



**Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán
Sala Laboral**

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

Diecinueve (19) de Marzo de dos mil veintiuno (2021)

| | |
|--------------------------------------|--|
| Clase de proceso: | Ordinario Laboral |
| Radicación: | 19-001-31-05-002- 2019-000216-01 |
| Juzgado de primera instancia: | Segundo Laboral del Circuito de Popayán |
| Demandante: | Carmen Alicia Guañarita Legarda |
| Demandado: | Colpensiones |
| Asunto: | Confirma sentencia – Niega incremento pensional del 14% |
| Sentencia escrita No. | 018 |

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve el **Grado Jurisdiccional de Consulta** en favor de la demandante, frente a la sentencia emitida el 12 de agosto de 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

Procura la demandante que, en la condición de beneficiario del régimen de transición de su cónyuge causante, se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago del incremento pensional del Decreto 758 de 1990. En consecuencia, solicita que se condene a Colpensiones por concepto del incremento pensional en un 14% desde del 10 de mayo de 2004 hasta el 25 de abril de 2013, data de fallecimiento de su esposo pensionado. Finalmente, requiere el pago de costas procesales (Fls. 17 a 26).

2. Contestación de la demanda

A través de memorial visible a folios 44 a 47, Colpensiones se opuso a las pretensiones del introductorio. Aceptó el reconocimiento de la pensión de vejez en favor del causante y, posteriormente, la prestación de sobrevivientes en favor de la actora. No obstante, recalcó que el causante no fue beneficiario del incremento reclamado, por cuanto causó su derecho pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993. Agregó, además, que dicho beneficio se encuentra derogado. Propuso las excepciones de fondo de: *"INAPLICABILIDAD DE UNA NORMA DEROGADA"*, *"PRESCRIPCIÓN"*, *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER EL INCREMENTO PENSIONAL DEL 14% POR CÓNYUGE"* y la *"INNOMINADA O GENÉRICA"*.

3. Decisión de primera instancia

3.1. El *A quo* dictó sentencia en audiencia del 12 de agosto de 2020, en la que negó las pretensiones de la demanda. En consecuencia, condenó a la parte accionante al pago de agencias en derecho. Para adoptar tal determinación, argumentó que, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, los incrementos pensionales consagrados en el Decreto 758 de 1990 se encuentran vigentes para aquellos beneficiarios del régimen de transición o para quienes se pensionaron por derecho propio con esa primera normatividad, ya sea por vejez o invalidez.

3.2. A pesar de lo anterior, señaló que, en el caso en concreto, la pensión de vejez le fue reconocida al cónyuge causante de la accionante con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003. Por ende, no habría lugar a reconocer el incremento deprecado, como quiera que éstas últimas disposiciones no comportan tal prerrogativa. Por tal motivo, absolvió a la parte pasiva del petitum demandatorio.

3.3. La anterior decisión no fue objeto de apelación, por lo que se remitió el expediente para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

4. Trámite de segunda instancia

4.1. Alegatos de conclusión

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión de conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020¹, se pronunciaron así:

4.1.1. **Parte demandada:**

Requirió se confirme el fallo de primer grado. Recalcó que al causante Homero León Paz le fue reconocida la pensión de vejez en aplicación de la ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003. Por ende, no le asiste derecho a percibir los incrementos pensionales reclamados.

4.1.2. **Parte demandante:**

Formuló sus alegatos de conclusión manera extemporánea². Solicitó se reconozca el incremento pensional en favor de la actora.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Del grado jurisdiccional de consulta.

El grado jurisdiccional de consulta no tiene los limitantes de la apelación, por tanto, el control de legalidad recae sobre todos los aspectos que sirvieron de fundamento a la sentencia.

¹ "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica".

² Mediante auto del 04 de noviembre de 2020 se corrió traslado común para alegatos de conclusión. La providencia se notificó por estados electrónicos el día 05 de noviembre de 2020. El término común de 5 días para formular alegatos transcurrió entre el 06 al 12 de noviembre de 2020. La parte accionante allegó el memorial de alegatos el 17 de noviembre de esa anualidad.

2. Problema jurídico.

Le corresponde a la Sala establecer si:

2.1. ¿Es procedente el reconocimiento a la demandante del incremento pensional por cónyuge a cargo consagrado en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990?

3. Respuesta al interrogante planteado

3.1. La respuesta es **negativa**. Para acceder al incremento pensional por persona a cargo, de que trata el Decreto 758 de 1990, la prestación pensional de vejez o invalidez debe reconocerse con base en esa misma normatividad y no bajo el régimen de transición. En el *sub lite*, la pensión de vejez del causante se otorgó bajo los requisitos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, por ende, la actora no tiene derecho a ese beneficio. Adicionalmente, no es procedente la concesión de dicho incremento, por cuanto perdió su vigencia por derogación orgánica, tal como lo señaló la Corte Constitucional en sentencia SU – 140 de 2019.

Los fundamentos de esta tesis son los siguientes:

3.1.1. El Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, se aplica para aquellas personas que, en vigencia de esa norma, adquirieron el estatus de pensionado por vejez, invalidez o de sobrevivientes, según fuere el caso, al cumplir con los requisitos de edad, tiempo y cotizaciones allí previstos para cada una de esas contingencias. También

se aplica a aquellas personas beneficiarias del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Según esta norma, quienes al entrar en vigencia la citada Ley hayan contado con 35 años o más si es mujer, o 40 años o más si es hombre, o 15 años o más de servicios cotizados, pueden obtener el reconocimiento de su pensión de vejez conforme a los requisitos previstos en la norma anterior.

3.1.2. El artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 consagra que las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán en un 7% sobre la pensión mínima legal por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años, o de 18 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 14% sobre la pensión mínima legal por cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión. Dichos incrementos no podrán exceder del 42% de la pensión mínima legal.

3.1.3. De la vigencia del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

3.1.3.1. Esta Sala, en anteriores pronunciamientos había reconocido los incrementos pensionales por personas a cargo consagrados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año. Se sostenía que esa norma conservaba su vigencia para quienes obtuvieron la pensión de vejez bajo dicha normatividad y con el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Este criterio se apoyaba en el precedente

de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia³, según el cual, la citada Ley 100 no derogó en su totalidad la legislación que regulaba la materia, sino que dejó vigentes varias disposiciones, entre ellas el artículo 21 del acuerdo en mención.

3.1.3.2. No obstante, desde la sentencia de unificación SU – 140 de 2019, la Sala mayoritaria ha seguido el criterio jurisprudencial de la H. Corte Constitucional allí consignado. Según esta posición, de los principios de **articulación, organización y unificación normativa**, ante la regulación integral y exhaustiva en materia pensional que hizo la Ley 100 de 1993, se puede concluir que se dio una **derogatoria orgánica del régimen anterior, dentro del cual cohabitan los referidos incrementos**.

3.1.3.3. Se recalcó, además, que los incrementos que prevé el artículo 21 del Acuerdo 49 no fueron dotados de una naturaleza pensional por expresa disposición del artículo 22 *ibídem*, por tanto, el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 únicamente protegió las expectativas legítimas que pudieren tenerse para adquirir el **derecho principal de pensión**. Los derechos accesorios a éste –además de no tener carácter de derechos pensionales por expresa disposición- no tuvieron efecto ultractivo alguno. Asimismo, sostuvo la Corte que, aún si 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

³ Ver la sentencia fundante del 27 de julio de 2005, radicación 21517, M.P. ISAURA VARGAS DIAZ Y JAIME MORENO GARCÍA y las sentencias de fecha 5 de diciembre del año 2007, Radicaciones No. 29751 y 29531. M. P. Dr. Luis Javier Osorio López.

reconocimiento violaría el inciso 11 del artículo 48 Superior, según la reforma introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005, en tanto que, según esta última norma, la liquidación de las pensiones debe hacerse teniendo en cuenta las cotizaciones correspondientes. Ahora, 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.

3.1.3.4. En suma, del estudio del fallo de unificación traído a colación se extrae que los incrementos pensionales de que trata el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 no se encuentran vigentes para quienes adquirieron su derecho pensional bajo el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, por cuanto:

(i) Dichas prerrogativas fueron orgánicamente derogadas a partir de la vigencia de la norma que adoptó el Sistema Integral de Seguridad Social, habida cuenta de su no inclusión en la regulación integral de la Ley 100 de 1993.

(ii) Los incrementos pensionales no hicieron parte del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual se diseñó para proteger las expectativas legítimas exclusivamente respecto del derecho a la pensión, no ostentando los incrementos tal naturaleza.

(iii) Esas prerrogativas no fueron adoptadas por el legislador en el nuevo Sistema Integral al contraponerse a la noción de economía de cuidado, en virtud a que los mismos favorecen la discriminación de la mujer que, con su

aporte al hogar, tuvo una participación más que relevante en el sostenimiento del mismo, por lo que a su juicio, tal norma debía ceder ante el concepto de la pensión familiar que consagra la Ley 1580 de 2009.

(iv) De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005, el reconocimiento de dichos incrementos desconoce los principios de legalidad, sostenibilidad pensional y financiera.

(v) No hay lugar a la aplicación del principio de favorabilidad, puesto que no existe duda hermenéutica en la interpretación de una norma derogada orgánicamente con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

3.2. Caso concreto.

3.2.1. Se observa que, mediante Resolución No. 001344 del 24 de agosto de 2004, el Instituto de Seguros Sociales – I.S.S., hoy Colpensiones, reconoció en favor del señor Homero León Paz Orozco la pensión de vejez a partir del 10 de mayo de esa misma anualidad. Para conceder tal prestación, se indicó que el pensionado cumplía los requisitos exigidos por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003 (Fl. 3 a 4⁴).

3.2.2. Existiendo claridad sobre la norma bajo la cual se reconoció el derecho pensional, concluye la Sala que no resulta procedente el reconocimiento del deprecado

⁴ Cuaderno 1ª instancia. Archivo 3 – “ANEXOS DEMANDA” del expediente digital.

incremento pensional por cónyuge a cargo, en tanto que la pensión de vejez reconocida al cónyuge de la actora, se estructuró y reconoció bajo vigencia de la Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, norma que no contempla los referidos incrementos. Por tal motivo, no resulta procedente las pretensiones incoadas.

3.2.3. Según la sentencia de unificación SU – 140 de 2019, los incrementos pensionales del Decreto 758 de 1990, fueron derogados orgánicamente con la expedición de la Ley 100 de 1993, salvo para quienes adquirieron su derecho antes de la promulgación de esta. Como el derecho pensional objeto de estudio, se causó en el año 2004, no resulta procedente su reconocimiento. Por lo expuesto, se impone confirmar la sentencia consultada.

4. Costas

No se impondrá condena en costas en el grado jurisdiccional de consulta.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de agosto de 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, objeto de consulta, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

TERCERO: Notifíquese esta decisión por estados electrónicos, conforme a los señalado en el Decreto 806 de 2020, con la inclusión de esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada válida para
actos judiciales y administrativos



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Magistrado

Popayán-Cauca



CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA



LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
(Con aclaración de voto)

ACLARACIÓN DE VOTO SOBRE LA VIGENCIA DE LOS INCREMENTOS PENSIONALES DE LOS ARTICULOS 21 Y 22 DEL ACUERDO 049 DE 1990

No estoy de acuerdo con la sala mayoritaria, cuando en la parte motiva considera que los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049-90 perdieron vigencia, por las siguientes razones:

1. No comparto el criterio mayoritario, fundado en la aplicación de la tesis de la Corte Constitucional sobre la pérdida de vigencia de los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, expuesta en la sentencia SU-140 DE 2019.

EN PRIMER LUGAR, porque tal precedente SU, en esta materia de la vigencia de los artículos 21 y 22, no es obligatorio para los demás Jueces de la República, a sabiendas que la Corte Constitucional desbordó sus facultades superiores y legales para resolver sobre esta controversia en sede de tutela, desconociendo al Juez Natural que es el CONSEJO DE ESTADO, por mandato de los artículos 37 y 43 de la CP, en concordancia con el numeral 9 del artículo 37 de la Ley 270 de 1996, por tratarse de normativas expedidas por autoridades administrativas y ratificadas por el Gobierno Nacional por medio del Decreto 750 de 1990.

En ejercicio de tales funciones, el Consejo de Estado ya resolvió positivamente la vigencia de las citadas normativas mediante sentencia del año 2017, con valor de cosa juzgada, en el proceso con Radicación: 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08), por medio de la cual resolvió la acción de nulidad por inconstitucional y legal de los mencionados artículos, que propuso el ISS.

Si bien el Consejo de Estado en esta oportunidad no hizo la tarea de efectuar el estudio de constitucionalidad, no

obstante le fue solicitado, en todo caso, resolvió de fondo la vigencia de tales normativas frente a la Ley 100, para aquellas personas que se pensionan por Vejez con las reglas del Acuerdo 049 de 1990, al ser beneficiarios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al estimar que no fueron derogadas expresamente, ni tácita, ni en forma orgánica, por la citada Ley 100/93.

Valga mencionar, en la SU-140-19, la Corte Constitucional ignora por completo esta sentencia del Consejo de Estado del 2017, que es obligatoria para todos los Jueces de la República, sin distinciones, se insiste, porque proviene del Juez competente para desatar la controversia.

En tal sentido, la Doctora Gloria Stella Ortiz Delgado, salva parcialmente su voto.

EL SEGUNDO ARGUMENTO que considero razonable para apartarme de la tesis de la Corte Constitucional, parte del hecho no discutible de la obligatoriedad del precedente del Tribunal de Cierre en esta materia, CSJ-SL, por mandato superior y legal, quien trae la línea de la vigencia de los citados artículos 21 y 22, desde la sentencia fundante del 27 de julio de 2005, radicado 21517, con reiteración pacífica hasta la fecha.

Es decir, los dos Tribunales con competencia para definir la materia objeto de litigio, coinciden en su línea de pensamiento y por lo tanto, debe preferirse esta interpretación.

COMO TERCER ASPECTO RELEVANTE, en sede de tutela, la doctrina de la Corte Constitucional es CRITERIO AUXILIAR, tal cual lo dispone el numeral 2 del artículo 48 de la CP, declarado exequible bajo tal entendido, en la sentencia C-037-96 y tal alcance cobija también a la SU-140 en este tema ajeno a su competencia, al punto, que dicha providencia ha sido objeto de la solicitud de nulidad, entre otras razones.

Este planteamiento se acompasa con lo expuesto por la Magistrada Diana Fajardo Rivera en su salvamento de voto, cuando afirma que esta providencia, en este tema de la vigencia de los citados artículos, no tiene efectos erga homes.

POR ULTIMO, acorde con los salvamentos de voto de los Magistrados Gloria Stella, Jose Fernando Reyes Cuartas y Jorge Rojas, en la SU-140 (i) primó una decisión mayoritaria sobre la base de criterios de conveniencia económica que nada tienen que ver con el principio de la sostenibilidad del sistema; (ii) se desconoce abiertamente el principio superior de favorabilidad e indubio pro operario; es regresiva en cuanto a la protección de los derechos fundamentales a la pensión, al mínimo vital y los derechos adquiridos, de un grupo de personas con pensión igual o equivalente al salario mínimo.



LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO SALA LABORAL