

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Ficha	CSJ_SCL_36345(10_08_10)_2010
Convenciones	
Color agua	Ratio Decidendi

Radicación No. [36345](#)

Acta No. 28

Magistrado Ponente: FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

Bogotá, D.C., diez (10) de agosto de dos mil diez (2010)

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, por intermedio de apoderado judicial, frente a la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, el 7 de septiembre de 2007, dentro del juicio ordinario laboral promovido por DARÍO DE JESÚS COLORADO QUIROZ en contra del ente recurrente.

ANTECEDENTES

El Instituto confuta la sentencia condenatoria de primera instancia, expedida por el señor Juez Once Laboral del Circuito de Medellín, el 13 de marzo de 2007, mediante la cual, en lo que al recurso extraordinario se refiere, se le condenó a pagar al accionante el retroactivo pensional causado entre 7 de diciembre de 2001 y el 1 de marzo de 2003 más incremento de pensión de vejez por cónyuge a cargo, por la suma de \$2.452.056.

El demandante cumplió 60 años el 7 de diciembre de 2001; el ISS, mediante Resolución 002080 de 24 de febrero 2003, le reconoció pensión por vejez a partir del 1 de marzo de 2003, es decir, sin retroactividad al cumplimiento de la edad mínima, omisión que generó un largo e infructuoso

sendero de reclamaciones por parte del pensionado en pos de aquel retroactivo, a lo cual el ISS, a pesar de reconocer que había existido un error de su parte, al ingresar –errado- el número de cédula del demandante en su base datos, respecto de una autoliquidación de aportes cancelada el 3 de febrero de 1999 en Davivienda, documento en el cual se registraba la novedad de retiro en mayo de 1998, negó con disímiles razones la petición, entre ellas, la de no estar desafiliado al momento del cumplimiento de la edad, todo lo cual condujo a la promoción de tal pretensión a través del proceso ordinario laboral, dentro del que también se reclamó, entre otros derechos, incremento pensional del 14% por cónyuge dependiente económicamente del actor.

El Instituto se opuso a la pretensión y, sin la debida concreción respecto de los hechos, formuló las excepciones de inexistencia de la obligación de pagar el retroactivo pensional, buena fe, prescripción e imposibilidad de condena en costas. Ni pidió ni aportó pruebas respecto de lo debatido. La respuesta solo delineó la no desafiliación del demandante.

Las instancias culminaron conforme a lo atrás expuesto.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal, mediante la sentencia gravada, tuvo en cuenta varios documentos, de los cuales concluyó que el accionante había acreditado suficientemente su retiro del sistema antes de cumplir la edad mínima de jubilación. De otro lado, reafirmó la vigencia de la normatividad relativa a incrementos pensionales por personas a cargo.

Argumento así:

“PROBLEMAS JURÍDICOS: De los argumentos de las partes, encuentra la Sala que este se contrae a determinar lo siguiente: I) Si se acreditó en el proceso que el demandante hubiere reportado la novedad del retiro desde antes de haber cumplido los requisitos mínimos de edad y tiempo, para efectos de obtener el retroactivo de su pensión; en caso afirmativo, si procede la condena por intereses moratorios en virtud de la tardanza de la entidad en el pago de aquel. ii) Si los incrementos por personas a cargo se encuentran vigentes en el Ordenamiento Jurídico y en caso afirmativo, si procedía su condena indexada y las costas del proceso.

Se efectuará el análisis en el siguiente orden lógico.

3. SOBRE EL DERECHO AL RETROACTIVO PENSIONAL Y LA PRUEBA DE LA DESAFILIACIÓN

Insiste la entidad demandada en el recurso, que no se acreditó en el proceso la prueba que demostrara que la demandante se había desafiliado del Sistema General de Pensiones para que el Juez de instancia hubiere condenado al retroactivo de la pensión.

Sin embargo, basta con observar la documentación aportada con la demanda, para constatar lo contrario:

- De acuerdo con el contenido de la comunicación emitida el 5 de noviembre de 2004, por la Coordinadora de Recaudo y Cartera de la entidad, en la autoliquidación de aportes cancelada el 3 de febrero de 1999 en Davivienda, se presentó un error de digitación de la cédula del demandante por parte de la entidad, pues siendo la correcta la número 8.231.979, se dígitó de forma errada 8.2331979.

Reza de manera expresa en la comunicación dirigida al Doctor Javier Femado Valencia Henao

del Departamento Nacional de Conciliación:

"Se solicita con carácter urgente la corrección, ya que el señor Colorado Quiroz, le fue negado el retroactivo Pensional, por no tener registrado, en la Historia Laboral, la novedad de retiro, a la fecha de terminación del contrato laboral"

- Obra fotocopia de un formulario de autoliquidación de aportes presentado en DAVÍVIENDA el 15 de mayo de 2003, correspondiente al período mayo de 1998, en el que aparece claramente la novedad de retiro (R) en relación con el señor LUIS EDUARDO COLORADO QUIROZ con cédula 8.231.9793 (fl.16).

Fueron numerosos los escritos, comunicados y gestiones que adelantó el demandante ante diferentes oficinas, departamentos y funcionarios de la entidad (fls.17 a 34), con el fin de que fuera corregido el error, adjuntando la copia de la autoliquidación con radicación 510385020204974 del 3 de febrero de 1999, con el fin de que se corrigiera el error, el mismo que motivó el que no se le hubiere otorgado el retroactivo de su pensión desde el momento en que cumplió los requisitos mínimos, por haberse desafiado antes de ello.

Efectivamente, reposa la RELACIÓN DE NOVEDADES DEL I.S.S. de fecha 19 de enero de 2005, con fecha de radicación FEBRERO 3 DE 1999, radicado numero 51 0385 02 020497 4, correspondiente al ciclo mayo de 1998, en la que se reportó el RETIRO (fl. 36).

Así las cosas, no queda duda entonces para la Sala, que habiéndose efectuado la desafiliación al sistema aún antes de que se hubieren cumplido los requisitos mínimos para adquirir el derecho pensional, éste debía concederse a partir del 7 de diciembre de 2001, fecha en que cumplió los 60 años de edad (fl.54)

No obstante lo anterior, la entidad reconoció la pensión mediante Resolución 2080 del 24 de febrero de 2003, a partir del 1 de marzo de 2003, y a pesar de recursos interpuestos y solicitudes posteriores, la entidad cada vez con argumentos distintos, se negó a reconocer el retroactivo pensional (fls 10-12, 13-4, 24 y25).

Llegando a similares conclusiones, el Juez de instancia declaró que el derecho a la pensión de vejez del demandante había nacido el 7 de diciembre de 2001 y consecuente con ello, condenó al pago del retroactivo causado entre el 7 de diciembre de 2001 y el 1 de marzo de 2003, con incrementos anuales y mesadas adicionales, decisión que habrá de CONFIRMARSE, sin que resulte de recibo en esta instancia, los argumentos planteados sobre el particular por la recurrente.)

Para la Sala resulta sorprendente, por decir lo menos, que en un caso como el presente, en el que como bien lo explica el Juez de instancia en las páginas 4 a 6 de su providencia, se patentiza de modo claro la desorganización de la entidad demandada y la falta de idoneidad para resolver de manera eficaz y oportuna los errores administrativos que causan enormes perjuicios a los usuarios y que conlleva a mover el aparato judicial del Estado para declarar un derecho causado años atrás y negado por un error imputable a la entidad, todavía se insista en el recurso, de que al momento de reconocerse la pensión de vejez, el demandante no se había retirado del Sistema, expresándose textualmente lo siguiente:

"Nunca se aportó prueba sumaria de que la relación laboral del demandante se haya terminado, es decir, terminación del contrato, liquidaciones de prestaciones sociales, etc. O en caso de efectuar cotizaciones como trabajador independiente, el Retiro del Sistema (...)"

Esta argumentación sólo puede llevar a pensar dos cosas: i) O que la apoderada de la entidad recurrente jamás observó los anexos de la demanda ni mucho menos la argumentación del Juez de instancia, o ii) Que persiste la idea obstinada de seguir negando la realidad contundente de que si se había reportado la novedad de Retiro mediante autoliquidación desde el mes de febrero de 1999. Es algo que el demandante venía pregonando a gritos de tiempo atrás y resulta absolutamente reprochable que justo ahora que aparece absolutamente probado su decir, se siga insistiendo en el recurso lo contrario.

Así las cosas, se CONFIRMARÁ la providencia de primera instancia en este primer aspecto, así como a la CONDENA efectuada por INTERESES MORATORIOS, con base en las siguientes consideraciones:

“...”

4. SOBRE LA VIGENCIA DE LOS INCREMENTOS PENSIONALES

De acuerdo con los argumentos aducidos por la recurrente en relación con la derogatoria tácita de los incrementos pensionales, no queda duda que el primer problema jurídico a resolver en este caso, se concreta a determinar si los incrementos pensionales regulados en los artículos [21](#) y [22](#) del Decreto 758 de 1990, quedaron o no vigentes a partir de la expedición de la Ley [100](#) de 1993.

Para ello, debe tenerse en cuenta en primer lugar, que el artículo [289](#) de la Ley 100 de 1993 dice:

"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 (...)"

Pero por otro lado, el artículo [31](#), ubicado en las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación Definida del Sistema General de Pensiones de la Ley 100, estableció lo siguiente:

"(...) 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." (Negrillas fuera del texto legal)

Efectivamente, antes de que entrara en vigencia la Ley [100](#), el derecho a la pensión de vejez de los afiliados al I.S.S. se regulaba por el Decreto [758](#) de 1990 que aprobó al acuerdo [049](#) de 1990, en el que se estableció lo siguiente:

"Art. 21. Incrementos de las pensiones de invalidez por riesgo común y vejez. Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez, se incrementarán así:

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,

En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión."

Así las cosas, ha sido el criterio de esta Sala y de las diferentes Salas de este Tribunal, que analizando sistemáticamente el artículo [31](#) de la Ley 100 con la norma anteriormente transcrita, debe concluirse que para el caso de los afiliados al I.S.S. pensionados por vejez o invalidez de origen común, subsiste el derecho a que se reconozcan los incrementos por personas a cargo.

Adicional a lo anterior, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 27 de julio de 2005, mediante radicado 21517, expresó lo siguiente:

"El recurrente buscó convencer a esta corporación que el artículo [21](#) del acuerdo 049 de 1990 desapareció, en razón a que fue omitida su mención dentro de las normas derogadas. Para resolver la dubitativa interpretación, acudiremos al Art. [21](#) del Código Sustantivo del trabajo que consagra los principios de favorabilidad y de inescindibilidad de las normas. Esto nos conduce a que en caso de conflicto o duda sobre la aplicación de una norma, prevalece la más favorable al trabajador y que lo que se adopte debe aplicarse en su integridad...

El Art. [36](#) de la ley 100 de 1993 indicó que para los efectos de otorgar la pensión de vejez a quienes tuvieran edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas, debería aplicárseles el régimen anterior. Este régimen anterior no es otro que el consagrado en el Acuerdo [049](#) de 1990 aprobado por el decreto [758](#) del mismo año. Y su aplicación debe ser total...

(...)

Es verdad que los incrementos de las pensiones no están involucrados en la mencionada ley [100](#), pero ello no significa que pierdan vigencia; por el contrario si tal normatividad no lo reguló, no quiere decir que lo hubiere derogado, entonces en ese orden conservan pleno vigor."

En segundo lugar, le asiste razón al apelante en el sentido de que el artículo [36](#) de la ley 100 sólo dejó vigente del régimen anterior los requisitos de edad, tiempo y monto. No obstante, como ha quedado dicho al comienzo de estas consideraciones, es el artículo [31](#) de la ley 100 el que permite sustentar la vigencia de los incrementos regulados en el artículo [21](#) del Decreto 758 de 1990.

5. CONDENA EN COSTAS

“...”

6. INDEXACIÓN

“...”

7. CASO CONCRETO

“....”

8. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, La Sala Décimo Tercera del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DECIDE:

CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, pero MODIFICÁNDOLA en su numeral segundo, en cuanto al monto condenado por concepto de indexación, en consecuencia se condena a la parte demandada a parte al demandante la suma de TRESCIENTOS NUEVE MIL...”

EL RECURSO DE CASACIÓN

Propuesto por la demandada, concedido por el Tribunal, y admitido por la Corte, fue replicado.

ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende que la Corte CASE TOTALMENTE la sentencia impugnada, para que constituida en sede de instancia, REVOQUE la providencia del a quo y en su lugar, absuelva al I.S.S. por todo concepto y sobre costas decida lo pertinente.

Para tal propósito expone dos cargos, con base en la causal primera de casación laboral, los cuales se estudiarán en su orden.

PRIMER CARGO

Lo expuso así:

“Acuso la sentencia de violar por vía indirecta, por aplicación indebida del artículo [13](#) del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto [758](#) del mismo año, en relación con el artículo [36](#) de la ley 100 de 1993 y artículo [177](#) del Código de Procedimiento Civil.

La anterior violación se dio a causa de haber incurrido en los siguientes errores de hecho:

- 1.- Haber dado por demostrado, sin estarlo, que el señor DARÍO DE JESÚS COLORADO QUIROZ se desafilió del sistema antes del 7 de diciembre de 2001, fecha en la cual cumplió los 60 años de edad.
- 2.- No dar por demostrado, estándolo, que según las documentales que obran a folios 16 y 36, el señor DARÍO DE JESÚS COLORADO QUIROZ, para la fecha en que solicitó la pensión de vejez, se encontraba afiliado al sistema.

Los anteriores errores, se dieron a causa de no haber apreciado correctamente la documental que obra a folio 16 y de falta de apreciación de la documental que obra a folio 36 del cuaderno No. 1.

- DEMOSTRACIÓN DEL CARGO

Para revocar la decisión de primer grado, el Tribunal concluyó lo siguiente:

"Así las cosas, no queda duda entonces para la Sala, que habiéndose efectuado la desafiliación al sistema aún antes de que se hubieren cumplido los requisitos mínimos para adquirir el derecho pensional, éste debía concederse a partir del 7 de diciembre de 2001, fecha en que cumplió los 60 años de edad..."

Las consideraciones que preceden, dejan ver que el Tribunal no observó cuidadosamente la planilla de cotización que contiene la documental que obra a folio 16, toda vez que en ésta se deja ver claramente, que para la fecha de solicitud de la pensión, el demandante todavía se encontraba afiliado al sistema, pues dicho pago tiene fecha de presentación o radicación con la novedad de retiro, del 15 de mayo de 2003, sin encontrarse prueba alguna que demuestre lo contrario. Quiere decir lo anterior, que el señor COLORADO QUIROZ estuvo afiliado hasta dicha fecha, por lo tanto correspondía a mi representada reconocer la pensión solo desde ese día y año correspondiente a su desafiliación y no como equivocadamente lo concluyó el fallador de segundo grado, a partir de la fecha en que el actor cumplió con el requisito de la edad, es decir, desde el 7 de diciembre de 2001.

Además, por medio de la documental que obra a folio 36, que contiene la historia laboral, prueba

no apreciada por el ad quem, se refuerza lo mencionado anteriormente, ya que figura con fecha de radicación mayo 15 de 2003 una novedad consistente en el retiro del sistema, lo cual indica que para la fecha de solicitud de la pensión, aún el demandante se encontraba afiliado a la entidad. Así mismo, en la misma prueba se observa cotizaciones radicadas el día 23 de abril de 2004, empleador José Goergillo López Trujillo, concluyéndose de acá, lo anteriormente indicado.

Lo anterior, lleva a demostrar que el Tribunal se equivocó al valorar la prueba documental a folio 16 y al no valorar la contenida a folio 36, y concluir de ahí, que el accionante se encontraba desafiliado al momento de cumplir los 60 años de edad, por lo cual incurrió en los mencionados errores de hecho endilgados en el cargo y con ello a violar el artículo [13](#) del acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto [758](#) de ese mismo año, yerros que son capaces de quebrar el fallo recurrido, que permitirán a que esa H. Sala proceda de conformidad con el alcance de la impugnación.”

LA RÉPLICA

Reprodujo el contenido del folio 20 del cuaderno 1 referente al reconocimiento que hizo el ISS sobre el error cometido por la entidad respecto de la novedad de retiro realizada por el demandante oportunamente, y que la alusión a una vinculación con José Georgilio López constituía un hecho nuevo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El Tribunal no incurrió en ninguno de los dos errores de hecho que le enrostra el censor, pues, en verdad, de las pruebas que tuvo en cuenta (e incluso de las que no) se desprende que el demandante se desafilió del sistema antes de habersele reconocido la pensión de vejez, por lo que ameritaba el reconocimiento del retroactivo respectivo:

Para aseverar lo contrario, el recurrente imputa al colegiado el no haber apreciado correctamente la documental visible a folio 16, y la falta de estimación de la obrante a folio 36, ambas del cuaderno uno.

Al respecto baste señalar que, dado que el ad quem se refirió expresamente, al tomar su decisión, al instrumento constitutivo del folio 36, mal puede, entonces, enrostrársele que no lo hubiese tenido en cuenta, así, al respecto manifestó: “Efectivamente, reposa la RELACIÓN DE NOVEDADES DEL ISS, de fecha 19 de enero de 2005, con fecha de radicación FEBRERO 3 DE 1999, radicado número 51 0385 02 020497 4, correspondiente al ciclo mayo de 1998, en la que se reportó el Retiro”, expresión a la que se le colocó el supraíndice 5, correspondiente, en el pie de página del folio 120, al documento de folio 36, cuya preterición se pregona; por lo que, la confrontación de esta prueba tenía que encauzarse bajo la argumentación correspondiente a la de su errónea estimación.

De otro lado, respecto del documento a folio 16, el ad quem reportó lo que en él mismo se registra: una autoliquidación de aportes presentada en DAVIVIENDA el 15 de mayo de 2003, correspondiente al período mayo de 1998, en el que aparece claramente la novedad de retiro del actor en ese mes y año, sin que la fecha de presentación de la autoliquidación y pago implicase, necesariamente, que aquél aún estuviese afiliado al sistema, por lo que, en ninguna estimación errónea evidente incurrió el Tribunal, que condujera a los errores de hecho atribuidos a él.

Por otra parte, es patente que el fallador, no fundamentó su decisión respecto del retroactivo

solamente en las dos documentales atrás mencionadas, sino que, tuvo en cuenta otras más, como la que milita a folio 20, emitida por la Coordinadora de Recaudo y Cartera del ISS, en la que reconoce que hubo un error de digitación en la autoliquidación de aportes cancelada el 3 de febrero de 1999 en Davivienda, de lo cual se derivó la negativa de retroactivo pensional, y por lo tanto, se solicitaba, con carácter urgente, la respectiva corrección; además, se fundó en los documentos de folios 17 a 34 (“numerosos escritos, comunicados y gestiones que adelantó el demandante ante diferentes oficinas, departamentos y funcionarios de la entidad, con el fin de que fuera corregido el error...adjuntando la copia de la autoliquidación con radicación....del 3 de febrero de 1999, con el fin de que se corrigiera el error...que motivó el que no se le hubiera otorgado el retroactivo de su pensión desde el momento en que cumplió los requisitos mínimos...” -destaca la Sala-), por lo que, como es sabido, no podía el recurrente soslayar el análisis y contradicción de la verdad que el sentenciador dedujo de cada uno de ellos, so pena de quedar sostenida su decisión en tales probanzas.

Es palpable, además, que el mismo ISS reconoce, con el documento a folio 77 –no tomado en cuenta por el ad quem- que “El retiro se produjo el 30/05/1998, al sistema de PENSIONES, cuando estaba con el empleador LUIS EDUARDO COLORADO QUIROZ....”

Incontrovertible resultaba, por lo tanto que, para cuando el accionante arribó a los sesenta años el 7 de diciembre de 2001, había acreditado su precedente desafiliación al sistema, por lo que, si se le reconoció pensión de vejez el 24 de febrero de 2003, mediante la Resolución 002080 de 2003, a partir del 1 de marzo de tal anualidad, se le debía haber reconocido el retroactivo pensional causado entre cuando se desafilió, hasta el 28 de febrero de dicho año, por lo que una presunta cotización insular que aparece hecha en el 2004 (fl. 36) sobre la que el accionante manifiesta no haber tenido vínculo alguno con quien allí aparece como empleador suyo, carece de la virtualidad de extinguir el derecho tan ahincadamente deprecado por el actor, hecho que, por lo demás, no fue alegado por el ISS en las instancias, por lo que aludir al mismo en la esfera casacional implica como lo anota la réplica- un medio nuevo dentro del recurso extraordinario.

Debe acoger la Sala los reproches y censuras expresados por los falladores de instancia respecto de las negligentes y obstinadas acciones y omisiones desplegadas por el ISS en este caso, tanto en la fase administrativa propiamente dicha como en la judicial, generadoras del desconocimiento tozudo e irregular del derecho del demandante, máxime cuando, al contestarse la demanda ni siquiera se aportaron o pidieron pruebas por parte de la profesional del derecho que representaba a la entidad (fls. 64 a 65), amén de desconocerse la obligatoria concreción que sobre los hechos del libelo debía hacerse en las respuestas y, luego, al recurrirse el fallo de primera instancia, tampoco aludir a prueba alguna en concreto que acreditara la alegación referente a no haberse retirado del sistema el actor antes de llegar a la edad mínima requerida para acceder a la pensión.

SEGUNDO CARGO

Con la siguiente argumentación:

“Acuso el fallo del Tribunal de ser violatorio por la vía directa, en la modalidad de aplicación indebida del artículo [21](#) del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto [758](#) del mismo año; interpretación errónea del artículo [31](#) de la ley 100 de 1993.

DEMOSTRACIÓN DEL CARGO

El ad quem al adoptar completamente la sentencia de primera instancia, asumió la conclusión del

juez de primer grado, según la cual el I.S.S. debe cancelar al demandante el incremento pensiona! solicitado.

Incurre el Juez colegiado en aplicación indebida del aludido artículo [21](#) del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto [758](#) del mismo año, por cuanto al prohiar la sentencia de primera instancia asume que "...subsiste el derecho a que se reconozcan los incrementos por personas a cargo...", cuando lo correcto es entender con fundamento el artículo [31](#) de la ley 100 de 1993, interpretado erróneamente por el Tribunal, indicando éste que "...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.".

Lo anterior, en el sentido de entenderse que por no hablarse del tema en la ley [100](#) de 1993, debe concluirse derogado tácitamente el artículo [21](#) del citado acuerdo 049 de 1990, llevando a la conclusión de no concederse el incremento pensiona!.

Por lo mencionado, es evidente que la exégesis correcta del artículo [31](#) de la ley 100 de 1993, conduce a que el señor DARÍO DE JESÚS COLORADO QUIROZ no tiene derecho al incremento pensional por encontrarse derogada la norma que dio aplicación al mismo; por ello no podía el juez colegiado fallar conforme lo hizo.

Por lo expuesto, el cargo tiene vocación de prosperidad y se solicita se proceda conforme con el alcance del mismo.”

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En este cargo no se sabe a ciencia cierta cuál es el submotivo de la vía directa al que recurre el censor, pues, si bien, al presentar su imputación alude a indebida aplicación, al desarrollarla reitera tal opción pero refiere que el Tribunal incurrió en interpretación errónea y en exégesis equivocada, sin que la Corte pueda, dado el carácter rogado del recurso y a la debida imparcialidad que su calidad de juez le depara, entrar a enmendar la plana y a decidir cuál de los dos es el ejercitado por aquél.

Con todo, baste señalar que tiene razón la réplica al oponerse y que sobre el tema ya la Corte ha indicado que, en su sentir, los incrementos previstos por el artículo [21](#) del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto conservan vigencia. Así, en sentencia de 5 de diciembre de 2007, al reiterarse la 21517 de 2005, se dijo:

“El ataque pone a consideración de la Corte el tema relativo a la vigencia de los incrementos por personas a cargo, consagrados en el artículo [21](#) del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto [0758](#) de igual año, y para tal efecto el recurrente argumentó in extenso, que el Tribunal al estimar que la nueva ley de seguridad social no los había derogado, y que los mismos estaban comprendidos dentro de los aspectos que conservó el régimen de transición previsto en el artículo [36](#) de la Ley 100 de 1993, incurrió en la trasgresión por la vía directa del conjunto normativo enlistado en la proposición jurídica del cargo; y en estas condiciones, la censura en el recurso de casación muestra su firme propósito de hacer variar el criterio esbozado por ésta Corporación en torno a esta temática en la decisión del 27 de julio de 2005 radicado 21517.

En el enjundioso discurso, el censor sostiene en síntesis que dichos incrementos desaparecieron porque: (I) “tales beneficios no se encuentran dentro de las prestaciones que de manera expresa reconoce la ley [100](#) de 1993, ello quiere decir que a partir de su vigencia han dejado de existir, excepto para quienes tenían un derecho adquirido, de lo contrario la Ley de Seguridad Social los

hubiese contemplado”; (II) que en esta materia operó fue una “derogatoria tácita”, pues aunque el artículo [289](#) del estatuto de seguridad social no eliminó expresamente dichos incrementos, el artículo [21](#) del acuerdo 049 de 1990 sí resulta contrario a “las prestaciones de la referida ley [100](#) de 1993”, al consagrar “derechos distintos a los taxativos de la ley de seguridad social y por no haber sido incluidos dentro del régimen de transición del artículo [36](#) del Estatuto de Seguridad Social” que respetó sólo tres aspectos: la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto de la prestación; (III) que tales incrementos, para el caso por tener el pensionado cónyuge o compañera permanente, y que son ajenos a la cotización, no aparecen comprendidos en la nueva legislación para establecer el “IBL” de la respectiva pensión, que en los términos estipulados en el artículo [36](#) de la Ley 100 de 1993, se calcula de acuerdo a lo “devengado” o “cotizado”; y (IV) que en estos eventos no tiene cabida el principio de favorabilidad, toda vez que no se está en frente de dos normas en conflicto que se encuentren ambas vigentes y que sean reguladoras de una misma situación.

Pues bien, en primer lugar es menester acotar, conforme lo advierte la censura, que esta Sala de la Corte en casación del 27 de julio de 2005 radicación 21517, por mayoría definió que los incrementos por personas a cargo previstos en el artículo [21](#) del Acuerdo 049 aprobado por el Decreto [0758](#) 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 transición, siendo aquél el criterio que actualmente impera, oportunidad en la cual se sostuvo:

“(…) El Instituto de seguros Sociales por Resolución 008545 de 12 de mayo de 1999 (folio 17, 18 y 19, cuaderno 2) reconoció expresamente que al asegurado LUIS HERNANDO HERRERA SILVA se le aplicaba el Art. [36](#) de la Ley 100 de 1993 para concederle su pensión de vejez y que por tanto el régimen correspondiente a su caso era el anterior a la expedición de la nueva normatividad.

Cuando a los beneficiarios de un régimen de transición se les reconoce que las normas propias para su caso son las contenidas en el régimen anterior, quiere decir ello que todos sus derechos pensionales se derivan de la regulación vigente antes de entrar en aplicación las nuevas disposiciones. El axioma es sencillo: Si a los beneficiarios de pensiones de vejez se les aplica un régimen anterior vigente, es todo en su conjunto y no solamente, como se pretende, una parte de la normatividad que venía rigiendo. Y está premisa es válida para todos los trabajadores que se hallan cobijados por las disposiciones del acuerdo [049](#) de 1990 y su decreto reglamentario.

En el caso presente, el beneficiario, por la <transición> de la Ley [100](#) de 1993, es sujeto del régimen contenido en el acuerdo ISS [049](#) de 1990, aprobado por el decreto [758](#) del mismo año en concordancia con las normas que lo complementan.

El recurrente buscó convencer a esta corporación que el artículo [21](#) del acuerdo 049 de 1990 desapareció, en razón a que fue omitida su mención dentro de las normas derogadas. Para resolver la dubitativa interpretación, acudiremos al Art. [21](#) del Código Sustantivo del Trabajo que consagra los principios de favorabilidad y de inescindibilidad de las normas. Esto nos conduce a que en caso de conflicto o duda sobre la aplicación de una norma, prevalece la más favorable al trabajador y que la que se adopte debe aplicarse en su integridad.

En este proceso, habida cuenta de que el Instituto de Seguros Sociales reconoció la calidad de beneficiario del Régimen de Transición del señor Herrera, recurriremos a la sabiduría del legislador o sea la aplicación del Art. [21](#) del C. S. del T.

El Art. [36](#) de la ley 100 de 1993 indicó 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. Este régimen anterior no es otro que el consagrado en el Acuerdo [049](#) de 1990 aprobado por el decreto [758](#) del mismo año. Y su aplicabilidad debe ser total. En dicho régimen se contempla lo siguiente: Es para los afiliados al Seguro Social por invalidez, vejez y muerte (Art. 1º); señala los requisitos para acceder a la pensión de vejez (Arts. 12 y [13](#)); establece en que forma se integran las pensiones, la manera de liquidarlas y el salario que debe tenerse en cuenta (Art. 20) y finalmente mantiene el derecho a los incrementos de las pensiones (Art. 21) para cada uno de los hijos o hijas menores de 16 o de 18 años, o inválidos no pensionados de cualquier edad y para el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de él.

El Art. 22 de dicho acuerdo expresamente menciona que los incrementos de las pensiones no hacen parte de la pensión de vejez (monto). Por ello es que la Ley 100 de 1993 en sus Arts. [31](#), [34](#) y [36](#) al hablar del monto de las pensiones se abstuvo de mencionar los incrementos de las pensiones por no hacer parte de él. Pero ante la duda o conflicto de su vigencia nos auxilian los principios de favorabilidad e inescindibilidad que comporta el derecho del trabajo.

Por lo anterior el Ad-quem no violó directamente, ni aplicó indebidamente el Art. [21](#) del Acuerdo ISS 049 de 1990. Todo lo contrario. Lo que se observa en la sentencia atacada es que se dio cabal aplicación al régimen anterior, cuando dice: <En consecuencia una primera inferencia obvia que resulta de los textos transcritos es que la ley [100](#) de 1993, en materia de riesgos por invalidez, vejez y muerte de origen común, no derogó en su totalidad la legislación anterior que regulaba la materia, sino que mantuvo mucha de parte de ésta por no serle contraria, o simplemente porque la nueva constituía solo una modificación, una adición o una excepción.

Por su parte el artículo [20](#) del Acuerdo 049 de 1990, ya citado se refiere al monto de las pensiones de vejez, invalidez y los artículos 21 y 22 a los incrementos de las mismas, así como a su naturaleza jurídica>.

Es clara la sentencia recurrida cuando entre sus consideraciones dice:

<Ahora bien, los artículos [34](#) y [40](#) de la ley 100 de 1993 regularon lo atinente a los montos de las pensiones de vejez e invalidez respectivamente, pero nada dispusieron respecto a los incrementos que consagraba la legislación anterior, por lo cual es razonable inferir que estos aún perduran en la actualidad, ya que no son contrarios a la nueva legislación y simplemente la adicionan o la complementan, tal como lo hacían en el régimen anterior

“Y es que la transición consagrada en el artículo [36](#) opera para la pensión de vejez y los incrementos aquí reclamados, al no formar parte de ella, mal podrían ser objeto del dicho régimen, lo que corrobora el concepto de que no fueron derogados sino que se encuentran vigentes, porque su existencia es independiente de la pensión misma>.

Así las cosas, las anteriores fundamentaciones jurídicas del Tribunal no son <abiertamente equivocadas>, como lo aduce la censura, ya que el Art. [10º](#) de la Ley 100 de 1993 tiene por objeto garantizarle a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley... (subrayas y negrillas del casacionista).

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.

Más adelante nos recuerda que los Arts. [31](#), [34](#) y [40](#) de la Ley 100 no dispusieron nada respecto a los mencionados incrementos. Pero no explica su confusión con el Art. [36](#) del régimen general de pensiones que retrotrajo el régimen anterior o sea, el del Acuerdo ISS [049](#) de 1990 que se aplica a todos quienes reúnan las condiciones fijadas por dicha normatividad.

Finalmente, el recurrente aduce una indebida aplicación del Art. [289](#) de la Ley 100 de 1993, pues dicha norma según su entender derogó todas las disposiciones que le fueran contrarias. Sin embargo, los incrementos a las pensiones para los beneficiarios del régimen del acuerdo I.S.S. [049](#) de 1990, ya por derecho propio o por el de transición no pueden ser contrarias, por reconocimiento expreso de la misma norma al decir que esta <salvuarda los derechos adquiridos> (subrayas y negrillas de la ponencia).

De conformidad con lo expuesto, esta corporación concluye que el Tribunal Superior de Montería no aplicó indebidamente el régimen contenido en el Acuerdo I.S.S. [049](#) de 1990, aprobado por Decreto [758](#) del mismo año en relación con los Arts. [10](#), [31](#), [34](#), [36](#), [40](#) y [289](#) de la Ley 100 de 1993. Por tanto, es del caso desestimar también el tercer cargo”.

Por lo tanto, pese al juicioso esfuerzo argumentativo de la censura, no hay lugar a que esta Corporación entre a modificar la posición jurisprudencial que antecede y por el contrario en esta ocasión la ratifica.

En efecto, en los términos en que el recurrente propone se modifique el criterio doctrinal de la Corte que se acaba de transcribir y se acojan los salvamentos de voto que se le hicieron a la mencionada sentencia, es pertinente agregar, que si bien es cierto en los artículos [34](#) y [40](#) de la Ley 100 de 1993 se reguló el tema concerniente al monto de la pensión de vejez y la de invalidez de origen común, y que el artículo [36](#) de ese ordenamiento se refirió al IBL para aquellas personas que son beneficiarias del régimen de transición, ello no significa que al dejar de contemplar la nueva ley de seguridad social los incrementos por personas a cargo, éstos hubieren desaparecido, como bien se explicó en el citado antecedente jurisprudencial; máxime que su artículo [289](#) efectivamente no los derogó expresamente pero tampoco lo hizo de manera tácita, sobre todo para los casos en que sea pertinente la aplicación del Acuerdo del ISS [049](#) de 1990, pues contrario a lo que sostiene el censor tal beneficio no resulta contrario ni riñe con la nueva legislación que salvaguarda los derechos adquiridos, a lo que se suma que el inciso 2º del artículo [31](#) de la mencionada Ley 100, señala que serán aplicables al régimen de prima media con prestación definida “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”, variaciones éstas que no se dieron respecto a la temática que se trata en el asunto sometido a esta jurisdicción.

En este orden de ideas, 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; se insiste, para el afiliado que se le aplique por derecho propio o por transición el aludido Acuerdo [049](#) de 1990.

Lo expuesto trae consigo para el caso en particular, que el derecho a los incrementos por personas a cargo y concretamente el equivalente al 14% sobre la pensión mínima legal por su cónyuge, ingresaron al patrimonio del demandante, a quien se le definió su prestación por vejez

con base a la normatividad anterior al ser beneficiario del régimen de transición, y por tanto aunque éste hubiere completado requisitos para acceder a la pensión en vigencia de la nueva ley de seguridad social, el 16 de octubre de 1999, no es dable desconocer tal prerrogativa prevista en el citado Acuerdo del ISS [049](#) de 1990, cuando frente a dichos incrementos según se dijo, no operó la supresión o derogatoria expresa o tácita de la ley (artículos [71](#) y [72](#) del Código Civil), por virtud a que sus efectos en verdad jurídicamente no fueron abolidos, conservándose así su aplicación inobjetable en los términos del aludido artículo [31](#) de la Ley 100 de 1993, lo que de igual manera encuentra respaldo en la protección a la seguridad social que pregonan los artículos [48](#) y [53](#) de la Constitución Política....”

El cargo, en consecuencia, no prospera.

Costas en el recurso extraordinario a cargo de la parte recurrente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 13 de marzo de 2007, dentro del juicio ordinario laboral promovido por DARÍO DE JESÚS COLORADO QUIROZ en contra del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

Costas conforme se expresó en la parte motiva.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA

EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS

LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ

CAMILO TARQUINO GALLEGO

2



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

