



Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta

E D I C T O

LA SECRETARÍA DE LA SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUCUTA,

H A C E S A B E R:

Que el seis (06) de junio dos mil veintitrés (2023), se ha proferido providencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN: 54-498-31-05-001-2019-00023-01 P.T. No. 19.979

NATURALEZA: ORDINARIO

DEMANDANTE PEDRO ELÍAS MARTÍNEZ CLARO.

DEMANDADO: COLPENSIONES.

FECHA PROVIDENCIA: SEIS (06) DE JUNIO DE 2023.

DECISION: “**PRIMERO: CONFIRMAR** en su totalidad la sentencia proferida por el Juez Único Laboral del Circuito de Ocaña el día 24 de septiembre de 2019. **SEGUNDO: Sin costas** en esta instancia. **TERCERO:** Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.”

El presente EDICTO se fija de forma electrónica y en lugar visible de la secretaría por el término de tres (3) días hoy trece (13) de junio de dos mil veintitrés (2023).

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO

El presente edicto se desfija hoy quince (15) de junio de 2023, a las 6:00 p.m.

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta
SALA LABORAL

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RAD. JUZGADO: 54-498-31-05-001-2019-00023-01
PARTIDA TRIBUNAL: 19.979
JUZGADO: UNICO LABORAL DEL CIRCUITO DE OCAÑA
DEMANDANTE: PEDRO ELÍAS MARTÍNEZ CLARO
ACCIONADO: COLPENSIONES
ASUNTO: CONSULTA
TEMA: INCREMENTOS PENSIONALES

San José de Cúcuta, **seis (06)** de junio dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida el 24 de septiembre de 2019 por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña, dentro del proceso ordinario laboral seguido bajo el radicado No. 54-498-31-05-001-2019-00023-01 y P.T. No. 19.979 el señor PEDRO ELÍAS MARTINEZ CLARO contra la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES.

Abierto el acto por el Magistrado Ponente, entra la Sala a deliberar y una vez conocido y aprobado el proyecto, se profirió la presente sentencia, previos los siguientes

I. ANTECEDENTES

El demandante por intermedio de apoderado judicial pretende que la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES, sea condenada al reconocimiento y pago del 14% del incremento pensional por persona a cargo establecido en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, de los intereses moratorios, al pago de la indexación de las sumas adeudadas y de las costas procesales.

II. HECHOS

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados visto en el PDF 01, del libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera: que COLPENSIONES le reconoció la pensión de vejez mediante la resolución 004756 del 16 de diciembre de 2003; que nació el 29 de junio de 1939, que el 23 de mayo de 2018 solicitó ante la

administradora, el reconocimiento del incremento pensional del 14% sobre su pensión mínima por tener a cargo a su compañera permanente Miriam Sofia López, petición que negó COLPENSIONES mediante oficio de radicado BC2018-6200735-1594685 del 29 de mayo de 2018. Afirma que convive con su compañera desde hace mas de 50 años, relación de la cual procrearon 5 hijos y que en la actualidad la señora Miriam Sofia López depende económicamente de él porque no labora y se encuentra vinculada como beneficiaria en el SGSS en salud en la EPS COOMEVA.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA

La Administradora Colombiana de Pensiones “COLPENSIONES” a través de apoderado judicial contestó la demanda, aceptando algunos hechos y oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones manifestando que la demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de los incrementos pensionales por personas a cargo ya que los mismos no se encuentran consagrados en la Ley 1001 de 1993.

Como excepciones de mérito propuso las que denominó INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER EL INCREMENTO PENSIONAL POR PERSONA A CARGO y PRESCRIPCIÓN.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña, en sentencia de fecha 24 de septiembre de 2020 DESESTIMÓ las pretensiones incoadas por el demandante y lo condenó en costas procesales fijando como agencias en derecho la suma de \$180.000.

Para resolver lo anterior, argumentó que, el derecho pretendido estaba regulado en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, y de conformidad con lo señalado en las sentencias SL33645/2010 y SL29531/2007, para aquellos pensionados en los que se les aplicó el régimen de transición, los incrementos pensionales debían concederse en aplicación a los principios de favorabilidad e inescindibilidad de la norma.

Expuso que, a pesar de que los mencionados incrementos siguen vigentes, en este asunto el actor no los reclamó en término, y tampoco demostró en el proceso, la dependencia económica de la compañera permanente.

Sostuvo que en gracia de discusión, en caso de concluirse que se tiene derecho al incremento pensional, la demandada COLPENSIONES propuso la excepción de prescripción y si bien en ese juzgado con anterioridad en el proceso de radicado No. 20017/00144 venía concediendo los incrementos pensionales aplicando SU310/2017, con el argumento de que la prescripción solo operaba respecto de las mesadas pensionales más no del derecho en sí, conforme art. 488 del CST aplicando el principio de *indubio pro operario* y, *favorabilidad*, tal sentencia fue declarada nula en auto de la misma Corte Constitucional A320/2018.

Razón por la que, consideró que debido al cambio de posición, retomó la tesis antes de dicha audiencia esto es, la que maneja el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria señalada por la CSJ en sentencias SL1585/2015 y SL9638/2014 que indica que sí era procedente aplicar dicho fenómeno de la prescripción conforme a los arts. 488 del CST y 151 del CPTSS, puesto que el mismo art. 22 acuerdo 049 no forma parte integrante de la pensión vejez y por ser tracto sucesivo no es automático al estado del pensionado, pues está condicionado al cumplimiento de unos requisitos que pueden presentarse o no, de la cual, deviene que el derecho no sea vitalicio por la cual prescribe dentro de los 3 años si no se reclaman.

Igualmente trajo a colación lo dispuesto en la sentencia de la CC-T038/2016 que indica que no existe un precedente único dentro de esa misma corporación, por lo que, lo expuesto por la CSJ es razonada y acorde a derecho.

Entonces, de acuerdo con la sentencia y con la expedición de la Ley 100 y el referido ar. 21 del Acuerdo 049/1990, éste último quedó derogado a partir del 1º de abril de 1994, fecha en la cual empezó a regir la Ley 100 de 1993, en consecuencia, dichos incrementos pensionales dejaron de existir a partir del 1º abril de 1994 pero sin perjuicio de aquellos que se pensionaron antes de la entrada en vigencia de la ley 100 que ha señalado la CC SU140/2019.

Concluyó que la parte demandante no tenía derecho a los incrementos pensionales por personas a cargo previsto en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990 ya que la pensión de vejez fue reconocida en el año 2003 lo que indica, que se configuró el fenómeno de la prescripción y además, tampoco existieron pruebas para demostrar la dependencia económica de la persona a cargo.

V. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

COLPENSIONES ratificó los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y solicita sea confirmada la sentencia de primera instancia.

Surtido el termino para alegar, se procede a resolver el recurso de apelación, con fundamento en las siguientes,

VI. CONSIDERACIONES

Competencia. La Sala asume la competencia para decidir el grado jurisdiccional de consulta teniendo presente lo previsto en el artículo 69 del CPTSS al resultar desfavorable para el pensionado la sentencia de primera instancia.

Conforme a los argumentos sostenidos por el Juez A quo y a lo manifestado en el libelo demandatorio, **el problema jurídico** que concita la atención de la Sala se reduce a determinar si la demandante tiene derecho al

reconocimiento y pago del incremento de la pensión de vejez que le fue reconocida por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones - de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, por cumplir con los presupuestos establecidos normativamente para obtener dicho beneficio, así como a la indexación de las sumas adeudadas y los intereses moratorios solicitados.

DE LOS INCREMENTOS PENSIONALES

Los incrementos de las pensiones por riesgo común y vejez se encuentran establecido en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año y opera en un 14% sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de pensión. Y 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) si son estudiantes o por cada uno de los hijos inválidos no pensionados de cualquier edad siempre que dependan económicamente del beneficiario.

Sobre la aplicabilidad de los incrementos pensionales, actualmente existen dos planteamientos, el primero corresponde a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que ha indicado en reiterada jurisprudencia (SCL Radicado No. 36345 del 10 de agosto de 2010 y Radicado No 27923 del 12 de diciembre de 2007) que los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 no han sido derogados por la Ley 100 de 1993, en tanto no hubo derogación tácita ni expresa en dicha norma aunque tal beneficio solo es aplicable a aquellas pensiones reconocidas de conformidad con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 directamente o aquellas obtenidas en virtud del régimen de transición, por cuanto no son parte integrante de la pensión, lo que significa que no gozan de los atributos del derecho pensional en sí, entre ellos, la imprescriptibilidad (SL 40919 del 18 de septiembre de 2012) y por ende el actor que no reclama su derecho en los tres años siguientes a la causación de la pensión, encontrará extinguido el mismo.

Esta concepción ha sido recientemente reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL2955 del 31 de julio de 2019, donde se explica que esa Corporación, desde la providencia del 27 de julio de 2005 en Radicado 21.517, *“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”*, lo cual se advierte ha sido aplicado en providencias de este año como la SL059 del 22 de enero de 2020.

Ahora bien, el segundo criterio fue desarrollado por parte de la H. Corte Constitucional en sentencia SU 140 de 2019, que implica la derogatoria tácita de dichos emolumentos partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, aun para aquellos casos en que el reclamante adquiriese su pensión con cimiento en los requisitos previstos dentro del régimen de transición regulado por el artículo 36 de este compendio normativo.

Ello sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 01 de abril de 1994. En síntesis, para la Corte Constitucional la prescripción no se puede predicar respecto de derechos que ya habían dejado de existir para quienes no habían cumplido con los requisitos a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Nótese cómo la tesis sostenida ya había sido expuesta en la reciente sentencia de tutela No. 456 del 27 de noviembre de 2018, proferida por su Sala Quinta de Revisión y fue ratificada en Sala Plena a través de sentencia SU-140 de 2019 que dictó la sentencia de reemplazo para la decisión que fue anulada mediante Auto No. 320 del 23 de mayo.

Frente a la disparidad de criterios que se evidencia entre las Altas Cortes sobre la materia, esta Sala había venido adoptando la postura del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, que considera, tal como se explicó, que la Ley 100 de 1993 no derogó expresa ni tácitamente el beneficio de los incrementos pensionales contemplados en el Acuerdo 049 de 1990, aunque manteniendo la prescripción de la acción para su reclamo sobre el derecho y no solo sobre las mesadas no reclamadas, por considerarla más incluyente y armónica con los principios mínimos fundamentales del derecho a la seguridad social y la protección especial a las personas de la tercera edad, y atendiendo el mandato constitucional del artículo 53 Superior y lo estipulado en el artículo 21 del C.S.T.

No obstante lo anterior y ante la mayor carga argumentativa contenida en la sentencia SU 140 de 2019, esta Sala de decisión, en sentencia del 23 de marzo de 2022 (Partida del Tribunal N° 18.738) y del 28 de febrero de 2022 (Partida del Tribunal No. 19.217), recogió tal postura, para alinearse a la última vertiente expuesta, según la cual es factible concluir con criterio objetivo, que los incrementos pensionales creados por el régimen del seguro social obligatorio, desaparecieron del ordenamiento jurídico colombiano, con la promulgación del nuevo sistema general de pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, concluyéndose que los incrementos regulados en el artículo 21 del Decreto 758 de 1.990 fueron orgánicamente derogados por dicha normatividad.

La creación de la prestación económica objeto de estudio, se remonta al año 1966, con la expedición del Decreto 3041. El artículo 16 de ese compendio, contempló el incremento de la pensión mínima en proporción al 7% por los hijos menores de 16 años, y hasta los 18, siempre y cuando dependieran económicamente del jubilado. También en un 14% en tratándose de cónyuge o compañero (a) permanente. Más adelante, el Acuerdo 049 de 1990 –a

través del cual se unificó la regulación existente en materia de seguro social obligatorio-, conservó el aumento pensional en su artículo 21; y en el 22, precisó puntualmente que tal beneficio **no formaba parte de las pensiones reconocidas por el ISS.**

Dicha normativa se mantuvo vigente durante tres años, hasta la promulgación de la Ley 100 de 1993, que, entre otras cosas, adicionó requisitos para el reconocimiento de las pensiones de vejez, invalidez y muerte. Sin embargo, con la finalidad de garantizar la protección de las expectativas legítimas de los afiliados, introdujo en su artículo 36, un régimen de transición encaminado a conservar, de la normatividad anterior, aspectos como la edad, tiempo de cotización y monto porcentual, por razones de favorabilidad; factores que en manera alguna guardan relación directa con el aumento pensional perseguido.

En ese orden de ideas, y ante la derogatoria orgánica del Sistema Pensional anterior a la Ley 100 de 1.993, tal y como se señaló en la sentencia SU 140 de 2019 *“se originó la necesidad de prever un régimen de transición cuyo objeto consistió en establecer un mecanismo para valorar las expectativas de las personas que, no habiendo todavía llegado a adquirir el derecho de pensión bajo el sistema pensional anterior, se enfrentaban a un trascendental cambio normativo que podía afectar su proyecto de vida en el mediano plazo, en forma desproporcionada frente de la situación de aquellos que se hallaban al inicio de su vida”*. Y con dicho propósito la Ley 100 de 1.993 dispuso la ultraactividad de unos determinados aspectos del sistema pensional anterior, limitándose conforme al inciso 2º de su artículo 36 a tres asuntos fundamentales: (i) la **edad** para acceder a la pensión, (ii) el **tiempo de servicios** cotizado y (iii) el **monto de la pensión/tasa de reemplazo**, previendo que todos los demás aspectos relacionados con el acceso a la pensión de vejez se rigieran por la nueva ley.

En ese sentido, debe advertir la Sala que los dos primeros, edad y tiempo de cotización, no se encuentran relacionados en lo más mínimo con la existencia o no de personas a cargo del afiliado o pensionado que pretende el reconocimiento de la prestación económica principal, ya sea vejez o invalidez. Incluso, de quererse crear una relación entre dichos incrementos y el tercer factor (monto), por tratarse de un número porcentual aplicado a la pensión mínima, lo cierto es que el artículo 20 del Acuerdo 049, únicamente consagra las cuantías aplicables al salario base de cotización¹, a fin de obtener, dependiendo del número de semanas y valor de los salarios aportados, la liquidación final a que asciende la mesada pensional, que lógicamente puede llegar a superar el equivalente al SMLMV.

Entonces, siendo claro que a la luz del artículo 21 del Decreto 758, solo es viable calcular el incremento adicional del 7 y 14% sobre el valor de la pensión mínima legal, resulta evidente que esa prestación agregada **no forma parte integrante de una pensión**, como a bien precisa el artículo 22

¹ Partiendo de un 45% que aumenta en un 3% por cada cincuenta (50) semanas cotizadas en forma adicional a las primeras quinientas (500), sin que pueda superar el 90%.

ibídem y por lo tanto no puede ser considerado un factor determinante del “monto pensional” al que hace alusión el artículo 36 de la Ley 100 de 1.993.

Además, en la medida que por mandato constitucional (artículo 48 CP) las prestaciones económicas de vejez, invalidez y muerte, han de liquidarse en atención a los valores efectivamente cotizados, se torna improcedente pretender acrecentar mesadas pensionales en atención a situaciones fácticas relativas a vínculos maritales, conyugales y/o consanguíneos, que no inciden en las cotizaciones realizadas al sistema de pensiones, que son las que en últimas, junto con la edad, permiten la causación del derecho prestacional.

En efecto, en la sentencia SL2061-2021 reiterada en la SL4334-2022, la Sala de Casación Laboral de la CSJ indicó:

En relación con 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, basta decir que esa norma fue objeto de derogación orgánica, en virtud de la expedición de la Ley 100 de 1993 y resulta incompatible con el artículo 48 de la CN, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia CC SU-140-2019:

[...]

En efecto, como se ha explicado a lo largo de esta providencia, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante el Decreto 758 de ese mismo año, dejó de existir con ocasión de la derogatoria tácita que sobre este implicó expedición de la Ley 100 de 1993. Como se señaló bajo el numeral 3 *supra*, con dicha Ley 100 el Legislador previó una nueva regulación integral de la generalidad del sistema de seguridad social, incluyendo para el caso que ahora ocupa a la Corte, dicho sistema en su dimensión pensional. Tal derogatoria, además de estar respaldada por la doctrina especializada (ver *supra* 3.2.2.), ha sido respaldada por la propia Corte a través de la línea jurisprudencial que se esbozó bajo el numeral 3.2.3 *supra* y suficientemente explicada a la luz del particular objeto del régimen de transición que previó el artículo 36 de la mentada Ley 100 (ver *supra* 3.2.8-3.2.11).

[...]

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.

Bajo este panorama, se concluye que, el acrecentamiento pensional que aquí se discute, quedó derogado con la reforma introducida por el nuevo régimen pensional de la mencionada Ley 100 de 1993, y al no constituir segmento de la prestación económica principal, resulta imposible revestirlo del fenómeno ultractivo del régimen de transición, que se repite, hace referencia a la edad, tiempo y monto de la ley anterior. Sin que ello implique que, frente a aquellas pensiones causadas en vigor del Acuerdo 049 de 1990, pero reconocidas con posterioridad al 23 de diciembre de 1993 (fecha de expedición de la Ley 100), pueda predicarse la noción de derechos adquiridos para perseguir el pago de los incrementos pensionales, pues es apenas lógico que al consolidarse la pensión a la luz del Decreto 758, se conserve la titularidad de los beneficios contemplados en dicha norma.

Finalmente, y además de la derogatoria tácita de dichos incrementos pensionales con la promulgación de la Ley 100 de 1.993, considera la Sala acertado el planteamiento esbozado en la ya mentada sentencia SU 140 de 2019, sobre la incompatibilidad jurídica entre el reconocimiento de los incrementos pensionales por cónyuge a cargo y el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional.

Al respecto el alto Tribunal señaló:

Lo anteriormente dicho debe ser suficiente para concluir que, sin perjuicio de la derogatoria orgánica de los beneficios extra pensionales de que tratan los incrementos previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, el eventual derecho que pudiera tenerse respecto de este no puede entenderse como parte integrante del derecho fundamental a la seguridad social. Lo anterior, toda vez que tal incremento no forma parte del núcleo esencial de la seguridad social en tanto no está relacionado con la dignidad de persona alguna **y, por ende, debe ceder ante la necesidad de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional en tanto que es mediante ésta que el Estado puede sostener una política diseñada para permitir que otras personas accedan a la posibilidad de tener una vida digna.**

En efecto, la naturaleza no fundamental de los incrementos que consagró el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 se explica teniendo en cuenta que: (i) no puede decirse que su no otorgamiento afecte la dignidad humana pues éstos se aplicarían sobre una pensión que ya le ha sido reconocida y viene siéndole pagada al respectivo cónyuge o compañero(a) permanente o progenitor; pensión ésta respecto de la cual el cónyuge o compañero(a) permanente o hijos sin acceso a pensión tienen el derecho de usufructuar con ocasión de la solidaridad que debe existir con la pareja y la responsabilidad que se tiene para con los hijos; y (ii) tales beneficios extra pensionales, de todos modos, no se le otorgan directamente al cónyuge o a los hijos sin acceso a pensión sino que es, simplemente, un incremento a la pensión que se le reconoció a quien efectivamente adquirió el respectivo derecho prestacional. En tal orden, ante el complejo panorama económico que se explicó en el numeral 4.5.1 infra - en donde se evidencia la lejana universalidad en la cobertura del sistema de seguridad social; la situación marginal de niños y personas de la tercera edad; la alta tasa de informalidad laboral que, por una parte, genera una inequidad entre quienes se encuentran en la formalidad y quienes no y, por otra parte, afecta las finanzas de un sistema que tiene aspiraciones de universalidad; y los problemas de viabilidad de un sistema cuya financiación se estructuró con fundamento en una pirámide laboral que se viene invirtiendo por el envejecimiento de la población – el principio de solidaridad obliga a que el Estado destine los recursos públicos a los sectores más desfavorecidos de la sociedad y no a los sectores que pueden sufragar su subsistencia con ocasión de la pensión a que se hicieron acreedores. Se trata, en últimas, de un problema de asignación presupuestal constitucionalmente admisible.

En tal virtud, cuando se llega al caso presente y se observa que la demandante no alcanzó el status pensional en virtud del régimen general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte de 1990 pues adquirió el derecho pensional de vejez en el año 2003, surge patente que no son procedentes los incrementos pretendidos, debiéndose CONFIRMAR en su totalidad la sentencia proferida por el Juez Único Laboral del Circuito de Ocaña el día 24 de septiembre de 2019.

Sin costas en esta instancia por haberse surtido el grado jurisdiccional de consulta el cual opera por ministerio de la Ley.

En mérito de lo expuesto la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

I. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la sentencia proferida por el Juez Único Laboral del Circuito de Ocaña el día 24 de septiembre de 2019.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



DAVID A.J. CORREA ESTEER
MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA
(ACLARA VOTO)



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUCUTA
SALA DE DECISION LABORAL
ACLARACIÓN DE VOTO
MAGISTRADA NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

**Radicado No. 2019-00023
Partida Tribunal No 19.979**

Con mi acostumbrado respeto para mis compañeros de sala, les manifiesto que aclaro mi voto respecto de la decisión de la sala mayoritaria de confirmar la sentencia del 24 de septiembre de 2019 proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña, respecto del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y donde se decidió reiterar la postura que viene adoptando la Sala Mayoritaria sobre la vigencia de los incrementos pensionales por persona a cargo contenidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, apegándose al precedente de la Corte Constitucional que los entiende derogados orgánicamente con la vigencia de la Ley 100 de 1993. Aunque, advirtiendo que en todo caso, estoy de acuerdo con la absolución por este concepto dado que el actor no se pensionó por el Acuerdo 049 de 1990, primer presupuesto para su reconocimiento.

Para llegar a esta conclusión, la Sala Mayoritaria determinó que existe una disparidad de criterios entre los precedentes de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, pues la primera ha aceptado la vigencia de los citados incrementos por corresponder a un derecho propio o derivado del régimen de transición de los beneficiados por el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año y que los mismos solo son susceptibles de prescripción total mientras que con la providencia SU140 de 2019, la Corte Constitucional varió su criterio para entenderlos orgánicamente derogados tras la vigencia de la Ley 100 y que solo serían exigibles por quienes tuvieran un derecho adquirido antes de esa fecha.

Previamente, esta Sala venía adoptado la postura del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral sobre la no derogatoria de los incrementos pensionales, por considerarla más incluyente y armónica con los principios mínimos fundamentales del derecho a la seguridad social y la protección especial a las personas de la tercera edad, y atendiendo el mandato constitucional del artículo 53 Superior y lo estipulado en el artículo 21 del C.S.T.; sin embargo, luego la Sala Mayoritaria se planteó seguir la línea de la Corte Constitucional alegando que esta se sostiene en una mayor carga argumentativa, dado que desde un criterio objetivo concluyó que esos incrementos no conforman el régimen de transición, ni se corresponden a factores que incluyan en la cotización por lo que afectarían la sostenibilidad financiera del sistema y daría ultraactividad a una norma derogada desde 1993.

Bajo este entendido, no comparto la decisión de haber variado la postura anterior de la Sala por tratarse de la interpretación que mejor representa los principios constitucionales del trabajo y la seguridad social contenidos en el artículo 53 de la Carta Política, por lo que concluyo que no se cumplen las cargas de suficiencia para hacer admisible el cambio de postura; así como por la afectación a la seguridad jurídica, confianza legítima e igualdad de trato que implica el cambio de posición jurisprudencial, por parte de esta Sala que ya en casos previos había resuelto apegarse a la postura de la Corte Suprema de Justicia.

En primera medida, debe señalarse que con posterioridad a la expedición de la providencia SU140 de 2019, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha variado su postura previa sobre la vigencia de los incrementos pensionales como puede verse en sentencias SL458 de 2021, SL5593 de 2019 y SL2711 de 2019. Así mismo, las Salas de Descongestión Laboral han aplicado ese precedente en providencias SL809 de 2020, SL059 de 2020, SL2955 de 2019, SL3100 de 2019, SL2334 de 2019, SL1825 de 2019 y SL1466 de 2019.

A la fecha, desde la Sentencia SL2179 de 2020, la Sala de Descongestión Laboral No. 2 de la Corte Suprema de Justicia dio aplicación a la postura de la Corte Constitucional; sin embargo, revisada esa providencia, nada se dice al respecto para argumentar esta variación y en todo caso, conforme al Artículo 26 del Reglamento de la Sala de Casación Laboral, las Salas de Descongestión no pueden cambiar la jurisprudencia sobre determinados asuntos o crear una nueva, pues cuando así lo estimen deben devolver el expediente a la Sala de Casación Permanente.

Ahora bien, frente a la existencia de incompatibilidad de criterios entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, se advierte que la primera se pronunció en sede de control concreto de constitucionalidad por un caso particular, y por ende su aplicación se circunscribe a la doctrina constitucional del artículo 23 del Decreto 2067 de 1991, donde se señala que la misma será criterio auxiliar para las autoridades y el aparte “obligatorio” fue declarado inexecutable en sentencia C-131 de 1993, de lo que se deriva que es susceptible de apartarse de sus consideraciones cuando no están contenidas

Respecto del análisis de fondo efectuado por la Sala Mayoritaria, se debe recordar que, por tratarse de un cambio de postura jurisprudencial respecto de una posición previamente aceptada y publicitada de esta Sala de Casación, la misma debe cumplir con una serie de cargas argumentativas según explica la Corte Constitucional en providencia SU432 de 2015:

“En cuanto a las cargas citadas, la Corte ha distinguido entre las que se relacionan con la identificación de los precedentes y las que deben ser asumidas en caso de apartarse de la decisión previa. En esta oportunidad, la Sala las ha calificado como cargas de “transparencia”, “suficiencia - i”, y “suficiencia - ii”. Si bien esa subdivisión de la carga de suficiencia no ha sido utilizada previamente, la idea que con ella se expresa sí se encuentra plenamente desarrollada y su importancia es innegable para una adecuada comprensión de

la tarea del juez “posterior” frente a las sentencias precedentes.

Primero, el juez tiene la carga de identificar de las decisiones previas que podrían ser relevantes para la definición del caso objeto de estudio (transparencia); segundo, si pretende establecer una distinción entre el caso previo y el actual debe identificar las diferencias y similitudes jurídicamente relevantes entre ambos casos y explicar por qué unas pesan más que otras, tal como lo exige el principio de igualdad siempre que se pretenda dar un trato diferente a dos situaciones, en principio, semejantes (suficiencia – i). Finalmente, el juez debe exponer las razones por las cuales la nueva orientación no solo es “mejor” que la decisión anterior, desde algún punto de vista interpretativo, sino explicar de qué manera esa propuesta normativa justifica una intervención negativa en los principios de confianza legítima, seguridad jurídica e igualdad, de la parte que esperaba una decisión ajustada a las decisiones previas (suficiencia – ii)”

Aterrizando esta exigencia argumentativa al caso concreto, si bien se cumple con la carga de transparencia al enunciar claramente las posturas encontradas, no se satisfacen los requisitos de suficiencia i y ii; no hay una justificación adecuada para variar la decisión que previamente se tomó, luego de emitida la providencia SU140 de 2019, cuando esta Sala de Decisión ya había analizado la disparidad y se había acogido al precedente de la Corte Suprema de Justicia. Esto implica, que se estaría dando un trato diferente a dos situaciones semejantes, pues en sentencias dictadas recientemente se concluyó que el principio de favorabilidad y de in dubio pro operario, tenía más peso que la alegada sostenibilidad del sistema, ultraactividad normativa y la no conformación del régimen de transición.

Además, en criterio de la suscrita, sigue teniendo más peso constitucional la interpretación derivada del artículo 53 de la Constitución Política por la cual se debe dar prevalencia a situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; como lo señaló la misma Corte Constitucional en providencia T-088 de 2018, al indicar que *“ante la existencia de varios enunciados normativos que regulan una misma situación jurídica o en los casos en que existe un mismo texto legal que admite diversas interpretaciones, le corresponde al operador jurídico acoger o aplicar aquella que resulte más favorable al trabajador. Tal mandato, encuentra sustento no solo en postulados constitucionales (artículos 1, 2 y 53 de la Carta) y legales (artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo), sino en disposiciones contenidas en instrumentos internacionales (artículos 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), que exigen su cumplimiento, so pretexto de incurrir en una vulneración directa de la Constitución”*.

Para este caso, el legislador no previó de manera expresa y determinada lo que atañe a la vigencia de los incrementos por persona a cargo del Decreto 758 de 1990, y por ende la interpretación sobre esta corresponde al operador judicial, por lo que ante dos posturas contrarias: vigencia por ser un derecho derivado del régimen de transición o derogatoria orgánica por silencio del

legislador, lo constitucionalmente admisible es la postura favorable al trabajador.

Estimo que la decisión más adecuada para resolver este asunto era haber mantenido la postura previa de la Sala de Decisión, y haber analizado de fondo la existencia del derecho a los incrementos por persona a cargo reclamados por los pensionados demandantes, esto es si eran beneficiarios del Decreto 758 de 1990, demostraron la dependencia económica e hicieron la reclamación en los 3 años siguientes al reconocimiento del derecho pensional principal; no obstante, como para el caso concreto, el actor alcanzó su derecho pensional en 2003, igualmente no habría tenido derecho alguno pues estaría prescrito y por ello aclaro las razones para compartir la negativa declarada.

Atentamente.



NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
Magistrada