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 – Derrota.

Radicación No: 66001-31-05-003-2017-00455-01

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Edgar Hurtado Jiménez

Demandado: Colpensiones

**TEMAS: INCREMENTOS PENSIONALES POR PERSONA A CARGO / VIGENCIA NO OBSTANTE LA SENTENCIA SU-140-2019 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL / REQUISITOS / PRESCRIBEN POR NO SER PARTE INTEGRANTE DE LA PENSIÓN.**

Ha manifestado la SCL de la CSJ en diferentes sentencias, 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. (…)

No obstante debe decirse que recientemente, la Corte Constitucional en sentencia SU-140 2019 dijo que el incremento pensional por persona a cargo consagrado en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 dejó de existir a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, aun para aquellos que se encontraban en el régimen de transición.

Al respecto, se advierte que el anterior criterio responde a un trámite de tutela que produce efectos inter partes, pues no tiene la vocación de cumplir con la especial función de la Corte de determinar la constitucionalidad de las leyes.

En razón de lo anterior, no se acoge el reciente criterio expuesto por la Corte Constitucional y en consecuencia, se continuará sosteniendo que los incrementos pensionales no fueron derogados de manera tácita con la entrada en vigencia del sistema general de pensiones.

Precisado lo anterior, conforme con 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. (…)

Para la CSJ en su Sala de Casación Laboral, los incrementos pensionales no gozan de imprescriptibilidad al no hacer parte integrante de la prestación, ni del estado jurídico del pensionado como lo apuntó en la sentencia SL21388 de 2017; por lo que el término prescriptivo corre desde que se reconozca la pensión, momento a partir del que cual se hace exigible el derecho. Lo que resulta lógico, si se tiene en cuenta que en tal oportunidad se concretan los derechos a que accede el afiliado, quien precisamente en tal oportunidad 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.

**SALVAMENTO DE VOTO: DOCTORA ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

… la suscrita Magistrada se mantiene en la postura asumida de tiempo atrás, con apoyo, además, en lo salvamentos de voto planteados en contra del auto 320 del 23 de mayo de 2018, proferido por la Corte Constitucional, particularmente en el del Magistrado Alberto Rojas Ríos, en el cual se hace referencia a la sentencia T-369 de 2015, misma en la que se dispuso lo siguiente:

“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.”



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Sustanciadora

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

En Pereira, a los diecinueve (19) días de julio de dos mil diecinueve (2019), siendo las diez y quince de la mañana (10:15 a.m.), la Sala Primera 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 de la sentencia proferida el 13 de junio de 2018 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de la misma ciudad, dentro del proceso que promueve el señor **Edgar Hurtado Jiménez** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** y que se encuentra radicado bajo el N°66001-31-05-003-2017-00455-01.

**Registro de asistencia:**

Demandante y su apoderado: Demandadas y sus apoderados:

**Traslado a las partes**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos, de conformidad con lo establecido por el artículo 13 de la Ley 1149/07.

**ANTECEDENTES**

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

El señor Edgar Hurtado Jiménez pretende que se declare que le asiste el derecho al incremento pensional del 14% a partir del 1º de diciembre de 2005, por tener a cargo a su cónyuge.

Fundamenta sus aspiraciones en que: (i) el ISS le reconoció la pensión de vejez a partir del 1-12-2005 mediante la resolución No. 007342 de 2005 con aplicación del Acuerdo 049 de 1990; (ii) contrajo matrimonio con la señora Blanca Doly Rico Montes el 10-09-1983, quien depende económicamente de él; (iii) el 29-06-2017 le solicitó a Colpensiones el incremento pero se le negó.

La **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-** se opuso ala totalidad de pretensiones incoadas en la demanda, como razones de defensa señaló que el demandante obtuvo la pensión en vigencia de la Ley 100 de 1993, cuando el beneficio desapareció de la vida jurídica. Así mismo, frente a los intereses moratorios, adujo que, al no existir obligación principal, menos la habría frente a una subsidiaria.

Interpuso como excepciones las que denominó “inexistencia del incremento pensional”; “inexistencia de la obligación” y “prescripción”.

**2. Síntesis de la sentencia apelada**

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, declaró probada las excepciones formuladas por la parte demandada, entre ellas la prescripción y en consecuencia negó las pretensiones y condenó a la parte actora al pago de costas procesales.

Para arribar a la anterior decisión expresó que si bien en el proceso se probaron todos los requisitos para acceder al incremento pensional, el Acuerdo 049/90 que lo consagra desapareció de la vida jurídica, dado que ello no hace parte del régimen de transición, aunado a que este también desapareció a partir del julio de 2005 para unos y finalmente para todos el 31/12/2014 según lo señala el Acto Legislativo 01/2005.

Adicionalmente, dijo que en gracia de discusión de estar vigente la norma, este derecho se encuentra prescrito, ya que la pretensión se le reconoció en el año 2005 y la reclamación se presentó en el año 2017.

**3. síntesis del recurso de apelación**

La apoderada judicial del actor atacó la decisión y dijo de un lado, que no desapareció el derecho a los incrementos pensionales con la expedición de la Ley 100 de 1993 y de otro, que el derecho al incremento pensional es imprescriptible, y que solo se ven afectadas por la prescripción las mesadas causadas con anterioridad a los 3 años que precedieron a la reclamación, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 15 de julio de 2016 donde fungió como MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo y la Corte Constitucional .

**CONSIDERACIONES**

 **1. De los problemas jurídicos**

Visto el recuento anterior, la Sala se pregunta:

1. ¿El artículo 21 del Acuerdo 049/90, que establece el derecho a los incrementos pensionales por personas a cargo, desapareció del ordenamiento jurídico?

2. De ser negativa la respuesta anterior ¿Cumplió el demandante los supuestos para acceder al incremento pensional por persona a cargo que reclama?

3. En caso de ser positiva la respuesta al anterior ¿operó el fenómeno prescriptivo frente al derecho al incremento pensional?

**2. Solución a los interrogantes planteados**

**2.1 Reconocimiento de Incremento pensional por cónyuge a cargo – Acuerdo 49/1990**

Ha manifestado la SCL de la CSJ en diferentes sentencias, 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.

No obstante debe decirse que recientemente, la Corte Constitucional en sentencia SU-140 2019 dijo que el incremento pensional por persona a cargo consagrado en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 dejó de existir a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, aun para aquellos que se encontraban en el régimen de transición.

Al respecto, se advierte que el anterior criterio responde a un trámite de tutela que produce efectos inter partes, pues no tiene la vocación de cumplir con la especial función de la Corte de determinar la constitucionalidad de las leyes.

En razón de lo anterior, no se acoge el reciente criterio expuesto por la Corte Constitucional y en consecuencia, se continuará sosteniendo que los incrementos pensionales no fueron derogados de manera tácita con la entrada en vigencia del sistema general de pensiones.

Precisado lo anterior, conforme con 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.

Por lo dicho, se hace inane hacer cualquier análisis de los efectos que pueda tener en los incrementos pensionales la expedición del Acto Legislativo 01/2005 como lo hizo la primera instancia, que por lo mismo no se comparten.

A tono con lo expuesto se revocará la sentencia, en tanto declaró probada las excepciones de “inexistencia del incremento pensional” e “inexistencia de la obligación” al considerar que esa normativa había desaparecido del ordenamiento jurídico con ocasión de la expedición de la Ley 100/93. Resuelto este interrogante se prosigue con el estudio de la causación del incremento por persona a cargo.

**2.2** Bien. Con el material probatorio allegado se demostróque el Instituto de Seguros Sociales reconoció la pensión de vejez al señor Edgar Hurtado Jiménez por haber reunido los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, en virtud del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal como se advierte en la Resolución que reposa a folio 25; con lo que se da por cumplido el primer requisito de los mencionados.

También que contrajeron matrimonio el 10-09-83, vínculo que continúa vigente ante la ausencia de constancia que modifique dicho estado civil (fl.26); momento a partir del cual han convivido, como lo narran los declarantes, siendo la señora Blanca Doly ama de casa.

Igualmente se acreditó la dependencia de la esposa para con el varón como lo dice Carlos Cardona Hurtado, único que conoce a la pareja hace más de 30 años, al ser el esposo de la hermana de Blanca Doly, pues los restantes, Carlos Alberto Zapata Orozco y Gloria Isabel Quintero Valencia conocen a esta última hace 8 y 7 años, respectivamente, mucho después de entrar a regir la ley 100 de 1993.

Así el primero informó que la señora Blanca Doly ha convivido con el actor, a quien ha acompañado siempre cuando administra fincas, y si bien trabajó a su lado nunca recibió remuneración alguna, por lo que siempre la ha sostenido, estando actualmente enferma por lo que no puede trabajar.

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

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

Para la CSJ en su Sala de Casación Laboral, los incrementos pensionales no gozan de imprescriptibilidad al no hacer parte integrante de la prestación, ni del estado jurídico del pensionado como lo apuntó en la sentencia SL21388 de 2017; por lo que el término prescriptivo corre desde que se reconozca la pensión, momento a partir del que cual se hace exigible el derecho. Lo que resulta lógico, si se tiene en cuenta que en tal oportunidad se concretan los derechos a que accede el afiliado, quien precisamente en tal oportunidad 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.

Escrutada la situación del actor, se encuentra que la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada está llamada a prosperar, en tanto, transcurrieron 12 años, 06 meses y 29 días entre la fecha en que se le reconoció el derecho pensional 01-12-2005 y la reclamación para el pago del incremento pensional 29-06-2017 (fls.34-39), con lo que se supera con creces los 3 años fijados como término prescriptivo en la norma en cita.

**CONCLUSIÓN**

En armonía con lo mencionado en precedencia, se confirmará la sentencia apelada y se condenará en costas a la parte actora a favor de la demandada al fracasar la alzada.

**DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 13 de junio de 2018 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por el señor Edgar Hurtado Jiménezen contra de la Administradora Colombiana de Pensiones **Colpensiones,** por las razones expuestas en precedencia.

**SEGUNDO.** **CONDENAR** en costas en esta instancia a la parte actora en favor de Colpensiones por lo mencionado.

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**  **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Magistrado Magistrada

Salva voto

Providencia: Sentencia del 19 de julio de 2019

Radicación No.: 66001-31-05-003-2017-00455-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: Edgar Hurtado Cardona

Demandado: Colpensiones

Magistrado ponente: Olga Lucía Hoyos Sepúlveda

Magistrada que salva voto: Ana Lucia Caicedo Calderón

**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**

Recientemente se han proferido tres providencias de especial trascendencia en lo que concierne a la imprescriptibilidad del derecho a los incrementos pensional, a saber, la SU-310 del 10 de mayo de 2017[[1]](#footnote-1), por medio de la cual la Corte Constitucional determinó que el derecho como tal no prescribe al no haber sido reclamado dentro de los 3 años siguientes a su causación, tal como lo pregona la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sino las mesadas que no fueron cobradas en el mismo término trienal, ello atendiendo el principio de *indubio pro operario.* Así se expuso en la aludida sentencia de unificación:

*“9.1. Las autoridades judiciales accionadas no incurrieron en desconocimiento del precedente jurisprudencial en materia de imprescriptibilidad de los incrementos pensionales, en tanto la Corte Constitucional no había proferido una posición uniforme en la materia hasta este momento.*

*9.2. En virtud del mandato constitucional de in dubio pro operario, la interpretación que resulta más favorable a los intereses de los pensionados, es aquella según la cual los incrementos pensionales de que tratan los artículos 21 y 22 del Acuerdo 49 de 1990, no prescriben con el paso del tiempo. Aclarándose que las mesadas causadas y no reclamadas oportunamente, sí prescriben conforme a la regla general de prescripción de las acreencias laborales contenida en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo (sic). En esa medida, las accionadas incurrieron en violación directa de la Constitución como causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial, porque desconocieron el principio constitucional de in dubio pro operario.*

*9.3. En virtud del deber de solidaridad (C.P., arts. 1º, 48 y 95.2), las autoridades judiciales y administrativas accionadas debieron aplicar la interpretación más favorable de la norma, teniendo en cuenta que las personas a cargo de los accionantes son en su mayoría sujetos de especial protección constitucional, en razón a su edad y/o situación de discapacidad, y que los incrementos pensionales solicitados están encaminados a garantizarles una vida digna y su mínimo vital.*

*9.4. El derecho a la igualdad de las personas que acudieron a la acción de tutela en el pasado para solicitar el reconocimiento de los incrementos pensionales de que trata el artículo 21 del Acuerdo 49 de 1990, fue conculcado como consecuencia de la división al interior de las Salas de Revisión de Tutelas de esta corporación, frente a la prescripción del derecho.”*

Se concluyó en el fallo en mención:

*“Una autoridad judicial o administrativa vulnera el derecho al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital de un pensionado, por desconocer directamente la Constitución Política, al considerar que un derecho pensional como los incrementos por persona a cargo, se pierde por completo a los tres años de no ser reclamado, en lugar de considerar que se perdieron sólo las mesadas no reclamadas, como se sigue de la interpretación más favorable al trabajador (in dubio pro operario).”*

Posteriormente, la Sección Segunda - Subsección A de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante sentencia del 16 de noviembre de 2017[[2]](#footnote-2), denegó las súplicas de la demanda de nulidad de los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por medio del Decreto 758 del mismo año, bajo el argumento de que: i) los incrementos no desaparecieron con la expedición de la Ley 100 de 1993 (no hubo derogatoria orgánica); ii) que al no formar parte de la pensión de vejez, dichos emolumentos no están ligados directamente con el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sino con el hecho de que la prestación se reconozca con base en el Acuerdo 049 de 1990 y que los familiares del pensionado se encuentren en las especiales circunstancias de edad o discapacidad que habiliten su reclamo por parte de aquel; iii) que no se vulnera el derecho a la igualdad frente a personas a las que se le reconoce la pensión con fundamento en la Ley 100 de 1993 por cuanto se trata de normativas distintas y, iv) que no existe desequilibrio pensional por cuanto los mismos fueron creados por el propio I.S.S. y sólo se reconocen en la medida que se cumplan los requisitos establecidos para ello.

Mediante el auto 320 del 23 de mayo de 2018[[3]](#footnote-3), la Corte Constitucional declaró la nulidad de la sentencia 310 de 2017 bajo el argumento de que en la misma se vulneró el debido proceso al i) haber fundado su decisión en aplicación del principio in dubio pro operario sin haber analizado su compaginación con el artículo 48 de la Constitución Política, tal como el mismo quedó luego de proferido el Acto Legislativo 01 de 2005 y, ii) haber omitido de su análisis los argumentos presentados por Colpensiones dentro del trámite de revisión de tutela de los expedientes acumulados para el efecto. En consecuencia, ordenó que se emitiera una nueva sentencia que debería ser adoptada por la Sala Plena de esa Corporación, lo cual se llevó a cabo recientemente a través de la SU-140 del 28 de marzo de 2019, en la cual se concluyó que el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1º de abril de 1994, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993

En el Comunicado No. 10 del 27 y 28 de marzo de 2019, que diera a conocer el contenido del aludido fallo, se resumieron los salvamentos de voto esgrimidos contra la decisión en comento, en el siguiente sentido:

“La **Magistrada Diana Fajardo Rivera** salvó su voto a la decisión de la Corte Constitucional de no tutelar los derechos de las personas a las que no se les había reconocido su incremento pensional en razón a persona a cargo (según lo dispuesto por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990) por considerar que la Sala, antes que ocuparse de resolver las tutelas contra providencias judiciales que fueron sometidas a su consideración, se ocupó de plantear una suerte de juicio acerca de la vigencia y la constitucionalidad, en abstracto, de las reglas en cuestión sobre incrementos pensionales por persona a cargo. La Sentencia SU140 de 2019 parte de una interpretación distinta a la que la misma Corte, y el sistema jurídico en general, ha hecho sobre los efectos derogatorios que tuvo en el sistema pensional la expedición de la Ley 100 de 1993. A su parecer, la Sala no unificó la jurisprudencia que existía sobre el problema jurídico analizado en la sentencia, sino que cambió los presupuestos de análisis que la jurisprudencia había tenido en la materia, para llevar a la Corte a tomar una respuesta diferente a la que hasta este momento se había dado. Así, la decisión tenía que responder un problema jurídico que había dado lugar a dos posiciones jurisprudenciales distintas; una primera respuesta garantista y seguida por varias salas de revisión, y una segunda respuesta restrictiva, que había sido apoyada por menos salas de revisión. Ahora la Corte opta por una nueva respuesta que es aún más restrictiva de la que antes se había propuesto, fundándose en nuevas posiciones jurisprudenciales acerca del impacto derogatorio que tuvo la Ley 100 de 1993 en el sistema de pensiones y acerca del sentido y alcance de la reforma constitucional en materia pensional que se hizo en el año 2005. Se pasó de una lectura fundada en una protección amplia y comprensiva de lo que es pensión, que incluía el fiel respeto a la regla de imprescriptibilidad de las prestaciones de la seguridad social, a una lectura restrictiva del alcance del contenido de este derecho. Para la Magistrada Fajardo, además, la sentencia de la cual se aparta desconoce el amplio debate que existía en torno al problema jurídico planteado, para sugerir que no hay controversia y que, por tanto, no es preciso recurrir a interpretaciones favorables a los trabajadores pensionados.

De esta forma el principio de in dubio pro operario que tan importante papel había jugado para resolver la controversia en decisiones pasadas, ahora pasa a brillar por su ausencia y a ser relegado porque la controversia que existía y que se quería unificar simplemente fue desvanecida. Afortunadamente la decisión que se adoptó en este caso fija jurisprudencia en materia del problema jurídico analizado. No es un juicio de constitucionalidad abstracto ni de vigencia de las leyes, que tenga algún tipo de efecto erga omnes o que genere jurisprudencia de forma general y para cualquier situación posible.

La **Magistrada** **Gloria Stella Ortiz Delgado** salvó parcialmente su voto[[4]](#footnote-4). Aunque estimó que en algunos casos las acciones de tutela revisadas no cumplían con el requisito de inmediatez y, por ende, resultaban improcedentes, consideró que los incrementos por cónyuge, compañera o compañero permanente o hijos con discapacidad a cargo, previstos por el Decreto 758 de 1990, no se encuentran derogados. En este sentido, la Sala Plena afectó la cosa juzgada de una sentencia del Consejo de Estado[[5]](#footnote-5) , en la cual, con efectos generales y en el marco del control de legalidad, se determinó que las normas (contenidas en el Acuerdo 049 de 1990) que contemplan tales incrementos no solo están vigentes, sino que, de ninguna manera, son contrarias al ordenamiento jurídico. Esta posición también ha sido defendida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y por la Corte Constitucional en sus Salas de Revisión.

Adicionalmente, se apartó de la decisión mayoritaria por cuanto el análisis sobre la sostenibilidad financiera del sistema pensional se basa en juicios de conveniencia, por lo cual carece de elementos y consideraciones que demuestren la supuesta afectación y el impacto real y concreto que la medida pueda tener en los recursos pensionales. En cambio, la decisión de la Corte perjudica a un sector de la población que recibe bajos ingresos pues los incrementos son únicamente para pensiones de un salario mínimo.

Por último, resaltó que existen fuertes razones constitucionales para garantizar el reconocimiento de los incrementos pensionales por personas que dependen económicamente de su pareja o familiar, entre las cuales se encuentran: (i) los principios de favorabilidad e in dubio pro operario; (ii) el principio de imprescriptibilidad de los derechos derivados de la seguridad social, en la medida en que no prescribe el derecho a solicitar la reliquidación pensional; (iii) la protección del mínimo vital; y (iv) la especial protección constitucional de la cual son destinatarias las personas de la tercera edad y en situación de discapacidad.

De igual modo, el **Magistrado José Fernando Reyes Cuartas** salvó el voto por cuanto la Constitución no es neutra frente a la tensión entre sostenibilidad financiera y protección de los derechos fundamentales, sino que establece la necesidad de que el juez constitucional atienda la primacía y protección efectiva de los últimos, al determinar que al realizarse la ponderación no podrá invocarse tal criterio económico para menoscabar las garantías, restringir su alcance o negar su protección, menos contradecir el núcleo dogmático de la Constitución.

Observó que, en materia de seguridad social, además del principio de eficiencia, se prevén otros también rectores del sistema como la solidaridad y la universalidad, por lo que las obligaciones del Estado deben propender por la protección efectiva y cierta del derecho a la seguridad social de todos los habitantes del país. Así es posible desprender que el reclamo puso en tela de juicio pilares fundamentales de la Constitución encaminados a garantizar la interpretación más favorable a los intereses de los pensionados, salvaguardar el principio pro homine e impedir la regresividad en materia de derechos sociales.

El **Magistrado** **Alberto Rojas Ríos** salvó su voto frente a lo resuelto por la mayoría, por cuanto consideró que se trataba de una decisión regresiva en materia de protección de derechos pensionales, que además desconocía el precedente desarrollado por las Salas de Revisión de la Corte Constitucional sobre la procedencia del reconocimiento y pago de los incrementos pensionales de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

En tal sentido, consideró que, como acertadamente lo estableció en su momento la sentencia SU-310 de 2017 (cuya anulación por parte de la Corte mediante Auto 320 de 2018 dio paso a la sentencia SU-140 de 2019), era imperativo analizar la controversia a la luz del principio constitucional de favorabilidad para determinar que las personas pensionadas al amparo del Acuerdo 049 de 1990 podían reclamar válidamente los incrementos del 14% por cónyuge/compañero(a) permanente a cargo y/o 7% por hijo(a) a cargo. Examinados los expedientes acumulados desde esa perspectiva, la conclusión forzosa habría sido la de conceder la tutela de los derechos al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital de los accionantes.

En esta oportunidad, sostuvo el magistrado **Rojas Ríos**, la mayoría de la Sala Plena eludió el interrogante sobre si tales incrementos eran susceptibles de prescripción, que fue lo que inicialmente originó la controversia, para adoptar una postura todavía más aciaga según la cual tales incrementos desaparecieron del ordenamiento jurídico por virtud del Acto Legislativo 01 de 2015, olvidando que dicha reforma constitucional determinó que en materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos. Por lo demás, en esta oportunidad la Corte se concentró en un estudio más propio de la doctrina sobre la vigencia de la ley, en lugar de enfocarse en la aplicación de las normas para resolver los casos sometidos a su conocimiento, que es su verdadera función.

Afirmó que la Sala Plena acogió la tesis más lesiva para los pensionados, pues, en lugar de examinar cuál interpretación de la normatividad era más favorable a esta población, de acuerdo con lo que exigían los postulados constitucionales contenidos en el artículo 53 superior, prefirió realizar una lectura según la cual los incrementos pensionales no integraban la pensión y no afectaban el núcleo esencial del derecho a la seguridad social, desconociendo así el principio general del derecho conforme al cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal, a partir del cual se habría logrado inferir sin mayores esfuerzos que la persona que disfrutaba de la pensión mínima legal bajo el régimen del Acuerdo 049 de 1990, también podía solicitar el incremento de su mesada pensional en los eventos allí previstos. Era esta, justamente, la interpretación que de mejor manera propendía a asegurar una vida en condiciones dignas y un mínimo vital a personas que son en su mayoría sujetos de especial protección constitucional, en razón a su edad y/o condición de discapacidad, así como a sus familias, de suerte que dicho mecanismo no tenía la virtualidad de afectar la sostenibilidad fiscal, sino que, por el contrario, era una medida de justicia redistributiva.

En definitiva, señaló el magistrado **Rojas Ríos**, la decisión adoptada por la Corte constituye un retroceso en el ámbito de los derechos sociales y, particularmente, de aquellas garantías de que es titular un sector vulnerable de la población, lo cual no se acompasa con las obligaciones del Estado en la materia, con el principio de progresividad y con la propia jurisprudencia constitucional.”

Así las cosas, frente a los acontecimientos expuestos previamente, la suscrita Magistrada se mantiene en la postura asumida de tiempo atrás, con apoyo, además, en lo salvamentos de voto planteados en contra del auto 320 del 23 de mayo de 2018, proferido por la Corte Constitucional, particularmente en el del Magistrado Alberto Rojas Ríos, en el cual se hace referencia a la sentencia T-369 de 2015, misma en la que se dispuso lo siguiente:

“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.“

**2. Caso concreto**

No es objeto de controversia en el caso de marras que a través de la Resolución No. 007342 de 2005 el Instituto de Seguros Sociales concedió la pensión de vejez al señor Edgar Hurtado Jiménez, a partir del 1º de diciembre de 2005, con fundamento en el Decreto 758 de 1990, normatividad que contempla en su artículo 21 un incremento del 14% en la mesada pensional para aquellos beneficiarios que tienen a cargo a su cónyuge, o compañera permanente. Tampoco es objeto de controversia que el demandante ha velado por el sostenimiento económico de su esposa Blanca Doly Rico Montes, pues así fue demostrado en el trámite de primer grado con los testimonios de Carlos Alberto Zapata, Juan Carlos Cardona Hurtado y Gloria Isabel Quintero.

Ahora, no comparto el discernimiento de la Jueza de instancia frente a la supuesta carencia normativa que regula el incremento pensional solicitado por el actor, pues el sólo hecho de que su pensión de vejez se regente por el Acuerdo 049 de 1990, perpetúa las garantías consagradas en dicha normativa hasta tanto la pensión de vejez se rija bajo sus disposiciones. Por ello, no era dable declarar probada la excepción de “Inexistencia del incremento pensional”, pues se itera, el mismo existen, en tanto la pensión de vejez del actor se rija por el aludido acuerdo.

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 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 29 de junio de 2017.

 En estos términos sustento mi salvamento de voto.

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Magistrada

1. M.P. Aquiles Arrieta Gómez [↑](#footnote-ref-1)
2. C.P. Gabriel Valbuena Hernández [↑](#footnote-ref-2)
3. M.P. Cristina Pardo Schlesinger [↑](#footnote-ref-3)
4. El texto del resumen de este salvamento de voto fue reemplazado, toda vez que, por error involuntario, el publicado inicialmente por la secretaria general no correspondía al formulado por la Magistrada Gloria Stella Ortiz. [↑](#footnote-ref-4)
5. Sentencia de 16 de noviembre de 2017. Sección Segunda. M.P. Gabriel Valbuena Hernández. Radicación número: 11001-03-25-000-2008-00127-00(2741-08) [↑](#footnote-ref-5)