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 respectiva Secretaría.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 22 de noviembre de 2018.

Radicación No: 66001-31-05-004-2017-00418-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Arnulfo Marmolejo

Demandado: Colpensiones

Juzgado de origen: Quinto Laboral del Circuito de Pereira

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares

**TEMAS: INCREMENTOS PENSIONALES / VIGENCIA / PRESUPUESTOS PARA PEDIRLOS / REQUISITOS DEBEN HABERSE CUMPLIDO EN VIGENCIA DEL ACUERDO 049 DE 1990 O PARA LA ÉPOCA DE RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN.**

Es indispensable precisar que los incrementos pensionales se sustentan en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, indicando que los mismos se dan por tener el cónyuge a cargo, por ser este el caso, y i) que el pensionado lo sea por vejez o invalidez, ii) que el pensionado conviva con el cónyuge, iii) que el pensionado vele por el sostenimiento económico de su pareja y que iv) el cónyuge no disfrute de pensión u otro ingreso. En la Ley 100 de 1993, actual norma que regula el tema de la seguridad social, nada se dice al respecto; sin embargo, el silencio legal referido, no traduce indefectiblemente en que los incrementos pensionales hayan desaparecido o perdido vigencia.

En efecto, 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…

No obstante, el mantenimiento o la aplicabilidad de dichos incrementos, no puede entenderse que las circunstancias o requerimientos que les dan vida, puedan cumplirse en cualquier momento, sino que tales exigencias deben estar satisfechas al momento en que al afiliado se le reconoce la pensión, o al menos mientras estuvo vigente el acuerdo 049 de 1990 del antiguo ISS…

Y lo cierto es que si las circunstancias no se produjeron al momento de obtener la prestación vitalicia o en vigencia de aquellas normas, no habría sustrato alguno para que se velara por su permanencia y ulterior extinción.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los veintidós (22) días del mes de noviembre 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 2 de mayo de 2018 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***Arnulfo Marmolejo*** 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 María de las Mercedes Puerta Arango, y en consecuencia pide que se condene a la entidad demandada al pago de tales adendas a partir del 28 de mayo de 2006, más la indexación de las condenas, los intereses moratorios y las costas procesales a su favor.

Como sustento de sus pretensiones, refiere que mediante Resolución No. 009921 de 2007 le fue reconocida la pensión de vejez a partir de la calenda referida en el párrafo anterior, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990; que el 7 de enero de 2010 contrajo matrimonio con la señora María de las Mercedes Puerta Arango, que depende económicamente de él, pues no trabaja ni recibe pensión o algún otro tipo de ingreso. Refiere que el 15 de junio de 2017 *Colpensiones* contestó negativamente su solicitud para el pago de tales adendas, quedando de esa forma agotada la vía gubernativa.

Admitida la demanda, se dio traslado a *Colpensiones*, que a través de apoderada judicial allegó contestación oponiéndose a las pretensiones del gestor, tras considerar que los incrementos no hacen parte integrante de la pensión de vejez, por lo que desaparecieron con la vigencia de la Ley 100 de 1993. En su defensa, propuso como medios exceptivos de fondo los de: “*inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido”,* “*excepción de buena fe”,* “*imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas”,* y “*prescripción”.*

1. ***SENTENCIA DEL JUZGADO***

La Jueza del conocimiento denegó las pretensiones elevadas debido a la falta de acreditación de la convivencia y dependencia económica de la cónyuge del demandante, presupuestos indispensables para la prosperidad de los pedimentos incoados.

Concretamente, expuso que el demandante había obtenido su pensión en el año 2007, pero que solo al año 2010, contrajo matrimonio con la cónyuge; por lo tanto, la pareja no convivía y mucho menos dependía del pensionado cuando Arnulfo Marmolejo obtuvo la prestación vitalicia. Por otro lado, refirió que desde que la dupla comenzó a convivir, esto es, para la época en que contrajeron nupcias, María de las Mercedes Puerta Arango no ha dependido económicamente de su cónyuge en forma total y absoluta, en tanto que de las pruebas testimoniales se desprendía que un hijo de la esposa, le envía remesas del exterior y, ella de vez en cuando obtenía ingresos por ventas de cuadros.

***III. APELACIÓN***

La parte actora, inconforme con la decisión anterior, interpuso el recurso de apelación a través del cual recriminó que sí se acreditaron los requisitos para acceder al incremento reclamado, por cuanto la pareja convivía desde antes de casarse y María de las Mercedes Puerta Arango pese a que ocasionalmente recibe ayudas económicas alternas, estas no son suficientes para su autosostenimiento.

***Del problema jurídico.***

Plantea la Sala como problema jurídico el siguiente:

*¿Arnulfo Marmolejo acreditó los requisitos para acceder al incremento pensional pretendido?*

**IV. CONSIDERACIONES**

**1. Desenvolvimiento de la problemática planteada**

Es indispensable precisar que los incrementos pensionales se sustentan en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, indicando que los mismos se dan por tener el cónyuge a cargo, por ser este el caso, y *i)* que el pensionado lo sea por vejez o invalidez, *ii)* que el pensionado conviva con el cónyuge, *iii)* que el pensionado vele por el sostenimiento económico de su pareja y que *iv)* el cónyuge no disfrute de pensión u otro ingreso. En la Ley 100 de 1993, actual norma que regula el tema de la seguridad social, nada se dice al respecto; sin embargo, el silencio legal referido, no traduce indefectiblemente en que los incrementos pensionales hayan desaparecido o perdido vigencia.

En efecto, 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, sentencia radicado N° 5343 de 2017 y 57822 del 17 de julio de 2018 de la SL CSJ).

No obstante, el mantenimiento o la aplicabilidad de dichos incrementos, no puede entenderse que las circunstancias o requerimientos que les dan vida, puedan cumplirse en cualquier momento, sino que tales exigencias deben estar satisfechas al momento en que al afiliado se le reconoce la pensión, o al menos mientras estuvo vigente el acuerdo 049 de 1990 del antiguo ISS, que en su artículo 22 prescribió que las adendas por persona a cargo del pensionado eran autónomas o independientes de la pensión de vejez o de invalidez, y que su existencia dependía de que perduraran las circunstancias que le dieron nacimiento.

Y lo cierto es que si las circunstancias no se produjeron al momento de obtener la prestación vitalicia o en vigencia de aquellas normas, no habría sustrato alguno para que se velara por su permanencia y ulterior extinción.

Lo dicho, por cuanto ya en vigencia de la Ley 100 de 1993 y las que la modificaron no consagraron expresamente tales adendas, impidiendo de esa manera, la ultractividad de los reglamentos y acuerdos del ISS, en esta materia; y sin que la retrospectividad, sea de recibo en este asunto, puesto que las causas que dieron lugar a tales incrementos, apenas surgieron en vigor de la Ley 797 de 2003, y por lo tanto, sus efectos también se dieron en rigor de esta, además que la unión ocurrió con posterioridad al reconocimiento pensional.

Lo anterior, no quiere significar nada diferente a que los elementos que estructuran el derecho a los incrementos, deben concurrir al momento del reconocimiento pensional, o al menos mientras rigieron los acuerdos del ISS.

***2. Caso Concreto***

En el caso puntual, se tiene que al señor Arnulfo Marmolejo se le reconoció su pensión de vejez mediante Resolución No. 009921 de 28 de junio de 2007 – fl. 29 c. 1 - con efectos a partir del 28 de mayo del 2006 y cuyo fundamento legal fue el Acuerdo 049 de 1990. Existe además en el infolio prueba documental idónea que acredita el vínculo marital del actor con la señora María de las Mercedes Puerta Arango, el cual data del 7 de enero de 2010 – fl.66 c. 1 - sin que exista nota alguna que desdiga de la existencia del vínculo; único inicio del vínculo entre la pareja que también fue relatado en los hechos de la demanda – fl. 2 y 43 c. 1-, sin que se refiriera comunidad de vida anterior a dicha fecha.

Finalmente, conforme a la petición realizada a *Colpensiones* –fl. 12- el actor reclamó los incrementos pensionales el 15 de junio de 2017.

El anterior devenir, permite llegar a las siguientes conclusiones:

Inicialmente, como se dijo en líneas anteriores, para que el incremento pensional pueda generarse en favor del pensionado, las causas que le dan origen, esto es, tener a su cónyuge, compañero permanente o hijos, incluidos los inválidos que dependan económicamente del pensionado, deben configurarse a la fecha del reconocimiento de la gracia, o al menos en rigor del Acuerdo del ISS, que contempló tales adendas; situación que no se ofrece en el *sub-lite,* en la medida en que el actor y María de las Mercedes Puerta Arango contrajeron matrimonio el 7 de enero de 2010 – fl. 66 c. 1 -, calenda posterior a la época de reconocimiento de la gracia pensional, a través del régimen de transición, esto es, el 28 de junio de 2007.

Por ello es evidente, que el derecho a los incrementos no nacieron a la vida jurídica, puesto que las circunstancias que habilitarían su procedencia, únicamente se cumplirían en el año 2010, cuando la pareja contrajo matrimonio, es decir, 4 años después de que el demandante accediera a la pensión de vejez a través del régimen de transición, y 17 años después de la vigencia del nuevo estatuto de la seguridad social.

Lo antedicho, no se opone a las providencias de las altas Cortes, según las cuales, las adendas siguieron vigentes, después de 1994, para aquel contingente de pensionados que obtuvieron la gracia, directamente en aplicación del Acuerdo 049 de 1990 del ISS, ora a través del puente que le tendió a ese cuerpo normativo el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100, puesto que, naturalmente, quien ya venía usufructuando la pensión de vejez o de invalidez, o apenas se le reconoció con posterioridad a aquella calenda, había reunido los supuestos que viabilizaron las adendas.

Ahora bien, de cara al recurso de alzada, se afirma de manera intempestiva que la pareja convivía con anterioridad al año 2010, época de ocurrencia de las nupcias, lo que no se vislumbra en el haz probatorio, en tanto que el demandante, como su cónyuge y la hija de ésta, coincidieron en aseverar que la pareja apenas se conoció cuando María de las Mercedes Puerta Arango, trabajaba en una agencia de viajes, es decir, en el año 2003 o 2005, y que con posterioridad a dicha calenda se hicieron amigos, luego dieron paso a una relación de noviazgo que culminó en el 2010 cuando contrajeron matrimonio.

Por lo tanto, Arnulfo Marmolejo no alcanzó a acreditar los requisitos para acceder al incremento pensional pretendido; ausencia que releva a la sala de estudiar los restantes argumentos de la apelación tendientes a demostrar la dependencia económica de la cónyuge respecto del pensionado.

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, la Sala 4ª Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

***FALLA***

1. ***Confirmar*** la sentencia proferida el 2 de mayo de 2018 por el Juzgado Cuarto 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 LUCIA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

 Magistrada Magistrada

Ausencia justificada