

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI

<b>PROCESO</b>	ORDINARIO
<b>DEMANDANTE:</b>	PABLO EVELIO GARCIA ORDOÑEZ - CC. 14.979.843
<b>DEMANDADO:</b>	COLPENSIONES
<b>PROCEDENCIA:</b>	Juzgado 7 Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Cali
<b>RADICADO</b>	76001-41-05-003-2017-01013-01
<b>TEMAS Y SUBTEMAS:</b>	Incremento pensional Decreto 758 de 1990-Reg. Transición <b>SU 140 - 2019 /</b> Retroactivo pensional - Causación y disfrute de la pensión
<b>PROVIDENCIA</b>	<b>Sentencia No. 20 del 30 de junio de 2021</b>
<b>DECISIÓN</b>	Confirma

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 junio de 2020, se procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta, establecido en el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, modificadorio del artículo 69 del CPT y de la SS, y en aplicación de la sentencia C-424 de 2015, de la sentencia No. 72 del 13 de abril de 2021, proferida por el **JUZGADO SEPTIMO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE CALI**, dentro del proceso promovido por el señor **PABLO EVELIO GARCIA ORDOÑEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, bajo la radicación No. 76-001-41-05-003-2017-01013-01.

Vencido el término de traslado contenido en el numeral segundo del auto interlocutorio No. 1233, notificado el 8 de junio de 2021, sin que ninguna de las partes se haya pronunciado, se profiere la siguiente:

### **Sentencia de Consulta No. 20.**

#### **ANTECEDENTES**

El señor **PABLO EVELIO GARCIA ORDOÑEZ** identificado con cédula de ciudadanía No. 14.979.843, pretende que se condene a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES: **i)** al reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, de conformidad con el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, aprobatorio del Acuerdo 049 del mismo año, **ii)** se ordene el pago del incremento pensional de manera retroactiva a partir de 30 diciembre de 2009, **iii)** la indexación de las condenas, **iv)** el reconocimiento y pago de retroactivo pensional desde el 30 de diciembre de 2009 hasta el 01 de marzo de 2010, fecha en que se efectuó el primer pago de la mesada pensional, **v)** el reconocimiento y pago de intereses moratorios por el retroactivo pensional, y **vi)** las costas del proceso.

Indican los **hechos** de la demanda que el señor **PABLO EVELIO GARCIA ORDOÑEZ**, presentó para el reconocimiento de su pensión de vejez el 25 de agosto de 2009, ante el Extinto-Instituto de Seguros Sociales, hoy Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES [en adelante COLPENSIONES], y que continuó cotizando hasta el 30 de diciembre de 2009.

Indicó que a través de la Resolución No. 100896 de 2010, se le reconoció pensión de vejez a partir del 01 de marzo de 2010, sin embargo, no le fue reconocido el retroactivo

pensional desde el 30 de diciembre de 2009 hasta el 01 de marzo de 2010, ni tampoco le fue reconocido el incremento pensional por su cónyuge o compañera permanente a cargo.

Refirió que convive en unión marital de hecho con la señora **CARMEN ROSA AYALA SANCHEZ**, hace más de 17 años de manera ininterrumpida en el mismo techo, así mismo que la señora **AYALA SANCHEZ** padece de afección en sus riñones, y que requiere de terapia de soporte vital.

Mencionó que el 18 de noviembre de 2016, presentó petición solicitando el reconocimiento y pago del retroactivo pensional, y posteriormente el 25 de abril de 2017, presentó petición solicitando el reconocimiento y pago de los incrementos pensionales por compañera permanente a cargo, a partir del 30 de diciembre de 2009.

Finalmente, indica que COLPENSIONES, el 25 de abril de 2017, negó el pago del incremento pensional del 14%, argumentando que solo tienen derecho las personas que se pensionaron antes del 01 de abril de 1994, ya que la Ley 100 de 1993 no contempla estos incrementos.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, al contestar la demanda aceptó los hechos relacionados con el reconocimiento de la pensión de vejez por parte de la entidad, la reclamación administrativa adelantada y la negativa de la entidad para el reconocimiento del incremento pensional.

Indica la demandada que le reconoció a la parte demandante los derechos que por ley le corresponden. Con relación a la convivencia del señor **PABLO EVELIO GARCIA ORDOÑEZ** con la señora **CARMEN ROSA AYALA SANCHEZ** en calidad de compañeros permanentes, expresó no constarle.

Por último, se opuso a la prosperidad de las pretensiones por cuanto: **i)** los incrementos pensionales fueron derogados orgánicamente con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994), postura ratificada por la Corte Constitucional en sentencia de unificación 140 del 28 de marzo de 2019, y **ii)** El reconocimiento de la pensión de vejez se hizo conforme lo estipulado en el artículo 13 del decreto 758 de 1990, con referencia a la causación, disfrute, efectividad y forma de pago, y para que el asegurado procediera a disfrutar de la pensión se hace necesario la desafiliación del régimen, y que evidenciando que la última cotización se realizó el periodo de abril de 2010, fecha posterior al reconocimiento no hay lugar al reconocimiento del retroactivo. Así las cosas, propuso como excepciones de mérito las de: prescripción, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación.

### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El **JUZGADO SEPTIMO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE CALI** decidió el litigio en Sentencia No. 72 del 13 de abril de 2021, en la que resolvió:

*“(…) PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de prescripción propuesta por la parte pasiva respecto a la pretensión de retroactivo pensional reclamado por el señor PABLO EVELIO GARCIA ORDOÑEZ.*

*SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada COLPENSIONES de la pretensión de retroactivo pensional solicitada por el señor PABLO EVELIO GARCIA ORDOÑEZ.*

*TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda instaurada por el señor PABLO EVELIO GARCIA ORDOÑEZ en contra de COLPENSIONES, por las razones expuestas en la parte motiva.*

*CUARTO: CONDENAR en costas a la parte demandante al resultar vencida en juicio. Las agencias en derecho se tasan en la suma de \$549.903.*

**QUINTO: ORDENAR** surtir el grado jurisdiccional de consulta respecto de la presente decisión ante los Juzgados Laborales del Circuito de Cali. (...)"

El *Ad Quo* fundamentó su decisión en que, si bien el señor **PABLO EVELIO GARCIA ORDOÑEZ** tenía derecho al retroactivo pensional solicitado, ya que la solicitud del reconocimiento pensional fue realizada el día 25 de agosto de 2009, y solo hasta el 01 de marzo de 2010 fue reconocida por parte de la administradora de pensiones, por lo que se puede concluir que la continuación de las cotizaciones por parte del afiliado al sistema devino de la demora en el reconocimiento de la pensión, por lo que el afiliado mostró su intención de desafilarse del sistema una vez radicó la solicitud de pensión, por otra parte, y con referencia a los incrementos pensionales indicó el *Ad Quo*, que a pesar de que el demandante probó que fue pensionado por vejez, en aplicación del régimen de transición y del Decreto 758 de 1990, no era viable reconocer y ordenar pagar lo pretendido por cuanto los incrementos pensionales fueron derogados de manera orgánica con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, apoyó sus argumentos en la postura de la Corte Constitucional en sentencia de unificación 140 de 2019.

### **CONSIDERACIONES DEL JUZGADO**

Así las cosas, el **problema jurídico** que se plantea este Juzgador, se centra en: **i)** establecer si hay lugar al reconocimiento del retroactivo pensional desde el 30 de diciembre de 2009 hasta el 01 de marzo de 2010, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, y **ii)** determinar si hay lugar al reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por persona a cargo previsto en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 en personas pensionadas en aplicación del régimen de transición, teniendo en cuenta las consideraciones de la sentencia de unificación 140 de 2019.

La **tesis** que defenderá el Despacho es que: frente al primer interrogante, para poder entrar a disfrutar de la prestación de vejez se hace necesario el acto de voluntad del afiliado consistente en la desafiliación del sistema, no basta entonces con el cumplimiento de los presupuestos de ley, y al segundo interrogatorio es que, en aplicación del precedente de unificación de la Corte Constitucional en sentencia **SU 140 de 2019** los incrementos pensionales de quienes adquirieron el derecho pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993, fueron derogados de forma orgánica a partir de su entrada en vigencia (1 de abril de 1994).

Para fundamentar la decisión se procede abordar el problema jurídico de la siguiente manera: **1)** de la causación y disfrute de la pensión de vejez de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, **2)** del incremento pensional por persona a cargo establecido en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, en personas que causaron su derecho en vigencia de la Ley 100 de 1993 en aplicación del régimen de transición y, **3)** del caso concreto.

#### **1. De la causación y disfrute de la pensión de vejez de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990.**

El acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, dispone en su artículo 13 la diferenciación entre la causación y el disfrute de la pensión, al respecto indica: *"La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo."*

Por su parte, en concordancia con lo anterior, el artículo 35 del precitado Acuerdo 049 de 1990, refiere que para que puedan ser pagadas las pensiones del seguro social, debe existir el retiro del afiliado al régimen, tan solo así, se es posible **disfrutar de la pensión**.

De lo anterior, se colige que el afiliado una vez acredita los requisitos de ley, esto es, **SEMANAS Y EDAD**, podrá solicitar el reconocimiento de la prestación ante la administradora de pensiones, y para que pueda disfrutar de la prestación, debe existir el acto de voluntad del afiliado consistente en la desafiliación del sistema.

Ahora bien, con referencia a la desafiliación del sistema, en reiterada jurisprudencia del órgano de cierre, se ha indicado que no se puede interpretar la normatividad en su literalidad, y con ello no se puede solicitar para el reconocimiento de la prestación el **RETIRO FORMAL DEL SISTEMA**, lo anterior ya que existen casos en los cuales la voluntad del afiliado para desafiliarse y no continuar en el sistema se hace evidente.

Por ejemplo, en sentencia **SL 5603 de 2016**, la corporación ha indicado:

“(…) El anterior razonamiento a juicio de esta Sala, tiene cabida en el marco de lo previsto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, pues estas disposiciones admiten un entendimiento conforme al cual la voluntad del afiliado de no continuar afiliado al sistema, manifestada mediante actos externos, es un parámetro válido para establecer la fecha de inicio de disfrute de la pensión.

En efecto, si el objetivo de las mencionadas disposiciones es adquirir certeza del momento a partir del cual el afiliado no desea seguir en el sistema, dicha situación puede ser igualmente cognoscible mediante otros actos exteriores e inequívocos, como lo puede ser la suspensión definitiva de los aportes o la manifestación expuesta en tal sentido. (…)”

Esta postura también se ha estudiado en sentencias: **Rad. 35605 del 20 de octubre de 2009; SL 4611 de 2015, SL 9036 de 2017**, entre otras.

Así las cosas, si bien como regla general se encuentra la desafiliación del sistema como requisito necesario para el disfrute de la prestación, existen situaciones especiales que el juez debe valorar y que indican que la voluntad del afiliado es no continuar en el sistema, a pesar de no mediar el retiro formal del sistema.

Ahora bien, con referencia al término que tiene las entidades administradoras de pensiones para el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales, el parágrafo 1 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 dispone: *“(…) Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el petitionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte. (…)”*

Por lo anterior, se entiende tratándose del reconocimiento y pago de las pensiones de vejez e invalidez (por analogía), el término que tiene la entidad administradora de pensiones es de cuatro (4) meses, situación distinta al pago de la pensión de sobrevivientes que tiene un tiempo inferior dos (2) meses, artículo 1 de la Ley 717 de 2001, con lo que, la demora por parte de la entidad administradora de pensiones no puede traer como consecuencia la afectación al afiliado que oportunamente solicitó el reconocimiento de la prestación a que tiene derecho.

## **2. Del incremento pensional por persona a cargo establecido en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, en personas que causaron su derecho en vigencia de la Ley 100 de 1993 en aplicación del régimen de transición.**

Es oportuno precisar que el incremento pensional para las pensiones de invalidez por riesgo común y de vejez, por persona a cargo está establecido en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año. Normativa que dispone que las pensiones de invalidez y de vejez se incrementarán: “(...) b) *En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera permanente del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión (...)*”.

Ahora bien, frente al particular este Despacho tenía la postura de que los multicitados incrementos pensionales se encontraban vigentes, eran imprescriptibles y le eran aplicables a las pensiones de vejez reconocidas con base en el Decreto 758 de 1990, de conformidad con el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Dicha postura tenía respaldo, en las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: T-217 de 2013, T-831 de 2014, T-319 de 2015, T-369 del 2015, T-395 de 2016 y T-460 de 2016, entre otras.

No obstante, en reciente pronunciamiento del máximo tribunal constitucional, específicamente en sentencia de unificación **SU 140 del 28 de marzo de 2019**, la Corte unificó su jurisprudencia en relación a la vigencia de los incrementos pensionales establecidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, concluyendo que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994), **el derecho a los incrementos pensionales fueron derogados de forma orgánica con la expedición de la precitada ley 100**, además por cuanto a la luz del Acto Legislativo No. 01 de 2005 los mismos resultarían incompatibles con la Constitución Nacional.

Así, en dicha providencia la Corte Constitucional concluyó:

*“(...) 3.2.4 Lo anterior debe ser suficiente para que la Corte concluya que los incrementos previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fueron orgánicamente derogados a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993. Ciertamente, ante la regulación integral y exhaustiva en materia pensional que hizo la Ley 100, no cabe sino concluir sobre la derogatoria orgánica del régimen anterior (ver supra 3.1.2.- 3.1.4.) dentro del cual cohabitaban los referidos incrementos.*

(...)

## **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. (...)” SU 140-2019*

Al hilo de lo anterior, frente a la obligatoriedad de la aplicación del precedente constitucional en materia de tutela y fallos de unificación la Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse en múltiples ocasiones, entre ellas, en sentencia **SU 068 del 21 de junio de 2018**, donde sostuvo:

*“(...) 8.2. En Sentencia C-539 de 2011, la Sala Plena precisó que la obligación que tienen los jueces de acatar el precedente se sustenta en los principios de legalidad, de igualdad, de seguridad jurídica, de cosa juzgada, de buena fe, de confianza legítima, además de racionalidad y razonabilidad.*

(...)

En el caso del precedente constitucional, esta Corporación ha reconocido que los fallos expedidos en control abstracto y concreto tienen una fuerza vinculante especial, debido a que determinan el contenido y alcance de la normatividad superior, al punto que su desconocimiento significaría una violación de la constitución. (...)" SU 068 de 2018.

De acuerdo a lo expuesto, resulta relevante precisar la imposición de aplicar los fallos de las Altas Cortes, en especial, en casos como este, so pena de incurrir, eventualmente, en el delito de prevaricato por acción. Así ha sido reseñado por la Corte Constitucional, entre otras, en sentencia **C 335-2008**, donde adoctrino:

***"(...) 8.3. Casos en los cuales el desconocimiento de la jurisprudencia sentada por una Alta Corte conlleva, a su vez, una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general.***

*Existen casos en los cuales un servidor público incurre en el delito de prevaricato por acción, no por desconocer simplemente la jurisprudencia sentada por una Alta Corte, considerada ésta como una fuente autónoma del derecho, sino porque al apartarse de aquélla se comete, a su vez, una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general.*

(...)

Corolario de lo anterior es que cuando los servidores públicos se apartan de la jurisprudencia sentada por las Altas Cortes en casos en los cuales se presenta una simple subsunción, pueden estar incurso en un delito de prevaricato por acción, no por violar la jurisprudencia, sino la Constitución o la ley directamente. La anterior afirmación se ajusta a los dictados del artículo 230 Superior, según el cual los jueces en sus sentencias están sometidos "al imperio de la ley". (...)" C 335-2008

Así mismo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SP1176-2019, radicación 53765 del 03 de abril de 2019, M.P. Eugenio Fernández Carlier, ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre el particular:

"(...) No puede olvidarse que esta Corporación ha indicado que el delito de prevaricato por acción también se configura cuando las decisiones judiciales se oponen abiertamente a los fallos de las Altas Cortes, pues:

*Por constituir fuente formal del derecho, ya que crean reglas jurídicas sobre la forma cómo debe interpretarse el ordenamiento, están dotadas de fuerza vinculante, esto es, del deber de ser obedecidas por los funcionarios judiciales sin que se desconozcan los principios de autonomía e independencia, pues por tratarse de un sistema flexible del precedente pervive la posibilidad de apartarse de él pero no de manera arbitraria y sin esfuerzo dialéctico alguno sino a través de una argumentación clara y lógica, explicando las razones de su distanciamiento<sup>1</sup>.*

*En suma, es posible la comisión del delito de prevaricato por acción, no solo por adoptar decisiones manifiestamente contrarias a la ley, sino, además, por ignorar los precedentes de las altas Cortes, y órganos de cierre de la jurisdicción.<sup>2,3</sup> (...)"*

Consecuentemente, siendo la sentencia **SU 140 de 2019** un precedente vinculante, este Juzgador **cambia** su postura respecto de la procedencia del reconocimiento y pago de los incrementos pensionales del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 para los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, para en su lugar tenerlos como derogados orgánicamente por dicha preceptiva legal.

### 3. Del caso concreto

---

<sup>1</sup> CSJ SP. Rad. No. 39456 de 10-IV-013.

<sup>2</sup> CSJ SP. Rad. No. 46020 de 5-X-016.

<sup>3</sup> CSJ SP20073-2017

Descendiendo al caso en concreto se logra establecer que, si bien el señor **PABLO EVELIO GARCIA ORDOÑEZ** tenía derecho al reconocimiento del retroactivo pensional solicitado, toda vez que, la voluntad de no seguir vinculado al sistema de pensiones se tradujo en la solicitud del reconocimiento de su pensión de vejez realizada al otrora Instituto de Seguros sociales, hoy COLPENSIONES, de fecha **25 de agosto de 2009**; y la demora en el reconocimiento de esta prestación fue por causa atribuible a la administradora de pensiones, ya que la entidad tenía solo hasta el **25 de diciembre de 2019** para proceder con el reconocimiento de la prestación de conformidad con lo dispuesto por el **artículo 9** de la **Ley 797 de 2003**, y lo hizo el 20 de abril de 2010, es procedente declarar la prescripción de este derecho a la luz de los artículos 151 del C.P.T y de la S.S. y 488 del Código Sustantivo del Trabajo, puesto que la reclamación se hizo el día **18 de noviembre de 2016**, pasando más de seis (6) seis años desde su exigibilidad.

Por otra parte, frente, a los incrementos pensionales solicitados, pese a que, al señor **PABLO EVELIO GARCIA ORDOÑEZ** su pensión de vejez le fue reconocida con base en el Decreto 758 de 1990, en aplicación del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal como lo concluyó el Juez de única instancia, los incrementos solicitados dentro del presente proceso fueron derogados de forma orgánica a partir del 1 de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia la Ley 100 de 1993.

En virtud de las consideraciones anteriores, se **CONFIRMARÁ** la sentencia consultada.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia consultada No. 72 del 13 de abril de 2021 proferida por el Juzgado Séptimo Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Cali, dentro del proceso laboral de única instancia promovido por **PABLO EVELIO GARCIA ORDOÑEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**TERCERO: DEVOLVER** el expediente al Juzgado de origen.

**CUARTO: NOTIFÍQUESE** mediante link, a través de la inclusión del presente proveído en el micrositio de la página web de la Rama Judicial.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**



---

**JAIR ORLANDO CONTRERAS MENDEZ**

**El Juez**