El siguiente es el documento presentado por la Magistrada 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

**Radicación No**:66001-31-05-004-2017-00198-01

**Proceso**:Ordinario Laboral.

**Demandante**: Gustavo Antonio Patiño

**Demandado:** Colpensiones

**Temas: INCREMENTO PENSIONAL POR PERSONA A CARGO / VIGENCIA / REQUISITOS / DEBEN CUMPLIRSE EN VIGENCIA DEL ACUERDO 049 DE 1990.**

Conforme lo establecido por el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, para que surjan a la vida jurídica los incrementos por persona a cargo, es necesario que se satisfagan los siguientes requisitos: (i) goce el actor del estatus de pensionado con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, (ii) su cónyuge o compañero (a) permanentes no tenga pensión propia y dependa económicamente del pensionado y respecto del hijo, sea menor de edad y hasta los 16 años o hasta los 18 años si estudia, o se trate de hijo inválido.

Incrementos pensionales que según la línea constante de la C.S.J. – Sala De Casación Laboral, no goza de imprescriptibilidad al no hacer parte integrante de la prestación, ni del estado jurídico de pensionado, tal y como se extrae del contenido de la sentencia SL 21388 del 28/11/17, radicado 53465; tesis que es la que se comparte por la Sala, a lo cual debe adicionarse que la Corte Constitucional, mediante Auto 320/18, anuló la sentencia SU-310/17, que asentó la tesis de imprescriptibilidad de los incrementos pensionales por persona a cargo.

Adicionalmente debe acotarse que los supuestos fácticos que permiten acceder al incremento pensional deben acreditarse dentro de la vigencia del Acuerdo 049/90, muy a pesar de que se pueda aplicar esta normativa tiempo después, lo que se logra en el evento de ser beneficiario del régimen de transición, criterio que ha sido sostenido por este Tribunal en sentencia reciente. (…)

… la convivencia entre el demandante y la señora Gabriela García Ospina, se remonta 20 años atrás a la fecha en que fueron recibidas las declaraciones, que lo fueron el 12/10/2017, lo que nos sitúa en el año 1997; por su parte, según el registro civil de nacimiento visible a folio 20, el hijo de la pareja nació el 19/03/2002; calendas posteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, bajo una legislación ajena a aquella que reconocía el incremento pensional ahora reclamado – Acuerdo 049 de 1990 –, dislate temporal que impide ahora el reconocimiento del incremento pensional reclamado, así se haya pensionado bajo esta normativa, por lo que se hace innecesario estudiar el fenómeno de la prescripción de los incrementos pensionales punto de apelación.



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

**MAGISTRADA SUSTANCIADORA: OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**AUDIENCIA PÚBLICA**

En Pereira, a los cuatro (04) días del mes de septiembre de dos mil dieciocho (2018), siendo las nueve de la mañana (09:00 a.m), la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de la misma ciudad el 12 de Octubre de 2017, dentro del proceso que promueve el señor **Gustavo Antonio Patiño** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** y que se encuentra radicado bajo el N° 66001-31-05-004-2017-00198-01.

**Registro de asistencia:**

Demandante y su apoderado Colpensiones y su apoderado:

**Traslado a las partes**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007.

**ANTECEDENTES**

1. **Síntesis de la demanda y su contestación**

El señor Gustavo Antonio Patiño pretende que se declare que le asiste el derecho al incremento pensional del 21%, sobre el SMLMV, por tener a cargo a su cónyuge e hijo, a partir del 01/05/2010; adicionalmente, que sobre el retroactivo causado se reconozcan los intereses legales o en subsidio la indexación.

Fundamenta sus aspiraciones en que: (i) fue pensionado por el ISS, hoy Colpensiones, mediante Resolución Nº 102716 de 2010, a partir del 01/05/2010 con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990; (ii) convive con su compañera permanente, señora Gabriela García Ospina desde el 15/10/1997, quien depende económicamente de él, al no percibir ingreso alguno; (iii) es padre del menor Nicolás Patiño García, quien nació el 19/03/2002; (iv) el 30/11/2016 reclamó a Colpensiones el reconocimiento del incremento pensional, pero le fue negado mediante oficio BZ2016\_13970413-3142157.

La **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-** se opuso atodas las pretensiones de la demanda y como razones de defensa señaló que el artículo 21 del Acuerdo 049/90, no se encontraba vigente al momento del reconocimiento pensional, aunado a que al no hacer parte integral de la pensión, no pueden entenderse incluidos dentro de la protección especial establecida en el régimen de transición. Interpuso como excepciones “Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido”, “Excepción de Buena fe”, “Imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas”, “Excepción Innominada” y “Prescripción”.

**2. Síntesis de la sentencia apelada**

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira declaró que el señor Gustavo Antonio Patiño Muñoz, acreditaba los requisitos para acceder al incremento pensional del 21% por compañera permanente e hijo a cargo; no obstante, había prescrito tal derecho, toda vez que la prestación de vejez se le reconoció a partir del 01/05/2010 y procedió a reclamar su reconocimiento el 30/11/2016, es decir, 6 años y 7 meses después de reconocida la gracia pensional, fenómeno que opera, al no hacer parte de la pensión tal concepto.

**3. Síntesis del recurso de apelación**

Inconforme con la decisión la parte actora la apeló para solicitar a esta Corporación acatar la sentencia unificación SU-310/2017, en el sentido que los incrementos pensionales no prescriben, pues lo único que se afectan son las mesadas y de esa manera le sea reconocido el derecho al actor a partir del 30/11/2013.

**CONSIDERACIONES**

**1. De los problemas jurídicos**

Visto el recuento anterior, la Sala se pregunta:

(1) ¿Tiene derecho el demandante al reconocimiento y pago del incremento pensional por persona a cargo que reclama?

(2) De ser positiva la respuesta anterior ¿operó el fenómeno de la prescripción frente al derecho?

**2. Solución a los interrogantes planteados**

**2.1 Reconocimiento de Incremento pensional por cónyuge e hijo a cargo – Acuerdo 049/1990**

**2.1.1 Fundamento Jurídico**

Ha manifestado la Sala de Casación Laboral en diferentes sentencias[[1]](#footnote-1), de manera constante y uniforme, que el incremento pensional no fue derogado tácitamente con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y aplica en la actualidad para las personas que accedan al derecho pensional con base en el Acuerdo 049 de 1990, así sea bajo los postulados del régimen de transición. La anterior posición fue expuesta en la sentencia SL1975/2018, en la que reitera la SL 9592 de 2016, CSJ SL, 10 ag. 2010, rad. 36345, SL, 27 jul. 2005, rad. 21517, CSJ SL, 5 dic. 2007, rad. 29741.

Conforme lo establecido por el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, para que surjan a la vida jurídica los incrementos por persona a cargo, es necesario que se satisfagan los siguientes requisitos:(i) goce el actor del estatus de pensionado con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, (ii)su cónyuge o compañero (a) permanentes no tenga pensión propia y dependa económicamente del pensionado y respecto del hijo, sea menor de edad y hasta los 16 años o hasta los 18 años si estudia, o se trate de hijo inválido.

Incrementos pensionales que según la línea constante de la C.S.J. - Sala De Casación Laboral, no goza de imprescriptibilidad al no hacer parte integrante de la prestación, ni del estado jurídico de pensionado, tal y como se extrae del contenido de la sentencia SL 21388 del 28/11/17, radicado 53465; tesis que es la que se comparte por la Sala, a lo cual debe adicionarse que la Corte Constitucional, mediante Auto 320/18, anuló la sentencia SU-310/17, que asentó la tesis de imprescriptibilidad de los incrementos pensionales por persona a cargo.

Adicionalmente debe acotarse que los supuestos fácticos que permiten acceder al incremento pensional deben acreditarse dentro de la vigencia del Acuerdo 049/90, muy a pesar de que se pueda aplicar esta normativa tiempo después, lo que se logra en el evento de ser beneficiario del régimen de transición, criterio que ha sido sostenido por este Tribunal en sentencia reciente[[2]](#footnote-2).

**2.1.2 Fundamento fáctico**

Con el material probatorio allegado se demostróque el Instituto de Seguros Sociales reconoció la pensión de vejez al señor Gustavo Antonio Patiño Muñoz por haber reunido los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, en virtud al régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal como se advierte en la Resolución N° 102716 del 12/08/2010 (fl.11 cd.1); con lo que se da por cumplido el primer requisito de los mencionados.

De otro lado, con la prueba testimonial[[3]](#footnote-3) se probó que el señor Gustavo Antonio Patiño y la señora Gabriela García Ospina conviven hace 20 años en el Municipio de Chinchiná – Caldas; que ella depende económicamente del demandante, pues si bien hace varios años trabajó en una trilladora, en la actualidad es ama de casa; tienen un hijo en común que se llama Nicolás, quien se encuentra cursando el bachillerato.

Manifestaciones que fueron concordantes con el relato de la señora Gabriela García Ospina, quien indicó que efectivamente laboró en una trilladora hasta la época en que inició la convivencia con el señor Gustavo Antonio Patiño y que hoy en día se dedica a las labores del hogar, que tuvo 3 hijos, pero solo el menor lo es también del actor.

Conforme con lo anterior, la convivencia entre el demandante y la señora Gabriela García Ospina, se remonta 20 años atrás a la fecha en que fueron recibidas las declaraciones, que lo fueron el 12/10/2017, lo que nos sitúa en el año 1997; por su parte, según el registro civil de nacimiento visible a folio 20, el hijo de la pareja nació el 19/03/2002; calendas posteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, bajo una legislación ajena a aquella que reconocía el incremento pensional ahora reclamado – Acuerdo 049 de 1990 –, dislate temporal que impide ahora el reconocimiento del incremento pensional reclamado, así se haya pensionado bajo esta normativa, por lo que se hace innecesario estudiar el fenómeno de la prescripción de los incrementos pensionales punto de apelación

**CONCLUSIÓN**

En armonía con lo mencionado en precedencia, se confirmará la sentencia, aunque por razones diferentes.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora, dada la improsperidad de la alzada, conforme con los numerales 1 y 4 del artículo 365 del C.G.P.

**DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 12 de octubre de 2017 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por el señor **Gustavo Antonio Patiño** en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES.**

**SEGUNDO.** **CONDENAR** en costas a la parte actora, por lo expuesto.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se eleva y firma esta acta por las personas que han intervenido.

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ** **FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

 Magistrado Magistrado

 (ausencia justificada)

1. 27 de julio de 2005 radicación Nº 21.517, 5 de diciembre de 2007 radicación Nº 29.741 y agosto de 2010 radicación Nº 36.345 [↑](#footnote-ref-1)
2. M.P. Francisco Javier Tamayo Tabares. Radicado 2017-00138-01 de 05-07-2018 Dte. German Rodríguez Bolivar. [↑](#footnote-ref-2)
3. Señoras María Morelia Vásquez Ramírez y María Nelsy Henao Hoyos [↑](#footnote-ref-3)