

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO



PEREIRA - RISARALDA

**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Pereira, dieciocho de marzo de dos mil diez  
Acta número 024 del 18 de marzo de 2010  
Hora: 4:45 p.m.

**TEMA:** *El incremento pensional por persona a cargo regulado en el artículo 21 del acuerdo 049 de 1990 y no incorporado dentro del estatuto de la seguridad social –L. 100 de 1993-, no es de recibo cuando el nacimiento del derecho –dependencia y convivencia- se produce en vigencia de este último estatuto, por no tratarse de una situación jurídica concreta ya consolidada. **Poderes officiosos del Juez.** Con estos no se puede suplir la inactividad de las partes.*

En la fecha y hora señaladas se da inicio a la audiencia pública dentro de la que habrá de resolverse el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, el 11 de septiembre del 2009, en el proceso ordinario de primera instancia que **JOSÉ HERIBERTO SANTA RAMÍREZ** promueve en contra de el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES SECCIONAL RISARALDA.**

En sesión previa, la Sala discutió y aprobó el proyecto que presentó el magistrado ponente, el cual corresponde al siguiente tenor,

**I- SENTENCIA**

**a. Lo que se pretende.**

Solicita el actor, por medio de apoderado judicial, que el Instituto de los Seguros Sociales le reconozca y pague sobre la pensión de vejez, el incremento pensional del 7% estipulado en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO



PEREIRA - RISARALDA

anualidad, por tener a cargo a su hija discapacitada, así como el pago de los intereses moratorios.

**b. Hechos jurídicamente relevantes.**

Al actor se le reconoció pensión de vejez, mediante Resolución No. 000264 de 2003, con fundamento en el Art. 36 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el Art. 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990. A su vez expresa que tiene bajo su responsabilidad a su hija discapacitada María Nancy Santa Buitrago, nacida el 17 de mayo de 1975 razón por la cual el ISS debe reconocerle un incremento del 7% del salario mínimo legal con su respectiva indexación. Indica además que agoto la reclamación administrativa.

**c Actuación procesal**

Avocado el conocimiento por parte del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta capital mediante auto 24 de febrero de 2009 se admitió la demanda y se ordenó correr traslado a la entidad accionada quien por medio de vocero judicial dió respuesta oportuna a todos y cada uno de los hechos, aceptando los relativos a la calidad de pensionado del accionante y el agotamiento de la vía gubernativa, con relación al incremento solicitado se manifestó que éste no era viable porque la norma que lo contemplaba está derogada y en cuanto a la discapacidad dijo que era un hecho susceptible de prueba. Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones de las de "Inexistencia de la obligación demandada", "Inexistencia de norma que reconozca el derecho al pago del incremento pensional por persona a cargo" y "Prescripción".

A continuación se celebró la audiencia de que trata el canon 77 del Estatuto Procesal Laboral y de la Seguridad Social, sin que fuera posible arribar a un acuerdo conciliatorio, se dió traslado de las excepciones propuestas, no se adoptaron medidas

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO



PEREIRA - RISARALDA

de saneamiento, ni se modificaron las bases fácticas del litigio. Seguidamente se decretaron las pruebas documentales y testimoniales solicitadas por las partes.

**d. Sentencia de primer grado**

Clausurada la etapa probatoria se dictó sentencia que puso fin a la primera instancia donde la *a quo* absolvió al ISS de todas y cada una de las pretensiones contenidas en la demanda. En la motivación de la sentencia la Dispensadora de Justicia argumentó que si bien los presupuestos del Art. 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad se configuran, no podría ser posible el incremento requerido por el demandante toda vez que la condición de hija inválida se generó sólo para el 13 de julio de 2007 como se extracta del dictamen en donde no se anotó una fecha de estructuración, sino que simplemente se indicó fue la fecha de calificación, así que se dijo que ese derecho surgió hace poco, bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993 porque la norma que regula la pensión del demandante y que contempla ese beneficio adicional ya no existía, puesto que había sido subrogada por aquella.

**e. Apelación.**

Dicha decisión fue objeto del recurso de apelación mediante auto del 21 de septiembre de 2009 el vocero judicial del demandante, argumenta que el accionante es pensionado por vejez bajo las reglas del Acuerdo 049 de 1990, tiene una hija mayor de edad inválida, cuya estructuración de merma de capacidad laboral no ha sido precisada en el tiempo; por cuanto el dictamen proferido por el médico laboral del ISS, no preciso ese ítem. Manifestó igualmente que la Jueza en uso de sus facultades oficiosas debió ordenar la práctica de la prueba, es decir un nuevo dictamen que precisara el momento de la estructuración de la invalidez con el fin de hallar la verdad material y garantizar la aplicación de una recta y cumplida justicia. El decreto de pruebas de oficio es un instituto que tiene que ser usado de modo forzoso por el juez cuando en el contexto del caso concreto esa

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO



PEREIRA - RISARALDA

actividad permita remover una zona de penumbra con el fin de esclarecer y superar esa verdad que permitirá decidir con sujeción a los dictados de la justicia.

Con base en lo anterior y con fundamento en el Art. 83 del Código Procesal depreca que el Tribunal Superior ordene por vía oficiosa la práctica del dictamen por parte del médico del ISS, a la Señorita María Nancy Santa Buitrago con el fin de determinar la fecha de la estructuración de la merma laboral que dictaminó el 13 de julio de 2007. Obtenido el dictamen y si la invalidez se estructura antes del 1 de febrero de 2003 fecha de cumplimiento de los requisitos legales de la pensión de vejez por parte del actor, se torna legal el reconocimiento, liquidación y pago de los incrementos pedidos.

El recurso fue concedido y las diligencias remitidas a esta Sala, donde se dispuso el trámite propio de la instancia.

Al no avistarse circunstancia alguna que vicie de nulidad lo actuado, se dispone la Corporación a resolver lo que en derecho corresponda, previas las siguientes,

## **II. CONSIDERACIONES:**

### **1. Competencia.**

Este Juez Colegiado es competente para resolver la consulta dispuesta por la Jueza *a-quo*, en virtud de los factores territorial y funcional, de conformidad con los artículos 2, 4, 5, 15 lit b Ord. 3 y 69, todos del Compendio Adjetivo Laboral y de la Seguridad Social.

Los denominados por la doctrina presupuestos procesales: juez competente, demanda en forma, capacidad de parte y capacidad para comparecer a juicio-

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO



PEREIRA - RISARALDA

concurrer medianamente en esta actuación, no militan, por otra parte, vicios que obliguen a sanearlos o a decretar de oficio la nulidad, en su caso –Art. 145 C.P.C-.

## **2. Problema jurídico.**

El intrínquis jurídico a tratar por parte de este Cuerpo Colegiado es el que tiene que ver con el cumplimiento de los presupuestos procesales para el reconocimiento de los incrementos pensionales por personas a cargo contemplado en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma calendada y acerca de los poderes oficiosos del Juez.

Para solucionar el dilema que se le pone de presente a la Corporación, se hace necesario reiterar lo que ya se ha sentado en otras ocasiones, en las cuales se han decantado una serie de presupuestos de indispensable cumplimiento para que surjan a la vida jurídica las sumas adicionales a la mesada pensional, conforme al artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990.

Dichos requisitos se sintetizan en lo siguiente:

- Disfrutar de una pensión concedida con base en el Acuerdo 049 de 1990 u otro cuerpo legal que contemple los incrementos pensionales.
- Cumplir actualmente con todos los requisitos exigidos por la norma que contemple los aumentos de la mesada pensional, pero además que se satisfagan desde la vigencia del cuerpo legal que los establecía.

Con esta base, se adentrará este Juez Colegiado a verificar si, en el caso concreto, se cumplen los mismos.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO



PEREIRA - RISARALDA

En cuanto a la calidad de pensionado del señor José Heriberto Santa Ramírez, aparece demostrada con la copia de la Resolución No. 000264 del 23 de enero de 2003, aportada como anexo de la demanda –fl. 7-, acto administrativo que se sustentó jurídicamente en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Acuerdo 049 de 1990, por ser el demandante beneficiario de las reglas transicionales. Con esto se satisface el primero de los presupuestos para acceder a los incrementos pensionales. Pero además de dicho sustento legal, como ya se dijo, es relevante que se acredite la satisfacción de los presupuestos de convivencia y dependencia económica desde la propia vigencia del Acuerdo 049 de 1990, esto es, desde antes del 1º de abril de 1994. Ello, en razón a que la aplicación de los incrementos pensionales no obedece a beneficios transicionales, sino a la aplicación del carácter retrospectivo de la ley en materia laboral y de seguridad social, es decir, que regula y modifica las situaciones que se presenten desde su entrada en vigor, más no afecta situaciones consolidadas con anterioridad a la vigencia de la nueva norma.

En el presente caso, lo que pretende el pensionado es el reconocimiento y pago del incremento pensional por tener a cargo a su hija inválida María Nancy Santa Buitrago, consanguinidad que quedó demostrada conforme al registro civil de nacimiento visible a folio 11 del expediente, respecto del estado de invalidez de la señora Santa Buitrago, igualmente se encuentra acredita con la certificación del médico Laboral de la ARP del ISS visible a folios 12 y 13 del expediente, en la cual se consignó una pérdida de capacidad laboral del 57%, sin embargo no se especificó la fecha de estructuración de esa invalidez, únicamente se cuenta con la fecha de calificación la cual data del 13 de julio de 2007.

La Jueza *a quo* absolvió al ISS de las pretensiones incoadas por el pretensor del litigio, por cuanto al no tener certeza acerca de la fecha de estructuración de la invalidez de la señora Santa Buitrago dijo que con base en la fecha de calificación - 13 de julio de 2007-, el derecho al incremento peticionado había surgido en vigencia de la Ley 100 de 1993, norma que no contempla dicho beneficio. El

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO



PEREIRA - RISARALDA

ensor enrostró a la funcionaria de primera instancia el hecho de no haber acudido a las facultades oficiosas en orden a haber ordenado dicho dictamen, lo que necesariamente no relevaba al interesado en que ello se produjera así, para solicitarlo oportunamente. Además, la jurisprudencia patria se ha pronunciado en torno a las pruebas de oficio de la siguiente manera:

*«El tema de pruebas de oficio en el proceso laboral está consagrado en los artículos 54 y 83 del Código Procesal del Trabajo, y en relación con el alcance de tales normas esta Sala de la Corte en sentencia de enero 29 de 1979, expediente numero 6435, precisó:*

*'Cierto es, como lo dice el impugnante, que los funcionarios que tienen a su cargo tramitar y decidir en las instancias los procesos laborales deben practicar las pruebas solicitadas oportunamente por las partes y, aún más, para la búsqueda de la verdad real sobre los hechos controvertidos, pueden decretar y practicar de manera oficiosa las demás pruebas que consideren pertinentes.*

*'Estas atribuciones son de mayor amplitud para los jueces del primer grado porque es a ellos a quienes corresponde la instrucción fundamental del proceso, la dirección de éste (CPL, art. 48), la práctica personal de las pruebas (ibid., art. 52), el decreto de ellas oficiosamente (ibid., art. 54), e inclusive la potestad de interrogar libremente a las partes (ibid., art. 59). Todo ello para fundar su convencimiento en el análisis del material probatorio conseguido y decidir así el litigio (ibid., art. 60y61).*

*'Ya en la segunda instancia los poderes del tribunal se restringen, pues solo le es dable practicar pruebas decretadas en la primera cuando en ésta dejaron de aducirse sin culpa de quien las pidió, y, fuera de esta hipótesis, apenas le incumbe decretarlas de oficio, más no como deber sino como potestad (ibid., art. 83).*

*'Y en Casación, únicamente después de infirmada la sentencia recurrida, le es dable a la Corte decretar auto para mejor proveer (D.L. 528/64, art. 61).*

*'Pero las facultades y deberes que tienen los funcionarios de las instancias en materia de practica de pruebas no llegan ni pueden llegar en ningún caso a desplazar la*

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO



PEREIRA - RISARALDA

*iniciativa de los litigantes ni a reemplazar las tareas procesales que a cada uno de ellos les incumbe: Al demandante, demostrar los hechos fundamentales de su acción. Al demandado, acreditar aquellos en que base su defensa.*

*'El desinterés o la incuria de cualquiera de las partes en aducir sus pruebas no pueden razonablemente ser suplidos por el juez con el pretexto de inquirir la verdad real sobre las materias controvertidas, porque la actuación de este debe ser imparcial en todo tiempo, y sus poderes oficiosos se limitan a esclarecer puntos oscuros o de duda que se presenten en el juicio. Debe pues aclarar lo que parece verdadero en principio y no investigar la fuente misma de la verdad, como si se tratase de asunto criminal.*

*'De otra parte, si el juez no cumple con su deber de decretar o de practicar pruebas que le fueron pedidas, ese incumplimiento no envuelve quebranto aducible en casación de las normas instrumentales que le ordenan proceder celosamente en el trámite de los procesos, como medio para alegar el desconocimiento de textos sustanciales de la ley, sino que apenas comprometería la responsabilidad personal del funcionario frente a los litigantes por las omisiones en que hubiere incurrido. La conducta del juez o tribunal no es tema trascendente dentro de este recurso extraordinario, cuya finalidad suprema es unificar la jurisprudencia nacional.*

*'Y si esto es forzosamente predicable en tratándose de un deber del juez, mayor énfasis le corresponde aún en cuanto atañe a su potestad de practicar pruebas de manera oficiosa. Es un ideal buscar la verdad completa antes de resolver procesos judiciales. Pero esa indagación es mas deber moral que legal para el sentenciador'.*

*"En consecuencia, como no encuentra la Sala razones para modificar el criterio contenido en el aparte de la providencia antes transcrito, al mismo se remite para concluir que el cargo que se analiza no está llamado a prosperar; aunque ello no obsta para que se exhorte a los jueces y magistrados para que hagan uso de la facultad que las normas procesales ya citadas les conceden para decretar pruebas de oficio, pues indudablemente cuando las ejercen cumplen el objetivo que estas*



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO



PEREIRA - RISARALDA

*persiguen como es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial»<sup>1</sup> -sublíneas fuera del texto-.*

Diáfano resulta entonces, que la carga probatoria que incumbía a la parte actora en este asunto ha sido incumplida, toda vez que ni los testimonios arrimados al proceso arrojaron una certeza acerca del nacimiento de la invalidez de la hija del pensionado y por lo mismo de su dependencia económica respecto del pensionado.

Ahora en lo tocante a la solicitud del decreto de la prueba de oficio por parte de esta Sala, dicha petición no resulta procedente, toda vez que no se cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 83 del Estatuto Procesal Laboral y de la Seguridad Social, el cual reza:

*"Las partes no podrán solicitar del Tribunal la práctica de pruebas no pedidas ni decretadas en primera instancia.*

*Cuando en la primera instancia y sin culpa de la parte interesada se hubieren dejado de practicar pruebas que fueron decretadas, podrá el Tribunal, a petición de parte, ordenar su práctica y la de las demás pruebas que considere necesarias para resolver la apelación o la consulta*

*(...)"*

Conforme a la Obra Legal transcrita y como se indicó anteriormente, en el presente asunto no se cumplen con los presupuestos para que esta Corporación acceda a la solicitud elevada por el togado respecto al decreto de una calificación de la señora María Nancy Santa Buitrago, toda vez que la parte demandante en la instancia precedente no solicitó la ampliación del dictamen obrante a infolio 12 y 13 del expediente o el decreto de uno nuevo, así las cosas, no puede en ningún

---

<sup>1</sup> C.S.J., -Sala Casación Laboral Magistrado Ponente: Dr. Fernando Vásquez Botero - Sentencia de casación, junio 6 de 2001. Radicación 15.267.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO



PEREIRA - RISARALDA

momento el Juez reemplazar la obligación probatoria de las partes o suplir la inactividad de los mismos.

Y es que la carga probatoria que establece la ley para las partes, debe ser precisamente ejercida por estas, y no pueden excusarse en la *"falta de actividad del Juez"*, porque recuérdese que los sujetos procesales son los encargados de manifestarle los hechos al dispensador de justicia y además llevarle los medios que los acrediten y que le permitan obtener certeza sobre ellos para que pueda fallar en uno u otro sentido.

Corolario de lo anterior, al no acreditarse en debida forma uno de los presupuestos procesales contenidos en el Acuerdo 049 de 1990, esto es la dependencia económica, las pretensiones están llamadas a fracasar y, consecuentemente, la decisión judicial de primer grado ha de ser confirmada.

Costas en ambas instancias a cargo del demandante.

### ***III. DECISIÓN.***

Por lo anteriormente expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Laboral**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

#### ***FALLA:***

**CONFIRMA** la sentencia que por vía de apelación ha conocido la Sala.

Costas en ambas instancias a favor del Instituto demandado y en contra del demandante.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO



PEREIRA - RISARALDA

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia se levanta y firma esta acta.

*Los Magistrados,*

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

**ANA LUCIA CAICEDO CALDERÓN**

**ALBERTO RESTREPO ALZATE**

**EDNA PATRICIA DUQUE ISAZA**

*Secretaria*