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.

**TEMAS: INCREMENTOS PENSIONALES / SENTENCIA SU-140 DE 2019 / DEROGADOS POR LA LEY 100 DE 1993 / POR LO TANTO, PROCEDEN SOLO PARA PENSIONES RECONOCIDAS POR APLICACIÓN DIRECTA DEL ACUERDO 049 DE 1990 / RÉGIMEN DE TRANSICIÓN / NO INCLUYE EL RECONOCIMIENTO DE ESTE DERECHO.**

El referido acuerdo, correspondiente al Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte, estableció incrementos en las prestaciones de invalidez y de vejez equivalentes al siete (7%) o al catorce (14%) de la pensión mínima legal, respectivamente, por cada uno de los hijos o por el cónyuge o compañero(a) permanente del pensionado, siempre que estos cumplieran unas condiciones de edad…

No obstante, correspondiendo el actual régimen pensional al adoptado a través de la Ley 100 de 1993, que en ninguno de sus artículos contempla tal beneficio; de cara a la controversia que motiva esta diligencia, indispensable resulta esclarecer si la prerrogativa a la que se ha hecho mención, regulada en los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, aún se encuentra vigente.

En efecto, el tema ha sido tratado ampliamente en la jurisdicción Laboral, y por mucho tiempo el criterio de la magistrada sustanciadora fue el de considerar que los incrementos de la pensión por personas a cargo establecidos en el Decreto 758 de 1990, aprobatorio del Acuerdo 049 del mismo año, continuaban vigentes, a pesar de que la Ley 100 de 1993, al hablar sobre pensiones de vejez e invalidez, no los consagró, pero tampoco los derogó textual ni tácitamente.

Sin embargo, la vigencia de este incremento pensional, es un tema que ha sido revaluado recientemente por la jurisprudencia constitucional, como es el caso de la Sentencia Unificación SU-140 de 2019, mediante la cual la Corte Constitucional dictó la sentencia de reemplazo a la Sentencia SU-310 de 2017 que fuera anulada mediante Auto 320 de 2018. (…)

De acuerdo con la sentencia, con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, el referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1º de abril de 1994; fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993 entró a regir. Tal derogatoria resultó en que los derechos de incremento que previó tal artículo 21 del Decreto 758 de 1990 dejaron de existir a partir del mentado 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 pero sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1º de abril de 1994…

También recordó la Corte Constitucional que cargas como las referidas a los incrementos del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 resultaban contrarias al Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución, introduciendo el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO**

****

**PEREIRA RISARALDA**

Magistrada Ponente

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

|  |  |
| --- | --- |
| Demandante: | José William Vásquez Quintero |
| Demandado: |  Colpensiones |
| Radicación No. |  66001-31-05-005-2018-00053-01 |
| Juzgado origen: | Quinto Laboral del Circuito de Pereira |
| Tipo de proceso: | Ordinario Laboral |
| Providencia: | Sentencia del 31 de agosto de 2020  |
| Decisión: | REVOCA PARCIALMENTE |

Registro del proyecto, veinte (20) de agosto de dos mil veinte (2020).

Acta de discusión número 119 de 25-08-2020

Pereira, Risaralda, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, integrada por las Magistradas **ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (**ponente), **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN y OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA,** a resolverel recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 15 de julio de 2019 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

**Cuestión previa**

(…)

Previamente se revisó, discutió y aprobó el proyecto elaborado por la Magistrada ponente el cual alude a la siguiente:

**SENTENCIA**

1. **ANTECEDENTES**

**1.1 Demanda**

El demandante solicita que se declare (i) que la entidad lo indujo a error, y que por ende las cotizaciones efectuadas con posterioridad al mes de enero de 2013, son ineficaces, (ii) que la fecha de efectividad de la prestación pensional o status de pensionado es el 20 de enero de 2013 y (iii) que tiene derecho al incremento pensional por persona a cargo. En consecuencia, pide que se condene a la entidad demandada a pagar el retroactivo pensional causado, el incremento del 14% por cónyuge a cargo, los intereses de mora y las costas del proceso a su favor.

Como fundamento a esas pretensiones, expuso básicamente que presentó solicitud pensional ante Colpensiones y que esta la negó aduciendo que no cumplía los requisitos exigidos, razón por la cual continuó efectuando cotizaciones al sistema; que presentó demanda ordinaria laboral, misma que fue tramitada por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta ciudad; que durante el trámite de ese proceso, Colpensiones le reconoció a través de la Resolución GNR 386409 la pensión de vejez, con efectividad a partir del 13 de agosto de 2015, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, aplicable por remisión expresa del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que está casado desde hace 40 años con la Blanca Gloria Correa de Vásquez, compartiendo techo, lecho y mesa, y que ella es dependiente económicamente de él, pues no trabaja ni recibe pensión alguna.

**1.2 Respuesta a la demanda**

Al dar contestación a la demanda, Colpensiones manifestó oponerse a la totalidad de las pretensiones, señalando que el actor realizó las cotizaciones en forma voluntaria y que el derecho al incremento pensional se encuentra prescrito por haber transcurrido más de 3 años desde su exigibilidad. En su defensa, formuló como excepciones de fondo “Inexistencia de la obligación”, “Prescripción”, “Imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal” y “Buena fe”, ver folios 40 a 47.

1. **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado de conocimiento dictó sentencia 15 de julio de 2019, en la que declaró probada de oficio el fenómeno procesal de cosa juzgada respecto del retroactivo pensional solicitado, al indicar que existe identidad de parte de causa y de objeto, en relación con el trámite adelantado ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta ciudad, en el que el actor pretendió el reconocimiento de la pensión de vejez a partir del mes de enero de 2013, y Colpensiones, en curso del mismo, reconoció por vía administrativa la prestación con efectos a partir del 13 agosto de 2015, lo que motivó el desistimiento de la parte actora de las pretensiones.

En relación con los incrementos pensionales, accedió a ellos al considerar que la norma que los contempla aún se encuentra vigente y no ha sido derogada por la Ley 100 de 1993, y que además se acreditaron en debida forma los presupuestos legales para su procedencia, pues al demandante le fue reconocida la pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, aplicable por virtud del régimen de transición pensional y, su cónyuge depende económicamente de él.

Declaró no probada la excepción de prescripción, al encontrar que no transcurrieron tres años desde que la respectiva obligación se hizo exigible y la interposición de la demanda, razón por la que condenó a Colpensiones a pagar la suma de $5´180.725, por concepto de incremento pensional causando entre el 13 de agosto de 2015 y el 30 de junio de 2019. Condenó en costas a la parte vencida en un 50% de las causadas.

1. **RECURSO DE APELACIÓN**

La apoderada judicial de Colpensiones interpuso recurso de apelación, en orden a que se revoque la decisión y se le absuelva de las pretensiones, para lo cual solicita se tenga en cuenta el reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia SU 149 de 2019, en la que se determinó que los incrementos pensiones fueron derogados con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Respecto del citado proveído se dispuso además ante esta Sala el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad demandada y surtido como se encuentra el trámite procesal de la instancia, se procederá igualmente a desatarlo.

1. **ALEGATOS DE INSTANCIA**

Dentro del término otorgado a las partes para descorrer el traslado, Colpensiones allegó por escrito sus alegatos de conclusión, por lo que se procede a decidir de fondo previa las siguientes:

1. **CONSIDERACIONES**

 **5.1. Presupuestos Procesales.**

Sirve la revisión del expediente para determinar que los requisitos esenciales para su formación y desarrollo normal se encuentran reunidos a cabalidad, circunstancia que permite ser decidido con sentencia de mérito. Por otra parte, tampoco se evidencian causales de nulidad que invaliden lo actuado.

**5.2. Problemas jurídicos por resolver.**

De conformidad con los puntos de apelación de la sentencia de primera instancia y el grado jurisdiccional de consulta que opera en favor de Colpensiones, se encuentra que los problemas jurídicos a resolver se circunscriben a determinar SI:

 *¿Los incrementos pensionales por persona a cargo que están contemplados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, quedaron derogados con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993? En caso negativo,*

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

**5.3 Desenvolvimiento de la problemática planteada**

En el presente caso no es objeto de controversia que a José Vásquez Quintero le fue reconocida una pensión de vejez mediante la Resolución GNR 386409 del 30 de noviembre de 2015, ver folio 21, conforme a las reglas del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, en aplicación de la transición pensional establecida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

El referido acuerdo, correspondiente al Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte, estableció incrementos en las prestaciones de invalidez y de vejez equivalentes al siete (7%) o al catorce (14%) de la pensión mínima legal, respectivamente, por cada uno de los hijos o por el cónyuge o compañero(a) permanente del pensionado, siempre que estos cumplieran unas condiciones de edad, estudio, invalidez y/o dependencia económica; sin exceder del cuarenta y dos (42%) y sin que estas sumas formaran parte integrante de la pensión.

No obstante, correspondiendo el actual régimen pensional al adoptado a través de la Ley 100 de 1993, que en ninguno de sus artículos contempla tal beneficio; de cara a la controversia que motiva esta diligencia, indispensable resulta esclarecer si la prerrogativa a la que se ha hecho mención, regulada en los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, aún se encuentra vigente.

En efecto, el tema ha sido tratado ampliamente en la jurisdicción Laboral, y por mucho tiempo el criterio de la magistrada sustanciadora fue el de considerar que los incrementos de la pensión por personas a cargo establecidos en el Decreto 758 de 1990, aprobatorio del Acuerdo 049 del mismo año, continuaban vigentes, a pesar de que la Ley 100 de 1993, al hablar sobre pensiones de vejez e invalidez, no los consagró, pero tampoco los derogó textual ni tácitamente.

Sin embargo, la vigencia de este incremento pensional, es un tema que ha sido revaluado recientemente por la jurisprudencia constitucional, como es el caso de la Sentencia Unificación **SU-140 de 2019**, mediante la cual la Corte Constitucional dictó la sentencia de reemplazo a la Sentencia SU-310 de 2017 que fuera anulada mediante Auto 320 de 2018.

En el proceso de tutela que dio origen a esta sentencia unificadora, se acumularon once (11) expedientes, que le sirvieron de sustento a la Corte para unificar la jurisprudencia de dos tesis en torno a la prescriptibilidad de los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990.

De acuerdo con la sentencia, con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, el referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1º de abril de 1994; fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993 entró a regir. Tal derogatoria resultó en que los derechos de incremento que previó tal artículo 21 del Decreto 758 de 1990 dejaron de existir a partir del mentado 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 pero sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1º de abril de 1994. En el anterior orden, la Corte encontró que la institución de la prescripción no se podía predicar respecto de derechos que ya habían dejado de existir para quienes no habían cumplido con las condiciones para pensionarse bajo el Régimen de Prima Media antes del 1º de abril de 1994. Por el contrario, para quienes hubieren cumplido con los requisitos necesarios para pensionarse antes del 1° de abril de 1994 y, por ende, llegaron a adquirir derechos que la Constitución protege, lo que es susceptible de prescripción son los referidos incrementos que no se hubieren cobrado dentro de los tres años anteriores a su causación mas no las correspondientes mesadas pensionales.

También recordó la Corte Constitucional que cargas como las referidas a los incrementos del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 resultaban contrarias al Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución, introduciendo el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

Adicionalmente, la Sala se apoyará en los razonamientos planteados frente al tema por la Sala Segunda de este Tribunal, magistrada ponente Dra. Olga Lucía Hoyos Sepúlveda, en sentencia de 05 de noviembre de 2019, Exp. 2018-00282-01; en la cual se dijo que:

*“i) Los principios de favorabilidad e indubio pro operario son inaplicables para dotar de ultractividad a una norma derogada, pues ellos requieren el choque de dos normas vigentes que regulen la misma situación para elegir la más favorable al trabajador o la existencia de dos interpretaciones posibles sobre una norma vigente.*

*ii) Aceptar que los incrementos pensionales del Acuerdo 049/90 no fueron derogados y por ende, continúan vigentes, implicar aceptar que cualquier pensionado, ya sea a través de la Ley 100/93 original, o en cualquiera de sus versiones, podría solicitar el reconocimiento de tal beneficio a través del artículo 31 de la Ley 100/93, pues al nuevo sistema de seguridad social es dable aplicarle cualquier disposición que se encuentre vigente, actuar en contrario sería infringir el derecho a la igualdad de los pensionados*”.

Puestas de ese modo las cosas, a juicio de esta Corporación en sincronía con los argumentos de la Corte Constitucional, los incrementos pensionales del Acuerdo 049/90 fueron derogados con la promulgación de la Ley 100/93 y por ello, ningún pensionado a través del artículo 36 ibídem, puede solicitar su reconocimiento.

**5.4 Caso concreto**

Descendiendo al caso concreto, y estando probado en el proceso que al demandante José William Vásquez Quintero tiene el status de pensionado pro vejez con base en el A. 049/90, por ser beneficiario del régimen de transición pensional previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, pero que causó el derecho con posterioridad al 1° de abril de 1994, debe concluirse necesariamente que no le asiste el derecho el incremento pensional por personas a cargo que reclama con fundamento en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

Lo anterior, conforme al nuevo panorama jurisprudencial antes aludido, pues al no consolidarse este beneficio adicional a la pensión con anterioridad a la fecha en que cobró vigencia el sistema general de pensional, no reúne las condiciones para ser considerado un derecho adquirido que deba ser protegido por la vía judicial.

Lo dicho es suficiente para concluir que sale avante el recurso de apelación interpuesto por la vocera judicial de la entidad demandada. En consecuencia, SE REVOCARÁN los ordinales 1° y 2° de la sentencia de primer grado, en relación con los incrementos pensionales, por las razones aquí́ expuestas.

Sin costas en esta instancia, dada la prosperidad del recurso. Las de primer grado, se revocarán, para en su lugar, imponerlas en un 50% de las causadas a cargo del demandante y en favor de la entidad demandada, dada la prosperidad del recurso de apelación.

1. **DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

1. **REVOCAR** los ordinales 2° y 3° de la sentencia proferida el 15 de julio de 2019 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por José William Vásquez Quintero en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, para en su lugar, **ABSOLVER** a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, del reconocimiento y pago de los incrementos pensionales por persona a cargo que se reclaman, por las razones aquí expuestas.
2. Sin costas en esta instancia, dada la prosperidad del recurso. Las de primer grado, correrán en un 50% a cargo de la parte actora y en favor de la entidad demandada.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase.

(…)

Los integrantes de la Sala,

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA**

 Magistrada Magistrada

 Salva voto