

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ÚNICA INSTANCIA PROMOVIDO POR JULIO ENRIQUE CHISABA CONTRA COLPENSIONES. Radicación No. 25899-31-05-002-**2021-00090**-01.

Bogotá D. C. nueve (9) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

Se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020 expedido por el Gobierno Nacional. Se decide el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia de fecha 30 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá, Cundinamarca.

Previa deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

- 1.** El demandante instauró demanda ordinaria laboral contra Colpensiones, con el objeto de que se condene al reconocimiento y pago del incremento pensional del 14%, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990 del ISS, por tener a cargo a su esposa Ana Jacqueline Bastidas de Chisaba; se ordene el pago del retroactivo correspondiente desde el 30 de octubre de 2013, y hasta cuando subsistan las causas que le dan origen, su indexación, lo que resulte probado *ultra y extra petita* y las costas procesales.

- 2.** Como sustento de sus pretensiones, manifiesta el demandante que *“le fue otorgada pensión por vejez la cual se encontraba suspendida, mediante resolución SUB 212202 de fecha 06 de octubre de 2020”*; que para el reconocimiento pensional se aplicó el Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante Decreto 758 de 1990; y que tiene a cargo a su esposa Ana Jacqueline Bastidas de Chisaba, con quien contrajo matrimonio el 6 de diciembre de 1980; de otra parte, indica que el 10 de febrero de 2021 solicitó a Colpensiones el reconocimiento del incremento de su pensión por persona a cargo; no obstante, la entidad con comunicación emitida al siguiente día (11 de febrero de 2021) negó dicha solicitud (PDF 01).
- 3.** La demanda se presentó el 29 de marzo de 2021 (PDF 02); correspondiéndole su conocimiento al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá (PDF 03); despacho judicial que, con auto del 14 de mayo de 2021, la admitió y ordenó notificar a la demandada, e igualmente, dispuso la vinculación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (PDF 04).
- 4.** Las diligencias de notificación se surtieron por intermedio del juzgado, mediante correo electrónico, así: a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado el 19 de mayo de 2021 (PDF 05), y a Colpensiones, el 4 de junio de 2021 (PDF 06).
- 5.** El Juzgado de conocimiento mediante auto del 13 de agosto de 2021, señaló como fecha para llevar a cabo la audiencia de que trata el artículo 72 del CPTSS, el 30 de septiembre del mismo año (PDF 07).
- 6.** En la referida audiencia la entidad demandada, por intermedio de apoderada judicial, contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones; frente a los hechos aceptó los relacionados con el reconocimiento pensional bajo los preceptos del Acuerdo 049 de 1990, la reclamación del actor para el pago de los incrementos pensionales por persona a cargo y la negativa de la entidad; de otro lado, manifestó que los mencionados incrementos se encuentran extintos y por fuera de la normativa vigente. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia del derecho y la obligación a cargo de Colpensiones;

carencia de causa para demandar; cobro de lo no debido; no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno; no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria; pago; buena fe de Colpensiones; presunción de legalidad de los actos administrativos; prescripción; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la genérica (PDF 11).

- 7.** Seguidamente, el juez tuvo por contestada la demanda y, luego de surtir las demás etapas de la audiencia programada, profirió sentencia en la que declaró probadas las excepciones de mérito denominadas inexistencia del derecho y de la obligación a cargo de Colpensiones, carencia de causa para demandar y cobro de lo no debido; absolvió a Colpensiones de las pretensiones incoadas en la demanda; y condenó en costas al actor, tasándose las agencias en derecho en la suma de \$454.263 (PDF 21).
- 8.** Recibido el expediente digital, se admitió el grado jurisdiccional de consulta, mediante auto del 11 de octubre de 2021; luego, con auto del 19 del mismo mes y año, se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, dentro del cual el demandante guardó silencio.
- 9.** La apoderada de Colpensiones en sus alegatos, insiste en el deber de aplicar la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de manera preferente, y en ese orden, solicita *“se de estricta aplicación a lo establecido en la Sentencia de Unificación SU 140 de 2019 proferida por la Corte Constitucional, mediante la cual se determinó que con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1 de Abril de 1994; fecha ésta última en la cual la ley 100 de 1993 entró a regir”*, para así, negar las pretensiones del demandante; además, agrega que al conceder las peticiones del actor, se quebrantaría el principio de solidaridad *“del que habla el acto legislativo N° 001 de 2005”*, el que igualmente está incorporado en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia.

CONSIDERACIONES

De conformidad con el artículo 69 del CPTSS, se revisa en grado obligatorio de consulta la sentencia dictada por el juez de única instancia, en tanto fue totalmente adversa a las pretensiones del afiliado demandante, y en atención a lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-424 de 2015.

Así las cosas, se tiene que el problema jurídico por resolver es, determinar si al demandante le asiste derecho a recibir el incremento pensional del 14% sobre su pensión de vejez, por tener a cargo a su cónyuge Ana Jacqueline Bastidas de Chisaba, en atención a que dicha prestación le fue reconocida en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, aprobado con el Decreto 758 de 1990.

No es materia de discusión que al actor le fue reconocida la pensión de vejez por parte Colpensiones, mediante Resolución SUB 234086 del 28 de agosto de 2019, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, por ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (pág. 190-198 PDF 12); que tal prestación se dejó en suspenso mediante Resolución SUB 320520 del 23 de noviembre de 2019 (pág. 183-188 PDF 12), y luego de acreditarse el retiro definitivo del servicio, mediante Resolución SUB 212202 del 6 de octubre de 2020 se ordenó su inclusión en nómina de pensionados, efectiva a partir del 1º de octubre de 2020, y en cuantía de \$1.106.437 (pág. 9-15 PDF 01); de igual forma, no se discute que el demandante elevó reclamación administrativa ante Colpensiones, recibida el 10 de febrero de 2021, en la que solicitó el pago de su incremento pensional por cónyuge a cargo, y que esa petición fue atendida de manera desfavorable por la entidad de seguridad social (págs. 16-18 PDF 01); finalmente, tampoco es objeto de controversia que el actor contrajo matrimonio con la señora Ana Jacqueline Bastidas Rodríguez, el 6 de diciembre de 1980, y así se desprende del registro civil de matrimonio allegado con la demanda (pág. 19 PDF 01)

El a quo al proferir su decisión, luego de hacer un recuento legal y jurisprudencial sobre la vigencia de los incrementos pensionales, determinó que al no ser parte *“del articulado de la Ley 100, sino de los reglamentos del ISS, régimen anterior, no tener relación directa con la edad, el tiempo, semanas de cotización o el monto pensional, ni hacer parte de la pensión de vejez o invalidez, por ningún motivo se habilita que los jueces continúen bajo el exótico criterio de su vigencia para los pensionados con base en el régimen de transición, sino únicamente para quienes adquirieron el derecho pensional de manera directa o por derecho propio según los reglamentos del ISS, según, si acaso, tal como incluso lo reafirmó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL2061 del año 2021, cuando aseveró que el artículo 21 del acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 referenciado, fue objeto de derogatoria orgánica, por virtud del nuevo modelo de seguridad social, e incluso es incompatible con el artículo 48 constitucional reformado por el acto legislativo número 1 del año 2005, acorde con la sentencia SU 140 del año 2019”, y frente al caso concreto, concluyó que como el demandante “causó su derecho pensional con fundamento en el reglamento del ISS, aprobado por el Decreto 758 de 1990, por virtud del régimen de transición como quedó declarado, probado e incluido en el debate probatorio en la etapa de fijación de litigio, no tiene derecho al incremento pensional por persona a cargo reclamado, lo anterior se extrae del contenido de la Resolución SUB212202 del 9 de octubre del año 2020, en donde se corrobora la aplicación de este régimen pensional y se consolida el derecho con posterioridad al primero de abril de 1994”.*

El artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 señala que las pensiones de invalidez y vejez se incrementarán *“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”*. *“Los incrementos mensuales de las pensiones de invalidez y de vejez por estos conceptos, no podrán exceder del cuarenta y dos por ciento (42%) de la pensión mínima legal”*.

Por su parte, el artículo 22 *ibídem* preceptúa que tales incrementos *“no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales y el derecho a ellos subsiste mientras perduren las causas que les dieron origen. El Director General del ISS establecerá los mecanismos necesarios para su control”*.

Respecto a la vigencia de los citados incrementos con posterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia fue reiterativa en sostener que, pese a que dicha normativa no hizo mención expresa de los incrementos por personas a cargo que venían siendo reconocidos en el régimen de prima

media de conformidad con lo dispuesto en los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de esa anualidad, ello no implicaba que los hubiera derogado, máxime cuando el artículo 289 de la Ley 100, no lo hizo expresamente, y tampoco de manera tácita (sentencia CSJ, SL radicación 29751, del 5 de diciembre de 2007), y en ese orden, mantenían su vigencia; además de no ir en contravía de la nueva legislación, y su aplicación operaba ya por derecho propio, ora por transición del aludido acuerdo (Sentencia CSJ – SL, radicación 36345 del 10 de agosto de 2010).

El anterior era el criterio que acogía esta Sala, máxime cuando, adicionalmente, la Sección Segunda, Subsección "A", de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del 16 de noviembre de 2017, denegó la nulidad de los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por medio del Decreto 758 de 1990, negó su desaparición del ordenamiento jurídico con la expedición de la Ley 100 de 1993, y aclaró que a quienes les sea reconocida la pensión de vejez o de invalidez con fundamento en la Ley 100 de 1993, es decir, los beneficiarios de la misma, no tienen derecho a los incrementos de que trata el Acuerdo 049 de 1990; y de otro lado, porque el Acto Legislativo 01 de 2005 nada dijo acerca de la pérdida de vigencia de los referidos incrementos pensionales ni la improcedencia de los mismos, y por el contrario, en el inciso 2º del párrafo transitorio 4º señaló que "*Los requisitos y **beneficios** pensionales para las personas cobijadas por este régimen (el de transición) establecido en la Ley 100 de 1993, serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen*" - negrilla fuera de texto-.

De otra parte, la Corte Constitucional en sentencia SU-140 de 2019 dispuso que los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (derogatoria orgánica), y que sólo conservan efectos ultractivos para aquellos casos en que los referidos derechos nacieron, y por ende tienen la vocación de subsistir mientras su fuente jurídica estuvo vigente dentro del ordenamiento, es decir, para quienes adquirieron su derecho de pensión antes de la vigencia de

la citada ley, y concluyó 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”, por lo que en ese sentido, “el derecho de incremento pensional del 14% por cónyuge o compañera o compañero a cargo no prescribe para quienes completaron los requisitos de pensión antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 - lo cual, se reitera, sucedió el 1º de abril de 1994-”. Sin embargo, este Tribunal se apartó de lo dispuesto por la Corte Constitucional y acogió los criterios del máximo organismo de la jurisdicción ordinaria laboral, por ser el órgano de cierre de esta jurisdicción, y en ese sentido mantenía la postura según la cual los incrementos pensionales subsistían para aquellos a los que se concedía la pensión en virtud del Acuerdo 049 de 1990, pero prescribían si no se reclamaban dentro de los tres años siguientes al otorgamiento del derecho pensional.

No obstante lo anterior, en atención al nuevo criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia SL 2061-2021, radicación 84054, del 19 de mayo de 2021, en la que dicha Corporación acogió lo dispuesto por la Corte Constitucional en la referida sentencia SU 140 de 2019 respecto a la derogatoria orgánica de los incrementos pensionales por personas a cargo de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año, en virtud de la expedición de la Ley 100 de 1993, y por resultar incompatible con el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, esta Sala igualmente replantea su tesis anterior, y en consecuencia acoge el pronunciamiento del órgano de cierre de la jurisdicción laboral.

En consecuencia, como en este caso el demandante adquirió el estatus de pensionado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, pues en la Resolución SUB 234086 del 28 de agosto de 2019 se observa que cumplió los requisitos para acceder a dicha prestación, el 30 de octubre de 2013, resulta indiscutible que los incrementos pensionales reclamados en la demanda, son improcedentes, pues se reitera, los

mismos mantienen sus efectos, únicamente para quienes adquirieron su derecho a la pensión antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, circunstancia que no se da en el presente caso.

En este orden de ideas, no queda a la Sala otro camino que confirmar la sentencia de primera instancia en todas sus partes.

Sin costas en esta instancia por cuanto el proceso se conoció en grado jurisdiccional de consulta.

Por lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 30 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá, Cundinamarca, dentro del proceso ordinario laboral de JULIO ENRIQUE CHISABA contra COLPENSIONES, de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: DEVOLVER el expediente digital al juzgado de origen.

LAS PARTES SE NOTIFICAN EN EDICTO Y CÚMPLASE,



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP

Magistrado



JOSÉ ALEJANDRO TORRES GARCÍA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada

SONIA ESPERANZA BARAJAS SIERRA
Secretaria