

REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL



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

DEMANDANTE: *DIÓGENES TOMBE AGREDO*
DEMANDADOS: *COLPENSIONES*
RADICACIÓN: *76001-31-05-009-2019-00403-01*
ASUNTO: *Apelación sentencia de agosto 9 de 2019*
ORIGEN: *Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali*
TEMA: *Incremento pensional*
DECISIÓN: *Confirma.*

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, veintiséis (26) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, conformada por los Magistrados FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO, CAROLINA MONTOYA LONDOÑO y MARÍA ISABEL ARANGO SECKER, quien actúa como ponente, obrando de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procedemos a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, resolviendo el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia No. 323 del 9 de agosto de 2019, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario promovido por **DIÓGENES TOMBE AGREDO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, con radicado No. **76001-31-05-009-2019-00403-01**.

SENTENCIA No. 205

DEMANDA¹. Pretende el promotor de la acción que se condene a COLPENSIONES a reconocerle y pagarle el incremento pensional del 14 % por su compañera permanente, la señora Vitalina Martínez Sotelo, sobre la pensión mínima legal, a partir del 16 de septiembre de 2013; se reconozcan los reajustes sobre los incrementos; los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o en su defecto la indexación de las sumas reconocidas y las costas procesales.

¹ Fs. 3-11

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que, mediante resolución del 20 de agosto de 2015, modificada con resolución del 29 de octubre de 2015, se le reconoció la pensión de vejez a partir del 16 de septiembre de 2013; sin embargo, en dichos actos administrativos no se le reconoció el incremento pensional del 14 % sobre la pensión mínima legal de que trata el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, por su compañera permanente Vitalina Martínez Sotelo, quien no devenga salario, ni recibe ingreso alguno, lo que la hace dependiente económicamente de su compañero permanente, por lo que, el 2 de febrero de 2018, solicitó el reconocimiento del incremento pensional, pero le fue negado por COLPENSIONES a través de oficio de esa misma fecha.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES². La AFP se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumento de defensa, expuso que no se cumplen los presupuestos de hecho y de derecho para el reconocimiento del incremento pensional solicitado, pues el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fue derogado orgánicamente por la Ley 100 de 1993, aunado que el régimen de transición se diseñó para proteger las expectativas legítimas sobre el derecho pensional, pero no sobre derechos accesorios como lo son los incrementos pensionales. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, violación al principio constitucional de “sostenibilidad del sistema”, prescripción, imposibilidad de condena en costas, buena fe, reconocimiento oficioso de excepciones.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, mediante la Sentencia No. 323 del 9 de agosto de 2019, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; absolvió a COLPENSIONES de todas las pretensiones de la demanda, y condenó en costas a la parte actora.

Como fundamentos de su decisión, la a quo señaló, en síntesis, que, si bien al actor se le reconoció la pensión de vejez con fundamento en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición, el artículo 21 de dicho decreto, que consagra el incremento pensional por persona a cargo, fue objeto de derogatoria orgánica con la

² Fs. 49-51

entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, según lo indicado por la Corte Constitucional dentro de la Sentencia SU-140 de 2019, por lo cual dejaron de existir a partir del 1º de abril de 1994, aún para los beneficiarios del régimen de transición, siendo por ello improcedente su reconocimiento en este caso, pues al demandante se le reconoció la pensión de vejez a partir del 16 de septiembre de 2013, es decir, cuando ya habían desaparecido de la vida jurídica los incrementos pensionales.

IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** apeló la sentencia y, como sustento de la alzada argumentó que la decisión desconoce el precedente judicial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que es posterior a la sentencia SU-140 de 2019. Agregó, que no comparte la tesis que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 quedaron derogados los incrementos pensionales consagrados en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, pues la jurisprudencia ha definido que es viable reconocerlos aún con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 100, para aquellas personas que se les reconoció la pensión con fundamento directo en el Decreto 758 o por vía del régimen de transición, siendo esa condición cumplida por el actor, ya que no se discute la fuente normativa de su derecho a la pensión de vejez.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. La parte demandante reiteró los argumentos expuestos al sustentar el recurso de apelación; la parte demandada guardó silencio. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si éste fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala a desatar la alzada, al tenor del artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., adicionado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, en el sentido de limitar expresamente la competencia del juez de segundo grado a "...las materias objeto del recurso de apelación..." de conformidad con el principio de consonancia.

PROBLEMA JURÍDICO. En estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, se centra a resolver: Si es procedente reconocerle al

señor DIÓGENES TOMBE AGREDO el incremento pensional por persona a cargo consagrado en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, debe la Sala pronunciarse sobre los temas planteados, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Inicialmente advierte la Sala que no es objeto de debate dentro del presente asunto: **(i)** Que mediante Resolución GNR 251378 del 20 de agosto de 2015, COLPENSIONES reconoció al señor DIÓGENES TOMBE AGREDO la pensión de vejez, a partir del 1° de septiembre de 2015, conforme el Decreto 758 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición (fs. 14-17); **(ii)** Que a través de Resolución GNR 340169 del 29 de octubre de 2015, COLPENSIONES modificó el anterior acto administrativo, en el sentido de reconocer la pensión de vejez a partir del 16 de septiembre de 2013 (fs. 18-19).

De acuerdo con las circunstancias fácticas previamente anotadas, Igualmente, evidente resulta que el promotor de la acción es beneficiario del régimen de transición y que la norma que rige su derecho pensional es el Decreto 758 de 1990, pues así fue reconocido por la AFP a través de la resolución que le otorgó la pensión de vejez.

Para resolver el problema jurídico planteado, lo primero que ha de decirse es que para quienes adquirieron el derecho pensional por vejez con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que lo fue el 1° de abril de 1994, no procede el acrecentamiento de la mesada pensional por persona a cargo, como quiera que este beneficio, en primer lugar, no fue incluido expresamente en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y, en segundo lugar, no hace parte integrante del derecho principal de la pensión de vejez, sino que es accesorio a la misma.

De esa manera lo concluyó la H. Corte Constitucional en Sentencia SU-140 de 2019, en la que luego de realizar una exposición de los criterios que se habían zanjado en sede de tutela frente a este tipo de prerrogativa, manifestó que el régimen de transición solo se diseñó para proteger las expectativas legítimas exclusivamente del derecho a la pensión, pero que no llegó a extenderse a derechos extra pensionales accesorios, como sucede con los incrementos contemplados en el artículo 21 del acuerdo 049 de 1990.

Igualmente, aclaró el alto tribunal Constitucional que los incrementos contemplados en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fueron orgánicamente derogados a partir de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, indicando que el referido artículo no produjo efecto jurídico alguno respecto de quienes hayan causado su derecho pensional con posterioridad al 1º de abril de 1994.

En ese sentido, se tiene que la derogatoria orgánica ocurre cuando una ley nueva regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería y se basa en que si el legislador ha vuelto a regular una materia que ya era reglamentada por una norma precedente, se concluye que ha partido de otros principios o directrices, los cuales podrían llevar a consecuencias diversas y opuestas a las que se pretenden si se introdujera un precepto de la ley antigua, aunque no fuere incompatible con las normas de la ley nueva.

Siguiendo este hilo conductor, se tiene que, pese a que la sentencia de unificación respecto al tema del incremento pensional estudiado, fue proferida por la H. Corte Constitucional data del 28 de marzo de 2019, ésta tiene efectos jurídicos inmediatos, debiendo ser aplicada independientemente de la fecha de radicación del proceso, más aún cuando se dejó claro por el máximo órgano de cierre Constitucional, que dicha prerrogativa fue derogada a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, sin que sea dable entender que en tal pronunciamiento el alto tribunal hubiese dado pautas para la aplicación en el reconocimiento de los incrementos pensionales, pues se reitera, la decisión allí adoptada definió que aquellos desaparecieron de la vida jurídica con la entrada en vigencia del nuevo sistema pensional.

Valga anotar que, sobre la aplicabilidad del precedente de Unificación en comento, la Sala de Casación Laboral de la CSJ en sede constitucional estudió acciones de tutela contra sentencias dictadas en procesos ordinarios que versaban sobre asuntos similares al estudiado, puntualizando recientemente en Sentencia STL3265-2020 del 18 de marzo de 2020 que:

“(...) debe precisarse que de conformidad con el artículo 241 de la Constitución Nacional y la sentencia CC SU611/17, el precedente de la Corte Constitucional en sede de constitucionalidad es vinculante para todas las jurisdicciones, y aunque en tratándose de fallos de tutela, se trata de un criterio auxiliar de interpretación para los operadores judiciales, el hecho de que las accionadas hubieran acogido el precedente establecido por la Corte

Constitucional en sentencia SU140/19, no hace que dicha actuación pueda catalogarse como irracional o desproporcionada (...)”.

Asimismo, debe indicarse que no le asiste razón al recurrente cuando alega que la sentencia de primera desconoció el precedente judicial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia posterior a la sentencia SU-140 de 2019, pues contrario a su dicho, a partir de la citada sentencia de unificación dictada por la Corte Constitucional, la línea jurisprudencial del órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral ha sido pacífica respecto la improcedencia de reconocer el incremento pensional por persona a cargo dispuesto en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, para quienes se les reconoció la pensión de vejez con fundamento en dicha normatividad, pero con posteridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL4334-2022, en la que rememoró la Sentencia SL2061-2021, en los siguientes términos:

“Precisado lo anterior, encuentra la Sala que la problemática traída a colación por la entidad solicitante ya ha sido abordada por esta Corporación. En efecto, en la sentencia SL2061-2021, así reflexionó la Corte:

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.

De lo expuesto, resulta palmaria la equivocación en que incurrió el sentenciador de segundo grado cuando, pese a reconocer que la Corte

Constitucional en la sentencia SU-140 de 2019 había unificado «el criterio relacionado con el incremento pensional por persona a cargo considerando que el mismo dejó de existir a partir de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993», concluyó que el mismo no resultaba aplicable al sub examine, «pues el presente asunto fue iniciado con anterioridad a dicha doctrina, esto es, que al momento de presentar la actual demanda no se exigía a los demandantes el cumplimiento de las condiciones de hecho que trae o apareja el nuevo criterio doctrinal por ende no puede sorprenderse a las partes en curso del proceso con la aplicación o exigencia de hechos nuevos que no eran necesarios al momento de presentación de la demanda», desconociendo que el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año --norma en que se soportaba la pretensión relativa a los incrementos pensionales discutidos--, había sido objeto de derogación orgánica y, en ese sentido, las disposiciones que regían el beneficio reclamado al momento del fallo habían sufrido modificaciones.»

Así y atemperándose a la jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional y de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el reconocimiento del incremento pensional por persona a cargo pretendido por el señor DIÓGENES TOMBE AGREDO resulta improcedente, en razón a que, como se dejó sentado al inicio de estas consideraciones, su pensión de vejez fue reconocida a partir del 16 de septiembre de 2013, esto es, cuando el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 había desaparecido del ordenamiento jurídico como consecuencia de la derogatoria orgánica que se presentó con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Para reforzar la tesis de la improcedencia del incremento pensional en este asunto, téngase en cuenta que el parágrafo 5° del artículo 1° del acto legislativo 01 de 2005, reza: "*Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido*". Por tanto, el acrecimiento pensional por persona a cargo solo puede ser reconocido a aquellos pensionados que lograron causar su derecho en vigencia del Decreto 758 de 1990, no siendo ese el caso del promotor de la acción, a quien dicha normatividad se le aplicó en virtud del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

En esos términos, indefectiblemente la Sala debe confirmar en su integridad la sentencia apelada.

Costas en instancia a cargo de la parte demandante por no haber prosperado su recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$100.000.

En mérito de lo expuesto, la **SALA QUINTA DE DECISIÓN 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 la Sentencia No. 323 del 9 de agosto de 2019, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte **DEMANDANTE**. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$100.000

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER



FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO



CAROLINA MONTOYA LONDOÑO