



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL
Magistrada Ponente: ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ

Acta número: 037

Audiencia número: 509

En Santiago de Cali, a los diecisiete (17) días del mes de noviembre de dos mil veintidós (2022), los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, doctores JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA, CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ y ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, y conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, Modificadorio del artículo 82 del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social, nos constituimos en audiencia con el fin de darle trámite al grado jurisdiccional de consulta de la sentencia número 311 del 14 de septiembre de 2020 proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral instaurado por HERNANDO ROJAS PEREZ contra COLPENSIONES.

AUTO NUMERO: 1352

RECONOCER personería a la doctora MARIA JULIANA MEJIA GIRALDO, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.144.041.976, con tarjeta profesional número 258.258 del Consejo Superior de la Judicatura, como mandataria judicial de COLPENSIONES.

ACEPTAR la sustitución del mandato a favor de JORGE ALBEIRO MORENO SOLIS, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.144.167.557, abogado con tarjeta profesional número 253.865 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderado de COLPENSIONES, de conformidad con el memorial poder allegado a esta Sala de manera virtual.

La anterior decisión quedará notificada con la sentencia que a continuación se profiere.



ALEGATOS DE CONCLUSION

El mandatario judicial de Colpensiones al formular alegatos de conclusión ante esta instancia, expresando que se ratifica en todos los hechos y pretensiones esbozados en la contestación de la demanda y en lo que resulte probado, debiéndose tener en cuenta que el demandante no cumple con los requisitos exigidos para acceder a las pretensiones.

A continuación, se emite la siguiente

SENTENCIA No. 0458

Pretende el demandante el reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por su cónyuge a cargo y el 7% por su hijo discapacitado, debidamente indexado y las costas del proceso.

Aduce el demandante en sustento de dichas pretensiones que mediante Resolución número 006597 de 2007 le fue reconocida la pensión de vejez, efectiva a partir del 23 de enero de esa anualidad; prestación que se concedió como beneficiario del régimen de transición.

Que se encuentra casado con Liliam Patricia Echeverry Montoya desde el 24 de abril de 1989, y desde esa calenda conviven de manera permanente, dependiendo su esposa del actor, debido a que no trabaja ni tiene pensión. Que de esa unión han procreado a Luis Hernando Rojas Echeverry quien tiene una condición de discapacidad, razón por la cual depende económicamente de su padre.

Que ha solicitado a la demandada el reconocimiento del incremento pensional, pero fue negado el 08 de noviembre de 2018.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue presentada el 31 de enero de 2019, ante los juzgados municipales de pequeñas causas, quien emitió el 02 de abril de 2019 auto rechazando la demanda por la cuantía, devolviendo las actuaciones para que fueran sometidas a reparto ante los juzgados



laborales categoría circuito, correspondiéndole el conocimiento al Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, quien la admite y ordena su notificación.

COLPENSIONES, al dar respuesta a la demanda, a través de apoderada judicial se opone a las pretensiones, porque la Corte Constitucional a través de la sentencia SU 140 de 2019 ha expuesto que el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fue objeto de una derogatoria orgánica a partir del 01 de abril de 1994. Además, considera que ha operado la cosa juzgada porque el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, donde curso el proceso presentado por el señor Hernando Rojas Pérez, quien pretendía el reconocimiento del incremento pensional por cónyuge e hijo discapacitado, trámite judicial que terminó con sentencia del 29 de agosto de 2012, absolviendo a la demandada, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Formula en su defensa las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, innominada y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El proceso se dirimió en primera instancia con sentencia en la que el operador judicial declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por COLPENSIONES, absolviéndola de todas las pretensiones.

Para arribar a la anterior conclusión el A quo acude Al precedente expuesto en la SU 140 de 2019, que al ser una sentencia de unificación no tiene facultades para modularla porque eso es competencia sólo de la Corte Constitucional y esa entidad es la que debe decir a quién se aplica y cuando guarda silencio se debe entender que se aplica a todos, razón por la cual no es procedente apartarse de ese pronunciamiento, por ello, atendiendo ese precedente, los incrementos pensionales desaparecieron de la vida jurídica a partir del 01 de abril de 1994.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA



Al ser el proveído de primera instancia adverso a las pretensiones del actor, se surte a su favor el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Ante el grado jurisdiccional de consulta, corresponderá a la Sala de Decisión en primer lugar definir si hay cosa juzgada y en caso de ser negativa la respuesta se analizará si es procedente el reconocimiento del incremento pensional del 14% por cónyuge y el 7% por hijo discapacitado y en caso afirmativo, se determinará su cuantía, analizándose la excepción de prescripción.

Sobre la Cosa Juzgada, primera controversia de la que nos ocuparemos, encontramos en el artículo 303 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del CPL y SS, dispone lo siguiente:

“COSA JUZGADA.: “La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes....”

De acuerdo con la norma en cita, se impide al operador judicial volver a estudiar un asunto que ya ha sido resuelto previamente por otra autoridad judicial, lo que obedece al principio de seguridad jurídica y es el efecto de la firmeza y ejecutoria de una actuación que normalmente pone fin a un proceso; pero es necesario para definir si hay cosa juzgada que converjan tres elementos a saber, (i) que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, (ii) que se funde en la misma causa y (iii) que haya identidad jurídica de partes.

Descendiendo al caso que nos ocupa, con la contestación de la demanda, se acompañó el acta levantada por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, el 29 de agosto de 2019, donde se observa que el demandante es el señor HERNANDO ROJAS PEREZ y se emite sentencia en la que se dispuso: “Negar las pretensiones del demandante señor Hernando Rojas Pérez y, en consecuencia, absolver de las mismas a la demandada Instituto de Seguros



Sociales representada legalmente por la Dra. Silvia Helena Ramírez Saavedra, por lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia”.

Igualmente se incorporó el acta que suscribe el Tribunal Superior de Bogotá el 28 de septiembre de 2012, en la que confirma la providencia de primera instancia.

Encuentra la Sala que con las pruebas citadas, no se puede determinar que el señor Hernando Rojas Pérez en el proceso que adelantó ante la justicia laboral en Bogotá, tenga las mismas pretensiones del proceso que nos ocupa, porque en las piezas procesales que corresponden a las actas de las audiencias de oralidad adelantadas, no se indica cual era el petitum, no se aportó los Cd de esas audiencias, la demanda y su contestación, es decir, no se acredita los elementos necesario para declarar la cosa juzgada, razón por la cual la Sala se ocupará de continuar con el problema jurídico planteado.

En relación el reconocimiento del incremento pensional por persona a cargo, éste se encuentra consagrado en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, disposición que textualmente establece:

“INCREMENTO DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIEGO COMUN Y VEJEZ. Las pensiones mensuales de invalidez por riesgo común 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 pensionado 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”*

La Sala Labora de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 05 de diciembre de 2007, radicación 29741, ratificada en providencia radicado 36345 de 2010, sostenía:

“Los incrementos pensionales por persona a cargo previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, mantuvieron su vigencia, esto para quienes



se les aplica el mencionado acuerdo del ISS por derecho propio o por transición, siendo aquel el criterio que actualmente impera”.

De igual forma cabe resaltar por parte de la Sala, la sentencia SU 140 del 28 de marzo de 2019, emitida por la Corte Constitucional, mediante la cual unificó su criterio en torno a que el incremento pensional por persona a cargo que previó el Acuerdo 049 de 1990 y su Decreto aprobatorio 758 del mismo año, dejaron de existir a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto en dicha ley en su artículo 36, pero sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes de la fecha límite. Además, el Alto Tribunal recordó que cargas como las referidas a los incrementos pensionales resultaban contrarias a la reforma constitucional contenida en el Acto Legislativo 01 del 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución.

Para la Sala el anterior precedente jurisprudencial no resulta aplicable al caso sub-examine, porque la demanda ha sido presentada el 31 de enero de 2019, ante los juzgados de pequeñas causas laborales, es decir, en fecha anterior al pronunciamiento de la Corte Constitucional que unifica el tema, por ende, no puede sorprenderse a las partes con la aplicación de dicho precedente, ya que vulneraría el principio de confianza legítima y seguridad jurídica.

Además, de darse aplicación con efectos *ex tunc* a las sentencias de la Corte Constitucional, se estaría contrariando lo dispuesto como norma general en el artículo 45 de la ley 270 de 1996, que establece lo opuesto, esto es, que las mismas solo producen efectos *ex nunc* o hacia futuro.

Concluye la Sala que se debe seguir dando aplicación al artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, debiéndose demostrar los siguientes presupuestos:

1. La calidad de pensionado de quien reclama el incremento pensional. Requisito que se acredita con la copia de la Resolución número 006597 de 2007 emitida por el Instituto de Seguros Sociales, observándose que se le concede al actor la pensión de vejez al ser beneficiario del régimen de transición y haber acreditado los requisitos previstos en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990.



2. Tener persona a cargo y depender ésta del actor. En este caso, se reclama por la cónyuge e hijo discapacitado.

En relación con Luis Hernando Rojas Echeverry, se acompañó copia del registro civil de nacimiento de éste, que indica que nació el 16 de abril de 1991, hijo de Liliam Patricia Echeverry Montoya y Hernando Rojas Pérez. Además, se allegó dictamen médico laboral realizado por SOS, el 03 de septiembre de 2010, quien determinó una pérdida de la capacidad laboral del 50.25%, fecha de estructuración 03 de septiembre de 2010, diagnóstico: retraso mental. Acompañándose historia clínica.

De otro lado, para efectos de determinar el grado de pérdida de la capacidad laboral, el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, ha establecido:

"Calificación del Estado de Invalidez. El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación. Este manual será expedido por el Gobierno Nacional y deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral."

Más adelante, la misma norma dispone quienes tienen la competencia para emitir ese dictamen:

"Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales - ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales."

Al tenor de las normas citadas, la primera oportunidad de calificación la puede hacer las EPS, las ARL, o las administradoras de fondo de pensiones. En el caso que nos ocupa, esa



calificación ha sido determinada por la EPS, entidad que de conformidad con las disposiciones citadas es competente, razón por la cual la Sala da valor probatorio a esa calificación.

El artículo 38 de la Ley 100 de 1993, ha definido que se considera inválida la persona que presenta una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, por lo tanto, al presentar Luis Hernando Rojas Echeverri, hijo del demandante, una pérdida de la capacidad laboral del 50.25%, debe ser declarado inválido.

Pero es necesario, además, acreditar que tanto el hijo discapacitado como la cónyuge dependen económicamente del demandante, deber procesal que omitió la parte actora, al haber desistido de la prueba testimonial.

Por consiguiente, al no haberse acreditado el supuesto de dependencia económica no es factible acceder a las súplicas de la demanda, porque si bien, como se señaló en líneas anteriores, existe un hijo inválido, pero era menester acreditar que éste depende económicamente de su padre, reiterando la Sala que ese hecho no se demostró, por lo tanto, se confirmará la sentencia de primera instancia, pero por las razones antes expuestas.

Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

En concordancia con lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia número 311 del 14 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de esta ciudad, objeto de consulta, pero por las razones vertidas en precedencia.

SEGUNDO. Sin costas en esta instancia



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
HERNANDO ROJAS PEREZ
VS. COLPENSIONES
RAD. 76-001-31-05-015-2019-00258-01

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

El fallo que antecede fue discutido y aprobado.

Se ordena notificar a las partes en la página web de la Rama Judicial (<https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-004-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali>) y a los correos personales de los apoderados judiciales de las partes.

DEMANDANTE: HERNANDO ROJAS PEREZ
APODERADO. GERMAN SANTIAGO JIMENEZ
PROCESOS@TIRADOESCOBAR.COM

DEMANDADO: COLPENSIONES
APODERADA: JORGE ALBEIRTO MORENO SOLIS
notificacionessl@mejiasociadosabogados.com

Se declara surtida la presente audiencia y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.

Los Magistrados


ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada


JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA
Magistrado


CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ
Magistrada
ACLARACION DE VOTO
Rad. 015-2019-00258-01



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
HERNADO ROJAS PEREZ
VS. COLPENSIONES
RAD. 76-001-31-05-015-2019-00258-01



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

Santiago de Cali, noviembre de dos mil veintidós (2022)

Magistrada	CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ
Referencia	Consulta
Tipo de proceso	Ordinario Laboral
Clase de decisión	Sentencia
Accionante	HERNANDO ROJAS PÉREZ
Accionado	Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones
Radicación	76-001-31-05-015-2019-00258-01
Magistrado Ponente	Elsy Alcira Segura Díaz
Decisión	ACLARACIÓN DE VOTO

Con el respeto que profeso hacia las decisiones de la Sala Mayoritaria, me permito Aclarar el Voto en el sentido que me aparto de los argumentos esgrimidos en la decisión adoptada por esta Corporación, en la cual se CONFIRMA la sentencia No311 del 14 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación, donde en lo relacionado con los incrementos del 7 y 14 por ciento, se absuelve a la demandada del reconocimiento y pago de los mentados incrementos.

Mi aclaración de voto opera únicamente en lo relacionado con las razones esbozadas, teniendo en cuenta que la suscrita magistrada,



compartía el criterio que de vieja data¹ prohijaba la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que pregonaba el reconocimiento de los mentados incrementos pensionales por derecho propio y cuando se trataba de pensiones de vejez reconocidas en el régimen de transición con fundamento en el Decreto 758 de 1990.

Sin embargo, atendiendo lo dispuesto en el art. 230 de la Constitución Política, así como el precedente judicial de la Corte Constitucional expuesto en sentencia SU-140 de 2019, y la nueva tesis adoptada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2061-2021, que coincidan en la improcedencia de esta acreencia por haber desaparecido del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica y constitucional -ante la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005-, constituyen las razones para que la suscrita se aparte de la tesis que venía sosteniendo, y acoja el criterio jurisprudencial desarrollado por las Altas Corporaciones.

En los anteriores términos, dejo expuestos los motivos que me llevan a presentar Aclaración de Voto, como se anotó en lo relacionado con los incrementos por personas a cargo.

Fecha ut supra

CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ

Magistrada

RAD. 76-001-31-05-015-2019-00258-01

¹ Corte Suprema de Justicia, Sentencias con Rad. 21517 de 27 de julio de 2005, y 55822 del 23 de agosto de 2017, entre otras.