El siguiente es el documento presentado por el Magistrado ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del proceso de la referencia. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría.

*ORALIDAD*

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 6 de octubre de 2016.

**Radicación No**:66001-31-05-002-2014-00316-01

**Proceso**: Ordinario Laboral.

**Demandante**: Marina Fajardo Mejía

**Demandado:** Colpensiones

**Juzgado de origen**: Segundo Laboral del Circuito de Pereira.

**Magistrado Ponente:** Francisco Javier Tamayo Tabares.

**Tema a tratar: Incrementos pensionales. Vigencia.** Son múltiples los pronunciamientos del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral, tanto en sede ordinaria como de tutela, en el sentido de que el incremento pensional por personas a cargo contenido en la norma mencionada aún conserva vigencia con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, por aplicación del régimen de transición, sin que, su contenido con arreglo al artículo 31 de la Ley 100 riña en forma directa o indirecta con los postulados de ésta, pues en contraste, su aplicación encuentra respaldo en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política. **Retroactivo pensional:** El artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, establece que para el disfrute pensional es necesaria la desafiliación del sistema de pensiones. Por su parte, el artículo 35 de esa misma obra normativa preceptúa que las pensiones se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado al servicio, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión. Dichas disposiciones resultan aun aplicables por remisión que hace el inciso segundo del artículo 31 de la Ley 100 de 1993. En ese sentido, las citadas normas exigen, por un lado, la desafiliación cuando se trata de un trabajador particular, y por otro, el retiro del servicio o la terminación de la relación laboral cuando se trata de un servidor público, pues de conformidad con el artículo 19 de la Ley 344 de 1996, norma aplicable a los servidores públicos, el disfrute de la pensión de vejez y la permanencia en el servicio resultan ser incompatibles.

AUDIENCIA PÚBLICA:

En Pereira, a los seis (06) días del mes de octubre de dos mil dieciséis (2016), siendo las ocho y quince de la mañana (8:15 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia la magistrada y los magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara formalmente abierto el acto, que tiene por objeto resolver el grado jurisdiccional de consulta frente a la sentencia proferida el 13 de mayo de 2015 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por *Marina Fajardo Mejía*contra la*Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones*.

1. *INTRODUCCIÓN*

Antes de que procedan los asistentes a descorrer el traslado en esta instancia, conforme a las voces del artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se tiene a modo de introducción, que la demandante persigue que se le reconozca el derecho al retroactivo pensional y al reconocimiento y pago de los incrementos pensionales por tener a su compañero a cargo y, en consecuencia, se condene a la entidad demandada a pagar las mesadas causadas desde el 1º de agosto de 2012 y hasta el 30 de abril de 2013, los incrementos del 14% desde la fecha en que adquirió el estatus de pensionada y mientras subsistan las condiciones que le dieron origen, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas del proceso..

Como hechos jurídicamente relevantes se tiene que a la demandante le fue reconocida la pensión de vejez por parte del ISS mediante Resolución No. 00069 del 5 de enero de 2009, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 y el régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100/93; que el pago de la prestación fue dejado en suspenso hasta tanto se acreditara el retiro definitivo del servicio público; que el 3 de agosto de 2012 presentó ante la entidad, la renuncia que le fue aceptada por la Gobernación del Quindío mediante Resolución No. 822 del 31 de julio de 2012, con el fin de que aquella procediera a la inclusión en nómina de pensionados; que ante el silencio de la entidad, debió presentar un derecho de petición, suministrando los documentos que acreditaban la renuncia al cargo que venía desempeñando, y que mediante Resolución GNR 85055 de 2013, Colpensiones reconoció la prestación pensional a partir del 1º de mayo de 2013, sin lugar a retroactivo alguno; que el 13 de junio de 2013 interpuso recurso de apelación contra dicha decisión, sin que a la fecha de presentación de esta acción judicial hubiere sido resuelto.

De otra parte, indicó que convive con el señor Julio César Espinoza de forma continua desde el año 1982; que producto de esa unión marital nació su hija Luz Adriana, quien actualmente tiene 30 años de edad; que la actora es la encargada del sostenimiento de su compañero, pues este padece serios problemas de salud “síndrome de bertoloti” y “vertebra transicional” que le impiden laborar; que el señor Espinoza no recibe pensión ni rentas, y que Colpensiones mediante comunicado del 13 de junio de 2013 le negó el incremento por persona a cargo, aduciendo que la pensión fue reconocida con posterioridad al 1 de abril de 1994.

Admitida la demanda se dio traslado a la entidad demandada, quien allegó respuesta por intermedio de apoderado judicial, en la se opuso a las pretensiones incoadas por la actora, presentado como medios exceptivos los de “Estricto cumplimiento de los mandatos legales”, “No dependencia económica de la persona por la que se solicita el incremento pensional”, “Inexistencia del incremento pensional”, “Inexistencia de la obligación” y “Prescripción”.

1. *SENTENCIA DEL JUZGADO*

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira puso fin a la primera instancia, declarando que a la demandante le asiste el derecho al retroactivo pensional solicitado, pues el 3 de agosto de 2012 acreditó el retiro de servicio ante la entidad; en consecuencia, condenó al pago de $5`758.200 por mesadas causadas desde el 1º de agosto de 2012 y el 30 de abril de 2013, junto con los intereses moratorios a partir del 3 de octubre de esa anualidad y hasta la satisfacción total de la obligación, al considerar que Colpensiones excedió el término legal de dos meses para la inclusión en nómina de pensionados.

Encontró igualmente que a la demandante le asiste el derecho al incremento pensional y, en consecuencia impuso a Colpensiones su pago desde el mes de agosto de 2012, con el correspondiente retroactivo por valor de $2’782.766 hasta que subsistan las causas que le dieron origen. Para así decidir, dio por acreditada la convivencia y dependencia económica del señor Julio Cesar Espinoza respecto de la demandante, concluyendo que al haberse reconocido la prestación con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, era viable que también se le dieran los incrementos pensionales, puesto que tal institución no riñe con los postulados de la Ley 100 de 1993. Tal afirmación, la apoyó en pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en los cuales se ha determinado la vigencia y aplicabilidad de la figura, sin que sean atendibles las razones que expone Colpensiones en sus circulares sobre la inviabilidad de la misma.

Respecto del citado proveído se dispuso el grado jurisdiccional de consulta ante esta Sala y surtido como se encuentra el trámite procesal de la instancia, se procede a desatarlo.

*Del problema jurídico.*

Plantea la Sala como problema jurídico el siguiente:

*¿A partir de qué fecha tiene la demandante derecho a la pensión de vejez peticionada?*

*¿Tiene la actora derecho al reconocimiento y pago del incremento pensional por personas a cargo que reclama?*

*Alegatos en esta instancia*:

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, de respuesta a los problemas jurídicos planteados, se corre traslado por el término de 8 minutos, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia, para que presenten sus alegatos de conclusión. Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis reflejan los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir de fondo, previa las siguientes:

III. CONSIDERACIONES:

*2. Desenvolvimiento de la problemática planteada*

El artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, establece que para el disfrute pensional es necesaria la desafiliación del sistema de pensiones. Por su parte, el artículo 35 de esa misma obra normativa preceptúa que las pensiones se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado al servicio, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión. Dichas disposiciones resultan aun aplicables por remisión que hace el inciso segundo del artículo 31 de la Ley 100 de 1993.

En ese sentido, las citadas normas exigen, por un lado, la desafiliación cuando se trata de un trabajador particular, y por otro, el retiro del servicio o la terminación de la relación laboral cuando se trata de un servidor público, pues de conformidad con el artículo 19 de la Ley 344 de 1996, norma aplicable a los servidores públicos, el disfrute de la pensión de vejez y la permanencia en el servicio resultan ser incompatibles.

En el sub-lite, son hechos incontrovertidos la condición de servidora pública de la actora; que cumplió los 55 años de edad el 24 de mayo de 2008; que a través de la Resolución No. 00069 de 2009, el ISS le reconoció la pensión de vejez en aplicación del Acuerdo 049 de 1990 por ser beneficiaria del régimen de transición, y que el pago de dicha prestación quedó en suspenso, hasta tanto la afiliada acreditara el retiro del servicio. Así mismo, que comenzó a devengar mesadas desde el 1º de mayo de 2013,

tal cual consta en la Resolución GNR 085055 de 2013 –fl.22-

Corresponde a la Sala determinar en primer lugar si a la demandante, como trabajadora oficial que fue, le asiste derecho a disfrutar de su pensión de vejez desde el 1º de agosto de 2012.

Conforme a las pruebas arrimadas al plenario, se tiene que mediante Decreto No. 822 del 31 de julio de 2012, la Gobernación del Quindío aceptó a partir del 1 de agosto de 2012, inclusive, la renuncia irrevocable presentada por la demandante al cargo de auxiliar de servicios generales Código 470 grado I que venía desempeñando, y que mediante escrito del 3 agosto de 2012, la demandante radicó ante el ISS dicho documento para efectos del reconocimiento de su derecho pensional –ver fl.18 y ss.-

En ese orden, se tiene que la demandante probó haber solicitado a la entidad de seguridad social su retiro del servicio, por manera que, acertada resulta la decisión de la a-quo, de reconocer el goce efectivo del derecho a la pensión a partir del 1º de agosto de 2012.

Revisado el valor del retroactivo pensional causado entre el 1º de agosto de 2012 al 30 de abril de 2013, encuentra la Sala acertada la tasación por parte de la a-quo, en cuantía de $ 5`758.200, por lo que forzoso resulta la confirmación de este fragmento de la decisión.

En lo tocante con la condena al pago de los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100/93, habrá que decir que en este caso puntual, los mismos se generan a partir del 3 de octubre de 2012, pues la solicitud pensional fue presentada ese mismo día y año del mes de agosto, por lo que al haberse reconocido la prestación y dejado en suspenso hasta que la demandante acreditara el retiro del servicio, el término legal con el que contaba la entidad para efectuar el pago de la misma era de dos meses, al tenor de lo preceptuado en el artículo 4º de la Ley 700 de 2001. En ese sentido, acertada resulta entonces la decisión de la a-quo, razón por la que se confirmará este punto de la sentencia conocida en consulta.

En cuanto al tema de los incrementos pensionales, habrá que decir que éstos tienen sustento en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, y que se dan por tener al cónyuge, compañero o compañera a cargo o a los hijos menores. En la Ley 100 de 1993, actual norma que regula el tema de la seguridad social, nada se dice al respecto. Sin embargo, el silencio legal referido, no traduce indefectiblemente en que los incrementos pensionales hayan desaparecido o perdido vigencia.

En efecto, son múltiples los pronunciamientos del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral, tanto en sede ordinaria como de tutela, en el sentido de que el incremento pensional por personas a cargo contenido en la norma mencionada aún conserva vigencia con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, por aplicación del régimen de transición, sin que, su contenido con arreglo al artículo 31 de la Ley 100 riña en forma directa o indirecta con los postulados de ésta, pues en contraste, su aplicación encuentra respaldo en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política.

Lo anterior implica, necesariamente, que no al no haber sido reguladas las adendas reclamadas por la Ley 100 de 1993, su permanencia en el ordenamiento de la seguridad social se impone no sólo para los pensionados que accedieron por derecho propio a la pensión de vejez, con base en el Acuerdo 049 de 1990, sino también a quienes accedieron al mismo derecho, con amparo en esa normatividad, por régimen de transición.

Así lo apuntan las providencias del máximo órgano de cierre de la especialidad laboral, proferidas el 9 de octubre de 2013 y 23 de abril de 2014, en sede de tutela, en las que recalca que tal beneficio se mantiene en vigor, para el afiliado que disfrute de su pensión de vejez o de invalidez, en apoyo al multicitado Acuerdo, sea que se le aplique por derecho propio o por transición.

En el caso puntual, conforme se anotó en precedencia, la pensión de vejez reconocida a la demandante se fundamenta en el Acuerdo 049 de 1990, norma que le resultó aplicable por transición.

De otra parte, las declarantes Martha Elena Castaño Barreto y María Teresa Vanegas Ocampo, manifestaron conocer de vista, trato y comunicación desde hace 18 y 20 años, respectivamente, a la pareja conformada por Marina Fajardo Mejía y Julio Cesar Espinoza, en razón a que fueron compañeras de trabajo de la actora en el Instituto Departamental de Educación en Montenegro. Indicaron al unísono, de manera clara, coherente y precisa, que la pareja convive hace muchísimos años, que tienen una hija en común de nombre Luz Adriana que tiene alrededor de 30 años de edad; que si bien el señor Julio Cesar ha laborado en forma esporádica vendiendo hierros para zapatería, siempre ha sido un hombre muy enfermo, pues padece problemas de columna y en razón de ello, fue operado, además de que tiene una enfermedad en la piel que no le permite exponerse al sol ni al polvo; que ha sido la demandante quien ha llevado la obligación del hogar y ha velado por el sostenimiento de su compañero permanente, pues éste no recibe pensión ni rentas.

En ese sentido, encuentra la Sala que era perfectamente viable acceder a los incrementos pensionales, pues se satisfacen las exigencias establecidas en el artículo 21 del Acuerdo 049/90, que le permiten a la actora acceder al incremento del 14 % sobre el valor de la pensión mínima legal en cada anualidad, tal como lo concluyó la funcionaria de primer grado.

Efectuado el cálculo de los incrementos pensionales desde el 1º de agosto de 2012 –fecha del disfrute de la pensión- y el 30 de septiembre de 2016, es decir, incluyendo el valor del incremento causado hasta la emisión de esta sentencia, se obtiene un monto de $4`373.150, tal cual se ilustra en el cuadro que se pone a consideración de las partes y que hará parte integrante del acta que se suscriba con ocasión de esta diligencia.

La excepción de prescripción formulada por la entidad demandada, no está llamada a prosperar, en la medida en que en los términos del artículo 151 del CPT SS no trascurrieron más de tres años desde que la respectiva obligación se hizo exigible y la-presentación de esta acción judicial, la cual fue instaurada el 7 de mayo de 2014, fl.45.

Así las cosas, deberá modificarse el fallo de primera instancia, en tocante al retroactivo que corresponde al demandante, confirmándose en lo demás.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

*FALLA*

1. *Modificar* el ordinal 3º de la sentencia proferida el 13 de mayo de 2015 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de que el valor que Colpensiones debe reconocer a la señora Marina Fajardo Mejía por concepto de retroactivo de los incrementos pensionales causado entre el 1º de agosto de 2012 y 30 de septiembre de 2016, es decir, actualizado a la emisión de esta sentencia, corresponde a la suma de $4`373.150.
2. *Confirma en todo lo demás.*

1. Sin costas en esta instancia.

*NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.*

La anterior decisión queda notificada en estrados.

FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

Magistrado Ponente

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Magistrada Magistrada

Alonso Gaviria Ocampo

Secretario

ANEXO I

RETROACTIVO PENSIONAL

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **AÑO** | **VALOR DE LA MESADA** | **No. MESADAS** | **TOTAL** |
| 2012 | $566.700 | 6 | $3.400.200 |
| 2013 | $589.500 | 4 | $2.358.000 |
| **TOTAL** | | | **$5.758.200** |

RETROACTIVO INCREMENTO PENSIONAL

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **AÑO** | **VALOR DE LA MESADA** | **14%** | **No. MESADAS** | **TOTAL** |
| 2012 | $566.700 | $79.338 | 5 | $396.690 |
| 2013 | $589.500 | $82.530 | 12 | $990.360 |
| 2014 | $616.000 | $86.240 | 12 | $1.034.880 |
| 2015 | $644.350 | $90.209 | 12 | $1.082.508 |
| 2016 | $689.454 | $96.524 | 9 | $868.712 |
| **TOTAL** | | | | **$4.373.150** |