

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

REF. ORDINARIO DE **MILCIADES FANDIÑO ARAQUE**  
VS. **COLPENSIONES**  
RADICACIÓN: **760013105 001 2020 00083 01**

Hoy, once (11) de febrero de dos mil veintidós (2022), surtido el trámite previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, la **SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, integrada por los magistrados **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO**, quien la preside en calidad de ponente, **LUIS GABRIEL MORENO LOVERA** y **CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ**, en ambiente de escrituralidad virtual y aislamiento selectivo con distanciamiento individual responsable por mandato del D.L. 1614 del 30-11-2021, resuelve la **APELACIÓN** del apoderado de la parte **DEMANDANTE** respecto de la sentencia dictada por el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **MILCIADES FANDIÑO ARAQUE** contra **COLPENSIONES**, con radicación No. **760013105 001 2020 00137 01**, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 01 de diciembre de 2021, celebrada, como consta en el **Acta No. 86**, tal como lo regulan los artículos 54 a 56 de la ley 270 de 1996 y el artículo 11 del Acuerdo PCSJA21-11840 del 26-08-2021, en ambiente preferente virtual.

En consecuencia, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, procede a resolver la **apelación** esta que corresponde a la...

**SENTENCIA NÚMERO 22**

**ANTECEDENTES**

La pretensión del demandante estuvo enfocada a obtener de esta jurisdicción una declaración de condena contra **COLPENSIONES** por el pago del

**incremento pensional del 14%** por su cónyuge MARÍA EDITH TORRES DE FANDIÑO retroactivo al 03 de febrero de 2004, así como la indexación y costas.

### **SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SUS CONTESTACIONES**

Los antecedentes fácticos de este proceso referidos a la demanda giran en torno a que al actor se le reconoció pensión de vejez mediante resolución N° 024851 del ISS; conforme al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, a partir del 03 de febrero de 2004; contrajo matrimonio con la señora MARÍA EDITH TORRES el 1° de marzo de 1969; con la cual convive de manera ininterrumpida compartiendo techo y lecho y quien depende económicamente de éste, puesto que no trabaja ni disfruta de una pensión; en la resolución antes mencionada no se reconoció el incremento pensional por persona a cargo; la reclamación administrativa se encuentra agotada ya que presentó derecho de petición a COLPENSIONES el 16 de marzo de 2017 solicitando dichos incrementos más la indexación de los mismos; en respuesta, la entidad manifestó que no era procedente el reconocimiento de lo pedido. (01Expediente fl.14-15)

Por su parte, **COLPENSIONES** al contestar la demanda, se opuso a las pretensiones, y argumentó que, los incrementos pensionales por persona a cargo no hacen parte integrante de la pensión y, por ende, no tienen asidero en la actualidad, como quiera que solo fueron consagrados en vigencia del Acuerdo 049 de 1.990. (01Expediente fl.33-39)

### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

La decisión de primera instancia fue proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, por cuya parte resolutive absolvió a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el actor e impuso costas al demandante.

Lo anterior, tras considerar que conforme a la sentencia SU 140 de 2019 de la Corte Constitucional, los incrementos pensionales fueron objeto de derogatoria orgánica a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993.

#### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA No. 30

**1.- DECLARAR PROBADAS** las **EXCEPCIONES DE MÉRITO** de **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN** y **COBRO DE LO NO DEBIDO** propuestas por la entidad demandada, conforme lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.

**2.- ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, de todas y cada una de las pretensiones propuestas por el señor **MILCIADES FANDIÑO ARAQUE**.

**3.- CONDENAR** al DEMANDANTE en costas, fijándose como agencias en derecho la suma de \$150.000=

**4.-CONSÚLTESE** ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el presente proveído, en caso de no ser apelado.

#### APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado del **DEMANDANTE** apeló y argumentó que al ser beneficiario del régimen de transición le asiste la aplicación del artículo 21 del decreto 758 de 1990, el cual regula los incrementos pensionales por persona a cargo. Que se acreditó la convivencia y la dependencia económica; si bien es cierto que la sentencia SU140 realizó una derogatoria orgánica de dichos incrementos, también es cierto que antes de la expedición de dicha sentencia los criterios jurisprudenciales que existían a ese momento hacían posible el reconocimiento del incremento, por lo tanto, la aplicación retroactiva de dicha sentencia vulneraría los principios de la favorabilidad, buena fe, confianza legítima y la seguridad jurídica. (Audiencia min15:20 y ss).

#### ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia del 24 de noviembre de 2021, el Despacho ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión, tal como lo dispone el decreto 806 del 4 de junio de 2020.

La apoderada judicial de la Colpensiones alegó de conclusión, solicitando se confirme la sentencia de primera instancia, absolviendo a su representada de

las condenas propuestas en el escrito de la demanda, así como también que se condene en costas a la parte demandante.

### **INTERVENCIÓN DE LA AGENCIA JURÍDICA DE DEFENSA DEL ESTADO**

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado solicita se de aplicación a la sentencia de unificación SU 140 de 2019, en el sentido de no acceder a al reconocimiento del incremento pensional solicitado por el actor y, en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda.

### **CONSIDERACIONES:**

Como cuestión de primer orden, la Sala resalta que de conformidad con el principio de la consonancia establecido en el artículo 66A del C.P.T. y de la S.S., *“la sentencia de segunda instancia, (...), debe estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”*.

De cara a lo que es objeto de apelación, le corresponde a la Sala establecer si el demandante tiene derecho al incremento pensional del 14% por su cónyuge, o si, por el contrario, se ajusta a derecho la decisión absolutoria de primera instancia.

Para establecer lo anterior, es menester considerar los precedentes existentes sobre la materia, con la finalidad de salvaguardar la comisión de un defecto sustantivo por desconocimiento del precedente, tal como lo enseñan las sentencias SU-267 de 2019 (M.P. Alberto Rojas Ríos), T-1285 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) y la sentencia T-217 de 2013 (M.P. Alexei Julio Estrada), puesto que desde las sentencias SU- 640 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T- 462 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) y T- 292 de 2006 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) se señaló que: *“el juez de igual jerarquía debe vincularse al precedente horizontal y el juez de inferior jerarquía al precedente vertical en lo que atañe a la ratio decidendi de una jurisprudencia anterior”* y que para apartarse *“se debe justificar razonadamente su oposición”*.

Así en ejercicio del principio de autonomía e independencia judicial (artículo 228 y 230 C.P.) esta Sala venía considerando que, frente a los incrementos

pensionales por personas a cargo reclamados, existían divergentes precedentes, unos consolidados durante más de 25 años (desde el florecimiento de la ley 100 de 1993) y otros de reciente acuño, además de cambiantes del criterio que venía imperando.

En tal sentido, el **Consejo de Estado** expresamente asintió (año 2017) que la regulación normativa de los incrementos pensionales no fue derogada de manera orgánica por la ley 100 de 1993 y que “(...) *por supuesto, no forman parte integrante de esas pensiones de invalidez y de vejez*”, en razón a la consagración expresa que trajo consigo el artículo 22 del decreto 758 de 1990<sup>1</sup>.

Por su parte, la **Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia**, de manera constante en las sentencias del 22-08-2001 (236147), 27 de julio de 2005, expediente 21517, del 5 de diciembre de 2007, expedientes 29751, 29531, del 12-12-2007 (27923), del 10-08-2010 (204119), del 18-09-2012 (239032, 42300), del 13-06-2014 (243855), SL9638-2014, SL1585 de 2015, SL9592, 2645A de 2016, 29741 del 23 de agosto de 2017, radicación 55822, SL13007-2017, SL1749 y 1975 de 2018, SL2711, 5593 de 2019 y SL2334-2019 del 11 de junio de 2019, radicación 60910, sostuvo que era viable reconocerlos “(...) aun con posterioridad a la entrada en rigor de la Ley 100 de 1993, (...) 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”. Expresó también que “(...) no habían sido derogados por la Ley 100 de 1993” pues “(...) al no disponer la Ley 100 de 1993 nada respecto de los incrementos de marras, los cuales de acuerdo a lo atrás expresado no pugnan con la nueva legislación, es razonable concluir como lo hizo el ad quem, que dicho beneficio se mantiene en vigor (...)”. Seguimiento jurisprudencial que con las sentencias SL2711 de 17 de julio de 2019, STL9085 de 2019 y STL14550-2019 donde se contravirtieron fallos ordinarios que negaron los incrementos por acoger la SU-140 de 2019, motivó a dicha Superioridad a explicar que “*la autoridad*

---

<sup>1</sup> SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A  
CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ Bogotá, D. C., dieciséis (16) de  
noviembre de dos mil diecisiete (2017) Radicación: 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08).  
M.P. Dra. MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

*convocada pudo ofrecer argumentos para apartarse de la misma en aras de aplicar el precedente primigenio, sin embargo, eligió la más reciente por la razón descrita, lo que a juicio de esta Magistratura, no luce irracional o desproporcionado (...).*

Sin embargo, conocida la sentencia **SL2061-2021 del 19 de mayo** del año que corre, se aprecia en la sentencia de instancia que la Sala de Casación Laboral concluyó que el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, *“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”*, con pleno acogimiento del precedente de su homóloga.

De manera que, pese a no existir un juicio de constitucionalidad abstracto de los incrementos pensionales contenidos en el artículo 21 del decreto 758 de 1990, en Sala mayoritaria se opta también por plegarse a los dichos de la Corte Constitucional en tal materia, contenidos en la sentencia **T-456 de 2018** relativos a que: **i)** el incremento adicional por tener hijo, cónyuge o compañero a cargo no es parte integral del derecho pensional, como lo indica el artículo 22 del decreto 758 de 1990, **ii)** que fue derogado con la entrada en vigencia de la ley general del sistema de pensiones, **iii)** que no hace parte de los beneficios del régimen de transición, que se mantuvo hasta el 31 de julio de 2010 y excepcionalmente hasta el 2014 y **iv)** que el artículo 48 constitucional, con la modificación del A.L. 01 de 2005 exige que toda pensión sea liquidada conforme a lo efectivamente cotizado *“norma constitucional que se trasgrede de aceptarse el reconocimiento y pago de los mencionados aumentos pensionales, pues el hecho del matrimonio o convivencia y dependencia de hijo no origina cotización alguna”*.

Así como también a las determinaciones de la sentencia **SU-140 de 2019** (M.P. Cristina Pardo Schlesinger, con salvamentos de voto de la Magistrada Diana Fajardo Rivera y Magistrados José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos) proferida en reemplazo de la sentencia **SU-310 de 2017**, que fuera

anulada mediante **Auto 320 de 2008**, con base en las cuales: **i)** la Ley 100 de 1993 por su regulación integral del sistema pensional generó una derogatoria orgánica de todo el ordenamiento que en materia de seguridad social existía con antelación, **ii)** que los “incrementos pensionales por persona a cargo” deben “ceder ante otras más acordes a la vida social contemporánea como parcialmente lo regula la pensión familiar que consagra la ley 1580 de 2009, o eventualmente, puede desarrollar el Legislativo con fundamento en la última parte del inciso 11 del artículo 48 superior”; **iii)** que se trata de “beneficios por fuera del sistema general de pensiones”, esto es, de “naturaleza expresamente extra pensional” y que ello resulta incompatible con el inciso constitucional que pregona que “los requisitos y beneficios serán los establecidos en las leyes del sistema general de pensiones”, que al no estar regulados como BEPS, no podría COLPENSIONES entrar a reconocerlos sin violentar el principio de legalidad, **iv)** que tácitamente también fueron derogados a partir del A.L. 01 de 2005, y devendrían inconstitucionales, pues el mandato supra legal es que “la liquidación de las pensiones debe hacerse teniendo en cuenta las cotizaciones correspondientes. Y 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”, **v)** observó que, en materia pensional, la sostenibilidad fiscal sí constituye un principio y un mandato hermenéutico, diferente al criterio general y orientador del artículo 334 C.P. Y al ponderarlo con el derecho a la seguridad social, concluyó que los beneficios extra-pensionales no hacen parte integrante del derecho fundamental a la seguridad social, dejando inmune su núcleo esencial porque no se relaciona con la dignidad de ninguna persona, debiendo ceder esta prerrogativa frente a la sostenibilidad fiscal y otras medidas que garantizan vida digna a un número mayor de personas; **vi)** que no es viable aplicar el principio del *indubio pro operario* porque se está frente a un falso dilema surgido de una norma derogada y **vii)** que no puede prescribir aquello que está derogado.

Cuestionada como está la constitucionalidad y vigencia del Acuerdo 049 de 1990 y aceptados los argumentos por la Sala de Casación Laboral en torno a ello, resultaría un despropósito sostener la tesis contraria, pues también “(...) *la autonomía de los jueces encuentra un límite ante la relevancia del*

*precedente en el ordenamiento jurídico colombiano y la garantía efectiva del derecho fundamental a la igualdad consagrado en el artículo 13 Superior, lo cual implica el derecho ciudadano a tener una interpretación y aplicación equivalente de la ley” (SU-267 de 2019), junto a la salvaguarda de caros principios como la seguridad jurídica, buena fe, debido proceso y confianza legítima.*

Las anteriores razones, de manera transparente y con suficiencia argumentativa, justifican el cambio de criterio que venía sosteniendo esta Sala, más cuando de ello emana también el respeto por la institucionalidad, que ha depositado en la Corte Constitucional la interpretación autorizada de la Constitución Política en el marco de los valores y reglas del Estado Social de Derecho.

Así pues, se tiene que, por no encontrarse configurado el derecho pensional antes de la vigencia de la ley 100 de 1993, no le asiste al demandante el derecho reclamado, dada la derogatoria orgánica de la norma para el momento de la pretendida causación del derecho (03 de febrero de 2004).

De ello da cuenta lo acreditado en autos, pues el entonces ISS hoy COLPENSIONES, mediante resolución N° 024851 de 2004, en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, reconoció pensión de vejez desde el 03 de febrero de 2004. (01Expediente fl.7)

Se desestiman así los argumentos del recurrente, por prevalecer la carencia de vigencia normativa respecto de los precedentes que anhela la parte se apliquen con base en la data de presentación de la demanda, resultando innecesario adentrarse en el análisis de la prueba testimonial. Procede entonces, confirmar la decisión de primer grado.

Con sustento en el cambio de jurisprudencia, en el cual la Sala acoge las disposiciones de la de la Corte Constitucional en la sentencia de unificación SU140 de 2019, no se impondrán costas.

En mérito de lo expuesto la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

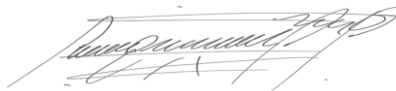
**PRIMERO:** CONFIRMAR la sentencia absolutoria APELADA.

**SEGUNDO:** SIN COSTAS, conforme lo descrito en la parte motiva.

**TERCERO:** A partir del día siguiente a la inserción de la presente decisión en la página web de la Rama Judicial en el *link* de sentencias del Despacho, comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si a ello hubiere lugar.

(firma electrónica)

**MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO**  
**Magistrada**



**LUIS GABRIEL MORENO LOVERA**  
**Magistrado**



**CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ**  
**Magistrado**

**Monica Teresa Hidalgo Oviedo**  
**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**  
**Sala 008 Laboral**  
**Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **f91f69b7ef4c1c05d561c25d785d49597e705e029283e96cc22a2fd6f2fca8de**

Documento generado en 10/02/2022 08:07:12 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**