



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL**

AUDIENCIA NÚMERO 183

Juzgamiento

Santiago de Cali, cuatro (4) de septiembre de dos mil veinte (2020).

El Magistrado Ponente, **CARLOS ALBERTO OLIVER GALE**, en asocio de los demás Magistrados que integran la Sala de Decisión, **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO** y **LUIS GABRIEL MORENO LOVERA**, proceden a dictar la siguiente

SENTENCIA NÚMERO 169

Acta de Decisión N° 049

MAGISTRADO PONENTE: DR. CARLOS ALBERTO OLIVER GALE

Decide la Sala la Consulta de la Sentencia N° 346 del 22 de octubre del año 2019, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor **OSCAR ASPRILLA**, en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, bajo la radicación N° 76001-31-05-014-2018-00026-01.

ANTECEDENTES

El señor Oscar Asprilla presentó demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, con el fin de obtener el reconocimiento y pago del incremento pensional del 14%



por su compañera permanente a cargo, señora María Del Socorro Martínez Mayor, retroactivo al año 2001, y en lo sucesivo hasta que subsistan las causas que le dieron origen, junto con la indexación de las condenas; Costas y agencias en derecho.

Indican los hechos de la demanda que al señor Oscar Asprilla le fue reconocida Pensión de Vejez por parte de Colpensiones, mediante Resolución N° 01284 del año 2001, aplicándole el Acuerdo 049 del año 1990, por estar cobijado por el régimen de transición previsto en la Ley 100 del año 1993; que no obstante habersele reconocido la mencionada pensión, Colpensiones no le ha reconocido ni pagado el incremento del 14% por esposa o compañera permanente; que el demandante convive en unión libre con la señora María Del Socorro Martínez Mayor, desde hace más de 22 años, la cual depende económicamente del actor y no recibe pensión, siendo su beneficiaria en salud; que mediante escrito de marzo del año 2017, presentó reclamación administrativa ante Colpensiones por el incremento pensional por su compañera, dando esa entidad respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al descorrer el traslado de la demanda a la **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones**, esta contesta la demanda, manifestando que son ciertos los hechos de la demanda, salvo el 4°, el cual indica que no es cierto y los hechos 5° y 6, indicando que no le constan. Se opone a todas las pretensiones de la demanda, considerándolas carentes de fundamento. Propuso como excepciones de fondo las que denominó Inexistencia de la obligación y Cobro de lo no debido; Buena fe de Colpensiones; Prescripción; Compensación; Genérica o Innominada.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante Sentencia N° 346 del 22 de octubre del año 2019, el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali resolvió Declarar probada



las excepciones de Inexistencia de la obligación y Cobro de lo no debido, propuesta por la entidad demandada; Absolver a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones de todas las pretensiones por el señor Oscar Asprilla; Costas a cargo de la parte actora y a favor de Colpensiones, agencias en derecho en la suma de \$300.000,00.

Las partes presentaron alegatos de conclusión en esta instancia que corresponde a lo debatido en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Teniendo en cuenta lo anterior, debe la Sala indicar que el problema jurídico a resolver en esta oportunidad es, concretamente, si los incrementos pensionales por persona a cargo se encuentran o no derogados.

Pago de Incrementos Pensionales por Persona a Cargo

Así pues, se hace pertinente recordar que señala el artículo 21 del Acuerdo 049 del año 1990 emanado del Instituto de Seguros Sociales, aprobado mediante decreto 758 del año 1990, que las pensiones mensuales de invalidez y vejez se incrementarían 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 18 años si son estudiantes o por cada uno de los hijos inválidos no pensionados de cualquier edad, siempre que dependan económicamente del beneficiario, y en un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión.

Del examen del artículo 21 del Acuerdo 049 del año 1990, se tiene que el incremento pensional del 7% y del 14% debe liquidarse sobre el salario mínimo vigente para cada época y para tener derecho a él se debe acreditar la condición de hijo o hija menor de 16 años o de 18 años si se es estudiante o hijo o hija inválido (a) no pensionados de cualquier edad, respecto del



incremento pensional del 7% y cónyuge o compañero (a) permanente, respecto del incremento pensional del 14%, así como la dependencia económica respecto del pensionado y el no disfrute de pensión alguna.

Tenemos pues que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencias de 5 de diciembre del año 2007, Radicaciones 29751, 29531, 29741, ratificó su criterio expuesto en la sentencia 21517, en el sentido de que era procedente el referido aumento del 14% sobre la pensión mínima y respecto a las pensiones concedidas con base en el régimen de transición del Instituto de Seguros Sociales.

De igual forma, más recientemente, se puede traer a colación la Sentencia SL2334-2019 del 11 de junio del año 2019, Radicación N° 60910, MP Santander Rafael Brito Cuadrado, en la que se indicó sobre la vigencia de los incrementos por persona a cargo que “... *la jurisprudencia ha definido que es viable reconocerlos, aun con posterioridad a la entrada en rigor de la Ley 100 de 1993 (...) pero en favor de los pensionados a quienes se les reconoció la prestación económica directamente, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990 o con ocasión del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993...*”.

Lo anterior toda vez que la referida decisión no consideró que el Consejo de Estado expresamente asintió que la regulación normativa de los incrementos pensionales no fue derogada de manera orgánica por la ley 100 de 1993 y que “(...) por supuesto, no forman parte integrante de esas pensiones de invalidez y de vejez”, en razón a la consagración expresa que trajo consigo el artículo 22 del decreto 758 de 1990, en la que se resolvió:

“DENÍGANSE las súplicas de la demanda de nulidad de los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por medio del Decreto No. 758 de 1990, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.”

Por su parte, la Corte Constitucional había indicado en diferentes providencias, como la Sentencia T-217 del año 2013, que el derecho a los incrementos no prescribía, sino los no cobrados oportunamente, en atención a



que los incrementos se derivan del derecho imprescriptible a la seguridad social; tesis que fue reiterada mediante Sentencias T-831 del año 2014, T-369 del año 2015, T-395 del año 2016, SU-310 del año 2017, en aplicación de los principios pro homine y favorabilidad.

Posteriormente, ante la declaración de nulidad de la Sentencia SU-310 del año 2017, mediante Auto 320 del año 2018, se profiere en su remplazo la Sentencia SU-140 del 28 de marzo del año 2019, mediante la cual concluyó la Corte 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...”, variando así su criterio.

Es este punto, debe dilucidarse si el precedente constitucional tiene efectos retroactivos a casos anteriores, para lo cual tendremos en cuenta el concepto de Overruling Prospective, el cual es definido por Francisco de Paula Blasco Gascó¹ en los siguientes términos:

“... es la acción de un tribunal superior que elimina o modifica la ratio decidendi observada por un tribunal inferior el otro caso similar. Supone, por tanto, un cambio de ratio decidendi, con abandono de la precedente e instauración de una nueva ratio. El funcionamiento del overruling sólo se entiende dentro del sistema jerárquico judicial anglosajón y supone una forma peculiar de modificación o eliminación del precedente, rectius, de la autoridad o vinculación jurídica de la ratio decidendi que configuró el precedente vinculante (binder). Es una prerrogativa de los tribunales superiores respecto del que decidió el caso. Puede ser expreso o tácito. En general su efecto es la creación de una norma jurídica en sentido contrario a la proposición por la que la anterior ratio decidendi obtuvo autoridad respecto de la doctrina del precedente. Como veremos posteriormente, el problema más importante que plantea el overruling o cambio o rectificación de ratio o precedente es el de su eficacia temporal, es decir, su efecto retroactivo o prospectivo. Al cambio de criterio jurisprudencial responde, mutatis mutandis, el overruling.”

Continúa Blasco Gascó² definiendo lo relativo a la eficacia retroactiva y prospectiva del cambio de criterio, diciendo:

¹ Blasco Gascó, Francisco de Paula. La Norma Jurisprudencial (Nacimiento, Eficacia y Cambio de Criterio). Edit. Tirant Lo Blanch. Pág. 97.

² Op. Cit. Pág. 99.



“El cambio de criterio jurisprudencial, ¿tiene efectos retroactivos o solamente prospectivos? La cuestión no es fácil, como puso de manifiesto la STC 95/1993, de 22 de marzo. Cuando se trata de un cambio normativo, el legislador prevé la eficacia temporal de la nueva ley a través del llamado derecho transitorio y de la previsión del grado de retroactividad de la nueva norma, dentro del marco constitucional previsto en el art. 9 C.E. En defecto de previsión legislativa, rige la norma del artículo 2-3 C.C.: las leyes no tienen efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario. Se trata, pues, de una norma razonable toda vez que las leyes miran al futuro y no al pasado.

Mas el órgano judicial no tiene la misma potestad que el legislativo en orden a determinar el alcance temporal, hacia el pasado y hacia el futuro, de sus resoluciones, máxime cuando de produce un cambio de criterio. ¿Cuál es la eficacia temporal del nuevo criterio? En nuestra doctrina, la cuestión la ha apuntado PUIG BRUTAU: si el cambio de doctrina, dice el citado autor, se hubiera producido en virtud de una intervención legislativa, ésta habría tenido en cuenta si la innovación debía tener o no eficacia retroactiva. Pero cuando se trata de un cambio de criterio jurisprudencial, la aplicación inmediata de la nueva doctrina equivale a dar eficacia retroactiva al cambio sobrevenido. A los que han confiado en el precedente judicial, la nueva orientación les afectará porque la sentencia lo razona debidamente. Pero, ¿podemos estar convencidos de que no se vulnera con ello el principio de seguridad jurídica?”

Para DURGALA, M. M., citado por Blasco en su obra «Prospective overruling the Common Law», en Syracuse Law Review, 1962, vol 14, pág. 55, donde dice expresamente que la interpretación de la ley se convierte en parte de la ley y un cambio de criterio tiene el mismo efecto que una modificación legislativa o una derogación.

El mismo Blasco sintetiza los argumentos que sirven de base al carácter prospectivo del precedente:

A) A favor del efecto prospectivo del cambio del precedente se suele invocar una serie de argumentos:

- 1. La confianza generada en la persona que contrata o actúa confiado en una determinada línea jurisprudencial, siempre que dicha confianza esté justificada. Se trata, por tanto, de respetar el principio de seguridad jurídica.*
- 2. La implantación de una nueva política, en cuanto línea de conducta, no necesita tener eficacia retroactiva para ser eficaz.*
- 3. La interpretación de una ley se convierte en parte de la ley misma y el cambio de criterio tiene el mismo efecto que una modificación legislativa o una derogación realizada por el legislador.*
- 4. Las dos funciones que realizan los Tribunales (en nuestro caso, el Tribunal Supremo), resolver el caso y conformar el ordenamiento jurídico se pueden escindir, puesto que los factores pueden ser diferentes: primero se decide si se cambia el criterio; después, si la nueva doctrina se aplica al caso.*



Por su parte Cross y Harris³ comentan que en los Estados Unidos se abandonó el principio según el cual la derogación debía hacerse necesariamente retrospectiva.

Así las cosas, si analizamos, el precedente tiene un momento de construcción por el juez constitucional en el que utiliza diversos métodos de interpretación que van desde la ponderación, interpretación sistemática, interpretación finalista, etc.; y el segundo momento en el juez de inferior categoría cuando aplica el precedente, hace un proceso subsuntivo semejante al de la aplicación de la Ley.

Si la Ley, por regla general no tiene efecto retroactivo, salvo casos expresamente señalados por el legislador, de la misma manera, el precedente tampoco podría tener efecto retroactivo.

Teniendo en cuenta lo antedicho, para la Sala, el reconocimiento de los incrementos pensionales procede para aquellos beneficiarios del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 del año 1993, a quienes se les aplica el régimen anterior al que se encontraban afiliados, pero exclusivamente del Instituto de Seguros Sociales, siempre que hayan presentado la demanda antes del 28 de marzo del año 2019.

En ese orden de ideas, frente a la Sentencia SU-140 del 28 de marzo del año 2019, publicada el 23 de junio del año 2019, considera la Sala que no es posible aplicar dicha Doctrina en atención a lo dicho; en razón a que la jurisprudencia, al momento de presentarse la demanda que nos ocupa (31 de marzo del año 2017), no reclamaba dichos requisitos y, por ende, no puede sorprenderse a las partes, ya que vulneraría el principio de confianza legítima.

Caso Concreto

³ Cross, Rupert y Harris J.W. El precedente en el Derecho Inglés, Marcial, Pons, 2012, págs. 261 y 262.



No queda duda que al señor Oscar Asprilla le fue reconocida pensión de vejez, mediante Resolución N° 011584 del 31 de octubre del año 2001, a partir del 1 de marzo del año 2001 (folio 9); esto en aplicación del artículo 12 del Acuerdo 049 del año 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

Conforme a lo anterior, resta por establecer el requisito de dependencia económica requerido por el artículo 21 del Acuerdo 049 del año 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, para el reconocimiento del incremento pensional del 14% solicitado.

Para tal fin, se decretaron las declaraciones del señor Evelio Marín Gutiérrez y de la señora Orfilia Ramírez Agudelo, en favor de la parte demandante, y de la señora María Del Socorro Martínez Mayor, en favor de Colpensiones, quienes no comparecieron a rendir su correspondiente declaración.

Por otra parte, relativo a la prueba documental anexa al expediente, tenemos que únicamente se aportó una declaración ante notario del 13 de febrero del año 2017 (folio 15), suscrita por el señor Oscar Asprilla y la señora María Del Socorro Martínez Mayor, en la cual indican que conviven en unión libre, desde el 9 de octubre del año 2011; documento respecto del cual fue solicitada su ratificación por parte de Colpensiones, la que no se logró surtir, debido a la no comparecencia de la citada señora.

Siendo de esta forma, encuentra la Sala que, en efecto, no obra prueba dentro del plenario que permita confirmar la existencia, ni de la convivencia, ni de la dependencia económica por parte de la señora María Del Socorro Martínez Mayor, respecto del señor Oscar Asprilla.

Si bien es cierto en otras oportunidades esta Sala ha tenido en cuenta las certificaciones expedidas por el Registro Único de Afiliados a la Protección Social - RUAF y el Base de Datos Única de Afiliados - BDUA para demostrar la dependencia económica y así conceder los incrementos pensionales



en casos donde no obra prueba testimonial, no es menos cierto que, para el presente proceso, no es factible tenerse en cuenta las referidas certificaciones, en tanto que, si bien estas pueden manifestar que la señora María Del Socorro Martínez Mayor es beneficiaria de, por ejemplo, los servicios de salud, no dan cuenta quien es el afiliado cotizante respecto del que es beneficiaria.

Se requeriría, por lo menos, de una declaración extrapocesal que permita a la Sala corroborar lo que se certifica en el RUAF y en el BDUA, así como la calidad de compañera permanente, situación que no se presenta en esta oportunidad, teniendo en cuenta que la declaración extrapocesal aportada es de los mismos que rindieron declaración en el proceso, respecto de los cuales se dijo que no generan certeza a la Sala.

Cabe recordar que *“Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.”* (Art. 1757 Código Civil), referenciado sobre la base de la necesidad de la prueba en el sentido de que *“Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.”* (Art. 164 C.G del P.); Igualmente respecto a la carga de la prueba *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.”* (ART. 167 del C. G. del P.) y que éstas *“deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.”* (ART. 176 C. G. del P.).

Así las cosas, teniendo en cuenta que no existe prueba alguna que permita confirmar la existencia, ni de la convivencia, ni de la dependencia económica que se afirma existe entre la señora María Del Socorro Martínez Mayor, para con el actor, señor Oscar Asprilla, la conclusión a la que se llega es que se debe se confirmar la negativa de la pretensión de incremento pensional indicada en la sentencia consultada, por las razones expuestas.

Sin costas en la consulta.



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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR Sentencia Consultada N° 346 del 22 de octubre del año 2019, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: A partir del día siguiente a la inserción de la presente decisión en la página *web* de la Rama Judicial en el *link* de sentencias del Despacho, comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si a ello hubiere lugar.

NOTIFÍQUESE POR VÍA LINK RAMA JUDICIAL O CUALQUIER OTRO MEDIO VIRTUAL EFICAZ

Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:

CARLOS ALBERTO OLIVER GALE



Art. 17 Dec. 491/28-03-2020

MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

LUIS GABRIEL MORENO LOVERA

Firmado Por:

CARLOS ALBERTO OLIVER GALE
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
Despacho 005 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Cali

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

1380aca0899bf7558f0668eb678eec7246bee2aa0ec7c5c8ca82bd06319bc19f

Documento generado en 04/09/2020 07:11:18 p.m.