadas a las cajas de previsión o fondos o entidades de seguridad social para reconocer la pensión de vejez del acuerdo 049/90 por lo anterior solicita revocar la sentencia y se absuelva de las pretensiones (DVD f.117 t.t. 22:20)*

III.- CONSULTA A FAVOR NACIÓN: La condenada demandada apela pero limitada y deficientemente (art.29 y 31, CPCO.) y de conformidad con el artículo 14, Ley 1149 del 13 de julio de 2007, que modifica el artículo 69,

CPTSS, y por ser la nación la llamada a asumir la deuda pensional por mandato constitucional *‘El Estado...asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo’*—art.48, inc. 5º, adicionado por art.1º, A.L. 01 de 29 julio de 2005, CPCo.-, teniendo que para 2019, el presupuesto para pensiones públicas es de \$57.2 billones para atender 2.216.667 pensionados. En lo que respecta a COLPENSIONES, los afiliados aportarán cerca de \$17.8 billones, por lo que del presupuesto general de la nación saldrán \$39.4 billones en subsidios pensionales. Concretando, de estos \$39.4 billones en subsidios pensionales, \$12.3 billones irán a COLPENSIONES donde hay 1.36 millones de pensionados... <Revista Semana, Octubre 2018>, y conforme a providencia unificadora de la CSJ-Laboral, STL-4126-2013, rad.34552, del 26 de noviembre de 2013, *‘en defensa del interés público, que está implícito en las eventuales condenas por las que el Estado respondería’*, se debe conocer en grado jurisdiccional de consulta a favor de la nación que es garante la sentencia condenatoria contra COLPENSIONES S.A. para verificar legalidad, normatividad, fundamentos fácticos probados y cuantificación de las condenas.

COLPENSIONES a petición del 26/12/2013 (f.30) en resolución GNR 231737 del 20 de junio de 2014 (f.30-32) reconoció pensión de vejez al actor por haber nacido el 25/12/1953 (f.18) y contar con 1.271 semanas, incluyendo tiempos de servicios prestados al sector público, reconociéndole ser beneficiario del régimen de transición del art. 36 Ley 100/93, aplicando las disposiciones de la Ley 71 de 1988, liquidando un IBL de \$1.089.408 por tasa de reemplazo del 75% para una mesada a partir del 25/12/2013 de \$817.056, liquidando un retroactivo pensional de \$4.541.244 incluido en nómina de 2014-07 que se paga en 2014-08<f.32>.

El actor reclamó el retroactivo pensional, reliquidación, intereses moratorios e incrementos pensionales por persona a cargo el 23/12/2014 (f.123) negada en resolución GNR 188457 del 24/06/2015 (f.123-126) aduciendo que al liquidar la pensión de vejez, “se evidencia que la mesada pensional que viene percibiendo en la actualidad se mantiene en la cuantía de \$863.391 (f.124 vto.), negando de igual forma los incrementos pensionales del 14% por cónyuge a cargo del actor por cuanto *“los incrementos son una prestación diferente a la pensión de vejez, tampoco es procedente concederla para los beneficios del régimen de transición”* <f.126>.

Colpensiones a petición de revocatoria directa del 25/07/2018 (f.40) en

resolución SUB 254790 del 26 de septiembre de 2018 (f.37-39) la niega aduciendo que: *“se establece que no cotizó el número de semanas necesarias, por lo cual no cumple con los requisitos del acuerdo 049/90, aprobado por el Decreto 758/90, ya que tan solo tiene cotizados a esta entidad 469 semanas” <f.37v-38>*, por lo que realiza el estudio nuevamente con las disposiciones de la Ley 71 de 1988 indicando que *“no existen motivos de hecho o derecho que permitan generar retroactivo alguno o incrementar la mesada pensional” <f.38vto>*, de igual forma COLPENSIONES reitera la negativa de reajuste pensional e incremento por persona a cargo en resolución SUB 63982 del 14/03/2019 (f.39 y 43-46)

La a-quo accedió al reajuste pensional, pero absolvió de los incrementos pensionales por cónyuge a cargo del actor considerando que: *“es procedente la acumulación de tiempos públicos y privados conforme a las disposiciones de la sentencia SU 769-2014 para reconocer la pensión de vejez conforme a las disposiciones del art. 12 del Decreto 758/90, (...) liquidado el IBL de los 10 últimos años se obtiene la suma de \$1.130.009,68, al cual al aplicarle tasa de reemplazo del 90% resulta una mesada al año 2013 de \$1.017.008,71, resultando más favorable al cálculo realizado por COLPENSIONES de \$817.056, dando lugar a la reliquidación de la pensión desde el 25/12/2013, liquida un retroactivo por diferencias de mesadas pensionales no prescritas desde el 30/04/2016 y el 29/02/2020 a razón de 13 mesadas asciende a la suma de \$12.399.714,62 el cual debe ser indexado al momento del pago, a partir del 01/03/2020 la mesada corresponde a la suma de \$1.352.732,77, absuelve de los incrementos pensionales por persona a cargo aplicando las disposiciones de la sentencia SU 140 de 2019 de la Corte Constitucional, por haberse reconocido la pensión de vejez en resolución GNR 231737 del 20/06/2014 el 25/12/2013 es decir con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100/93 (...)*

La consultada sentencia condenatoria se MODIFICA y REVOCA parcialmente por las siguientes razones:

Teniendo en cuenta que el actor es beneficiario del régimen de transición del art. 36 de Ley 100/93 como fue reconocido por la pasiva en resolución GNR 231737 del 20/06/2014 (f.30-32), por lo que puede

pensionarse con las disposiciones del art.12, Acuerdo 049 y su Decreto aprobatorio 758 de 1990.

Para efectos de la contabilización del número total de semanas cotizadas por el actor, se deben tener en cuenta los tiempos laborados tanto en el sector público UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL - desde el 27/05/1980 al 31/10/1996 (f.20), y certificación de salarios<f.20-27>, y los tiempos cotizados al ISS hoy COLPENSIONES en el sector privado que da un total de 1.271 semanas (f.30 vto.).

Partiendo de la viabilidad jurisprudencial de la acumulación de tiempos públicos y privados en cualquier tiempo, y, en régimen de prima media con prestación definida, no necesariamente exclusivos con el ISS, pues, la Corte Constitucional permite, que se contabilizan los servicios con cualquier entidad o fondo de previsión o que haga las veces de caja pagadora de pensiones conforme lo regla expresamente en transición el parágrafo del art.36, Ley 100/93 ya en semanas cotizadas o en tiempo de servicios y en armonía con el lit.f), art.13, Ley 100/93 no sólo por favorabilidad sino por disposición legal, la Corte Constitucional en la sentencia SU-769 de 2014, pues, admite la acumulación de tiempos públicos, no solo servidos antes de la nueva legislación y no cotizados a ninguna caja, y cuando el asegurado no cotizó ningún tiempo antes de la nueva ley con el RSPMPD, no solo para cumplir con la densidad de las mil semanas exigidas por el art.12, Acuerdo 049 de 1990, sino las 500 semanas en los 20 años anteriores a cumplir la edad: *“conforme con los principios de favorabilidad y pro homine, el reconocimiento de la pensión de vejez bajo el Acuerdo 049 de 1990, para aquellas personas que acrediten 500 semanas de cotización dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad para pensionarse, las cuales pueden provenir de tiempos acumulados de servicios cotizados a cajas o fondos de previsión social o al sector público y de los aportes realizados al ISS”, reiterada en T-514 de agosto 11 de 2015-*, computando tiempos públicos y privados.

Determinado lo anterior, se procede a realizar el cálculo del IBL de los 10 últimos años cotizados por el actor que es el determinado por la a-quo ser más favorable para este, arroja para la Sala la suma de \$1.285.339,22,

resultando superior al calculado por la a-quo -\$1.130.009,68 , f.132- al conocerse en consulta en favor de la pasiva se mantiene, al IBL calculado por la a-quo se le aplica tasa de reemplazo del 90% <por contar con 1.271 semanas f.30 vto. parág. 2 art. 20 Decreto 758/90> da una mesada pensional para el 25/12/2013 de \$1.017.008,71, como se observa en cuadro inserto No. 1:

LIQUIDACIÓN DE PENSION - IBL ULTIMOS 10 AÑOS COTIZADOS							01 º LABORAL DEL CIRCUITO			
Expediente:	76001-31-05-001-2019-00228-01				Juzgado del Circuito de Ca					
Afiliado(a):	LIBARDO ANTONIO GUTIERREZ MARTINEZ				Nacimiento:		25/12/1953		60 años a 25/12/2013	
Edad a	01/04/1994 40 años				Días faltantes desde 1/04/94 para requisitos:				7.104	
Sexo (M/F):	M				Fecha a la que se indexará el cálculo				25/12/2013	
SBC: Indica el número de salarios base de cotización que se están acumulando para el período en caso de varios er										
PERIODOS (DD/MM/AA)		SALARIO COTIZADO	SBC	ÍNDICE INICIAL	ÍNDICE FINAL	DÍAS DEL PERIODO	SALARIO INDEXADO	IBL		
DESDE	HASTA									
03/04/1989	30/04/1989	115.118,50	1	6,570000	111,820000	28	1.959.292	15.238,94		
01/05/1989	31/05/1989	117.592,50	1	6,570000	111,820000	31	2.001.399	17.234,27		
01/06/1989	30/06/1989	79.864,00	1	6,570000	111,820000	30	1.359.268	11.327,24		
01/07/1989	31/07/1989	132.436,51	1	6,570000	111,820000	31	2.254.041	19.409,80		
01/08/1989	31/08/1989	82.338,00	1	6,570000	111,820000	31	1.401.375	12.067,40		
01/09/1989	30/09/1989	87.904,50	1	6,570000	111,820000	30	1.496.116	12.467,63		
01/10/1989	31/10/1989	90.378,50	1	6,570000	111,820000	31	1.538.223	13.245,81		
01/11/1989	30/11/1989	79.864,00	1	6,570000	111,820000	30	1.359.268	11.327,24		
01/12/1989	31/12/1989	82.338,00	1	6,570000	111,820000	31	1.401.375	12.067,40		
01/01/1990	31/01/1990	171.628,50	1	8,280000	111,820000	31	2.317.814	19.958,95		
01/02/1990	28/02/1990	120.108,50	1	8,280000	111,820000	28	1.622.045	12.615,91		
01/03/1990	31/03/1990	112.079,00	1	8,280000	111,820000	31	1.513.608	13.033,85		
01/04/1990	30/04/1990	143.297,00	1	8,280000	111,820000	30	1.935.202	16.126,68		
01/05/1990	31/05/1990	127.102,93	1	8,280000	111,820000	31	1.716.504	14.781,00		
01/06/1990	30/06/1990	103.254,00	1	8,280000	111,820000	30	1.394.428	11.620,23		
01/07/1990	31/07/1990	116.658,50	1	8,280000	111,820000	31	1.575.453	13.566,40		
01/08/1990	31/08/1990	106.408,50	1	8,280000	111,820000	31	1.437.029	12.374,41		
01/09/1990	30/09/1990	113.504,50	1	8,280000	111,820000	30	1.532.859	12.773,83		
01/10/1990	31/10/1990	106.408,00	1	8,280000	111,820000	31	1.437.022	12.374,36		
01/11/1990	30/11/1990	103.254,00	1	8,280000	111,820000	30	1.394.428	11.620,23		
01/12/1990	31/12/1990	106.408,00	1	8,280000	111,820000	31	1.437.022	12.374,36		
01/01/1991	31/01/1991	130.407,00	1	10,960000	111,820000	31	1.330.485	11.456,95		
01/02/1991	28/02/1991	166.074,44	1	10,960000	111,820000	28	1.694.384	13.178,54		
01/03/1991	31/03/1991	130.407,00	1	10,960000	111,820000	31	1.330.485	11.456,95		
01/04/1991	30/04/1991	148.623,19	1	10,960000	111,820000	30	1.516.336	12.636,14		
01/05/1991	31/05/1991	156.621,50	1	10,960000	111,820000	31	1.597.939	13.760,03		
01/06/1991	30/06/1991	150.908,46	1	10,960000	111,820000	30	1.539.652	12.830,43		
01/07/1991	31/07/1991	156.621,50	1	10,960000	111,820000	31	1.597.939	13.760,03		
01/08/1991	31/08/1991	143.514,25	1	10,960000	111,820000	31	1.464.212	12.608,49		
01/09/1991	30/09/1991	126.559,00	1	10,960000	111,820000	30	1.291.225	10.760,21		
01/10/1991	31/10/1991	130.407,00	1	10,960000	111,820000	31	1.330.485	11.456,95		
01/11/1991	30/11/1991	126.559,00	1	10,960000	111,820000	30	1.291.225	10.760,21		
01/12/1991	31/12/1991	130.407,00	1	10,960000	111,820000	31	1.330.485	11.456,95		
01/01/1992	31/01/1992	165.108,00	1	13,900000	111,820000	31	1.328.229	11.437,52		
01/02/1992	29/02/1992	155.410,00	1	13,900000	111,820000	29	1.250.212	10.071,15		
01/03/1992	31/03/1992	181.624,00	1	13,900000	111,820000	31	1.461.093	12.581,64		
01/04/1992	30/04/1992	193.292,80	1	13,900000	111,820000	30	1.554.964	12.958,03		
01/05/1992	31/05/1992	227.235,80	1	13,900000	111,820000	31	1.828.022	15.741,30		
01/06/1992	30/06/1992	193.292,80	1	13,900000	111,820000	30	1.554.964	12.958,03		
01/07/1992	31/07/1992	165.108,00	1	13,900000	111,820000	31	1.328.229	11.437,52		
01/08/1992	31/08/1992	165.108,00	1	13,900000	111,820000	31	1.328.229	11.437,52		
01/09/1992	30/09/1992	160.259,00	1	13,900000	111,820000	30	1.289.220	10.743,50		
01/10/1992	31/10/1992	165.108,00	1	13,900000	111,820000	31	1.328.229	11.437,52		
01/11/1992	30/11/1992	290.111,72	1	13,900000	111,820000	30	1.609.820	13.415,16		
01/12/1992	31/12/1992	165.108,00	1	13,900000	111,820000	31	1.328.229	11.437,52		
01/01/1993	31/01/1993	209.853,04	1	17,400000	111,820000	31	1.348.607	11.613,01		
01/02/1993	28/02/1993	191.523,04	1	17,400000	111,820000	28	1.230.811	9.572,97		
01/03/1993	31/03/1993	230.665,23	1	17,400000	111,820000	31	1.482.356	12.764,73		
01/04/1993	30/04/1993	203.743,04	1	17,400000	111,820000	30	1.309.342	10.911,18		
01/05/1993	31/05/1993	209.853,04	1	17,400000	111,820000	31	1.348.607	11.613,01		
01/06/1993	30/06/1993	203.743,04	1	17,400000	111,820000	30	1.309.342	10.911,18		
01/07/1993	31/08/1993	209.853,04	1	17,400000	111,820000	62	1.348.607	23.226,01		
01/09/1993	30/09/1993	203.743,04	1	17,400000	111,820000	30	1.309.342	10.911,18		
01/10/1993	31/10/1993	209.853,04	1	17,400000	111,820000	31	1.348.607	11.613,01		
01/11/1993	30/11/1993	203.743,04	1	17,400000	111,820000	30	1.309.342	10.911,18		
01/12/1993	31/12/1993	209.853,04	1	17,400000	111,820000	31	1.348.607	11.613,01		
01/01/1994	31/01/1994	264.622,00	1	21,330000	111,820000	31	1.387.250	11.945,76		
01/02/1994	28/02/1994	262.523,19	1	21,330000	111,820000	28	1.376.247	10.704,14		
01/03/1994	31/03/1994	331.923,06	1	21,330000	111,820000	31	1.740.067	14.983,91		
01/04/1994	30/04/1994	428.721,85	1	21,330000	111,820000	30	2.247.524	18.729,36		
01/05/1994	31/05/1994	388.723,25	1	21,330000	111,820000	31	2.037.836	17.548,03		
01/06/1994	30/06/1994	256.985,00	1	21,330000	111,820000	30	1.347.213	11.226,78		
01/07/1994	31/07/1994	362.471,06	1	21,330000	111,820000	31	1.900.212	16.362,93		
01/08/1994	31/08/1994	414.975,44	1	21,330000	111,820000	31	2.175.460	18.733,12		
01/09/1994	30/09/1994	284.286,50	1	21,330000	111,820000	30	1.490.338	12.417,49		
01/10/1994	31/10/1994	264.622,00	1	21,330000	111,820000	31	1.387.250	11.945,76		
01/11/1994	30/11/1994	438.315,99	1	21,330000	111,820000	30	2.297.820	19.148,50		
01/12/1994	31/12/1994	264.622,00	1	21,330000	111,820000	31	1.387.250	11.945,76		
01/01/1995	31/01/1995	336.788,00	1	26,150000	111,820000	30	1.440.139	12.001,16		
01/02/1995	28/02/1995	308.132,00	1	26,150000	111,820000	30	1.317.603	10.980,03		
01/03/1995	31/03/1995	336.788,00	1	26,150000	111,820000	30	1.440.139	12.001,16		
01/04/1995	30/04/1995	327.236,00	1	26,150000	111,820000	30	1.399.294	11.660,78		
01/05/1995	31/05/1995	336.788,00	1	26,150000	111,820000	30	1.440.139	12.001,16		
01/06/1995	30/06/1995	327.236,00	1	26,150000	111,820000	30	1.399.294	11.660,78		
01/07/1995	31/08/1995	339.788,00	1	26,150000	111,820000	60	1.452.967	24.216,12		
01/09/1995	30/09/1995	330.236,00	1	26,150000	111,820000	30	1.412.122	11.767,68		
01/10/1995	31/10/1995	339.788,00	1	26,150000	111,820000	30	1.452.967	12.108,06		
01/11/1995	30/11/1995	330.236,00	1	26,150000	111,820000	30	1.412.122	11.767,68		
01/12/1995	31/12/1995	339.788,00	1	26,150000	111,820000	30	1.452.967			

debe tener en cuenta que la pasiva formuló prescripción (f.58-59), la cual prospera parcialmente por haber reclamado la actora tanto el reajuste pensional como los incrementos pensionales por persona a cargo el 23/12/2014 (f.123), negados en resolución GNR 188457 del 24/06/2015 (f.123-130), sin hacer hecho uso de los recursos legales, quedando en firme la misma, sin que nuevas peticiones interrumpan la prescripción nuevamente, y la demanda fue presentada el 30/04/2019 (f.1 y 11) habiendo transcurrido más de 3 años, por lo que todo lo generado con anterioridad al 30/04/2016 se encuentra prescrito.

Determinado lo anterior, se procede a liquidar las diferencias de mesadas pensionales no prescritas desde el 30/04/2016 hasta el 29 de febrero de 2020 a razón de 13 mesadas anuales corresponde a la suma de **\$12.230.321,72**, resultando inferior al calculado por la a-quo -\$12.399.714 f.132 vto.-133-, se aplica el de la Sala, del cual se deben realizar los descuentos de Ley para salud, y debe ser indexado al momento de su pago, a partir del 01 de marzo de 2020 la mesada corresponde a la suma de \$1.352.732,77, sin perjuicio de los aumentos de Ley –art. 14 Ley 100/93-, por lo que se modifica el resolutivo SEGUNDO, no prosperando el recurso de alzada de la pasiva, como se observa en cuadro inserto No. 2:

FECHAS DETERMINANTES DEL CÁLCULO								
Deben diferencias de mesadas desde:		30/04/2016						
Deben diferencias de mesadas hasta:		29/02/2020						
EVOLUCIÓN Y DIFERENCIA DE MESADAS PENSIONALES.								
OTORGADA			CALCULADA			DIFERENCIA	NUMERO DE MESADAS	TOTAL
AÑO	IPC Variación	MESADA	AÑO	IPC Variación	MESADA	Adeudada		RETROACTIVO
2.013	0,0194	\$ 817.056,00	2.013	0,0194	\$ 1.017.008,71	199.952,71	PRESCRITO	
2.014	0,0366	\$ 832.906,89	2.014	0,0366	\$ 1.036.738,68	203.831,79		
2.015	0,0677	\$ 863.391,28	2.015	0,0677	\$ 1.074.683,31	211.292,04		
2.016	0,0575	\$ 921.842,87	2.016	0,0575	\$ 1.147.439,38	225.596,51		\$ 2.037.888,45
2.017	0,0409	\$ 974.848,83	2.017	0,0409	\$ 1.213.417,14	238.568,31	13,00	\$ 3.101.387,98
2.018	0,0318	\$ 1.014.720,15	2.018	0,0318	\$ 1.263.045,90	248.325,75	13,00	\$ 3.228.234,75
2.019	0,0380	\$ 1.046.988,25	2.019	0,0380	\$ 1.303.210,76	256.222,51	13,00	\$ 3.330.892,61
2.020	-	\$ 1.086.773,80	2.020	-	\$ 1.352.732,77	265.958,96	2,00	\$ 531.917,93
TOTAL RETROACTIVO POR DIFERENCIAS DE MESADAS								\$ 12.230.321,72

En cuanto a los incrementos pensionales por persona a cargo del actor que es punto de apelación del actor, hay que decir que los mismos se encuentran establecidos en el art. 21 del decreto 758/90 al decir:

INCREMENTOS DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMUN Y VEJEZ. Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así:

(...)

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.

Se demuestra convivencia y dependencia económica de la señora ROSA MARGARITA VALLEJO para con el demandante, quienes contrajeron nupcias el 14/03/1974 (f.34), con la declaración testimonial de EDITH PUERTO CASTRO quien manifestó: *“que conoció al demandante desde hace 18 años porque son vecinos del Barrio Villa Andrea de Kennedy a diferencia de 4 casas, él tiene 4 hijos llamados Jeisson, Fabián, Angélica Gutiérrez y una que ya falleció llamada Yadira, todos los hijos son mayores de edad, que en la casa de Libardo vive con la esposa Rosa Margarita Vallejo, y el hijo menor Fabián, indica que la pareja es casada lo sabe por fotos que tienen en la casa de ellos y porque margarita le cuenta que llevan 47 años de casados, que desde que los conoce han vivido en el barrio, que Libardo es pensionado, que Rosa Margarita se dedica al hogar, ella tiene aproximadamente 60 años, ellos viven en casa propia, que la señora Margarita no tiene ingresos, no tiene negocios, la carga económica del hogar la lleva Libardo Antonio por la pensión de él, lo sabe porque con eso comen, pagan servicios, porque a veces la testigo los ha acompañado, y el mercado, que Margarita está afiliada a Famisanar EPS, ellos siempre han convivido, no reciben ayuda económica de los hijos (DVD f. 104 t.t. 10:20) como también la declaración testimonial de la señora SONIA YAÑEZ CABEZAS quien manifestó: “que conoció al demandante desde hace 25 años como vecinos en Villa Andrea, que ha tratado con ellos, que ha ido a tomarse un tinto con ellos, conoce el grupo familiar de Libardo quien convive con la esposa Margarita Ballen, quien tiene como unos 60 años, tienen 4 hijos todos mayores de edad, la mayor de los hijos falleció, tan solo el hijo menor llamado Fabián convive con ellos, él trabaja y les colabora económicamente, ellos viven en casa propia, viven ellos 3 no más que Margarita no trabaja, no tiene ingresos, ella depende económicamente de Libardo, ella se dedica a las labores de la casa, Libardo devenga su sustento de la pensión, que cuando ella se enferma la llevan a la EPS Famisanar quien está afiliada por medio del esposo, ellos no se han separado (DVD f. 104 t.t.21:00)*

Dando lugar al reconocimiento y pago de los incrementos desde el 25/12/2013 –fecha de reconocimiento de la prestación (f.32) y desde entonces surgió el derecho a incrementos por la hoy misma cónyuge por la que reclama el

actor los incrementos por esposa, pero como ya se dijo, todo lo generado con anterioridad al 30/04/2016 –trienio anterior a la presentación de la demanda (f.1 y 11) se encuentra prescrito-.

Liquidados los incrementos pensionales por cónyuge a cargo del actor en lo no prescritos desde el 30/04/2016 hasta el 29/02/2020 a razón de 13 mesadas anuales arroja la suma de **\$5.389.392,10**, anotando que se siguen causando los mencionados incrementos por cónyuge a cargo mientras subsistan las causas que le dieron origen al mismo; al no haber pedido pretensión secundaria relacionada con la indexación en el recurso de alzada no se estudia, Como se observa en cuadro inserto No. 3:

FECHAS DETERMINANTES DEL CÁLCULO				
Deben incrementos desde:			30/04/2016	
Deben incrementos hasta:			29/02/2020	
AÑO	SMLMV	INCREMENTO 14 %	NUMERO DE MESADAS	TOTAL INCREMENTOS
2016	689.455	\$ 96.523,70	9,03	\$ 871.930,76
2017	737.717	\$ 103.280,38	13,00	\$ 1.342.644,94
2018	781.242	\$ 109.373,88	13,00	\$ 1.421.860,44
2019	828.116	\$ 115.936,24	13,00	\$ 1.507.171,12
2020	877.803	\$ 122.892,42	2,00	\$ 245.784,84
TOTAL INCREMENTOS				\$ 5.389.392,10

RESUMIR: Si bien al formular la excepción de prescripción la demandada, también fórmula la que tiene carácter extintiva el derecho al no reclamarlo dentro de los tres años siguientes al reconocimiento de la pensión de vejez, en consecuencia, se ha de precisar que en casos similares se ha decidido,

“Respecto a la prescripción extintiva no procede, por ser el incremento accesorio al status y derecho pensional, que es imprescriptible, inalienable, inenajenable, vitalicio, inextinguible e irrenunciable, sigue su misma suerte, excepto que no es vitalicio ni automático y se extingue por causas legales, sólo prescribe mes a mes por ser de tracto sucesivo, lo no reclamado (art. 488 CST y 151 CPL)”.

“En efecto, ha señalado la Corporación que status de pensionado es permanente y vitalicio, inalienable e imprescriptible, y es en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Pero igualmente ha

precisado la doctrina de esta Sala, que una es esa condición del individuo cuya titularidad del derecho pensional no fenece con el transcurrir del tiempo y, otra diferente, la constituyen los derechos derivados de ese status o sus contenidos económicos por ausencia de reclamo tres años a su data de causación de cada uno, tales como el pago de las mesadas pensionales o, en el caso en estudio, los incrementos reclamados, los que en criterio de la Corte sí prescriben en los términos del artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo y del 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Así lo dijo y ahora se reitera, en la sentencia 27923 del 12 de diciembre de 2007, que en lo pertinente puntualizó que la decisión final del Juzgado que declaró prescrito el derecho a reclamar los incrementos por personas a cargo, es acertada, toda vez que:

La alusión normativa atinente a que el derecho a los incrementos ‘subsiste mientras perduren las causas que le dieron origen’, antes que favorecer la imprescriptibilidad, obran en su contra por cuanto implícitamente parte de la hipótesis de que se trata de un derecho que no es vitalicio en tanto su persistencia requiere que se sigan dando las causas que le dieron origen, de modo que aunque, parezca redundante, la desaparición de estas provoca su extinción.

De ahí que a juicio de esta Sala bien puede aplicarse para efectos de estos incrementos la tesis de que *“los mismos prescriben si no se reclaman dentro de los 3 años siguientes a su exigibilidad, debiendo entenderse que son exigibles desde el momento en que se produjo el reconocimiento de la pensión de vejez o de invalidez”*. (Subrayado fuera de texto). (CSJ-SL Sala Laboral, sentencia del 18 de Septiembre de 2012, radicado 42300. M.P. Doctor CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE: *“En este orden de ideas, a la luz de la jurisprudencia antes citada, aparece entonces razonable afirmar la extinción del derecho a incrementar la pensión en los porcentajes señalados en los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, por personas a cargo, por el acaecimiento de la prescripción, al haberse cumplido el plazo trienal establecido por la ley, al punto que no es posible considerar su existencia para ningún efecto, porque al desaparecer del ámbito jurídico entran al terreno de las obligaciones naturales que, como[se] sabe, no tienen fuerza vinculante.”*

Lo expuesto para que quienes afirman la tesis extintiva, pero vienen tesis contrarias a lo sostenido por el ministerio público, que el derecho al

incremento pensional por persona a cargo, si bien es exigible, desde el reconocimiento de la pensión de vejez o invalidez, siempre y cuando que ontológica y jurídicamente preexistan los supuestos fácticos y elementos normativos del dispositivo que lo consagra (art.21,Acuerdo 049/90), por tratarse de aquellos derechos o situaciones jurídicas derivados o accesorios a un status, porque sin éste no existen, pero existiendo ese estatus no necesariamente conlleva la existencia –aunque sí jurídica, porque existe la disposición normativa- de los incrementos si en la actualidad no hay persona a cargo –bien sea cónyuge, compañera o menor hijo que dependan económicamente del pensionista- en el momento de estructurarse el derecho o comenzar a ser reconocido y percibido, por hechos sobrevinientes a ese estatus, como es que no siendo casado, se case, que no conviviendo con persona a cargo conviva con una persona por cuyo sostenimiento vele el pensionista o engendre o adopte un hijo menor de edad o en edad escolar de 16 a 18 años, en cuyo caso es una situación jurídica factual nueva y sobreviniente al estatus de pensionado en ambiente del Acuerdo 049 y su decreto aprobatorio 758 de 1990, no pudiéndose predicar de manera abstracta y genérica *ratium decidendum* que el derecho a incremento por persona a cargo prescribió con carácter ‘extintivo’ por no haberlo reclamado o preexistir a ese estatus de pensionado en régimen de transición, y no reclamarlo dentro de los tres años siguientes a ese estatus; por lo que una vez presentada la reclamación, opera la prescripción trienal de períodos o de ‘tracto sucesivo’ –porque *‘se causa a través del tiempo’*, más no la extintiva, para hacer fenecer irremediabilmente y vitaliciamente el derecho al incremento por persona a cargo- de conformidad al artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo y del 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social –o del año, del art.50, Acuerdo 049/90, si fuere aplicable-, cosa diferente es que siendo COLPENSIONES la obligada a otorgar los incrementos desde el reconocimiento de la prestación (si conforme a la ley hay lugar a ello, por ser pensionado de régimen de transición con Acuerdo 049/90), no haberlo hecho no la exime de reconocerlos, en consecuencia, se

concluye que la prescripción trienal opera tres años hacia atrás desde su reclamación o a la presentación de la demanda, si por el contrario los incrementos no fueron reclamados la prescripción en favor de la administradora, surge tres años siguientes a su exigibilidad (no del reconocimiento pensional, es de causación de la mesada o del incremento por persona a cargo), tratándose en todo caso de derechos accesorios condicionales –nacen a condición que exista estatus de pensión, que no son inherentes per sé al estatus de pensionado y que sólo se dan y son reclamables cuando se dan los supuestos de hecho y normativos que exige la respectiva disposición.

El carácter imprescriptible del status pensional y de sus derechos accesorios, pero no por ello menos importantes, surgen del art.48 y 53 constitucionales que los hace inalienables, irrenunciables e imprescriptibles, que mal haría el legislador o el ordenamiento jurídico y sus operadores permitir su pérdida por el transcurso del tiempo(C-198 de 1999) y solo por excepción se podía permitir la prescripción de derechos patrimoniales a que de origen y no oportunamente reclamados(T-155 de 2011), como lo recalcó la guardiana constitucional en la **Sentencia T-395/16** del 28 de julio de 2016, después de analizar los precedentes aquí sentados, concluye que:

“La Sala determinó que la Corte Constitucional se ha pronunciado respecto del reconocimiento y pago del incremento del 14% a la pensión mínima por cónyuge a cargo, de dos maneras. Por una parte, ha considerado que dicho reconocimiento no hace parte integrante de la pensión; por lo tanto, no sigue la misma suerte de ella, siendo susceptible de prescripción cuando no se solicita dentro de los tres (3) años siguientes al reconocimiento de la pensión, posición que coincide con la interpretación que, de manera reiterada, ha realizado la Corte Suprema de Justicia. Por otra parte, ha considerado que el incremento por persona a cargo es un elemento de la pensión, que sigue la suerte de las causas que le dieron origen; por lo tanto, al ser la pensión imprescriptible, dicha prestación también lo es, siendo afectadas por ese fenómeno sólo las mesadas que no se reclamaron antes de los tres años previos al reconocimiento de dicho incremento.

(...)

(b) Pese a lo anterior, la sentencia proferida por el tribunal sí 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."

Son razones suficientes para aplicar la prescripción periódica o de tracto sucesivo.

De otro lado, la Sala no acoge lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia SU-140 del 28 de marzo de 2019 por no ser en escenario de control abstracto sino de control difuso de varias tutelas particulares..., por tanto, sus efectos son interpartes y así lo indican los salvamentos de voto que no obliga a los operadores jurídicos, aun cuando esta demanda es del 14/08/2019 pero la pensión en transición se le concede a partir del 01-04-2004 con art. 12, Dec. 758/90, que igualmente consagra los incrementos del 14%, que por unidad de materia, de régimen jurídico y principio de inescindibilidad o conglobamento, se debe aplicar en su integridad <art. 21, CST.>.

Agregando que el demandante desde el 25/12/2013 <f.32> consolidó y comenzó a devengar su pensión de vejez en transición art. 36, Ley 100/93 y art. 12, Acuerdo 049/90, época para la cual ya era casado con ROSA MARGARITA BALLEEN DE GUTIERREZ desde el 14/03/1972 f.34, por lo que desde 25/12/2013 <f.32>, tenía causado el derecho al incremento por cónyuge a cargo del art. 21, Ac. 049, y , es principio del ordenamiento jurídico, que por no haber demandado desde entonces el 14% por esposa a cargo, no se pierde el derecho, pues, es tema de temporalidad del reclamar el derecho, pues, por no ejercer el derecho no se pierde el derecho al 14%, así lo ha de antaño dicho la CSJ-SL:

"Cuando un derecho laboral es exigible, bajo el amparo de una normatividad, no es dable subordinar su efectividad a la formulación de la solicitud durante su vigencia ni hacerlo nugatorio porque los nuevos preceptos no contemplan tal exigencia, pues si en tales casos no se puede permitir su renuncia por los claros principios constitucionales y legales de orden público que lo prohíben, mucho menos cuando no ha sido voluntad de su titular despojarse del mismo". (Cita CE., SCSC, concepto Radicación número 992 del 31 julio 1997. C.P.Dr. Augusto Trejos Jaramillo). <CSJ-SL sent. 19 de noviembre de 1992, 30 de abril de 1993, 3 de febrero de 1995, 7 y 29 de mayo de 1996>.

De otro lado, hay que tener en cuenta lo establecido en el art. 31 de Ley 100/93 que establece:

ARTÍCULO 31. CONCEPTO. *El régimen de Prima Media con Prestación Definida es aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas, de acuerdo con lo previsto en el presente Título.*

Serán aplicables a este régimen las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley.

Además que por inescindibilidad de la Ley art. 21 CST, debe aplicarse la norma más favorable al trabajador, que en este caso se debe aplicar de forma integral las disposiciones del Acuerdo 049/90 aprobado por el decreto 758/90, las cuales fueron cumplidas por el actor para que le fuera reconocida la pensión de vejez –resolución No. GNR 231737 del 20/06/2014 f.30- que el hecho de que se haya reconocido en vigencia de la nueva ley, no le quita aplicación inmediata y completa.

Que los incrementos pensionales por personas a cargo se encuentran vigentes conforme a lo establecido por el Consejo de Estado en juicio de lesividad, al indicar que no contradicen regla legal ni constitucional en el ordenamiento jurídico, estableciendo lo siguiente:

“(…) es evidente que la materia concerniente a los incrementos por personas a cargo fue regulada en forma integral por el Acuerdo 049 de 1990 mientras que la Ley 100 de 1993 nada determinó al respecto; de manera, que en salvaguarda por los derechos adquiridos de los jubilados con sujeción al referido acuerdo y de conformidad con el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, legalmente no se pueden entender como derogados en forma orgánica, figura que tendría lugar, si la materia relacionada con los incrementos hubiera sido en efecto contemplada de manera integral por esta nueva ley tal como lo hizo el acuerdo.

Además de que no se puede afirmar válidamente, que los pensionados por cuenta del Instituto de Seguros Sociales en vigencia de la Ley 100 de 1993 tienen un trato diferenciado frente a los jubilados de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 por aplicación del régimen de transición; porque en efecto se está ante la presencia de dos situaciones completamente diferentes, en tanto que están regidas por normas distintas.

En otras palabras, los jubilados del Seguro Social por aplicación del régimen de transición ven regulada su situación pensional según lo estipulado por la norma anterior, es decir por el Acuerdo 49 de 1990, que les otorga el derecho al reconocimiento y pago a los incrementos, siempre que cumplan con los requisitos que este acuerdo estipula.” (radicado 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08) C.P. Gabriel Valbuena Hernández.

De otro lado, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que el beneficio de los incrementos pensionales por personas a cargo se encuentran vigentes aún con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 así lo dispuso en sentencia SL2955 del 31 de julio de 2019, M.P. Ernesto Forero Vargas:

Sobre este tópico la Sala Laboral de la Corte ha definido el criterio que se mantiene imperante de que el incremento previsto en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, es procedente para quienes les fue reconocida la pensión de vejez regulada en el artículo 12 ídem, incluso después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, bien por derecho propio o por aplicación del régimen de transición

consagrado en el artículo 36 de ésta ley, pues tal norma dispuso que para los efectos de otorgar la pensión de vejez a quienes tuvieran edad, tiempo de servicio o semanas cotizadas, debería aplicárseles el régimen anterior, siendo para el caso que ocupa la atención de esta Sala el citado Acuerdo, en consecuencia su aplicación debe ser total. (CSJ SL, 27 jul. 2005, rad 21517).

De lo anterior se puede entonces concluir que, por principio de inescindibilidad del ordenamiento jurídico, lo que consagre el Ac.049/90 aplica a todos sus destinatarios/beneficiarios cualquiera que sea la época en que reclame, estructurándose el status de pensionado el 25/12/2013 y reconociéndose en esta sentencia ser de transición y desde entonces con derecho a sumar tiempos públicos y privados bajo la éjida normativa del Dec.758/90, tiene derecho a que integralmente se le aplique ese ordenamiento jurídico y como para esa diada 25/12/2013 -fecha del estatus- era casado con la referente del reclamo, desde entonces tiene derecho al incremento del 14%, porque el no reclamar el derecho no hace perder el derecho y los derechos derivados de ese estatus en lo nuclear es reclamable en cualquier tiempo; además por igualdad histórica, se deben aplicar las disposiciones del art. 21 y 22 del Decreto 758/90, que son aplicables en todo tiempo, por principio de trato igual art. 13 C.N. <darle al afiliado el trato igual en todo tiempo como ha venido pasando, independiente de la fecha de presentación de la demanda y época en que se falle.

Por lo que se revoca en este punto la APELADA y CONSULTADA sentencia condenatoria para en su lugar condenar al reconocimiento y pago de los incrementos pensionales por cónyuge a cargo del demandante.

No prosperan los restantes medios exceptivos formulados por la pasiva (f.58-59).

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en Sala Quinta de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO. MODIFICAR el resolutivo **SEGUNDO** de la **APELADA** y **CONSULTADA** sentencia condenatoria No. 035 del 04 de febrero de 2020, en el sentido que el retroactivo por diferencias de mesadas pensionales no prescritas

desde el 30/abril /2016 hasta el 29 de febrero de 2020 a razón de 13 mesadas anuales corresponde a la suma de **\$12.230.321,72**, el cual debe ser indexado al momento de su pago, a partir del 01 de marzo de 2020 la mesada corresponde a la suma de **\$1.352.732,77**, sin perjuicio de los aumentos de Ley –art. 14 Ley 100/93-.

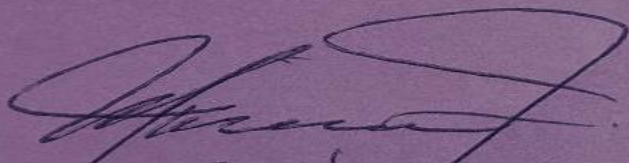
SEGUNDO. REVOCAR parcialmente el resolutivo PRIMERO para en su lugar declarar no probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y parcialmente probada la excepción de prescripción de los incrementos pensionales por cónyuge a cargo del actor generados con anterioridad al 30 de abril de 2016, y se **REVOCA** el resolutivo **CUARTO** para en su lugar **CONDENAR a COLPENSIONES** a reconocer y pagar el incremento pensional del 14% sobre el SMLMV de cada anualidad por cónyuge **ROSA MARGARITA BALEN DE GUTIERREZ** a cargo del demandante y a favor de LIBARDO ANTONIO GUTIERREZ MARTINEZ, a partir del 25 de diciembre de 2013, adeudándose un retroactivo por incrementos pensionales no prescritos desde el 30 de abril de 2016 hasta el 29/febrero de 2020 a razón de 13 mesadas anuales, da la suma única de **\$5.389.392,10**, anotando que se sigue causando el 14% sobre pensión mínima mientras subsistan las causas que le dieron origen. **En lo demás sustancial se CONFIRMA. SIN COSTAS** en consulta, como tampoco a cargo del actor por haber prosperado el recurso de alzada, pero con **COSTAS** a cargo de la apelante demandada infructuosa y en favor del actor, se fijan novecientos mil pesos por agencias en derecho, **LIQUIDENSE** conforme al art. 366, CGP.**DEVUELVA** expediente a su origen.

SENTENCIA ESCRITUAL VIRTUAL ES PONENCIA APROBADA EN SALA DE DECISIÓN. NOTIFICADA EN LINK RAMA.
OBEDÉZCASE y CÚMPLASE

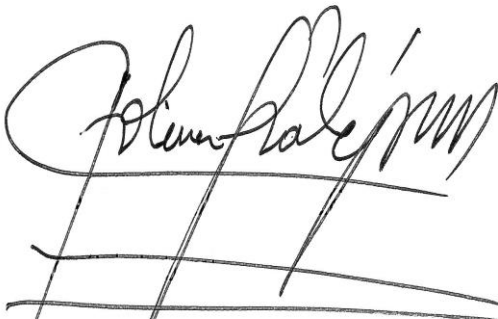
LOS MAGISTRADOS,



LUIS GABRIEL MORENO LOVERA
2019-00228



MONICA TERESA HIDALGO OVIEDO
2019-00228



SALVA VOTO PARCIAL
CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ
2019-00228