El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 24 de mayo de 2018.

Radicación No: 66001-31-05-002-2016-00376-01

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: José Orlando Gaitán Romero

Demandado: Colpensiones

Juzgado de origen: Segundo Laboral del Circuito de Pereira.

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**Temas: PENSIÓN DE VEJEZ / INCREMENTOS PENSIONALES / ACUERDO 049 / NO HACEN PARTE DE LA PENSIÓN DE VEJEZ O INVALIDEZ / PRESCRIPCIÓN / DEBEN EXIGIRSE DENTRO DE LOS 3 AÑOS SIGUIENTES AL RECONOCIMIENTO PENSIONAL / CONFIRMA / NIEGA /**

Aclarada la vigencia y aplicabilidad de los incrementos pensionales en la normatividad actual, es necesario entrar –primeramente- a analizar la naturaleza jurídica de los mismos. Tal asunto se resuelve acudiendo al artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990, el cual dice en su tenor literal: “Los incrementos de que trata el artículo anterior no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales y el derecho a ellos subsiste mientras perduren las causas que les dieron origen”.

Conforme a dicha norma, los incrementos pensionales gozan de naturaleza distinta a la pensión de invalidez o de vejez, lo que conlleva a que no tengan los mismos atributos o características de tales pretensiones, como lo es la imprescriptibilidad, es decir la imposibilidad de que el simple paso del tiempo enerve la existencia del derecho en sí mismo. Por tanto, al tener los incrementos una naturaleza distinta a la pensión, claramente están sujetos a que el tiempo impida su reclamación coactiva.

(…)

Acorde con esa postura, el derecho a los incrementos pensionales por persona a cargo deben ser exigidos a más tardar dentro de los tres (3) años siguientes al momento en que se adquiere el status de pensionado con fundamento en la normativa que los contiene – Acuerdo 049 de 1990, so pena de verse extinguido.

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los veinticuatro (24) días del mes de mayo de dos mil dieciocho (2018), siendo las nueve de la mañana (9:00 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia las magistradas y el magistrado que integran la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara formalmente abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación propuesto por la parte demandante frente a la sentencia proferida el 15 de mayo de 2017 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***José Orlando Gaitán Romero*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones*.**

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

1. ***INTRODUCCIÓN***

Persigue el demandante que se declare que tiene derecho a los incrementos pensionales de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, por tener a cargo a su cónyuge Rosalba Gómez de Gaitán, y en consecuencia pide que se condene a la entidad demandada al pago de tales adendas a partir del 01 de diciembre de 1996, más la indexación de las condenas y las costas procesales a su favor.

Como sustento de sus pretensiones, refiere que mediante Resolución No. 7141 de 1996, el antiguo ISS le reconoció la pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 1º de diciembre de 1996; que es casado con la señora Rosalba Gómez de Gaitán desde el 2 de julio de 1958; que procrearon 4 hijos todos a la fecha mayores de edad; que el 17 de junio de 2016 presentó reclamación administrativa ante la entidad con el propósito de obtener el reconocimiento de tales incrementos, empero, a la fecha de presentación de la demanda la entidad no ha dado respuesta.

Admitida la demanda, se dio traslado a Colpensiones, quien a través de apoderado judicial allegó contestación oponiéndose a las pretensiones del gestor, al considerar que los incrementos pensionales peticionados perdieron vigencia y ejecutabilidad con la entrada en vigencia de la Ley 100/93. Excepcionó “Inexistencia del derecho, “Cobro de lo no debido”, “Improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios”, “Buena fe” y “Prescripción”.

1. ***SENTENCIA DEL JUZGADO***

La jueza del conocimiento, puso fin a la primera instancia mediante fallo de 15 de mayo de 2017, en el que indicó que los incrementos pensionales son aplicables en la actualidad y que en el caso puntual, se acreditó debidamente que el actor es pensionado de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, que está casado con la señora Rosalba Gómez de Gaitán desde 1958, que han convivido desde tal calenda y que el demandante es el encargado de velar por el sostenimiento económico de ella. Sin embargo, estima que el paso del tiempo ha extinto los mismos, dado que el derecho se hizo exigible el 01 de diciembre de 1996 y apenas se reclamó en el año 2016. Por tal motivo y al tener los incrementos una naturaleza diferente al de la pensión, debieron haberse reclamado en los tres años siguientes a su exigibilidad.

Por ende, negó las pretensiones de la demanda e impuso costas a la parte actora.

***III. APELACIÓN***

La apoderada de la parte actora estuvo inconforme con la decisión sintetizada, por lo que interpuso y sustentó recurso de apelación, manifestando que al no ser pacíficas las posiciones tanto del órgano de cierre constitucional como el de esta especialidad laboral, respecto al tema de la prescripción de los incrementos pensionales por persona a cargo, es menester que se de aplicación a la tesis más favorable, cual es en este caso, la de la Corte Constitucional.

***Del problema jurídico.***

Plantea la Sala como problema jurídico el siguiente:

*¿Procede la extinción del derecho a los incrementos pensionales por virtud del fenómeno de la prescripción?*

***Alegatos en esta instancia***:

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, de respuesta al problema jurídico planteado, se corre traslado por el término de 8 minutos, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia, para que presenten sus alegatos de conclusión. Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis reflejan los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir de fondo, previa las siguientes:

**IV. CONSIDERACIONES**

**1. Desenvolvimiento de la problemática planteada**

Son múltiples los pronunciamientos que ha emitido el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral, tanto en sede ordinaria como de tutela, en los que ha señalado que el incremento pensional por personas a cargo contenido en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aún conserva vigencia con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, y que su permanencia en el ordenamiento jurídico se impone no sólo para los pensionados que acceden por derecho propio a la pensión de vejez o de invalidez con base en esa normatividad, sino también a quienes lo hacen en aplicación del régimen de transición, sin que, su contenido con arreglo al artículo 31 de la Ley 100 riña en forma directa o indirecta con los postulados de ésta, pues en contraste, su aplicación encuentra respaldo en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política. (Ver entre otras, reciente sentencia radicado N° 5343 de 2017).

Aclarada la vigencia y aplicabilidad de los incrementos pensionales en la normatividad actual, es necesario entrar –primeramente- a analizar la naturaleza jurídica de los mismos. Tal asunto se resuelve acudiendo al artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990, el cual dice en su tenor literal:

*“Los incrementos de que trata el artículo anterior* ***no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez*** *que reconoce el Instituto de Seguros Sociales y el derecho a ellos subsiste mientras perduren las causas que les dieron origen”.*

Conforme a dicha norma, los incrementos pensionales gozan de naturaleza distinta a la pensión de invalidez o de vejez, lo que conlleva a que no tengan los mismos atributos o características de tales pretensiones, como lo es la imprescriptibilidad, es decir la imposibilidad de que el simple paso del tiempo enerve la existencia del derecho en sí mismo. Por tanto, al tener los incrementos una naturaleza distinta a la pensión, claramente están sujetos a que el tiempo impida su reclamación coactiva. El tema ha sido abordado por la jurisprudencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, la cual valga anotar, ha sido acogida de tiempo atrás por la mayoría de los integrantes de esta Corporación, siendo pertinente citar algunos apartes de uno de tales pronunciamientos:

*“Al ser un hecho indiscutido que entre la fecha de reconocimiento de la pensión de vejez al actor esto es, 1º de julio de 1999, y aquella en la que reclamó el incremento pensional - 22 de julio de 2009-, transcurrió un tiempo superior a los 3 años de que tratan los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo y 488 del procesal de la misma especialidad, no hay duda que el derecho a los incrementos por personas a cargo se encuentran prescritos, como con reiteración y uniformidad lo ha decantado esta Sala de Casación, entre otras, en la sentencia CSJSL, 9638-2014 del 23 jul. 2014, rad 57367, donde al resolver un asunto de similares contornos, así reflexionó:*

*“Al confrontar los fundamentos que le sirven de soporte a la decisión acusada, observa la Corte que el sentenciador de alzada no incurrió en la interpretación errónea de las normas relacionadas en la proposición jurídica, al declarar la prescripción de los derechos reclamados por concepto del incremento pensional por personas a cargo, dado que la jurisprudencia de esta Sala, así lo ha adoctrinado.*

*En efecto, esta Corporación señaló en sentencia CSJ SL, 18 sep. 2012, rad. 42300, que la calidad del pensionado es permanente y vitalicia y consecuencialmente la acción para impetrar su reconocimiento es imprescriptible. Pero igualmente ha precisado su doctrina de que una es esa condición del individuo, cuya titularidad del derecho pensional no fenece con el transcurrir del tiempo y, otra diferente los derechos derivados de ese status, tales como el pago de las mesadas pensionales o, en el caso en estudio, los incrementos reclamados, lo que en criterio de la Corte sí prescriben en los términos de los Arts. 488 del CST y 151 del CPT y de la SS.*

*Así se dijo, y ahora se reitera, en sentencia CSJ SL, 12 dic. 2007, rad. 27923, en la que respecto a la prescripción del derecho a reclamar los incrementos por personas a cargo, se puntualizó:*

*(…) 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.*

*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.*

*En este orden de ideas, a la luz de la jurisprudencia citada, es razonable afirmar la extinción del derecho a incrementar la pensión en los porcentajes señalados en los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, por personas a cargo, por el acaecimiento de la prescripción, al haberse cumplido el plazo trienal establecido por la ley, en la medida en que entre la fecha del reconocimiento pensional (1º de diciembre de 2004) y la reclamación administrativa (10 de julio de 2010), transcurrieron 5 años, 7 meses y 8 días.”(CSJ Sal. Cas. Laboral. Sentencia SL 2645ª-2016)*

Acorde con esa postura, el derecho a los incrementos pensionales por persona a cargo deben ser exigidos a más tardar dentro de los tres (3) años siguientes al momento en que se adquiere el status de pensionado con fundamento en la normativa que los contiene – Acuerdo 049 de 1990, so pena de verse extinguido.

***2. Caso Concreto***

En el caso puntual, se tiene que al señor José Orlando Gaitán Romero se le reconoció su pensión de vejez mediante Resolución No. 7141 de 1996, con efectos a partir del 1º de diciembre de esa anualidad y cuyo fundamento legal lo fue el Acuerdo 049 de 1990. Existe además en el infolio prueba documental idónea que acredita el vínculo marital del actor con la señora Rosalba Gómez de Gaitán, el cual data desde el 2 de julio de 1958 –fl.12- sin que exista nota alguna que desdiga de la existencia del vínculo. Además, el testimonio del señor Jairo Cortes Posso da fe de que la mencionada señora y el actor conviven y lo han hecho de manera initerrumpida, que aquella depende económicamente de éste, pues no cuenta con pensión, trabajo ni bienes que le produzcan renta, razón por la cual, ninguna duda queda acerca de que en el caso puntual el señor Gaitán Romero cuenta con el derecho a los incrementos pensionales, los cuales se le hicieron exigible desde la calenda de reconocimiento pensional.

No obstante lo anterior, el aludido derecho se encuentra claramente prescrito, conforme a los cánones 151 y 488 del CPLSS y del CL, pues claramente se han superado los tres años concedidos en dichos artículos para la reclamación de los mismos, pero la misma se elevó casi 20 años después de la exigibilidad, concretamente, el 17 de junio de 2016 –fl.11-, por lo que salta a la vista que total razón le asiste a la a-quo en su decisión.

Por lo tanto, se deberá confirmar la providencia apelada.

Las costas en esta instancia serán a cargo del apelante.

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

***FALLA***

1. ***Confirmar*** la sentencia proferida el 15 de mayo de 2017 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.
2. Costas en esta instancia a cargo del apelante.

***NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.***

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCIA HOYOS SEPULVEDA**

 Magistrada Magistrada

 - Salva voto-

**ALONSO GAVIRIA OCAMPO**

Secretario