TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO

PEREIRA – RISARALDA

Radicación Nro.	:	66001-31-05-003-2010-00096-00
Proceso	:	ORDINARIO LABORAL
Demandante	:	ROSA ELENA RAMÍREZ HERNÁNDEZ
Demandado	:	INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES
Juzgado de Origen	:	Tercero Laboral del Circuito de Pereira (Risaralda)
Providencia	:	SEGUNDA INSTANCIA
Tema	:	**INCREMENTO PENSIONAL:** Para acceder al reconocimiento del incremento pensional por compañero permanente e hijo a cargo, deben demostrarse que los requisitos exigidos por el Acuerdo 049 de 1990, se configuraron bajo la vigencia de dicha normatividad, incluyendo la dependencia económica. **VALIDEZ DE LAS PRUEBAS DECRETADAS DE OFICIO**. La facultad probatoria oficiosa del operador jurídico hasta antes de fallar, no puede ir hasta el extremo de sorprender a las partes con pruebas "paracaídas" que ni siquiera pasaron por el tamiz de haberse decretado previamente (como exige la facultad oficiosa) ni menos de haberse pasado por alto el derecho de contradicción por cuanto se estaría violando el derecho fundamental al debido proceso que se encuentra comprendido en la Carta Política, articulo 29. **CAMBIO DE PRECEDENTE HORIZONTAL. PRESCRIPCIÓN.** A partir de la fecha, esta Sala de Decisión, acoge la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, por medio de la cual, se refiere que, los incrementos pensionales, prescriben si no se reclaman dentro de los 3 años siguientes a su exigibilidad, debiendo entenderse que son exigibles desde el momento en que se produjo el reconocimiento de la pensión de vejez o de invalidez.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

Pereira, once de febrero de dos mil once.
Acta número 017 del 11 de febrero de 2011.
Hora: 4:15 p.m.

En la fecha y hora previamente señaladas, esta Sala de Decisión Laboral, da inicio a la audiencia pública, dentro de la que habrá de resolverse la apelación presentada por la parte demandante, contra la sentencia proferida por la Jueza Tercera Laboral del Circuito de esta ciudad, el pasado 18 de agosto de 2010, dentro del proceso ordinario laboral que **ROSA ELENA RAMÍREZ HERNÁNDEZ** promueve en contra del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.**

Previamente se revisó, discutió y aprobó el proyecto elaborado por el Magistrado ponente que corresponde a la siguiente,

I- **SENTENCIA.**

1. **Pretensiones.**

Contando con la asesoría de un profesional del derecho solicita la demandante, que se condene al ISS a que reconozca y pague el incremento pensional del 21% por tener a cargo a su cónyuge e hijo, más las costas procesales.

2. **Fundamentos de hecho.**

Se dice en los hechos de la demanda que, la señora Rosa Elena Ramírez Hernández, fue pensionado por vejez, por el ISS, a partir del 1º de enero de 2005, mediante la Resolución Nro. 6441 de 2005, teniendo como fundamentos normativos, el artículo 12 del Acuerdo 049 aprobado por el Decreto 7458 –ambos de 1990-, y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Que la pensionada es casada con el señor Sigifredo Taborda Raigosa, desde el 8 de noviembre de 1971, con quien convive bajo el mismo techo, sin que durante dicho lapso, se hubiese presentado separación alguna entre éstos. Igualmente, indica que tiene un hijo de nombre Johnatan Eric Taborda Ramírez, quien es menor de edad.

Refiere la señora Ramírez Hernández, que tanto su cónyuge como su hijo, dependen económicamente de ella, pues no tiene bienes de valor, ni reciben pensión o trabajan.

3. **Contestación de la demanda.**

El Instituto de Seguros Sociales, constituyó portavoz judicial, a través del cual allegó escrito contestatorio, aceptando el hecho concerniente a la calidad de pensionada que ostenta la accionante, frente a los demás manifestó no ser cierto o que no le constan; se opuso a las pretensiones y; presentó como excepciones de merito las de: inexistencia de la obligación demandada, inexistencia de norma que reconozca el derecho al pago del incremento pensional por personas a cargo, prescripción y genéricas.

4. **Sentencia de primer grado.**

Una vez clausurada la etapa probatoria, la Jueza de la instancia precedente, profirió decisión de fondo, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda, al considerar que como se evidencia en las pruebas documentales allegadas al proceso, el señor Sigifredo Alonso Raigosa, para el mes de julio de 1994, se encontraba afiliado como cotizante en el sistema de pensiones, en el régimen de prima media con prestación definida, entendiendo con ello que, éste para antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tenía capacidad económica para cotizar, ya fuera laborando como dependiente o independiente, siendo apenas en el año 2001, afiliado en calidad de beneficiario del régimen subsidiado. En cuanto al incremento pensional deprecado por el hijo, indicó que no obra en el plenario, prueba alguna que lleve al convencimiento de que aquel, se encontraba estudiando entre los 16 y 18 años de edad, tal como lo exige la normatividad aplicable al caso, advirtiendo que únicamente se tiene una certificación expedida por el Jefe de Admisiones, Registros y Control Académico de la Universidad del Quindío, pero para el año 2009.

Manifestando en todo caso que, si quedó acreditada la convivencia de la pensionada con el señor Taborda Raigosa, desde la fecha en que éstos contrajeron matrimonio, por los ritos católicos.

5. **Apelación.**

Dicha decisión fue objeto de recurso de apelación, por el vocero que representa los intereses de la parte actora, por medio del cual, indicó los requisitos que deben cumplirse para acceder al reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% y 7%, por cónyuge e hijo, respectivamente, indicando que su mandante cumple a cabalidad con todos. En consecuencia, solicita que la decisión de primer grado, sea revocada, para en su lugar acceder al incremento pensional deprecado.

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

Procede la Sala a resolver lo pertinente con fundamento en las siguientes,

II- **CONSIDERACIONES.**

1. **Competencia.**

Este Juez Colegiado es competente para resolver la apelación presentada por la parte accionante, en virtud de los factores territorial y funcional, de conformidad con los artículos 2, 4, 5 y 15 lit b Ord. 3, 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- concurren 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.**

En esta oportunidad le corresponde a la Colegiatura, establecer la validez de unas pruebas solicitadas oficiosamente y sobre las cuales, se fundamentó la negativa de reconocer el incremento pensional aquí deprecado. Además, se entrará a analizar el tema de la prescripción.

En el presente asunto, la accionante solicita el reconocimiento y pago del incremento pensional del 21% por tener a cargo a su cónyuge, señor Sigifredo Alonso Taborda Raigosa y a su hijo Johnatan Erik Taborda Ramírez.

La Jueza de primer grado, negó las pretensiones de la demanda, toda vez que, acudiendo a sus facultades oficiosas, contenidas en el artículo 54 del Estatuto Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, ordenó oficiar al Sistema Integral de Información del Ministerio de la Protección Social "SISPRO", para que a través del Registro Único de Afiliado –RUAF-, certificara si el señor Taborda Raigosa figuraba como afiliado cotizante activo o si lo estuvo, en qué épocas y para qué entidades administradoras de fondos de pensiones efectuó aportes –fls. 42 y ss-.

Llegada la respuesta por parte del Ministerio de la Protección Social, visible a folios 47 y ss, en acatamiento al oficio enviado por la falladora de primer grado, la misma sólo dejó en conocimiento de las partes, en la misma audiencia de juzgamiento, tal como se vislumbra a folio 51 del expediente, bajo la siguiente frase: *"Abierto el acto, no se hacen presentes las partes ni sus apoderados judiciales. Se anexa al proceso los documentos que obran a partir del folio 49 del expediente, y se ponen en conocimiento de las partes, para los fines que estimen pertinentes. Decisión notificada en estrados".*

Así las cosas, en cuanto al valor probatorio que contienen dichas pruebas, esta Sala de Decisión, en otrora tuvo la oportunidad de estudiar un caso similar, a través de la sentencia proferida por la Magistrada Ana Lucía Caicedo Calderón, del

12 de noviembre de 2010, dentro del proceso radicado bajo el número 2010-00043-01, al respecto, se dijo:

> "De acuerdo a lo anterior no cabe duda que la demandante tendría derecho al incremento pensional por compañero permanente a cargo, pero que fue denegado por la ad quo bajo el argumento de que la dependencia económica no fue permanente y empezó a generarse en vigencia de una ley que no contempla tales beneficios.
>
> Sin embargo, revisadas las pruebas tenidas en cuenta por el a quo para sustentar su decisión, esto es, lo relacionado con la interrupción de la dependencia económica, no pueden tener relevancia jurídica de ningún tipo, por cuanto la información de la página del FOSYGA y el registro del SISPRO (fls. 34 y 35) son solo documentos de carácter informativo que fueron allegados al proceso de manera irregular, sin que se les pueda tomar como pruebas dentro del proceso, porque no fueron decretadas previamente como pruebas de oficio, en los términos del artículo 54 del C.P.T que regula las pruebas de oficio, como correspondía para salvaguardar el derecho de contradicción y el derecho de defensa de las partes, sino que primero se allegaron al proceso por parte del Juzgado y luego, en la audiencia de juzgamiento, se legalizó su aportación mediante la escueta frase "*se anexa al expediente el informe sobre afiliación del señor Norberto González Amaya obtenido directamente por el Juzgado a través de la página WEB del Ministerio de la Protección Social programas RUAF y FOSYGA…*", llevándose por delante el debido proceso. En este punto la Sala quiere advertir que la facultad probatoria oficiosa del operador jurídico hasta antes de fallar, no puede ir hasta el extremo de sorprender a las partes con pruebas "paracaídas" que ni siquiera pasaron por el tamiz de haberse decretado previamente (como exige la facultad oficiosa) **ni menos de haberse pasado por alto el derecho de contradicción, principio caro a nuestra constitución de tal manera que se estaría violando el derecho fundamental al debido proceso que se encuentra comprendido en la Carta Política, articulo 29**" –negrillas fuera del texto original-.

De modo que, aunque en el presente caso, las pruebas que sirvieron de fundamento para negar el incremento pensional del 14% deprecado por la señora Ramírez Hernández, por tener a cargo a su cónyuge Taborda Raigosa, fueron decretadas por la Jueza *a-quo,* acudiendo a las facultades oficiosas consagradas en el artículo 54 del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social, las mismas, una vez allegadas

al plenario, no fueron dejadas en conocimiento de las partes, sino hasta que tuvo lugar la audiencia de juzgamiento, a pesar de que las mismas, había sido allegadas casi un mes antes a la fecha en que tuvo lugar la decisión que puso fin a la primera instancia, limitando así, a las partes, a controvertir la información allí consignada y ejercitar su derecho de defensa, es decir, no se dio aplicación al debido proceso que rige las actuaciones procesales.

Amén de lo anterior, esta Sala, estudiará si en el presente caso, se cumplen con los requisitos exigidos por el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma calenda, sin tener en cuenta las pruebas obrantes a folios 47 y ss del expediente, por lo anotado anteriormente.

Concordante con lo anterior, *in extenso* se ha referido esta Sala, coligiendo de una interpretación armónica con el sistema pensional actual, una serie de presupuestos para la concesión de los incrementos pensionales, que 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.

Pasa esta Sala a verificar si en el presente caso, se cumple con los anteriores requisitos, quedando por fuera de toda discusión, la calidad de pensionada de la señora Ramírez Hernández, la cual quedó acreditada con la Resolución Nro. 006441 de 2005 –fl. 13-, la calidad de cónyuge del señor Sigifredo Alonso Taborda Raigosa,

con la copia del registro civil de matrimonio –fl. 6-, la calidad de hijo de Johnatan Erik Taborda Ramírez, con la copia del registro civil de nacimiento –fl. 8-.

Ahora, en cuanto a la dependencia del señor Taborda Raigosa, respecto a la aquí demandante, únicamente se tiene el testimonio de la señora Rubiela Alzate Alzate –fl. 42-, quien al respecto manifestó:

> "La conozco a ella –se refiere a Ramírez Hernández-, hace unos 15 años, se que está pensionada, que toda la familia depende de ella y el –refiriéndose a Taborda Raigosa-, **se quedó sin trabajo desde el terremoto** y nadie le da trabajo, tienen un hijo estudiando en la Universidad. (...) PREGUNTADO: Dígale al Despacho como llama el esposo de la señora Rosa Elena y a que se dedicaba antes del terremoto en la ciudad de Armenia cuando Usted dice que dejó de trabajar. CONTESTÓ: Don Sigifredo Taborda él trabajaba con el gobierno y creo que oficio varios (...)" –negrillas para destacar-.

Teniendo en cuenta que, el terremoto que devastó a la ciudad de Armenia, ocurrió el 25 de enero de 1999 y a la declaración rendida por Alzate Alzate, encuentra esta Colegiatura que el señor Taborda Raigosa, apenas en el año 1999, dejó de trabajar, coligiéndose entonces, que a partir de esa calenda, empezó a depender económicamente de la gestora del litigio, es decir, cuando ya se encontraba vigente la Ley 100/93, la cual no contempla el incremento pensional aquí deprecado.

Ahora, sobre el incremento pensional del 7% deprecado por la demandante, por tener a cargo a su hijo Johnatan Erik Taborda Ramírez, se observa que la norma fue precisa en delimitar unas edades para causar los incrementos pensionales por hijos a cargo, señalando los 16 años como tope máximo, el cual se extendía hasta los 18 años, en caso que el descendiente estuviera estudiando, sin embargo, la dispensadora de justicia de la instancia precedente, apartándose de la posición adoptada por esta Colegiatura, en cuanto a que, dichos incrementos pensionales,

son extensibles a los hijos dependientes, que por ocasión de sus estudios se encuentren en imposibilidad de laborar.[1]

Así las cosas, observa esta Sala que, según las probanzas arrimadas al plenario, se acredita la calidad de estudiante de Taborda Ramírez, mediante la certificación expedida por la Universidad del Quindío, claustro en el cual ingresó a estudiar Tecnología en Electrónica desde el segundo semestre del año 2008.

De modo que, en principio podría decir esta Superioridad que, razón le asiste al togado en cuanto a que, a la señora Ramírez Hernández, le asiste derecho a percibir el incremento pensional del 7% por tener a cargo a su hijo Johnatan Erik, y por lo mismo, habría lugar a revocar la sentencia de primer grado, en ese sentido, sin embargo, dicha decisión se confirmará por razones diferentes, toda vez que, contra la pretensión del reconocimiento y pago del incremento pensional deprecado por la gestora del litigio, se opuso la excepción de prescripción, la cual deberá salir avante, conforme a la sentencia del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, por medio de la cual, diferenció la naturaleza jurídica de dichas sumas adicionales con la de la pensión de vejez o invalidez, advirtiendo que en todo caso, el derecho al incremento pensional, era prescriptible. Al respecto, se dijo:

> "(…)su decisión final de considerar prescritos los incrementos por personas a cargo es acertado, pues si precisamente el artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990 prevé que los incrementos por persona a cargo *"no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales"* es lógico que no pueden participar de los atributos y ventajas que el legislador ha señalado para éstas, entre ellas el de la imprescriptibilidad del estado jurídico del pensionado y que se justifican justamente por el carácter fundamental y vital de la prestación, reafirmado por la Constitución de 1991, y además por el hecho de ser de tracto sucesivo, por regla general, y de carácter vitalicio.

[1] *Marieta Rincón Sánchez Vs Instituto de Seguros Sociales, Sentencia del 28 de enero de 2010, Magistrado Ponente, Doctor Francisco Javier Tamayo Tabares.*

> No puede negarse que los incrementos nacen del reconocimiento de la pensión de vejez, pero ello no quiere decir que formen parte integrante de la prestación, ni mucho menos del estado jurídico del pensionado, no sólo por la expresa disposición normativa, como ya se apuntó, sino porque se trata de una prerrogativa cuyo surgimiento no es automático frente a dicho estado, pues está condicionado al cumplimiento de unos requisitos, que pueden presentarse o no.
>
> La alusión normativa atinente a que el derecho a los incrementos *"subsiste mientras perduren las causas que le dieron origen"*, antes que favorecer la imprescriptibilidad, obran en su contra por cuanto implícitamente parte de la hipótesis de que se trata de un derecho que no es vitalicio en tanto su persistencia requiere que se sigan dando las causas que le dieron origen, de modo que aunque, parezca redundante, la desaparición de estas provoca su extinción.
>
> De ahí que a juicio de esta Sala bien puede aplicarse para efectos de estos incrementos la tesis de que los mismos prescriben si no se reclaman dentro de los 3 años siguientes a su exigibilidad, debiendo entenderse que son exigibles desde el momento en que se produjo el reconocimiento de la pensión de vejez o de invalidez"[2].

Así las cosas, esta Sala, acogiendo lo dicho por la Corte Suprema de Justicia y, teniendo en cuenta que los incrementos pensionales no hacen parte de la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, y por lo tanto, si no son reclamados dentro de los tres años siguientes a la exigibilidad de los mismos, esto es, desde el reconocimiento de la pensión respectiva recaerá el fenómeno prescriptivo, pues de lo contrario, prescribirían las adendas.

Aterrizando todo lo aquí expuesto al asunto bajo estudio, observa la Sala que, a la señora Ramírez Hernández, el Instituto aquí demandado, le concedió la pensión de vejez, mediante Resolución 06441 de 2005, a partir del 15 de febrero de 2004 -fl. 13 y, con ocasión a dicha concesión, pretende la gestora del litigio, que se le reconozca y pague el incremento pensional del 7% a que tiene derecho, por tener a cargo a su hijo, es decir, la exigibilidad de la suma adicional aquí deprecada,

---

[2] *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 12 de diciembre de 2007, Magistrada Ponente, Doctora Elsy del Pilar Cuello Calderón. Radicación 27923.*

tuvo lugar el 15 de febrero de 2004, por lo tanto, a partir de esa fecha, quien demanda, contaba con tres años para reclamar dicho reconocimiento, sin embargo, ello apenas tuvo lugar el 29 de septiembre de 2009 –fls. 15 y ss-, es decir, que la reclamación administrativa por medio de la cual se procuró ese reconocimiento, no tuvo la virtualidad de interrumpir la prescripción, como quiera que, el derecho a percibir el incremento pensional aquí deprecado, ya había prescrito, desde el 15 de febrero de 2007.

Así las cosas, a partir de la fecha, esta Sala de Decisión, se acoge a la decisión que en ese sentido, adoptara la Sala de Casación Laboral, de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto al término que se tiene, para reclamar los incrementos pensionales por personas a cargo, lo cual de no hacerse, tal derecho se extinguirá.

En consecuencia, atendiendo las resultas del proceso, esta Sala, declarará probada la excepción de prescripción y, en consecuencia, confirmará la decisión objeto de alzada, pero por las razones aquí expuestas.

Costas en esta Sala no se causaron por no existir oposición al recurso.

III- **DECISIÓN.**

En mérito de lo expuesto, **la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: **DECLARA PROBADA** la excepción de prescripción sobre el incremento pensional del 7%, a que tenía derecho la señora Rosa Elena Ramírez Hernández, por tener a cargo a su hijo Johnatan Erik Taborda Ramírez.

SEGUNDO: **CONFIRMA** en todo lo demás, la sentencia que por vía de apelación ha conocido esta Superioridad.

Costas en esta instancia no se causaron.

Notificada **EN ESTRADOS.**

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se da por terminada y en constancia se firma el acta por quienes en ella intervinieron.

Los Magistrados,

FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN ***ALBERTO RESTREPO ALZATE***

CARLOS EDUARDO AMAYA GARZÓN
Secretario