Providencia: Auto del 27 de julio de 2018

Radicación No.: 66001-31-05-004-2017-00090-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: José Nevio Ballesteros Londoño

Demandado: Colpensiones

Magistrada ponente: Dra. Olga Lucía Hoyos Sepúlveda

Magistrada que salva voto: Dra. Ana Lucia Caicedo Calderón

Tema:

Imprescriptibilidad del derecho al incremento pensional: Esta Magistrada acoge el precedente sentado por la Corte Constitucional y, en adelante, tendrá como imprescriptible el derecho a percibir el incremento pensional por persona a cargo, sin perjuicio de que dicho fenómeno extintivo afecte las mesadas pensionales causadas con antelación a los tres años que precedieron la reclamación que instó su reconocimiento.

Incremento pensional: Por tanto, conforme lo establecido por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, para que surjan a la vida jurídica los incrementos adicionales por el o la cónyuge, es necesario que: i) la pensión de la cual se deriven surja de la aplicación del Decreto 758 de 1990; y, ii) que la o el cónyuge no tenga pensión propia y dependa económicamente del pensionado.

# SALVAMENTO DE VOTO

Con mi acostumbrado respeto, manifiesto mi inconformidad frente a la decisión mayoritaria por cuanto considero que en el presente caso había lugar a reconocer el incremento pensional reclamado por las siguientes razones:

1. **De los incrementos pensionales**

Esta Corporación, desde la sentencia del 21 de mayo de 2014, Radicado abreviado No. 2012-00673-01, M.P. Dr. Julio César Salazar Muñoz, decidió acoger la posición adoptada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sede de tutela -sentencias del 9 de octubre de 2013 y 23 de abril de 2014, radicados Nos. 33938 y 36036, Magistrados ponentes doctores Luis Gabriel Miranda Buelvas y Clara Cecilia Dueñas Quevedo, respectivamente-, en relación con el reconocimiento de los incrementos pensionales por personas a cargo. Según lo dispuesto por dicho alto tribunal, los incrementos pensionales por cónyuge o compañero o compañera permanente e hijos menores a cargo, contemplados en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, no fueron derogados tácitamente con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y se encuentran vigentes para las personas que accedan a la pensión con fundamento en el Decreto 758 de 1990, incluso en virtud del régimen de transición.

Por tanto, conforme lo establecido por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, para que surjan a la vida jurídica los incrementos adicionales por el o la cónyuge, es necesario que: i) la pensión de la cual se deriven surja de la aplicación del Decreto 758 de 1990; y, ii) que la o el cónyuge no tenga pensión propia y dependa económicamente del pensionado.

* 1. **De la imprescriptibilidad del derecho al incremento pensional**

Esta Sala venía sosteniendo de tiempo atrás que la persona pensionada bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 contaba con tres años a partir del reconocimiento de la pensión para solicitar el incremento pensional por persona a cargo, so pena de que su derecho a percibirlo prescribiera.

No obstante, la Corte Constitucional en la sentencia T-369 de 2015, al estudiar la prescriptibilidad del incremento pensional, realizó un recuento de las posturas que sobre el reconocimiento del mismo se han mantenido por la jurisprudencia nacional, encontrando necesario armonizar ambas posturas de acuerdo al principio de favorabilidad, rector en materia laboral. De esta manera, se pronunció el Alto Tribunal:

*“La Corte Constitucional se ha pronunciado respecto del reconocimiento y pago del incremento a la pensión mínima del 14% por cónyuge o compañero (a) permanente a cargo, de dos maneras, una negando dicho reconocimiento al considerar que el incremento señalado no hace parte integrante de la pensión, por lo tanto no sigue la misma suerte de ella, siendo susceptible de prescripción cuando no se solicita dentro de los tres (3) años siguientes al reconocimiento de la pensión, posición que coincide con la interpretación que, de manera reiterada, ha realizado la Corte Suprema de Justicia; otra, que consideró que el incremento por persona a cargo es un elemento de la pensión, que sigue la suerte de las causas que le dieron origen, por lo tanto al ser la pensión imprescriptible, dicha prestación también lo es, siendo afectadas por ese fenómeno sólo las mesadas que no se reclamaron antes de los tres años previos al reconocimiento de dicho incremento.”*

Como sustento de su decisión de apartarse de la interpretación sostenida por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, y así tener por imprescriptible el derecho al incremento pensional, afirmó:

*“En suma, según esta última posición, los incrementos pensionales referidos constituyen una prerrogativa, aplicada a la pensión mínima legal, a la cual se accede cuando el cónyuge o compañero (a) permanente del beneficiario depende de este y no disfruta de pensión alguna. Adicionalmente, el derecho a tal incremento subsiste mientras perduren las causas que le dieron origen, con lo cual se entiende que el mismo puede ser reclamado en la medida en que persistan las condiciones que a él dieron lugar, por lo cual tal prerrogativa no se vería afectada por el fenómeno de la prescripción.*

*Así, esta Sala considera que, existiendo dos posibles interpretaciones del artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990, la que mejor realiza los derechos fundamentales del actor es aquella aplicada en la Sentencia T- 217 de 2013 y posteriormente reiterada en la Sentencia T-831 de 2014 , que resulta más favorable al peticionario, por cuanto en esas oportunidades la Corte consideró que el derecho en mención no se encuentra sometido a la regla de prescripción de las acreencias laborales de tres (3) años.*

*En efecto, en ninguna de las normas citadas, que regulan el incremento bajo estudio, se establece que dicha regla deba ser aplicada al incremento en mención, pues al definirse la naturaleza del mismo, sólo se señala que el incremento del 14% sobre la mesada mínima por cónyuge a cargo subsiste mientras perduren las causas que le dieron origen. De tal forma, lo considerado en dichos fallos respecto de la imprescriptibilidad del derecho en comento se encuentra en consonancia con el principio de favorabilidad, razón por la cual concluir que tal derecho se encuentra afectado por el fenómeno de la prescripción, en perjuicio de los peticionarios, contraría dicho principio, e implica una violación directa de la Constitución.“*

La suscrita Magistrada acogió el precedente sentado por la Corte Constitucional y, consecuencialmente, tiene como imprescriptible el derecho a percibir el incremento pensional por persona a cargo, sin perjuicio de que dicho fenómeno extintivo afecte las mesadas pensionales causadas con antelación a los tres años que precedieron la reclamación que instó su reconocimiento.

**2. Caso concreto**

No siendo objeto de controversia en el caso de marras que a través de la Resolución 000106 de 1999 el entonces I.S.S. concedió al señor José Nevio Ballesteros Londoño la pensión de vejez a partir del 2 de septiembre de 1998, con fundamento en el Decreto 758 de 1990, normatividad que contempla en su artículo 21 literal b un incremento del 14% en la mesada pensional para aquellos beneficiarios que tienen a cargo a su cónyuge, o compañera permanente, y del 7% por tener a cargo a un hijo menor. Tampoco queda duda en cuanto a que el demandante ha velado por el sostenimiento económico de su esposa, señora María Gladys Cardona, pues así quedó demostrado con los documentos aportados y con la declaración de los testigos Daniel Ospina y Uriel Ocampo.

Así las cosas, como el demandante acreditó los requisitos para acceder a los incrementos pensionales por cónyuge a cargo, tenía derecho a que Colpensiones le pagara unas sumas mensuales adicionales a la mesada pensional equivalente al 14% del salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad a partir de la fecha en la cual le fue reconocida su pensión.

 En virtud de lo anterior, debió revocarse el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia y concederse el incremento pensional reclamado a la parte demandante, por cumplir los requisitos del Acuerdo 049 para ese efecto, declarando prescritos únicamente los incrementos generados con anterioridad a los 3 años que precedieron la reclamación administrativa presentada el 22 de noviembre de 2016.

 En estos términos sustento mi salvamento de voto.

### ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN