

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veintiocho (28) de junio de dos mil veintiuno (2021)

SENTENCIA

Magistrada Ponente: María Eugenia Gómez Velásquez

Proceso	: Ordinario de Segunda Instancia
Demandante	: CARLOS ALBERTO GÓMEZ OSPINA
Demandados	: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
Radicado	: 05001 31 05 019 2015 01704 01
Providencia	: Sentencia
Temas y Subtemas	: Seguridad Social –retroactivo pensión vejez, intereses moratorios, incrementos pensionales por cónyuge e hijo a cargo-
Decisión	: Modifica decisión condenatoria
Sentencia No	: 166

En la fecha antes anotada el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**, conformada por los Magistrados **CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES, NANCY GUTIÉRREZ SALAZAR y MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ**, como ponente, profieren la siguiente decisión de fondo, previa deliberación, de conformidad con lo establecido en el Decreto Legislativo N° 806 del 4 de junio de 2020, *“Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”*, que modificó el trámite en los procesos de la jurisdicción Laboral.

ANTECEDENTES

Pretensiones:

Se solicita el **reconocimiento y pago de retroactivo de la pensión de vejez**, desde el 19 de agosto de 2014, mesadas adicionales e **intereses moratorios**, incrementos pensionales por tener cónyuge e hijo a cargo, indexados, condenas ultra y extra petita, costas procesales.

Hechos relevantes de la demanda:

Se afirma que el demandante nació el día 19 de agosto de 1954, le fue reconocida pensión de vejez mediante Resolución No 2109041 del 14 de julio de 2015, a partir del 1º de abril de 2015, en cuantía de \$1.389.565, sin haberle reconocido el retroactivo pensional desde el cumplimiento de los requisitos legales de edad y semanas cotizadas. Contrajo matrimonio con la señora Gloria Eugenia Guerra Velásquez, con quien convive y procrearon al menor Carlos Alberto Gómez Guerra, a quien le fue asignada una pérdida de capacidad laboral del 51%.

Respuesta a la demanda:

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso en su defensa las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, cobro de lo no debido, imposibilidad de condena en costas.

Sentencia de Primera Instancia:

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante, la suma de \$15.576.101 por concepto de retroactivo de la pensión de vejez, causado desde el 19 de agosto de 2014 hasta el 30 de junio de 2015, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 7 de julio de 2015 hasta la fecha efectiva del pago;

incrementos pensionales del 21% sobre el SMLMV por cónyuge e hijo a cargo, desde el 19 de agosto de 2014 hasta el 30 de junio de 2018, en cuantía de \$6.937.845 y continuar pagándolos, a partir del 1º de agosto de 2018, mientras subsistan las causas que les dieron origen, indexados; **Costas** a cargo de COLPENSIONES, agencias en derecho equivalentes al 15% sobre las condenas liquidadas en la Sentencia. **No se interpusieron recursos.**

Alegatos de conclusión:

El apoderado de **COLPENSIONES** allegó memorial haciendo referencia a una pretensión de auxilio funerario, lo cual no fue objeto de debate en este proceso.

Agotado el trámite procesal correspondiente a este tipo de procesos y sin que se aprecie causal alguna de nulidad que invalide la actuación, se procede a resolver el asunto de fondo, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Se conoce en el grado jurisdiccional de **Consulta** en favor de COLPENSIONES, conforme a lo señalado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

Conflicto Jurídico:

El conflicto jurídico a dirimir, radica en determinar si se encuentra ajustada a derecho la decisión de Primera Instancia, mediante la cual se condenó al reconocimiento y pago retroactivo de la pensión de vejez e intereses moratorios, así como, incrementos pensionales por cónyuge e hijo a cargo, indexados. Encontrando esta Sala de Decisión Laboral procedente, modificar la **Sentencia de Primera Instancia**; por las siguientes razones:

1. Sobre el disfrute de la pensión de vejez y el requisito de desafiliación del sistema de pensiones, tenemos que:

Si bien el reconocimiento de la pensión de vejez se encuentra supeditado al hecho de la desafiliación definitiva al Sistema, como situación previa para su pago, también lo es que se presentan dos momentos que no deben confundirse, uno es la **causación** de la pensión el cual se produce desde el momento en que se reúnen los requisitos para su reconocimiento, esto es, edad y densidad de cotizaciones, y el otro, el **disfrute**, que se configura a partir del instante en que lo solicite el afiliado y se acredite su desafiliación del Sistema.

El artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, **establece que el pago de la pensión vejez se encuentra supeditado al hecho de la desafiliación definitiva del sistema, como situación previa para que el afiliado pueda disfrutar su pensión.**

Así mismo, **el artículo 35** de la misma normativa, entre otros aspectos, señala que las pensiones del Seguro Social, se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado, de la prestación real y efectiva del servicio por parte de los servidores públicos, o **del retiro del régimen para los trabajadores del sector privado**. A su vez, **el artículo 17 de la Ley 100 de 1993**, modificado por el artículo 4º de la Ley 797 de 2003, preceptúa que durante la vigencia de la relación laboral deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, precisando que **la obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez**, ello sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado.

Sobre este tema, esta Magistratura ha considerado que no se requiere necesariamente la desafiliación expresa del trabajador, ya que el hecho de no seguir cotizando a la entidad aunado a la manifestación expresa del afiliado de quererse pensionar, indican la intención real implícita, pero contundente, de

desafilarse del sistema para entrar a gozar de la pensión pretendida; sin que una omisión del empleador, como es colocar formalmente en el formulario de autoliquidación una **R de retiro** o cualquier sigla, pueda perjudicar al afiliado en su pretensión de pensionarse, desde que deja de cotizar al Sistema General de Pensiones.

Lo anterior tiene respaldo en lo indicado por **Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia**, que ha sido pacífica en precisar de manera reiterada, que **cuando no obra prueba del acto de desafiliación del sistema**, ella **puede inferirse de la concurrencia de varios hechos**, como la terminación del vínculo laboral del afiliado, la falta del pago de cotizaciones, el cumplimiento de los requisitos en materia de edad y de cotizaciones, la reclamación del derecho, que no dejen duda de la intención del afiliado de cesar su vinculación al sistema en procura de la obtención del derecho pensional; al respecto ver Sentencias SL2061 de 2021 Radicado 84054, SL4073 de 2020 Radicado 59539, SL214 de 2019 Radicado 57602, SL1712 de 2019, Radicado 64788, SL325 de 2018 Radicado 65093, entre otras.

Sobre el reporte de la novedad de retiro, **el artículo 10 de la Resolución 1747 de 2008 expedida por el Ministerio de Protección Social** (hoy del Trabajo), **señala que puede ser un blanco, P, R ó X, suministrado por el aportante.**

En el asunto bajo estudio, conforme a historia laboral allegada por COLPENSIONES, generada el 21 de marzo de 2017, se verifica que **la última cotización efectuada al Sistema de Pensiones a favor del demandante, corresponde al 1º de febrero de 2013, habiéndose reportado la novedad de retiro y en adelante, no aparecen otras cotizaciones** (folios 108 a 114); fecha para la cual, el demandante ya tenía cumplidos los requisitos para acceder a la pensión de vejez, conforme al régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 concordado con el Decreto 758 de 1990, beneficio que le fue reconocido en Resolución GNR 210904 del 14 de julio de 2015, ya que al 1º de 1994, contaba con más de 15 años de servicios, pues a esa fecha acredita 931 semanas cotizadas desde el 5 de abril de

1976 (folio 31); por tanto, cumple también la exigencia de 750 semanas contenida en el Acto Legislativo 01 de 2005, para extender en su caso el beneficio de la transición hasta el año 2014 y alcanzó la edad de 60 años el 19 de agosto de 2014, al haber nacido el mismo día y mes de 1954 (folio 31), contando en total con 1.636,39 semanas cotizadas hasta el 1º de febrero de 2014 (folio 108).

Por tanto, se confirmará la Sentencia de Primera Instancia, en cuanto condenó al reconocimiento y pago del retroactivo de la pensión de vejez, a partir del 19 de agosto de 2014 –cumplimiento de la edad mínima-, hasta el 30 de junio de 2015 –fecha anterior al reconocimiento efectuado por COLPENSIONES-.

Siendo procedente modificar el valor de condena por este concepto, ya que efectuada la liquidación, se obtiene la suma de **\$14.235.01** (no \$15.576.101), efectuando deflactación sobre la mesada pensional reconocida en Resolución GNR 210904 del 14 de julio de 2015, con derecho a 13 mesadas al año; observándose error en la liquidación del Juzgado para el año 2014, donde en la casilla No de mesadas, registró “162”, lo que pudo influir en el resultado (folio 131).

DEFLACTAR PENSIÓN				
Año	IPC	Valor Pensión	No Mesadas	Total Retroactivo
2014	3,66%	\$ 1.340.503	4 mesadas y 12 días	\$ 5.898.211
2015	6,77%	\$ 1.389.565	6	\$ 8.337.390
TOTAL				\$ 14.235.601

2. Procede la condena por intereses moratorios del artículo 141 de Ley 100 de 1993:

Por cuanto el demandante **reclamó la pensión de vejez el día 6 de marzo de 2015**, teniendo cumplidos los requisitos legales de edad y semanas cotizadas, como se explicó en precedencia, habiéndose reportado la novedad de retiro por parte del empleador y cesó en las cotizaciones desde el 1º de febrero de 2013; **el**

plazo legal de cuatro (4) con que contaba la entidad para reconocer y pagar la pensión se cumplió el día 6 de julio de 2015; reconociendo la pensión de vejez a corte de nómina, solo a partir del 1º de julio de 2015, sin que exista constancia que a la fecha, se hubiera realizado el pago del retroactivo pensional causado. Por lo anterior, se **confirmará** la Sentencia de Primera Instancia, en este aspecto.

3. Descuentos en salud:

Se **adicionará la Sentencia de Primera Instancia, autorizándose a COLPENSIONES a descontar del valor del retroactivo pensional reconocido, las cotizaciones en salud que correspondan en los términos legales**, conforme a lo dispuesto en el artículo 143 inciso 2 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 42 inciso 3º del Decreto 692 de 1994 y previsiones del artículo 69 del Decreto 2353 de 2015; así como, lo indicado por la **H. Corte Constitucional en la Sentencia SU 230 de 2015** y reiterados pronunciamientos de la **Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia**, entre otras, en Sentencias **SL522 de 2018** Radicado 66940, **SL7911 de 2015** Radicado 5757, en las que ha precisado que una vez surge el status de pensionado, por ministerio de la ley surge la obligatoriedad, a cargo de las entidades pagadoras de pensiones, de descontar la cotización para el sistema de salud.

4. Respecto a los incrementos pensionales por cónyuge e hijo a cargo:

Se encuentran contemplados en el **artículo 21 del Decreto 758 de 1990**, aprobatorio del Acuerdo 049 del mismo año, conforme al cual, las pensiones de invalidez de origen común y las de vejez, se incrementarán en un siete por ciento (7%) sobre la pensión mínima legal, por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años o de dieciocho (18) años si son estudiantes o por cada uno de los hijos inválidos no pensionados de cualquier edad, siempre que dependan económicamente del beneficiario y en un **14%** sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero (a) del beneficiario, que dependa económicamente de éste y no disfrute de una

pensión.

Sobre este tema, la H. Corte Constitucional mediante Sentencia SU 140 del 28 de marzo 2019, indicó que dichos incrementos pensionales desaparecieron del mundo jurídico con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y solo conservan efectos ultractivos, a favor de quienes se hicieron a ellos mientras estuvieron vigentes, siempre y cuando, mantengan las condiciones requeridas; dejando claro que el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 no produce efecto alguno respecto de quienes hayan adquirido el derecho a la pensión de vejez, con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993; veamos apartes de la citada Sentencia:

“...Para la corte es innegable entonces que el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 no produce efecto alguno respecto de quienes hayan adquirido el derecho a pensión con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993; todo ello sin perjuicio de que, con arreglo al respeto que la Carta Política exige para los derechos adquiridos, quienes se hayan pensionado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 y hayan en ese momento cumplido con los presupuestos de la norma, conserven el derecho de incremento pensional que se les llegó a reconocer y de que ya venían disfrutando, siempre y cuando mantengan las condiciones requeridas por el referido artículo 21.

Lo expuesto hasta el momento es suficiente para que la Corte no vacile en sostener que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico y solo conservan efectos ultractivos para aquellos que se hicieron a ellos durante la vigencia de los mismos...”

Conforme a lo anterior, **esta Sala de Decisión Laboral cambió su postura sobre el tema**, atendiendo a que la H. Corte Constitucional en la Sentencia T-109 de 2019, precisó que **el precedente constitucional tiene “...carácter vinculante, no solo en forma vertical** (respecto de todos los jueces que conforman la jurisdicción constitucional), **sino también para los órganos de cierre de las demás jurisdicciones** que, en aras del principio de supremacía constitucional, deben procurar por una lectura sistemática del derecho, la cual comprende la interpretación auténtica de la Constitución, que se encuentra a cargo de la Corte”.

Así mismo, en **Sentencia SU 298 de 2015**, señaló que **“...es el precedente constitucional, por ser producto de la interpretación autorizada de la Constitución, que es norma de normas, el que debe irradiar la doctrina de las demás jurisdicciones**. En virtud del principio de supremacía constitucional, los jueces y las autoridades administrativas en su labor de aplicación del ordenamiento jurídico deben dar prevalencia a los postulados constitucionales cuyo contenido está

expuesto no sólo por la literalidad de las normas, sino por la interpretación que de ellas hace la Corte Constitucional...”.

No desconociendo la Sala que con relación a este asunto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia¹, indicó que el beneficio de **los incrementos pensionales por personas a cargo** consagrados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobados por el Decreto 758 del mismo año, **conservan su vigencia**, en favor de quienes se les aplicó directamente el Acuerdo 049 de 1990 o a través del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, posición que se había compartido de tiempo atrás.

Además, el **Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo²**, en demanda de nulidad contra los artículos 21 y 22 del Decreto 758 de 1990, señaló que estaban vigentes los incrementos pensionales por personas a cargo.

En consecuencia, **en el presente asunto no hay lugar al reconocimiento y pago de incrementos pensionales por personas a cargo**, contemplados en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, toda vez que la pensión de vejez **se causó el 19 de agosto de 2014**, cuando el demandante cumplió la edad exigida de 60 años, esto es, cuando estaba en vigencia el Sistema General de Pensiones, siendo aplicable lo indicado en la Sentencia SU 140 de 2019.

Así las cosas, encuentra esta Sala de Decisión Laboral procedente, **modificar** la decisión revisada, revocándose la condena referente al reconocimiento y pago de incrementos pensionales por cónyuge e hijo a cargo, indexados; para en su

1 Sentencias SL14777 del 13 de septiembre de 2017 Radicación No 52693 M.P. doctora Jimena Isabel Godoy Fajardo, Radicación 36036 del 23 de abril de 2014 M.P. doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo; Radicación 29731, 29531 del 5 de diciembre de 2007 M.P. doctor Luis Javier Osorio López, entre otras

2 Sección Segunda – Subsección A, el 16 de noviembre de 2017, con ponencia del Doctor Gabriel Valbuena Hernández, donde al denegar las suplicas de la demanda de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, propuesta por el Instituto de Seguros Sociales frente a los artículos 21 y 22 del Decreto 758 de 1990, determinó que: “...*de conformidad con los derechos y los principios que consagra la Constitución Política en lo que atañe a los derechos laborales, que están orientados a que no se desconozcan o lesionen las situaciones jurídicas consolidadas conforme a la norma anterior, con el fin de que impere el respeto por los derechos adquiridos; se debe tener en cuenta, que los incrementos por personas a cargo que en el pasado fueron establecidos por el Consejo Nacional del Instituto de Seguros Sociales a través de los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, aún permanecen vigentes como parte integrante del régimen de transición que estableció la Ley 100 de 1993 en su artículo 36...*”.

lugar, absolver a COLPENSIONES de esta pretensión.

COSTAS:

No se condenará en Costas en esta Segunda Instancia al haberse conocido en el grado jurisdiccional de **Consulta**, conforme a lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso y el Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: Se MODIFICA la Sentencia de Primera Instancia, de la fecha y procedencia conocidas, que se revisa en el grado jurisdiccional de **Consulta** en favor de COLPENSIONES; en los siguientes aspectos:

a) **Valor de la condena** impuesta por concepto de **retroactivo de la pensión de vejez**, que corresponde a la suma de **\$14.235.01** (no \$15.576.101).

b) Se **AUTORIZA** a **COLPENSIONES**, a **descontar** del retroactivo pensional reconocido, **las cotizaciones en salud que correspondan en los términos legales**.

c) Se **REVOCA** la condena referente al reconocimiento y pago de **incrementos pensionales por cónyuge e hijo a cargo, indexados**; en su lugar, se **ABSUELVE** a COLPENSIONES de esta pretensión.

Todo lo anterior, de conformidad con lo explicado en la parte considerativa de esta Sentencia.

SEGUNDO: Se **CONFIRMA** la Sentencia de Primera Instancia en lo demás, conforme a los considerandos.

TERCERO: No se **CONDENA** en Costas en esta Segunda Instancia, según se indicó en la parte motiva.

CUARTO: Lo resuelto se notifica en **ESTRADOS** y se ordena devolver el proceso al Despacho de origen. En constancia se firma por quienes en ella intervinieron.

Los Magistrados,



MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ



NANCY GUTIÉRREZ SALAZAR



CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES

**EL SUSCRITO SECRETARIO DEL TRIBUNAL
SUPERIOR DE MEDELLÍN – SALA LABORAL -
HACE CONSTAR**

Que la presente providencia se notificó por
Estados No **113** del **30 de junio de 2021**

consultable aquí:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/125>