

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado Ponente

SENTENCIA LABORAL

10 de septiembre de 2021

Aprobado mediante acta No 6 de fecha 6 de septiembre de 2021

RAD: 20-001-31-05-002-2014-00156-01. Proceso ordinario laboral promovido por GUILLERMO ROYERO MONTERO contra COLPENSIONES.

1. OBJETO DE LA SALA

En aplicación del decreto 806 del 4 de junio de 2020, en su artículo 15, la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Valledupar, Cesar, integrada por los Magistrados **ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ**, **JESUS ARMANDO ZAMORA SUAREZ** (com impedimento) y **JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH** quien la preside como ponente, procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de las demandadas, en contra de la sentencia proferida el 26 de septiembre de 2016 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso de la referencia.

2. ANTECEDENTES.

2.1. DEMANDA Y CONTESTACIÓN

2.1.1 HECHOS

2.1.1.1 GUILLERMO ENRIQUE ROYERO MONTERO, manifiesta que cotizó al Sistema General de Seguridad Social al extinto ISS, ahora COLPENSIONES en extremos del 13 de agosto de 1976 hasta el 31 de enero de 2011.

2.1.1.2 La accionada mediante Resolución No. 103709 del 14 de octubre de 2010 le reconoció la pensión de vejez a partir del 1 de octubre de 2010 en cuantía de \$785.166 por ser beneficiario del régimen de transición.

2.1.1.3 Indica que el reconocimiento se realizó teniendo en cuenta 1599 semanas de cotización con un IBL de \$872.407 al que se le aplicó una tasa de reemplazo del 90%.

2.1.1.4 A la fecha de presentación de la demanda asevera que tenía 1.541 semanas cotizadas.

2.1.1.5 Señala que revisada la historia laboral se estableció que el ISS, hoy COLPENSIONES no tuvo en cuenta ciclos de cotizaciones laborados, reportándolos en cero (0) al momento de expedir su certificado de semanas cotizadas los cuales son:

- Ciclos en extremos desde el 1 de agosto de 1999 al 31 de agosto de 1999 siendo el empleador COOPERATIVA SANTANDEREANA DE TRANSP 890200928 para un total de 4,29 semanas omitidas.
- Ciclos en extremos desde el 1 de septiembre de 1999 al 30 de septiembre de 1999 siendo el empleador COOPERATIVA SANTANDEREANA DE TRANSP 890200928 para un total de 4,29 semanas omitidas.
- Ciclos en extremos desde el 1 de enero de 2009 al 31 de enero de 2009 siendo el empleador COOPERATIVA SANTANDEREANA DE TRANSP 890200928 para un total de 4,29 semanas omitidas.
- Ciclos en extremos desde el 1 de febrero de 2009 al 28 de febrero de 2009 siendo el empleador COOPERATIVA SANTANDEREANA DE TRANSP 890200928 para un total de 4,29 semanas omitidas.
- Ciclos en extremos desde el 1 de marzo de 2009 al 31 de marzo de 2009 siendo el empleador COOPERATIVA SANTANDEREANA DE TRANSP 890200928 para un total de 4,29 semanas omitidas.
- Ciclos en extremos desde el 1 de abril de 2009 al 30 de abril de 2009 siendo el empleador COOPERATIVA SANTANDEREANA DE TRANSP 890200928 para un total de 4,29 semanas omitidas.
- Ciclos en extremos desde el 1 de mayo de 2009 al 31 de mayo de 2009 siendo el empleador COOPERATIVA SANTANDEREANA DE TRANSP 890200928 para un total de 4,29 semanas omitidas.

- Ciclos en extremos desde el 1 de junio de 2009 al 30 de junio de 2009 siendo el empleador COOPERATIVA SANTANDEREANA DE TRANSP 890200928 para un total de 4,29 semanas omitidas.
- Ciclos en extremos desde el 1 de julio de 2009 al 31 de julio de 2009 siendo el empleador COOPERATIVA SANTANDEREANA DE TRANSP 890200928 para un total de 4,29 semanas omitidas.
- Ciclos en extremos desde el 1 de agosto de 2009 al 31 de agosto de 2009 siendo el empleador COOPERATIVA SANTANDEREANA DE TRANSP 890200928 para un total de 4,29 semanas omitidas.
- Ciclos en extremos desde el 1 de septiembre de 2009 al 30 de septiembre de 2009 siendo el empleador COOPERATIVA SANTANDEREANA DE TRANSP 890200928 para un total de 4,29 semanas omitidas.
- Ciclos en extremos desde el 1 de octubre de 2009 al 31 de octubre de 2009 siendo el empleador COOPERATIVA SANTANDEREANA DE TRANSP 890200928 para un total de 4,29 semanas omitidas.
- Ciclos en extremos desde el 1 de noviembre de 2009 al 30 de noviembre de 2009 siendo el empleador COOPERATIVA SANTANDEREANA DE TRANSP 890200928 para un total de 4,29 semanas omitidas.
- Ciclos en extremos desde el 1 de diciembre de 2009 al 31 de diciembre de 2009 siendo el empleador COOPERATIVA SANTANDEREANA DE TRANSP 890200928 para un total de 4,29 semanas omitidas.
- Ciclos en extremos desde el 1 de enero de 2010 al 31 de enero de 2010 siendo el empleador COOPERATIVA SANTANDEREANA DE TRANSP 890200928 para un total de 4,29 semanas omitidas.
- Ciclos en extremos desde el 1 de febrero de 2010 al 28 de febrero de 2010 siendo el empleador COOPERATIVA SANTANDEREANA DE TRANSP 890200928 para un total de 4,29 semanas omitidas.

- Ciclos en extremos desde el 1 de marzo de 2010 al 31 de diciembre de 2010 siendo el empleador COOPERATIVA SANTANDEREANA DE TRANSP 890200928 para un total de 4,29 semanas omitidas.
- Ciclos en extremos desde el 1 de abril de 2010 al 30 de abril de 2010 siendo el empleador COOPERATIVA SANTANDEREANA DE TRANSP 890200928 para un total de 4,29 semanas omitidas.
- Ciclos en extremos desde el 1 de mayo de 2010 al 31 de mayo de 2010 siendo el empleador COOPERATIVA SANTANDEREANA DE TRANSP 890200928 para un total de 4,29 semanas omitidas.
- Ciclos en extremos desde el 1 de junio de 2010 al 30 de junio de 2010 siendo el empleador COOPERATIVA SANTANDEREANA DE TRANSP 890200928 para un total de 4,29 semanas omitidas.
- Ciclos en extremos desde el 1 de julio de 2010 al 31 de julio de 2010 siendo el empleador COOPERATIVA SANTANDEREANA DE TRANSP 890200928 para un total de 4,29 semanas omitidas.
- Ciclos en extremos desde el 1 de agosto de 2010 al 31 de agosto de 2010 siendo el empleador COOPERATIVA SANTANDEREANA DE TRANSP 890200928 para un total de 4,29 semanas omitidas.
- Ciclos en extremos desde el 1 de septiembre de 2010 al 30 de septiembre de 2010 siendo el empleador COOPERATIVA SANTANDEREANA DE TRANSP 890200928 para un total de 4,29 semanas omitidas.
- Ciclos en extremos desde el 1 de octubre de 2010 al 31 de octubre de 2010 siendo el empleador COOPERATIVA SANTANDEREANA DE TRANSP 890200928 para un total de 4,29 semanas omitidas.
- Ciclos en extremos desde el 1 de noviembre de 2010 al 30 de noviembre de 2010 siendo el empleador COOPERATIVA SANTANDEREANA DE TRANSP 890200928 para un total de 4,29 semanas omitidas.

- Ciclos en extremos desde el 1 de diciembre de 2010 al 31 de diciembre de 2010 siendo el empleador COOPERATIVA SANTANDEREANA DE TRANSP 890200928 para un total de 4,29 semanas omitidas.
- Ciclos en extremos desde el 1 de enero de 2011 al 31 de enero de 2011 siendo el empleador COOPERATIVA SANTANDEREANA DE TRANSP 890200928 para un total de 4,29 semanas omitidas.

2.1.1.6. Que los ciclos cometidos arrojan un total de 115.83 semanas y, sumadas a las 1.541 reconocidas sería un total de 1657 semanas cotizadas, es decir 58 semanas adicionales que no se tuvieron en cuenta al momento de otorgarle la pensión y que permitirían aumentar su IBL.

2.1.1.7. El demandante ha convivido por más de 3 años con su cónyuge YUDIS ESTHER VILLA PÉREZ quien depende económicamente de él.

2.1.1.8. El demandante presentó reclamación administrativa pero la entidad no respondió.

2.2. PRETENSIONES.

2.2.1. Que se declare que COLPENSIONES al expedir la Resolución No. 103709 no tuvo en cuenta el promedio de cotización de toda la vida laboral anterior a la fecha del reconocimiento pensional para determinar el IBL y la tasa de reemplazo.

2.2.2. Que se condene a COLPENSIONES a reliquidar la mesada pensional en cuantía de \$828.000 o la que se determine siempre que no sea inferior al valor reconocido por la demandada.

2.2.3. Reconocer y condenar al incremento pensional del 14% por tener a cargo a su cónyuge desde el 1 de octubre de 2010.

2.3. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.

2.3.1. La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, a través de apoderado judicial contestó la demanda indicando ser ciertos los hechos relacionados con el número de semanas cotizadas. Con respecto a los demás, manifestó ser apreciaciones subjetivas del apoderado.

Propone como medios exceptivos los denominados *“Falta de competencia”* como excepción previa y, como excepciones de fondo: *“Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir y prescripción”*

2.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

2.4.1 Mediante providencia de fecha 26 de septiembre de 2016, el *a quo* reconoció y ordenó liquidar y pagar a favor del demandante el reajuste de su primera semana pensional a partir del 1º de octubre del año 2010 por la suma de \$814.411,8 más los incrementos por IPC desde el año 2011 al 2016 más aquellos que en lo sucesivo se causen, los cuales al mes de agosto del año 2016 arrojan un valor por mesadas ordinarias y extraordinarias la suma de \$2.476.192. Asimismo, autorizó a COLPENSIONES a deducir de las mesadas a pagar descontar lo relativo a las cotizaciones a salud, las que deberán ser giradas a la gestora correspondiente, conforme a las mesadas que prosperen.

2.4.2 De otro lado, reconoció el incremento del 14% en las mesadas pensionales por su cónyuge sobre el SMLMV a partir del 1 de octubre de 2010 y las que en lo sucesivo se causen.

2.4.3 En consecuencia, condenó a COLPENSIONES a pagar al accionante el incremento pensional por persona a cargo, causado a partir del 1 de octubre de 2010, hasta la fecha actual estimado en la suma de \$6.846.806 y las que en lo sucesivo se causen debidamente indexados a la fecha de pago. Por último, ordenó a COLPENSIONES incluir en la nómina del pensionado el reajuste del 14% hasta que desaparezcan las causas que le dieron origen.

2.4.3 PROBLEMAS JURÍDICOS ABORDADOS.

“1. Si el señor Guillermo Enrique Royero tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez teniendo en cuenta el promedio de lo cotizado en los últimos 10 años al no ser motivo de discusión en este proceso el derecho pensional que se rige por el Acuerdo 049 de 1990 y su Decreto aprobatorio 758 de esa misma anualidad. En caso afirmativo, cuál es el monto de la primera mesada, retroactivo, intereses moratorios e indexación.

2. Si el actor es titular de los incrementos pensionales por su cónyuge y, en caso afirmativo desde cuándo el retroactivo, inclusión en nómina, costas y agencias en derecho”

Como fundamento de su decisión luego de citar senda jurisprudencia de la Sala Laboral de la CSJ concluyó en síntesis que la primera mesada para los trabajadores que al entrar a regir la ley 100 de 1993 le hacían falta para pensionarse más de 10 años, el IBL se obtiene con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años de cotización. Arguye que en el proceso no está en discusión que la tasa de reemplazo sea el máximo del Acuerdo 049 de 1990, es decir el 90%.

Evidenció a folio 31 del expediente, la historia laboral y, en la casilla 16 se observa el IBC reportado, en la casilla 17 el valor pagado con relación, la casilla 19 novedad, y casilla 20 el número de días laborados reportados por el trabajador.

Revisado el reporte, observó que, si existió la relación laboral en los periodos anotados en la demanda, es decir, que, si estaba vigente la relación laboral, lo que en realidad ocurrió fue una negligencia o desidia por parte de la gestora frente al cobro de las cotizaciones, situación que no puede asumir o ser adversa al trabajador.

Así las cosas, determinó que el valor de la primera mesada con el promedio de los últimos 10 años contados a partir de la última cotización entre enero 2001 a enero de 2011 era la suma de \$814.411,8 existiendo una diferencia entre la reconocida por COLPENSIONES.

De otra parte, frente a los incrementos pensionales indicó que se acreditó la dependencia económica de su cónyuge.

2.5. RECURSO DE APELACIÓN.

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que:

2.5.1. A la parte demandante se le otorgó pensión de vejez la cual fue liquidada de forma correcta y teniendo en cuenta todos los periodos cotizados, aplicable la normatividad vigente para esa fecha y con una tasa de reemplazo del 90%.

2.5.2. Frente a los incrementos pensionales aduce que no fueron incorporados con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993.

2.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

2.6.1 COLPENSIONES.

A través del auto del 19 de julio de 2021, notificado por estado 104 del 21 de julio del mismo año; se corrió traslado con el fin de que presentara alegatos de conclusión por la parte recurrente, no fue allegado escrito en este sentido, según constancia secretarial adosada al proceso.

2.6.2 DEL DEMANDANTE.

Por medio de auto del 5 de agosto de 2021, notificado por estado N° 116 del 6 de agosto del mismo año; se corrió traslado a la parte no recurrente en aras de presentar los alegatos conclusivos, no se pronunció, según constancia secretarial del 20 de agosto de 2021.

2 CONSIDERACIONES

Preliminarmente debe expresarse, que, verificado el expediente, se tiene que la primera instancia lo remitió con el fin de que se resolviera el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la demandada COLPENSIONES, razón por la cual debe ceñirse al principio de consonancia.

Por otro lado, se expresa, que los presupuestos procesales se encuentran satisfechos, situación que permite proferir una decisión de fondo. Además, no se evidencia causal alguna de nulidad que invalide lo actuado.

Examinado el proceso, se observa la debida integración de la Litis, pues se constituyó como parte la **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO** (folios 45 y 46)

3.2 COMPETENCIA.

Este tribunal tiene competencia tal como se asigna el Artículo 15 literal B numerales 1 y 3 del C.P.T.S.S.

3.3 PROBLEMA JURÍDICO

¿El demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez teniendo en cuenta los periodos no cotizados por su empleador?

¿El demandante tiene derecho al incremento del 14% de su mesada pensional por cónyuge a cargo?

Los insumos que se tendrán en cuenta para resolver el problema jurídico son los siguientes:

3.3. FUNDAMENTO NORMATIVO

3.3.1. Acuerdo 049 de 1990/ Decreto 758 de 1990

Artículo 21. Incrementos de las pensiones de invalidez por riesgo común y vejez. 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.

3.4. FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

3.4.1. JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL.

3.4.1.1 Unificación de jurisprudencia en materia de imprescriptibilidad respecto del incremento pensional del 14% en relación con el cónyuge o compañero (a) permanente a cargo (Corte Constitucional, SU-140 de 2019 del 28 de marzo de 2019, DRA. CRISTINA PARDO SCHLESINGER)

“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.”

3.4.2. JURISPRUDENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA CASACIÓN LABORAL.

3.4.2.1 Sentencia CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270, MP. Eduardo Adolfo López Villegas

“Esta Sala de la Corte Suprema de Justicia recientemente en sentencia de 22 de julio de 2008, rad. N.º 34270, varió su jurisprudencia sobre los efectos de la mora patronal y estableció el criterio de que cuando se presente omisión por parte del empleador en el pago de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones y esto impida el acceso a las prestaciones, si además medió incumplimiento de la administradora en el deber legal que tiene de cobro, es a esta última a quien le incumbe el pago de las mismas a los afiliados o sus beneficiarios”.

3.4.2.2 SENTENCIA SL 4340 del 7 de octubre de 2020 MP DRA. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

“...esta Corporación de forma reiterada ha señalado que, ante la mora del empleador en el pago de cotizaciones al sistema pensional, las administradoras de pensiones deben agotar diligente y oportunamente las gestiones de cobro ante los empleadores, de suerte que, de omitirse esta obligación, deben responder por el pago de la prestación a que haya lugar, según la normativa aplicable”

3.4.2.3 Improcedencia del reconocimiento del incremento pensional del artículo 21 del decreto 758 a beneficiarios a los cuales se reconoció la prestación social bajo los postulados de transición (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL2334-2019 del 11 de junio de 2019 radicación N° 70201 MP. Dr. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO).

“Sobre la vigencia de los incrementos por persona a cargo, la jurisprudencia ha definido que es viable reconocerlos, aun con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, como en el fondo lo sostiene la censura; así lo ha contemplado pero en favor de los pensionados a quienes se le 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, condiciones que acredita el recurrente, en razón a que no se discute la fuente normativa de la pensión que recibe. (Sentencia 60910/19, 2019, p. 32)”

3.4.2.2 Improcedencia del reconocimiento del incremento pensional del artículo 21 del decreto 758 a beneficiarios a los cuales se reconoció la prestación social bajo los postulados de transición (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL2061-2021 del 19 de mayo de 2021 radicación N.º 84054 MP. Dr. LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ)

“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.

1. CASO EN CONCRETO

Se atenderán en su orden los problemas jurídicos previamente enunciados:

4.1. Le corresponde a esta Sala, en primer lugar, establecer si la pensión de vejez reconocida al demandante fue liquidada de manera correcta.

S debe advertir que, mediante Resolución No. 113709 del 14 de octubre de 2010, el otrora ISS, hoy COLPENSIONES, le reconoció al actor una pensión de jubilación en cuantía equivalente a \$785.166, a partir del 1° de octubre de 2010, pensión que fue reconocida bajo la égida del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, al ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, el *quid* del asunto que nos convoca estriba en que el fondo pensional no tuvo en cuenta las semanas de cotización que aparece en cero (0,00), es decir,

aquellos períodos que no fueron cancelados los respectivos aportes, los cuales, a sentir de la parte demandante, sí debieron ser tenidos en cuenta al momento de liquidar el Ingreso Base de Liquidación.

La Sala encuentra que le asiste razón a la parte actora, habida cuenta que el señor GUILLERMO ENRIQUE ROYERO MONTERO se encontraba afiliado como trabajador dependiente para dichos períodos, y COLPENSIONES no demostró que hubiese realizado las acciones tendientes al cobro de dichas cotizaciones, tal como lo establece el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

En ese orden de ideas, resulta imperioso advertir que desde el año 2008 (es decir, antes del reconocimiento pensional del demandante), a través de la **Sentencia CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270, MP. Eduardo Adolfo López Villegas**, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia cambió su postura e indicó que los trabajadores dependientes no pueden salir perjudicados por la mora del empleador en el pago de los aportes o de alguno de ellos, por lo que la Administradora de Pensiones debe cumplir con el pago de la prestación, salvo que demuestre que ha realizado las acciones tendientes al cobro de dichos aportes, evento en el que dicha prestación o dicho pago recae en manos del empleador.

Tal criterio se ha mantenido incólume desde dicha fecha y ha sido reiterado en sentencias como la: **CSJ SL, 17 may. 2011, rad. 38622; CSJ SL, 13 feb. 2013, rad. 43839; CSJ SL14388-2015; CSJ SL15167-2015; CSJ SL13266-2016; CSJ SL2136-2016; CSJ SL4892-2017; CSJ SL5166-2017**, y en la **CSJ SL4501, 17 oct. 2018, rad. 61623, MP. Martín Emilio Beltrán Quintero**, donde sobre el particular expuso:

“Ahora bien, superando lo anterior, debe decirse que el tema que expone el recurrente como fundamento de su inconformidad, ya ha sido objeto de examen por la Sala de Casación Laboral en múltiples pronunciamientos, en los que definió que tratándose de afiliados en condición de trabajadores dependientes, no pueden éstos ni sus beneficiarios salir perjudicados por la mora del empleador en el pago de los aportes ni asumir las consecuencias de la negligencia de las administradoras de pensiones en el cobro de los mismos, por lo que las AFP deben adelantar de forma diligente y oportuna las gestiones de cobro ante los empleadores morosos, de suerte que en el evento de omitir esta obligación son responsables por tales períodos, según la normativa aplicable.

(...)

En ese orden de ideas, resulta desacertada la inferencia del Tribunal, consistente en considerar que las semanas a contabilizar para efectos de definir la existencia del derecho pensional, son únicamente las sufragadas por el empleador, ya sea en forma oportuna o de manera

extemporánea, cuando lo cierto es que para esos efectos también deben tenerse en cuenta aquellas en donde exista deuda por parte del empleador, pues, en atención al criterio esbozado, no hay razón jurídica válida para restarle efectividad a los ciclos en «deuda»”.

Así las cosas, claramente la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES no acreditó haber realizado las acciones tendientes al cobro de dichos aportes, tal como lo consagra el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual esta Colegiatura incluirá los meses que no le cotizaron al actor como trabajador dependiente, es decir, tendrá en cuenta todas las semanas que le aparecen en cero (0,00).

En ese sentido, a efecto de liquidar el Ingreso Base de Liquidación – IBL, la Sala recuerda que el actor, si bien es beneficiario del régimen de transición, lo cierto es que, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994), a este le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho pensional, razón por la cual no resulta aplicable el artículo 36 de dicho estatuto, sino el canon 21, esto es, el IBL corresponderá al promedio de los últimos diez (10) años cotizados (regla general), o el promedio de toda la vida laboral, siempre y cuando el afiliado haya cotizado más de 1250 semanas y esta fórmula le resultare más favorable.

Por su parte, conviene recordar que el *A-quo* liquidó el IBL según el promedio de los últimos diez (10) años cotizados, circunstancia que no tuvo reproche alguno por la parte demandante, razón por la cual no se liquidará el promedio de toda la vida laboral del actor a efectos de establecer si esta fórmula le resulta más favorable.

Una vez hechas las liquidaciones de rigor, nos arroja un IBL equivalente a la suma de **\$1.101.364**, a lo que aplicándole una tasa del remplazo del 90%, porcentaje al que tiene derecho el accionante por contar con más de 1250 semanas cotizadas, conforme lo dispuesto en el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, nos arrojaría como mesada pensional inicial el valor de **\$991.228**. Dicho monto es superior al reconocido por el otrora ISS, hoy COLPENSIONES, motivo por el cual, sin dubitación alguna, le asiste derecho al demandante a su reliquidación pensional.

Ahora bien, dicha suma también es superior a la liquidada por el Juez de primer grado, circunstancia que conlleva a confirmar la decisión adoptada por aquel, pues, conforme al principio constitucional de la “*non reformatio in pejus*”, es totalmente

inviabile hacerle más gravosa la situación al apelante único, en este caso, COLPENSIONES.

Bajo ese orden de ideas, se confirmará en ese punto la sentencia apelada.

4.2. Delimitado lo anterior, le corresponde a la Sala estudiar el segundo problema jurídico: ¿Es procedente el incremento del 14% sobre la pensión mínima del señor **GUILLERMO ROYERO**, bajo los parámetros del artículo 21 del acuerdo 049 de 1990?

Ahora bien, impele precisar que la parte recurrente ciñe su inconformidad en que los mentados incrementos no fueron incorporados en la Ley 100 de 1993.

Así pues, el planteamiento anterior entraña en principio un problema de pleno derecho, el cual consiste en verificar la aplicabilidad de la norma en cita.

De esta forma es necesario verificar bajo qué condiciones se reconoció el derecho prestacional al demandante; atendiendo lo precedente se observa a folios 16 a 17, la Resolución 103709 del 14 de octubre de 2010, por medio de la cual se reconoce pensión de vejez en favor del demandante, reconociendo el derecho bajo los presupuestos del Decreto 758 de 1990; por efectos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En ese sentido, el decreto 758 de 1990 en su artículo 21 establece:

*“(...) Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así:
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”.*

Lo anterior significa que, el 1 de abril de 1994, entró en vigencia el régimen de seguridad social en Colombia, esto con la Ley 100 de 1993; **derogando**, las disposiciones que regulaban la materia entre ellas, la pensional, así lo dispuso el artículo 289 de la norma última en comentario:

ARTÍCULO 289. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. *La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación, **salvaguarda los derechos adquiridos y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias**, en especial el artículo 2o. de la Ley 4a. de 1966, el artículo 5o. de la Ley 33 de 1985, el*

parágrafo del art. 7o. de la Ley 71 de 1988, los artículos 260, 268, 269, 270, 271 y 272 del Código de Sustantivo del Trabajo y demás normas que los modifiquen o adicionen.

Pese a la redacción anterior, el nuevo régimen no solo garantizaba los derechos adquiridos, sino también la expectativa legítima de adquirirlos, para este último grupo introdujo un régimen de transición, quienes debían de poseer ciertos requisitos a fin de ser incluidos en estas prerrogativas, tales como: tiempo de servicios (15 años) o edad (35 años mujeres, 40 hombres), según el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En el desarrollo de dicho régimen de transición es claro, que se conservan requisitos de la norma derogada **únicamente en lo que respecta a edad, tiempo de servicios, número de semanas cotizadas y el monto de la pensión.**

Según postura anterior al año 2019, la Corte Suprema de Justicia, basaba el reconocimiento de dicho acrecentamiento, más en la discusión en torno a la prescriptibilidad que a la aplicación del artículo 21 del decreto 758 de 1990; pues resultaba claro que quien le fuera reconocido el derecho bajo los postulados de la transición era acreedor al incremento pensional, así era tratado por el máximo órgano de cierre en materia ordinaria laboral, siendo la primera postura al respecto el pronunciamiento del 27 de julio de 2005 (Sentencia 21517/05, 2005) con ponencia de la magistrada Isaura Vargas Díaz:

“Es verdad que los incrementos de las pensiones no están involucrados en la mencionada Ley 100, pero ello no significa que pierdan su vigencia; por el contrario, si tal normatividad no los reguló, no quiere decir que los hubiera derogado, entonces en ese orden conservan su pleno vigor. (Sentencia 21517/05, 2005)”

Se puede observar que, para esa data, estaba por fuera la discusión de la vigencia de la norma, es decir estaba descartada la derogatoria orgánica producida por la ley 100 de 1993.

Así las cosas, lo anterior resulta útil para resolver el caso objeto de estudio habida consideración que no es cierto que la Corte Constitucional a través de la sentencia SU-140 de 2019, derogara el acuerdo 049 de 1990 como se evidencia de la jurisprudencia en cita y de la misma norma legal; ya que, la norma del año 90 fue derogada expresamente por la del año 93 y la transición contemplada en el artículo

36 de la ley 100 de 1993, **no resucita, ni mantiene viva la norma anterior;** sencillamente deja efectos **ultractivos de la norma derogada.**

De esta forma es dable aclarar si existió la derogatoria orgánica **al momento de expedirse la ley 100 de 1993,** la cual nunca había sido debatida, como ya se demostró; lo que se venía aplicando por parte de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, era un reconocimiento del derecho al incremento pensional por vía interpretativa de principios de orden laboral tales como los de *favorabilidad* e *inescindibilidad*. Tal como se trajo con la sentencia del 2005, antes reseñada. Dicha posición varió, en primer lugar, por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia SU-140 de 2019, quien, unificando criterio de tutela, apuntó:

*“(...) 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. (...)”*

Sobre el artículo 22 en la misma providencia recalcó:

“(...) En dicho orden de ideas, la duda según la cual habría que escudriñar el sentido de los artículos 21 y 22 del Decreto 758 de 1990 sería evidentemente infundada pues no hay lugar a examinar la aplicación o el propósito de una norma que ha perdido vigencia en el ordenamiento jurídico, del cual ha sido expulsada; todo ello, se reitera, sin perjuicio de la subsistencia de su eficacia para únicamente la conservación de los derechos que se hubieren adquirido bajo la vigencia de dicho artículo 21 del Decreto 758 de 1990, antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 (...)”.

Se concluye para este caso y de la misma sentencia de unificación que la derogatoria orgánica **no produjo efectos para quienes adquirieron el derecho con anterioridad al 1 de abril de 1994.** Ahora bien, con relación a presuntos derechos adquiridos, tal razonamiento tampoco sería aplicable al caso concreto, pues, se observa que al demandante le fue reconocido el derecho a partir del 1 de octubre de 2010; fecha para la cual alcanzó los requisitos de pensión; esto es a más de 20 años de la derogatoria del Decreto 758 de 1990; y esto se logró gracias a la transición establecida en la ley 100. De tal manera que, al 1 de abril de 1994, el señor **GUILLERMO ROYERO,** no poseía un derecho, tenía la **expectativa de uno.**

De lo anterior simple y llanamente se puede inferir que este tipo acrecimiento pensional del 7 o 14%, solo puede ser reconocido a aquellos pensionados, que lograron causar su derecho en vigencia del Decreto 758 de 1990, dicho de otra forma, quienes consolidaron su derecho antes del 1 de abril de 1994.

Al ser una posición Jurisprudencial, (la aplicación de la favorabilidad e Inescindibilidad) aplicada hasta el mes de marzo de 2019, por la Corte Suprema y la Corte Constitucional, para justificar la concesión de los incrementos, y no la aplicación directa de la Ley por el sistema subsunción normativa **le es dable recoger la postura, y asumir otra; tal como lo hicieron ambas Cortes, tal cual se refirió en cita jurisprudencial de insumo para esta providencia.** Por tanto, y para preservar la seguridad jurídica, es deber de los demás jueces, bajo el principio del respeto del precedente jurisprudencial y la obligación del acatamiento de la doctrina probable que debe mantenerse la decisión de primera instancia, pero por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia, habida consideración que el demandante no es acreedor del incremento por personas a cargo de que trata el artículo 21 del decreto 758 de 1990.

De manera que, con independencia de si se acreditó la dependencia económica de la cónyuge del demandante, en el caso de marras los incrementos pretendidos no son procedentes, por ende, le asiste razón al apelante y sale avante este punto de censura.

Es de advertir que, mediante escrito de precedencia, el Honorable Magistrado **DR. JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ** se declara impedido para conocer el presente asunto con fundamento en la causal 2 del artículo 141 del CGP, verificado el expediente se determina que la causal es fundada y así ha de aceptarse.

Sin costas ante las resultas del recurso.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, Sala Civil Familia Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: PRIMERO: REVOCAR los numerales 2, 3 y 4 de la sentencia proferida el 26 de septiembre de 2016 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar, Cesar, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **GUILLERMO**

ROYERO contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y OTRO**, por lo considerado en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: En consecuencia, **ABSOLVER** a la demandada del pago de los incrementos pensionales del 14% por persona a cargo.

TERCERO: Declarar probada parcialmente la excepción de mérito de *“inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir”* formulada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

QUINTO: sin condena en costas en esta instancia.

Notifíquese por estado, para tal objeto remítase a la secretaria del Tribunal.

SIN NECESIDAD DE FIRMAS
(Art. 7, Ley 527 de 1999, Arts. 2 inc. 2,
Decreto Presidencial 806 de 2020 Art 28;
Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ)

JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
MAGISTRADO PONENTE

JESUS ARMANDO ZAMORA SUAREZ
MAGISTRADO
(impedido)

ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ
MAGISTRADO