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**:66001-31-05-003-2017-00218-01

**Proceso**:Ordinario Laboral.

**Demandante**: Gustavo González García

**Demandado:** Colpensiones

**Temas: INCREMENTO PENSIONAL POR PERSONA A CARGO / REQUISITOS / NO GOZAN DE IMPRESCRIPTIBILIDAD.**

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.

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. (…)

Los artículos 488 del CST y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, señala que las acciones correspondientes a los derechos laborales prescriben en tres (3) años, el que corre desde que la obligación se hace exigible.

Para la CSJ en su Sala Laboral, los incrementos se hacen exigibles desde el mismo momento en que se reconozca la pensión de vejez, como lo ha dicho la sentencia SL21388 de 2017, lo cual resulta lógico, si se tiene en cuenta que en tal oportunidad se concretan los derechos a que accede el afiliado…

Igualmente se refiere en dicha providencia, contrario a lo dicho por el recurrente, que no gozan de imprescriptibilidad al no hacer parte integrante de la prestación, ni del estado jurídico de pensionado; 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.



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 once (11) 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 Tercero Laboral del Circuito de la misma ciudad el 19 de Octubre de 2017, dentro del proceso que promueve el señor **Gustavo González García** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** y que se encuentra radicado bajo el N° 66001-31-05-003-2017-00218-01.

**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 González García pretende que se declare que le asiste el derecho al incremento pensional del 14%, sobre el SMLMV, por tener a cargo a su cónyuge a partir del 01/01/2004; adicionalmente, que reconozca la indexación de la condena y se condene en costas a la demandada.

Fundamenta sus aspiraciones en que: (i) fue pensionado por el ISS, hoy Colpensiones, mediante Resolución Nº 100609 del 14/03/2011, a partir del 01/01/2004 con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, en virtud del régimen de transición; (ii) el 03/09/1977 contrajo matrimonio con la señora María del Carmen Neira Téllez, con quien ha convivido de manera ininterrumpida, compartiendo techo, lecho y mesa y depende económicamente de él; (iii) el 07/02/2017 reclamó a Colpensiones el reconocimiento del incremento pensional, pero le fue negado mediante oficio BZ2017\_1300547-0337563.

La **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-** se opuso atodas las pretensiones de la demanda y como razones de defensa señaló que el derecho a los incrementos pensionales establecido en el artículo 21 del Acuerdo 049/90, no puede extenderse en virtud de la aplicación del régimen de transición porque este solo se aplica para el reconocimiento de la pensión de vejez. Aunado a lo anterior, como en el caso concreto la pensión fue reconocida a partir del año 2004, es decir, con posterioridad al 01/04/1994, no es posible acceder a lo pretendido por haber sido derogado por la Ley 100/93. Interpuso como excepciones “Inexistencia del incremento pensional” “Inexistencia de la obligación y “Prescripción”.

**2. Síntesis de la sentencia apelada**

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira negó las pretensiones de la demanda y declaró probadas las excepciones de “Inexistencia del incremento pensional” e “Inexistencia de la obligación”.

Para arribar a la anterior decisión expresó que estaba acreditado el vínculo matrimonial que unía al actor con la señora María del Carmen Neira Téllez, así mismo, respecto de la convivencia encontró de la prueba testimonial, que la misma se ha mantenido desde ese momento y que ella depende económicamente por carecer de propiedades o fuentes de ingresos.

No obstante, consideró que como los incrementos no hacen parte integral de la pensión, el derecho invocado por el actor había prescrito al no haberlo solicitado dentro de los 3 años siguientes a la fecha de reconocimiento de su pensión. Aclaró que no se daban los presupuestos señalados en la sentencia SU130/17, para aplicar la misma.

**3. Síntesis del recurso de apelación**

Inconforme con la decisión la parte actora la apeló y arguyó que logró acreditar los requisitos legales y jurisprudenciales para acceder al incremento pensional. En efecto, la SCL tiene determinado que lo que prescribe son las mesadas pensionales y no el derecho, línea que igualmente tiene acogida por la Corte Constitucional a través de la sentencia SU317/17

**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 a cargo – Acuerdo 49/1990**

**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.

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 González García 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° 100609 del 14/03/2011 (fl.13 cd.1); con lo que se da por cumplido el primer requisito de los mencionados.

De otro lado, con la copia del registro civil de matrimonio visible a folio 19 del cd. 1, se encuentra debidamente acreditado el vínculo matrimonial entre el demandante y la señora María del Carmen Neira Téllez, el cual continua vigente en tanto carece de nota marginal que indique lo contrario.

Respecto a la convivencia, la misma se corrobora con lo dicho por los testigos[[3]](#footnote-3), quienes manifestaron que la pareja ha convivido desde el momento en que contrajo matrimonio, nunca se han separado, procrearon 3 hijos y residen en vivienda propia en la ciudad de Manizales.

En cuanto a la dependencia económica, informaron que ella siempre ha sido ama de casa, no es pensionada y sus necesidades las cubre de la pensión de su esposo, pues si bien con la pareja vive el hijo quien trabaja en la Gobernación de Caldas, los ingresos solo le alcanzan para cubrir sus gastos propios.

En este orden de ideas, se encuentran acreditados los presupuestos para acceder al incremento por persona a cargo; no obstante su reconocimiento dependerá de no haber prescito.

**2.2 De la Prescripción**

**2.2.1 Fundamento jurídico**

Los artículos 488 del CST y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, señala que las acciones correspondientes a los derechos laborales prescriben en tres (3) años, el que corre desde que la obligación se hace exigible.

Para la CSJ en su Sala Laboral, los incrementos se hacen exigibles desde el mismo momento en que se reconozca la pensión de vejez, como lo ha dicho la sentencia SL21388 de 2017, lo cual resulta lógico, si se tiene en cuenta que en tal oportunidad se concretan los derechos a que accede el afiliado, quien precisamente a partir de ese momento deja de hacer aportes al sistema y, por ende, de tener la posibilidad de que se le cubran contingencias que tengan fecha posterior a la adquisición del derecho pensional.

Igualmente se refiere en dicha providencia, contrario a lo dicho por el recurrente, que no gozan de imprescriptibilidad al no hacer parte integrante de la prestación, ni del estado jurídico de pensionado; 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.

**2.2.2. Fundamento fáctico**

A tono con lo expuesto la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada, está llamada a prosperar, en tanto, transcurrieron algo más de 6 años entre la fecha en que se le reconoció el derecho pensional 14/03/2011 - y la reclamación para el pago del incremento pensional – 07/02/2017-, según se advierte a folios 15 y 16 del cd. 1, superando con creces los 3 años fijados como término prescriptivo en la norma en cita, sin que sea posible acatar lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia de unificación SU310/2017, toda vez que como se indicó en precedencia, la misma fue anulada por esa misma Corporación mediante Auto 320/18, sin que haya proferido otra determinación frente al tema toral.

Dicho lo anterior, el sustento de la apelación se despachará desfavorablemente, al considerar la Sala que el incremento por persona a cargo, de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, es un derecho prescriptible como se dijo anteladamente, al compartirse la tesis que sobre este tópico tiene reiterada la Sala de Casación Laboral de la CSJ, que es el órgano de cierre de esta especialidad.

Por último, vale la pena precisar que este medio de defensa – excepción de prescripción- fue el motivo por el cual se despacharon desfavorablemente las pretensiones de la demanda, por lo que era esa la excepción que en primera instancia debió declararse probada y no como erradamente se dispuso frente a las de “Inexistencia del incremento pensional” e “Inexistencia de la obligación”, pues en realidad la parte actora cumplió con la carga de acreditar los supuestos de hecho –*convivencia y dependencia económica de su cónyuge*- para que le fuera reconocida el citado beneficio, solo que por el transcurso del tiempo lo enervó.

**CONCLUSIÓN**

En armonía con lo mencionado en precedencia, se confirmará la sentencia apelada, salvo el numeral segundo que se revocará para declarar probada la excepción de prescripción en lugar de las de Inexistencia del incremento pensional e “Inexistencia de la obligación, como fue dispuesto. 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 parcialmente** la sentencia proferida el 19 de octubre de 2017 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por el señor **Gustavo González García** en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES,** salvo el numeral segundo que se revoca, para en su lugar DECLARAR probada la excepción de prescripción, oportunamente interpuesta por la entidad demandada.

**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

1. 27/07/2005 radicación Nº 21.517, 05/12/2007 radicación Nº 29.741 y agosto de 2010 radicación Nº 36.345 [↑](#footnote-ref-1)
2. M.P. Francisco Javier Tamayo Tabares. Rad. 2017-00138-01 de 05-07-2018 Dte. German Rodríguez Bolívar. [↑](#footnote-ref-2)
3. Señores Luz Elena Neira Téllez y Leonardo Gonzales Neira, cuñada e hijo del demandante, respectivamente. [↑](#footnote-ref-3)