



ordinario: JAIME MOSQUERA VIDAL C/: COLPENSIONES
Radicación Nº76001-31-05-015 2019-00341 Juez 15° Laboral del Circuito de Cali

SALVAMENTO DE VOTO A PONENCIA DRA.MONICA TERESA HIDALGO OVIEDO

Santiago de Cali, dos (02) de julio de dos mil veintiuno (2021).

A continuación, presento en síntesis sistemática y holística, ante intempestivo cambio de criterio de la Sala mayoritaria, argumentos para no acompañar, ciegamente criterios de las nuevas cortes y de la ponencia, sin ninguna matización progresiva para situaciones jurídicas de pensionados <a título de vejez o de invalidez, siempre en transición y bajo Acuerdos 029 aprobado por Decreto 2879 del 17 octubre de 1985 y 049 aprobado por Decreto 758 del 17 de abril de 1990>, por lo que expongo:

1.- En síntesis, en hechos y pretensiones, el<la> pensionista ha convocado a la demandada para que la jurisdicción la condene al reconocimiento y pago del incremento<14%> por cónyuge <o del 7% por hijo menor o hijo mayor invalido> a cargo a partir de la fecha de reconocimiento de la pensión<siempre con anterioridad al 28 de marzo de 2019> sobre pensión mínima o smlmv, con la indexación...;

2.- Se parte de la regla y situación factual que el pensionista es de régimen de transición y que la prestación correspondiente le fue reconocida con base en las normas del régimen previsión que desde el 01 de enero de 1967 se han expedido en materia de pensiones para el antiguo INSTITUTO COLOMBIANO DE SEGUROS SOCIALES hoy ISS-LIQUIDADO HOY COLPENSIONES <ISS o COLPENSIONES, en adelante> como administrador del régimen solidario de prima media con prestación definida -RSPMPD, en adelante- y que después del 01 de abril de 1994 -vigencia del nuevo SSS-PENSIONES, Ley 100 del 23 de diciembre de 1993 y con vigencia a partir del 01 abril de 1994, y de las demás normas que la reforman como Ley 797 del 29 de enero de 2003 y Ley 860 del 27 de diciembre de 2003, y sus pertinentes decretos reglamentarios-, esto es bajo el llamo régimen de transición del art.36 de la Ley 100 de 1993;

3.- De otro lado, hay que tener en cuenta lo establecido en el art. 31 de Ley 100/93 que establece:

***ARTÍCULO 31. CONCEPTO.** El régimen de Prima Media con Prestación Definida es aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas, de acuerdo con lo previsto en el presente Título.*

Serán aplicables a este régimen las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley.

Además, que por inescindibilidad de la ley, art. 21 CST., debe aplicarse la norma y la interpretación más favorable al trabajador, que en este caso se debe aplicar de forma integral las disposiciones del Acuerdo 049/90 aprobado por el decreto 758/90, las cuales fueron cumplidas por el actor para que le fuera reconocida la pensión de vejez , que el hecho de que se haya reconocido en vigencia de la nueva ley, no le quita en el tiempo aplicación inmediata y completa.

Los doctrinantes y los investigadores en materia pensional y de transición, después de extensos años de acrisolar criterios -lejos de todo afán de figurar y obtener ascenso social-, en aplicación de la Teoría de la Legislación o de la *lex artis* de hacer leyes y normas, y de la Teoría de la aplicación en el tiempo de las normas y de interpretación sistemática, han sostenido que la legislación anterior a la Ley 100 de 1993, hace parte de todo el SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES, pues, el art. 36, Ley 100/93 es la puerta de entrada de todos los regímenes de transición -entendiendo por tales, toda la legislación expedida en pensiones en el siglo pasado y hasta el 31 de marzo de 1994, forman parte de dicho nuevo sistema, así lo han estimado las altas cortes -Constitucional, Suprema/Sala laboral y Consejo de Estado, e inclusive salas administrativa y jurisdiccional disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, cuando fallaban temas de competencia-, y hayan unos y otras apoyo en el transcrito inciso 2, art. 31, Ley 100 de 1993. Por lo que no se acompasa con el argumento de paso que esta ley generó en el ordenamiento jurídico colombiano una derogatoria expresa o tácita de los incrementos, porque equivaldría a decir, que también lo fue en todo el sistema pensional en régimen de transición. Argumento incongruente a todas luces.

4.- La guardianiana constitucional en su línea de revisión de tutelas desde 2007 sostenía la existencia y procedencia de incrementos del 14% y 7%, para los pensionados en transición por el ISS, en atención a que los incrementos se derivan del derecho imprescriptible a la seguridad social en pensiones; tesis replicada en virtud de principios como la igualdad de trato por el sentenciador, favorabilidad y pro pensionado en Sentencias T-217 del año 2013, T-831 del año 2014, T-369 del año 2015, T-395 del año 2016, SU-310 del año 2017, cuya *ratio decidendi* en el ámbito jurídico se tomó como regla de constitucionalidad y vigencia de los incrementos por personas a cargo.

5.- Pero en providencia inesperada, que no respetó la cosa juzgada formal y temporal, sin dar espera al control abstracto, vino declaración de nulidad de la Sentencia SU-310 del año 2017, mediante Auto 320 del año 2018, y en su remplazo en sentencia insular y con tres salvamentos de voto, la Sentencia SU-140 del 28 de marzo del año 2019, al decir “... *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...”, de manera general, sin establecer vigencia y que conforme con el artículo 45, Ley 270 de 1996, debe tener aplicación con posterioridad a su fecha y para procesos iniciados después de su fecha, eso no se previó ni lo matiza la Corte.

6.- Por los escasos eventos en que los incrementos del 14% y 7% llegan en casación a la corte ordinaria, empero en los pocos que iban en casación por pensión de vejez - generalmente- competición de tales incrementos, la Sala Laboral -Corte Suprema de Justicia, desde 2007 comienza a establecer línea de aceptación y procedencia de tales incrementos, en sentencias de 5 de diciembre del año 2007, Radicaciones 29751, 29531, 29741, 21517, en el sentido de que era procedente el referido aumento del 14% sobre la pensión mínima y respecto a las pensiones concedidas con base en el régimen de transición del Instituto de Seguros Sociales, la que fue reiterada en 2019 al decir “... *la jurisprudencia ha definido que es viable reconocerlos, aun con posterioridad a la entrada en rigor de la Ley 100 de 1993 (...) pero en favor de los pensionados a quienes se les 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...*” < SL2334-2019 del 11 de junio del año 2019, Radicación N° 60910>.

6.1.- Siguiendo esa línea, la Corte Suprema de Justicia había -rememorando el pasado- reiterado que el beneficio de los incrementos pensionales por personas a cargo se encuentran vigentes, aún con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, así lo dispuso en sentencia SL2955 del 31 de julio de 2019, M.P. Ernesto Forero Vargas:

Sobre este tópico la Sala Laboral de la Corte ha definido el criterio que se mantiene imperante de que el incremento previsto en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, es procedente para quienes les fue reconocida la pensión de vejez regulada en el artículo 12 ídem, incluso después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, bien por derecho propio o por aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de ésta ley, pues tal norma dispuso que para los efectos de otorgar la pensión de vejez a quienes tuvieran edad, tiempo de servicio o semanas cotizadas, debería aplicárseles el régimen anterior, siendo para el caso que ocupa la atención de esta Sala el citado Acuerdo, en consecuencia su aplicación debe ser total. (CSJ SL, 27 jul. 2005, rad 21517).

De lo anterior, se puede concluir que, por principio de igualdad histórica, se pueden aplicar las disposiciones del art. 21 y 22 del Decreto 758/90, que son aplicables en todo tiempo, por principio de trato igual art. 13 C.N. darle a todo pensionista el trato igual en todo tiempo como ha venido pasando independiente de la fecha de presentación de la demanda y época en que se falle.

6.2.- La línea se interrumpe con una única sentencia posterior de este año, en una demanda de casación, siendo una de las pretensiones perseguidas el incremento por cónyuge, quebrando criterio sin mayor argumentación ni por el pasado que cambia ni por el futuro que acoge, al indicar... *“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”* <CSJ-SL2061-2021 del 19 de mayo del año 2021, Radicación N° 84054>.

7.- Los incrementos pensionales por personas a cargo se encuentran vigentes conforme a lo establecido por el Consejo de Estado en juicio de lesividad, al indicar que no contradicen regla legal ni constitucional en el ordenamiento jurídico, estableciendo lo siguiente:

“(…) es evidente que la materia concerniente a los incrementos por personas a cargo fue regulada en forma integral por el Acuerdo 049 de 1990 mientras que la Ley 100 de 1993 nada determinó al respecto; de manera, que en salvaguarda por los derechos adquiridos de los jubilados con sujeción al referido acuerdo y de conformidad con el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, legalmente no se pueden entender como derogados en forma orgánica, figura que tendría lugar, si la materia relacionada con los incrementos hubiera sido en efecto contemplada de manera integral por esta nueva ley tal como lo hizo el acuerdo.

Además de que no se puede afirmar válidamente, que los pensionados por cuenta del Instituto de Seguros Sociales en vigencia de la Ley 100 de 1993 tienen un trato diferenciado frente a los jubilados de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 por aplicación del régimen de transición; porque en efecto se está ante la presencia de dos situaciones completamente diferentes, en tanto que están regidas por normas distintas.

En otras palabras, los jubilados del Seguro Social por aplicación del régimen de transición ven regulada su situación pensional según lo estipulado por la norma anterior, es decir por el Acuerdo 49 de 1990, que les otorga el derecho al reconocimiento y pago a los incrementos, siempre que cumplan con los requisitos que este acuerdo estipula.”<radicado 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08) C.P. Gabriel Valbuena Hernández>.

8.- Partiendo del hecho cierto de que el actor <pensionista> es beneficiario del régimen de transición contemplado en el art. 36 de Ley 100 de 1993, según lo reconoció el correspondiente acto administrativo de la pasiva, y pensionado aplicando las disposiciones del art. 12 del Decreto 758 de 1990, o artículos 25 y 60, ib. <únicas reglas y régimen, en la existencia del pasado siglo, que reconoce tales beneficios, aún en transición, pues, ninguna otra regla de transición los consagra> , según las reglas y pruebas pertinentes, siempre antes del 28 de marzo de 2019. Por lo que si aún sigue vigente el régimen de transición y por éste se retorna al pasado a traer reglas de pensión del siglo XX, no es coherente que ahora se diga que los

incrementos son objeto de derogatoria desde el 1 de abril de 1994, vigencia del SSSI-PENSIONES.

Como quiera que -en autos- le son aplicables las disposiciones del Decreto 758 de 1990, se procede entonces a establecer si son procedentes los incrementos pensionales por personas a cargo del art. 21 del decreto 758/90 al decir:

INCREMENTOS DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMUN Y VEJEZ. 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.

9.- Es razón para que el suscrito disidente no acoja de repente -simplemente de la noche a la mañana o por estar con lo nuevo-, un cambio provocado por una única sentencia y que no es de control de constitucionalidad, sino producto del control difuso, producto de la acumulación de varias tutelas, que es la génesis y no se comparte -si el criterio personal fuera de imperio y no sometido a las mayorías derogantes de derechos de los más débiles-; por estas razones no se acoge lo dispuesto en única decisión por la Corte Constitucional en sentencia SU-140 del 28 de marzo de 2019, por no ser en escenario de control abstracto sino de control difuso de varias tutelas particulares ..., POR TANTO, SUS EFECTOS SON interpartes y así lo indican los salvamentos de voto, que no obliga a los operadores jurídicos, aun cuando esta demanda es anterior al 28 de marzo de 2019, pero la pensión en transición se le concede también con anterioridad a esta fecha<con art. 12,Dec.758/90>, que igualmente consagra los incrementos del 14% y 7%, que por unidad de materia, de régimen jurídico y principio de inescindibilidad o conglobamento, se debe aplicar EN SU INTEGRIDAD <art.21, CST.>.

Agregando que la parte demandante con anterioridad al 28 de marzo de 2019 consolidó el derecho pensional, pero que, comenzó a devengar su pensión de vejez con posterioridad a cumplir la edad reglamentaria, en transición art.36, Ley 100/93 y art.12,Acuerdo 049/90, y, el demandante acredita tener esposa por matrimonio o por unión de hecho -la Constitución ampara a la familia sociológica y legal, en igualdad de condiciones- , por lo que desde la fecha en que le fue reconocida la

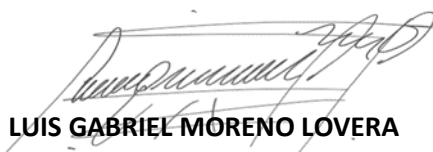
pensión en transición con los Acuerdos 029 de 1985 o 049 de 1990 -o los pertinentes del siglo XX-, tenía causado el derecho al incremento por cónyuge a cargo del art.21,Ac.049, y, es principio del ordenamiento jurídico, que por no haber demandado/reclamado, desde entonces el 14% o 7% por esposa a cargo o hijo a cargo, no se pierde el derecho, pues, es tema de temporalidad de reclamar el derecho, pero por no ejercer el derecho no se pierde el derecho al incremento por persona a cargo <14% y 7%>, así lo ha de antaño dicho la CSJ-SL:

"Cuando un derecho laboral es exigible, bajo el amparo de una normatividad, no es dable subordinar su efectividad a la formulación de la solicitud durante su vigencia ni hacerlo nugatorio porque los nuevos preceptos no contemplen tal exigencia, pues si en tales casos no se puede permitir su renuncia por los claros principios constitucionales y legales de orden público que lo prohíben, mucho menos cuando no ha sido voluntad de su titular despojarse del mismo". (Cita CE.,SCSC, concepto Radicación número 992 del 31 julio 1997. C.P.Dr. Augusto Trejos Jaramillo).<CSJ-SL sent.19 de noviembre de 1992, 30 de abril de 1993, 3 de febrero de 1995, 7 y 29 de mayo de 1996>.

Con estos breves argumentos, considero que debió condenarse al pago del mencionado incremento por persona a cargo.

FECHA UT SUPRA

Cordialmente,



LUIS GABRIEL MORENO LOVERA

MAGISTRADO