REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL

JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI

PROCESO: ORDINARIO DE ÚNICA INSTANCIA
DEMANDANTE: HENRY NOVISKY GIRALDO
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICADO: 76001-4105-004-2017-00002-01

SENTENCIA DE CONSULTA No. 002
Santiago de Cali, dieciocho (18) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

El señor **HENRY NOVISKY GIRALDO** identificado con la cedula de ciudadanía No. 6.066.755, actuando por intermedio de apoderado judicial, instauró proceso ordinario contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** entidad legalmente representada por el Doctor **JUAN MIGUEL VILLA LORA**, o por quien haga sus veces**,** solicitando el reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% de que trata el Art. 21 del Decreto 758 de 1990, aprobatorio de Acuerdo 049 de esa misma anualidad, por tener a cargo a su cónyuge **MARÍA ISABEL ISAZA CASTAÑO** y su hija menor de edad **ISABELLA NOVISKY ISAZA,** junto con el retroactivo, la indexación y las costas del proceso (Fls. 05 a 23, Arc 1 Cuaderno del Juzgado Municipal- ED).

Expuso el demandante como fundamento de sus pretensiones, los siguientes:

HECHOS

Narra el actor que, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPESNIOENES** le otorgó una pensión de vejez mediante Resolución 111325 del 16 de diciembre de 2010, a partir del 01 de mayo de 2010, bajo el régimen de transición, en virtud del Art. 36 de la ley 100 de 1993 y en aplicación del acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990**;** que ha convivido desde hace 22 años con su cónyuge **MARÍA ISABEL ISAZA CASTAÑO**, sin separación alguna y conviviendo bajo el mismo techo, persona esta última que siempre ha dependido económicamente de aquél, no tiene ingresos, ni pensión alguna. Añade que, procrearon una hija que nació el 21 de enero de 1999 **ISABELLA NOVISKY**

ISAZA, quien por ser menor de edad, depende económicamente de sus ingresos.

Por último, indica que presentó reclamación administrativa ante **COLPENSIONES** el día 06 de febrero de 2013 para que se le reconociera el derecho que le asiste del incremento del 14% por su cónyuge a cargo y el 7% por hijo, obteniendo respuesta negativa ese mismo día (Fls. 05 a 45, Arc 1 Cuaderno del Juzgado Municipal- ED).

TRÁMITE PROCESAL DE ÚNICA INSTANCIA

La presente acción fue conocida en Única Instancia por el Juzgado Cuarto Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Cali, el cual admitió mediante auto interlocutorio No. 3590 del 21 de septiembre de 2017, ordenándose la respectiva notificación de **COLPENSIONES**, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público**,** fijándose fecha para la Audiencia que tratan el Arts. 71 y 77 del CPTSS para el día 26 de septiembre de 2018, asimismo se le advirtió a las partes que el trámite procesal correspondiente era de oralidad conforme a la ley 1149 de 2007 (Fls. 55 - 57, Arc 1 Cuaderno del Juzgado Municipal- ED).

Reprogramada la audiencia, en la diligencia del día 18 de septiembre de 2019 se dio contestación a la demanda por parte de COLPENSIONES, proponiendo como excepciones las que denominó como: "PRESCRIPCIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN" (Fls. 79 a 95, Arc 1 y audio Cuaderno del Juzgado Municipal- ED). En esa misma actuación se evacuó la conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento del proceso, fijación del litigio, se decretaron las pruebas, alegatos de conclusión y juzgamiento (Fls. 155 a 157, Arc 1 y audio Cuaderno del Juzgado Municipal- ED).

En efecto, el Juzgado Cuarto Municipal de Pequeñas Causas de Cali profirió la sentencia No. 531 del 18 de septiembre de 2019, en la cual resolvió absolver a COLPENSIONES de todas las pretensiones de la demanda, al estimar que de acuerdo con la sentencia SU 140 de 2019 de la Corte Constitucional, por vigencia de la Ley 100 de 1993 los incrementos pensionales habían sido derogados de manera orgánica, aun a pesar que ese Despacho había sostenido la tesis que los incrementos pensionales eran aplicables a los pensionados bajo el régimen de transición, sin embargo con la expedición de dicha sentencia los mismos pierden su vigencia. En consecuencia, ordenó la remisión del expediente a la Oficina de Reparto de Cali, para que se surtiera el grado Jurisdiccional de Consulta a los Juzgados Laborales del Circuito de Cali (Fls. 155 a 157, Arc 1 y audio Cuaderno del Juzgado Municipal- ED).

TRÁMITE PROCESAL DE CONSULTA

Una vez adjudicado el proceso en comento por la oficina de Reparto, mediante auto interlocutorio No. 4159 del 18 de noviembre de 2019, se admitió el Grado Jurisdiccional de Consulta y se ordenó dar trámite conforme a la sentencia C-424 del 08 de julio de 2015 (Arc 1 Cuaderno del Juzgado Circuito- ED).

Posteriormente, mediante auto de sustanciación No. 1210 del 05 de noviembre de 2020 y de conformidad con lo previsto en el Art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr traslado común a las partes por el término de cinco (5) días, para que presentaran sus alegatos de conclusión, si lo consideraban necesario, los cuales deberían ser remitidos al correo institucional que posee el Juzgado (Arc 2 Cuaderno del Juzgado Circuito- ED).

Revisada la totalidad de las actuaciones surtidas, encuentra el despacho que no existe irregularidad alguna que invalide lo actuado, por lo cual debe resolverse la *Litis* de manera escritural en virtud de lo ordenado en el Decreto 806 de 2020 — incorporado como legislación permanente Ley 2213 de 2022— en su Art. 15, previas las siguientes;

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO:

La decisión se circunscribe a establecer: ***i)*** si el demandante **HENRY NOVISKY GIRALDO,** tiene derecho al reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por personas a cargo, ***ii)*** en el evento a que se llegue a una respuesta positiva del interrogante anterior, se verificará si es procedente el reconocimiento del retroactivo del incremento pensional.

TESIS DEL DESPACHO

Para este Despacho no es procedente el reconocimiento del incremento pensional de que trata el Art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 de ese mismo año, por cónyuge o compañero e hijo a cargo, al haber operado la derogatoria orgánica de los mismos a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tal y como se indicó en la sentencia SU 140 de 2019 dictada por la Corte Constitucional, como se procede a exponer a continuación:

Se encuentra acreditado en el expediente que:

i. Que mediante Resolución 111325 del 16 de diciembre de 2010

COLPENSIONES le reconoció pensión por vejez al señor **NOVISKY GIRALDOO**, como beneficiario del régimen de transición de que trata el Art. 36 de la Ley 100 de 1993, en aplicación del Decreto 758 de 1990 (Fls. 29 a 32, Arc 1 Cuaderno del Juzgado Municipal- ED).

ii. Que el día 06 de febrero de 2013 el demandante radicó ante Colpensiones solicitud de incremento pensional por cónyuge e hijo a cargo (Fls. 36 - 37, Arc 1 Cuaderno del Juzgado Municipal - ED).

iii. Que mediante oficio No. BZ2013_743028-0251864 del 06 de febrero de 2013, Colpensiones dio respuesta a su solicitud de incrementos pensionales de manera negativa. (Fls. 36 - 37, Arc 1 Cuaderno del Juzgado Municipal - ED).

En el presente caso, el demandante solicita el reconocimiento del incremento pensional del 14% por su compañera permanente a cargo, **MARÍA ISABEL ISAZA CASTAÑO** y del 7% por su hija menor de edad **ISABELLA NOVISKY ISAZA**, incrementos que se encuentran contenidos en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

Pues bien, el Art. 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad prevé: *"(…) Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así: a) 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) años si son estudiantes o por cada uno de los hijos inválidos no pensionados de cualquier edad, siempre que dependan económicamente del beneficiario y, 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 (…)*", y a su vez el Art. 22 *ibidem* estableció que los incrementos no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconozca el Instituto de Seguros Sociales.

Por su parte el Art. 36 de la Ley 100 de 1993 reza: "(…) *La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) años o más sin son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombre, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados (…)*".

Ahora, sobre la aplicación de los incrementos deprecados ha sido criterio de este Despacho su concesión, a condición de que los reclamantes hayan obtenido su

pensión en vigencia de la transición pensional del Art. 36 de la Ley 100 de 1993 en aplicación del Arts. 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 de 1990. Lo anterior en aplicación de los principios de autonomía judicial y confianza legítima, siguiendo los precedentes que sobre la materia se habían dispuesto por parte de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia del 22 de agosto de 2001, Rad 23614 de 2005, invariable hasta la providencia SL2334-2019 del 11 de junio de 2019. Así como lo expresado por la Corte Constitucional a lo largo de varios años, recopilado en la sentencia SU- 310 de 2017.

Empero, por razón de la sentencia SU 140 de 2019 que estableció un precedente de obligatorio cumplimiento, dicha posición debe variar, estimando la derogatoria orgánica del Art. 21 de *ibidem* y la negativa de las pretensiones de la demanda. En efecto en la mencionada providencia, la Corte, luego de establecer una sólida línea jurisprudencial, indicó que es clara la derogatoria orgánica de todas las normas que integraban el régimen de seguridad social anterior a la Ley 100 de 1993, por disposición del Art. 289 de ese estatuto.

Concluyendo finalmente 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, ante la regulación integral y exhaustiva en materia pensional que hizo la Ley 100, lo que de manera indudable conduce a la derogatoria orgánica del régimen anterior, dentro del cual cohabitaban los referidos incrementos.

Lo anterior se sintetizó en la aludida sentencia SU – 149 de 2019 de la siguiente manera:

> *"Por lo expuesto bajo el presente numeral 3.3., la Corte encuentra que, en defecto de la derogatoria orgánica explicada bajo el numeral supra 3.2., la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 habría expulsado del ordenamiento al artículo 21 del Decreto 758 de 1990 por vía de su derogación tácita en estricto sentido. Justamente, como se acaba de explicar, los incrementos del artículo legal atrás mencionado son evidentemente incompatibles con una norma constitucional que, por una parte, restringe los beneficios pensionales a aquellos que cohabitan al interior del sistema pensional previsto integralmente por la Ley 100 y demás normas posteriores y concordantes; y por otra parte, prohíbe que su reconocimiento implique una alteración en la correspondencia que debe existir entre el monto pensional asignado y los factores que se utilizaron para cotizar al correspondiente sistema pensional.*
>
> *No obstante, si aún a pesar de todo lo atrás expuesto, todavía se estimara que el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 no hubiera sido objeto de derogatoria alguna, sería entonces menester inaplicarlo por inconstitucional en casos concretos pues su eventual reconocimiento violaría el inciso 11 del artículo 48 superior, según la reforma introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005. Ciertamente, tal reconocimiento se haría en expresa violación de la norma superior conforme a la cual la liquidación de las pensiones debe hacerse teniendo en cuenta las cotizaciones correspondientes. Y respecto de los incrementos del 14% y/o del 7%*

que prevé el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 no existe norma alguna que imponga cotizaciones para soportar dichos porcentajes".

Siguiendo esa misma línea se exposición en la sentencia SL 2061 de 2021, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia expresó de manera conclusiva que:

> *"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".*

Y por si lo anterior no fuera fundamento suficiente, nuestro H. Tribunal Superior en sus diferentes Salas de Decisión Laboral ha adoptado las posiciones de los órganos de cierre aquí explicadas. Sobre el particular se pueden consultar las siguientes providencias: No. 245 del 30 de agosto de 2021 de la Sala Primera de Decisión, dictada dentro del proceso con radicación No. 76001310501720190061 3-01; No. 280 del 24 de septiembre de 2021 de la Sala Primera de Decisión, proferida dentro del proceso con radicación; No. 76001310501720190052 0-01; No. 460 del 30 de noviembre de 2021 de Sala Tercera de Decisión, pronunciada dentro del proceso con radicación No. 76001310501720190068 9-01; No. 101 del 24 de marzo de 2023 de la Sala Cuarta de Decisión dictada dentro del proceso con radicación No. 760013105 017 2019 00586 02, entre otras.

Colofón de lo expuesto hasta el momento, 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 Art. 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.

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 Art. 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. 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 según ésta se concibió en el numeral.

Hasta aquí se advierte que, se ha cumplido con las cargas justificativas de argumentación y transparencia que conllevan a la variación del criterio que otrora sostuvo este Despacho al reconocer los incrementos pensionales previstos en el Art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de esa misma anualidad.

DEL CASO CONCRETO.

Descendiendo al caso de autos, encuentra el despacho que al señor HENRY NOVISKY GIRALDO le fue reconocida por COLPENSIONES pensión por vejez como beneficiario del régimen de transición por medio de Resolución 111325 del 16 de diciembre de 2010 (Fls. 29 - 32, Arc 1 Cuaderno del Juzgado Municipal- ED), bajo los postulados del Acuerdo 049 de 1990; lo que en principio podría hacerlo acreedor de los incrementos pensionales contemplados en el Art. 21 de esta norma. Sin embargo, de acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia SU 140 de 2019, al no haber sido causado su derecho pensional con anterioridad al 1 de abril de 1994, no es viable el reconocimiento de los incrementos deprecados, resultando innecesario adentrarse en el análisis del requisito de la dependencia económica.

Por todo lo expuesto, hasta el momento resulta procedente la confirmación de la decisión absolutoria de primer grado.

Costas: Sin costas en esta instancia por devenir del estudio del Grado Jurisdiccional de Consulta.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia No. 531 del 18 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado Cuarto Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Cali, por las razones arriba expuestas.

SEGUNDO: ABSOLVER a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por el señor **HENRY NOVISKY GIRALDO,** de condiciones civiles conocidas en autos, conforme las motivaciones que anteceden.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia venir en grado jurisdiccional de consulta.

CUARTO: NOTIFÍQUESE la presente providencia por medio de edicto electrónico, que se fijará por el término de un (1) día en el micrositio web del despacho y mediante comunicación al correo electrónico registrado por los apoderados de las partes, en los términos de la Ley 2213 de 2022. La sentencia podrá consultarse en el siguiente vínculo. **https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-017-laboral-de-cali/74**

QUINTO: DEVOLVER las presentes diligencias al Juzgado Cuarto Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Cali.

NOTIFÍQUESE