Radicado Nº	:	66001-31-05-004-2010-00253-01
Proceso	:	ORDINARIO LABORAL
Demandante	:	JOSE AURELIO CASTILLO ORTEGA
Demandado	:	INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES
Juzgado de Origen	:	Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira (Risaralda)
Providencia	:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
Tema		**I. INCREMENTO PENSIONAL:** El incremento pensional por cónyuge a cargo, es procedente cuando de la valoración probatoria se demuestra la dependencia económica y la convivencia entre el demandante y su esposa.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

ACTA No. 147

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

En Pereira (Risaralda), a la fecha y hora previamente señaladas para llevar a cabo la presente diligencia, se reunieron los señores Magistrados que integran la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, Dres. **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN -** quien actúa como ponente- **ALBERTO RESTREPO ALZATE,** y el doctor **FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**. En asocio de la Secretaria Edna Patricia Duque Isaza, se declaro abierto el acto y la Sala se constituye en Audiencia Pública de Juzgamiento, en el presente proceso Ordinario Laboral instaurado por el señor **JOSE AURELIO CASTILLO ORTEGA** en contra del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.**

En sesión previa que se hizo constar en la mencionada acta, la Sala discutió y aprobó el proyecto que presentó la Magistrada Ponente, el cual alude a la siguiente:

S E N T E N C I A:

Pasa la Sala a desatar la alzada incoada contra la sentencia emitida el 01 de septiembre de 2010 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira (Risaralda), dentro del proceso Ordinario Laboral reseñado en la referencia.

I. LA DEMANDA

1. Pretensiones:

Que se condene al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** a reconocer y pagar a favor del señor **JOSE AURELIO CASTILLO ORTEGA**, el incremento del 14% sobre el valor de su pensión mínima que recibe por tener a cargo a su cónyuge, la señora **MARIA ROSALBA CASTAÑO MONTES**, a partir del momento en que le fue reconocida la pensión, igualmente que dichos incrementos se hagan sobre las mesadas adicionales, también la indexación de los valores reclamados, intereses de mora y las costas del proceso.

2. Hechos Relevantes:

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:

El accionante a través de representante judicial, manifiesta que mediante Resolución Nº 011296 de 2009 el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES le reconoció la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, pero no hizo pronunciamiento respecto del incremento sobre la pensión por cónyuge a cargo a que hace referencia dicho Acuerdo.

Aduce el demandante que ha vivido casado con su esposa, la señora MARIA ROSALBA CASTAÑO MONTES, por más de 28 años bajo el mismo techo.

Que el día 18 de noviembre del año 2009, presentó derecho de petición ante el Instituto de los Seguros Sociales, solicitando incrementos pensionales por cónyuge a cargo, solicitud que fue contestada desfavorablemente el día 03 de diciembre de 2009.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Esta se hizo dentro del término legal otorgado para tal efecto, reconociendo como ciertos el reconocimiento de la pensión de vejez y la presentación del derecho de petición, como requisito para agotar la vía gubernativa, respecto a otros hechos manifestó que eran ciertos en forma parcial, negó el hecho de que el I.S.S. debe

reconocer incremento alguno por persona a cargo y con relación a los últimos dos hechos contestó que son una apreciación subjetiva de la parte demandante. En cuanto a la pretensiones se opuso a la prosperidad de ellas y formuló las siguientes excepciones de mérito: “”INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA”, INEXISTENCIA DE NORMA QUE RECONOZCA EL DERECHO AL PAGO DEL INCREMENTO PENSIONAL POR PERSONAS A CARGO”, “PRESCRIPCIÓN” Y “LAS GENÉRICAS”.

III. LA SENTENCIA APELADA

Clausurado el debate probatorio, la juez de conocimiento puso fin a la primera instancia a través de la sentencia objeto de censura en la que resolvió negar todas las pretensiones de la demanda presentada por el señor JOSE AURELIO CASTILLO ORTEGA en contra del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y dispuso condenarlo al pago de costas procesales a favor del instituto accionado.

Para arribar a la anterior determinación, el ad quo expresó que como se evidencia en las pruebas documentales allegadas al proceso, el demandante percibe pensión de vejez, otorgada por el Instituto de los Seguros Sociales mediante Resolución N° 011296 del 28 de septiembre del 2009, desde el 13 de julio del 2009, siendo su reconocimiento bajo las normas propias del Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante Decreto 0758 de ese mismo año, como beneficiario del Régimen de Transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Respecto del vínculo que une al accionante con la señora MARIA ROSALBA CASTAÑO MONTES, manifestó el ad quo que, quedó evidenciada la relación de marido y mujer que han tenido por más de 27 años.

De igual forma, que de reunir los requisitos que contempla el acuerdo 049 de 1990, se le reconocería el incremento por cónyuge a cargo, sobre la pensión mínima que recibe el demandante desde el año 2009, y que para demostrar los supuestos de hecho que se pretenden probar, la parte demandante pidió la declaración del señor Conrado Castro, del cual manifestó el Juez que respecto al mismo es pertinente transcribir o resaltar las afirmaciones hechas por el señor Conrado donde manifestó que: “*A la pareja la conozco hace por ahí 15 años… la pareja nunca se ha separado… me parece que los hijos no le colaboran económicamente a la mamá, ella me parece*

que depende de la pensión del cónyuge… desde lo que hace que yo la conozco ella nunca ha trabajado… hace tiempo los conozco a ellos, claro que no los frecuento, pero hace mucho tiempo los conozco, hace como dos o tres años no los veía… y en estos dos o tres años no he tenido contacto telefónico con la pareja, únicamente me contacté con la pareja para venir acá y eso fue la semana de arriba…".

Por lo expuesto anteriormente, el Juez manifestó que al revisar detalladamente el testimonio escuchado y que aunque en éste se admite que la cónyuge no ha trabajado e hizo algunas manifestaciones que le resultarían favorables a los intereses del demandante, dicho testimonio sólo conduce a la conclusión de que no constituye elemento probatorio sólido, certero e irrebatible, de que en efecto la pareja Castillo Castaño haya mantenido su convivencia desde la época anterior a la vigencia de la Ley 100 de 1993 y menos, adujo el Juez, que durante todo este tiempo la esposa haya dependido exclusivamente en materia económica del señor Aurelio Castillo.

Por ello, el Juez de primera instancia resaltó que los aspectos que lo condujeron a soportar la anterior conclusión, fue que el conocimiento del señor Conrado Castro de los hechos sobre los que se pronunció, fueron precarios e indirectos, pues no sólo no visita el hogar del accionante sino que su contacto con él, su esposa y sus hijos es prácticamente nulo, de tal manera que lo que sabe lo debe a referencias del propio interesado, condición que lo convierte en testigo de oídas y, por ende, en sujeto de poca o ninguna credibilidad.

Con relación a las costas el Art. 392 del Código de Procedimiento Civil, señala que son pagadas por quien resulte vencido en juicio y en este caso correspondieron al demandante y a favor de la entidad demandada.

IV. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

Inconforme con lo decidido, la parte demandante presentó recurso de apelación contra la decisión de primer grado, manifestando que no está de acuerdo con lo que decidió el A-quo, porque consideró que la prueba recaudada no constituyó un elemento probatorio sólido, certero e irrebatible.

Por lo anterior, manifestó el apelante, que no es lógico pensar que una

persona que conoce y tiene una cercanía con una familia, conoce sus hijos, sabe el nombre, resalta que han estado casados por ahí 30 años, según concuerda con el Registro Civil de nacimiento, conoce el rol de madre y ama de casa de la señora María Rosalba, se le puede llamar testigo de oídas. Afirma el apelante, que esto es una clara muestra de que la persona que rinde su testimonio no es solamente una persona cercana al hogar sino un amigo de la familia. Además resalta que, el testigo fue claro y conciso al resaltar que el único soporte e ingreso de la señora María Rosalba es la pensión de su esposo y que no hay en esta aclaración ninguna duda. Además que no es un conocimiento vago el que tiene el señor Conrado sobre los hechos, pues como el mismo lo declara, hace tiempo los conoce y que cuando el testigo manifiesta que hace dos o tres años no los frecuenta, no significa que lo que está declarando es mentira.

Por otra parte manifestó la parte apelante, que cuando el testigo manifiesta que: "*Hace mucho tiempo no los visitaba, a la casa de ellos yo no volví, yo con ellos siempre me encuentro por ahí en la calle, pero que los visite no, a la pareja la última vez que vi fue hace por ahí ocho días, y antes de eso los veía en el parque por ahí cuando ellos iban a misa, eso es por ahí cada ocho días más o menos me encontraba con ellos y no charlaba mucho sobre la familia, pero si…"* esto quiere decir que sería posible que un amigo permanezca a toda hora en la casa o vaya a visitarlos todos los días? argumentó la parte apelante.

De igual forma, es de analizar, dijo el apelante, que el señor Conrado es un testigo ocular de los hechos, pues conoce la vida íntima de su amigo el señor JOSE AURELIO, y que además el hecho de que el mismo manifieste que hace tiempo no los visita, no quiere decir que un amigo permanezca a toda hora en la casa o vaya a visitarlos todos los días, porque también se pueden ver en la calle, para hablar de todo lo personal, como lo es de la familia, hijos, situación económica, convivencia con la señora y problemas sociales; es más, argumenta el apelante, si se ven en el parque del pueblo después de misa, para que visitarse si se ven todos los días del mes.

Por último manifiesta el demandante que a través de ese testimonio se demostró que la señora MARIA ROSALBA CASTAÑO, depende económicamente de su esposo, pues es el único que es pensionado de esta pareja, ya que ella es ama de casa, no trabaja y los hijos no le ayudan económicamente.

V. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos Procesales:

Sirve la revisión del informativo para determinar que los requisitos esenciales para su formación y desarrollo normal, se encuentran reunidos a cabalidad, circunstancia que permite ser decidido con sentencia de mérito. Por otra parte, tampoco se evidencian causales de nulidad que invaliden lo actuado.

2. Problema jurídico por resolver:

De los hechos que soportan la demanda, las pruebas que obran en el proceso y los fundamentos de la apelación, se desprende que el problema jurídico por resolver es el siguiente:

a. ¿El reconocimiento del incremento pensional por cónyuge a cargo, es procedente cuando se demuestra a través de los testimonios, la dependencia económica y la convivencia de la pareja?

3. Caso concreto:

El artículo 21 del Decreto 049 de 1990, contempla un incremento del 14% y del 7% sobre la pensión mínima por personas a cargo, cónyuge e hijos menores de edad o inválidos dependientes económicamente del pensionado, respectivamente, para los derechos causados en su vigencia o en aplicación del régimen de transición determinado en el artículo 36 de la Ley de Seguridad Social Integral en lo que se refiere a pensiones de vejez, o para las de invalidez de origen no profesional estructuradas en su vigencia. Dice la norma aludida:

> **"ARTÍCULO 21. INCREMENTOS DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMÚN Y VEJEZ:**
>
> Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así:
>
> a) En un siete por ciento (7%) sobre la pensión mínima legal, por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años o de dieciocho (18) años si son estudiantes o por cada uno de los hijos inválidos no pensionados de cualquier edad, siempre que dependan económicamente del beneficiario y,

> b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión.
>
> Los incrementos mensuales de las pensiones de invalidez y de vejez por estos conceptos, no podrán exceder del cuarenta y dos por ciento (42%) de la pensión mínima legal".

La norma exige que se trate de cónyuge o compañero permanente dependiente económicamente del pensionado, y aunque no exige taxativamente la prueba de la convivencia, ella se colige de la sola enunciación de los beneficiarios, pues no se puede hablar de compañero permanente cuando dicha calidad se ha perdido o simplemente ya no se tiene.

Esta Sala ha dicho que la vida marital significa la realización de todos los actos que normalmente se perfeccionan entre marido y mujer, ejecutarlos como se hace en el matrimonio o entre cónyuges así no estén unidos por el vínculo legal o eclesiástico, lo que equivale a hacer comunidad de vida permanente y singular, en los términos del artículo 1º de la Ley 54 de 1990.

Lo trascendente del concepto estriba en el desarrollo de la vida de pareja que efectúan un hombre y una mujer en todos los ámbitos de la vida, esto es, sexual, económico, social, laboral y donde es determinante la existencia de unidad de habitación y vivienda o cohabitación.

En el caso en cuestión, como primera medida se puede comprobar el vínculo que une al demandante con la señora María Rosalba Castaño como esposos según registro civil de matrimonio anexo al proceso de fecha 20 de febrero de 1982.

Respecto a la vigencia del matrimonio, revisada la declaración hecha por el señor Conrado Castro, se observa que el testigo conoce a la pareja conformada por el demandante y su esposa, hace 15 años y que llevan de casados como 30. Al analizar las respuestas de este declarante, observa la Sala que son hechas con precisión y claridad, denota que conoce muy bien a esta familia y que a pesar de que tuvo un tiempo que no los vió, ni frecuentó, no significa que la pareja se encuentre separada, por el contrario, cuando responde sobre ese particular; contesta de manera segura y

da a entender que todavía dicha pareja conserva su convivencia y por lo tanto la dependencia económica.

Por otra parte, se refuerza la dependencia económica de la señora Rosalba para con su esposo, esta parte de la declaración es aun más certera, pues si de algo demuestra seguridad el testigo es de que la señora depende totalmente de su esposo y que nunca ha tenido otro ingreso adicional, manifiesta él que ni siquiera sus hijos le ayudan y que siempre se ha dedicado a las labores del hogar. Cabe la pena resaltar que el hecho de que el testigo manifieste que no volvió a visitarlos, y que hace algún tiempo no los veía, no significa que no pueda darse cuenta de su condición familiar ya que frecuentemente se encontraban en el parque o en la misa e intercambiaban palabras, lo que de seguro lo tenía al día respecto a las circunstancias familiares de la pareja en cuestión, a sabiendas de la gran amistad que lo une con el señor José Aurelio Castillo.

Por el análisis anteriormente expuesto, es preciso darle la razón a la parte apelante en sus argumentos, pues el testimonio recepcionado es claro y suficiente para demostrar todos los requisitos exigidos por el Acuerdo 049 de 1990, ya que a través de esta declaración se demuestra, primero la vigencia del matrimonio entre el señor José Aurelio y su esposa Rosalba Castaño y, segundo, la total dependencia económica de ella hacia su cónyuge.

En ese orden de ideas se procederá a conceder los incrementos por cónyuge a cargo a partir 13 de julio de 2.009 y hasta el 30 de octubre de 2010, de la siguiente manera:

LIQUIDACIÓN DE LOS INCREMENTOS					
Año	**Vlr día**	**No. meses**	**No. dias**		**Total**
2009	2.318,87	5	17	=	387.250,73
2010	2.403,33	10		=	721.000,00
				TOTAL ===>	**1.108.250,73**

El valor a reconocer hasta el 30 de octubre de 2010, por concepto de incremento pensional asciende a la suma de **$1.108.250,73**, a partir de esa fecha la entidad demandada deberá seguir cancelando por dicho concepto, la suma de $72.100.oo mensuales, aumentados anualmente conforme a la ley y hasta cuando perduren las causas que le dieron origen.

En cuanto a la indexación de las condenas, por ser estas procedentes según lo fijado por esta Sala en Sentencia de 22 de abril de 2010[1], se liquidará dando aplicación a la siguiente fórmula:

"Va = Vx. If. INDICE FINAL

Io. INDICE INICIAL

Va: Vx If/Io
Va: Valor a actualizar
Vx: Capital
If: IPC al finalizar el periodo
Io: IPC al inicio del periodo

En la que el valor presente (Va) se determina multiplicando el valor histórico (Vx), que es lo dejado de percibir por el demandante desde la obtención del derecho, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE[2], vigente, por el índice inicial vigente para la fecha a partir de la cual se reconoce el derecho.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente año por año, para cada pago, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento del causación de cada uno de ellos.

Para el año 2010 ninguna tasación se hace hasta la fecha de la sentencia porque el DANE hace claridad que la fórmula que sirve de base para dicha actualización debe ser estimada con los índices del comienzo y final del periodo (año), presupuesto que por el año 2010 se incumple.

Aplicando lo anterior, se obtienen los siguientes resultados:

Índice aplicado al	IPC Vo	IPC Vf (octubre-2010)	Valor a indexar	Total
31-Dic-09	102,00	104,36	**387.250,73**	**8.938**
			TOTAL ===>	**8.938**

[1] M.P. Ana Lucía Caicedo Calderón, Pereira, abril 22 de 2010. Acta No. 35. Dte: Rosa Amelia González de Ramírez Vs. ISS.
[2] Banco de la República - Índice de Precios al Consumidor (IPC) Total Nacional 1/ - Histórico Información Disponible a partir del mes de Julio de 1954 (Base: Diciembre 2008=100)

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA (RISARALDA)**, **SALA LABORAL**, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO.- **REVOCAR**, la sentencia proferida el 01 de septiembre de 2010, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por el señor **JOSE AURELIO CASTILLO ORTEGA** contra el **INSTITUTOS DE SEGUROS SOCIALES,** por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** a pagar a favor del señor **JOSE AURELIO CASTILLO ORTEGA**, la suma de $**1.108.250,73** pesos m/cte a título de incrementos pensionales desde el 14 de julio de 2009 hasta el 30 de octubre de 2010, calenda a partir de la cual la entidad demandada deberá seguir cancelando por dicho concepto, la suma de $72.100.oo mensuales, aumentados anualmente conforme a la ley y hasta cuando perduren las causas que le dieron origen.

TERCERO.- CONDENAR al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** a pagar a favor del señor **JOSE AURELIO CASTILLO ORTEGA**, la suma de $**8.938** pesos m/cte a título de indexación de las condenas.

CUARTO.- Condenar en costas en un 70% al Instituto de los Seguros Sociales y a favor del demandante.

QUINTO: **ABSOLVER** al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** de las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO.- Sin condena en costas en esta instancia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, **CÚMPLASE** y **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFICACIÓN EN ESTRADOS: La suscrita Secretaria deja expresa constancia de que la anterior providencia se notificó en estrados a las partes, tal como lo ordena la ley.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se termina y firma por las personas que en la misma intervinieron.

Los Magistrados,

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

ALBERTO RESTREPO ALZATE **FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

EDNA PATRICIA DUQUE ISAZA
Secretaria