2010-00585-01

Radicación Nro. :	66001-31-05-003-2010-00585-01
Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Providencia:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
Demandante:	Evidalia Rojas de Fiscal
Demandado:	Instituto de Seguros Sociales
Juzgado de origen:	Tercero Laboral del Circuito
Tema:	**Validez de las pruebas decretadas de oficio. La facultad y deber del juez de instancia en materia de pruebas no puede llegar en ningún caso, a vulnerar el derecho a la defensa y el derecho a la contradicción, con la aparición de documentos que no sean debida y oportunamente decretados, además de puestos a conocimiento de las partes, en clara contravía del debido proceso –*Articulo 29 C.N.*-, principio que tiene el carácter de fundamental, en observancia del proceso judicial y en defensa de los directamente interesados.** **Incremento pensional. El incremento pensional por persona a cargo regulado en el artículo 21 del acuerdo 049 de 1990 y no incorporado dentro del estatuto de la seguridad social –L. 100 de 1993-, es de recibo cuando el derecho es adquirido y consolidado en vigencia del referido acuerdo, aprobado por el Decreto 758 de 1990. Prescripción. Esta Sala de Decisión, acoge la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, por medio de la cual, se establece que los incrementos pensionales, prescriben si no se reclaman dentro de los 3 años siguientes a su exigibilidad, es decir, desde el momento en que se produjo el reconocimiento de la pensión de vejez o de invalidez.**

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: ALBERTO RESTREPO ALZATE

Pereira, 18 de agosto de dos mil once

Acta número 106 del 18 de agosto de 2011

A las cinco y treinta (5:30) de la tarde del día de hoy, conforme se programó anteriormente, esta Sala y su Secretario se constituyen en audiencia pública con el objeto de resolver el recurso de apelación de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira el 22 de octubre de 2010, dentro del proceso ordinario que la señora **EVIDALIA ROJAS DE FISCAL** le promueve al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.**

El proyecto presentado por el ponente, fue discutido como consta en el acta a que se refiere el encabezamiento y aprobado sólo por la Doctora Ana Lucia Caicedo Calderón, Magistrada de la Sala Laboral, toda vez que el Doctor Francisco Javier Tamayo Tabares, también Magistrado de esta célula Colegiada se encuentra en licencia para ocupar otro cargo en la Rama Judicial, a partir del primero de agosto

del año que corre, y, aún la Honorable Corte Suprema de Justicia no ha designado su reemplazo.

ANTECEDENTES:

Manifiesta la demandante, a través de vocero judicial, que mediante Resolución No. 001661 de 2002, el Instituto de Seguros Sociales le reconoció pensión por vejez; agrega que contrajo matrimonio en 1962 con el señor José Jesús Fiscal Jaramillo con quien siempre ha convivido y depende económicamente de ella y que, por lo tanto, le asiste el derecho al incremento pensional, pues que la norma que los consagra, no fue derogada de manera expresa, ni tácita por la Ley 100 de 1993, ni es incompatible con su texto.

Por lo anterior, pretende la actora que se condene al Instituto de Seguros Sociales, a reconocer y pagar el incremento pensional del 14% por tener a cargo a su cónyuge, retroactivamente, desde el 1º de junio de 2002, así como las costas procesales.

La entidad demandada al dar respuesta a la acción (fls.19 y s.s.), se pronunció respecto a cada uno de los hechos de la demanda, se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones las de: "Falta de requisitos legales para acceder al incremento pensional", "Falta de causa por improcedencia de la indexación"; "Inadecuada aplicación de la norma en los incrementos"; "Inexistencia del derecho a incremento por personas a cargo"; "Aplicación inmediata de ley 100/93 y su efecto retrospectivo" y "Excepción de prescripción".

Instruido en lo posible el debate, se clausuró el período probatorio y se convocó a juzgamiento (fl.59), que fue proferido en audiencia pública llevada a cabo el 22 de octubre de 2010, en la que se negaron las pretensiones de la demanda, en razón a que *"... no se reúnen los requisitos... como lo es la dependencia económica de la persona por la cual se reclama el incremento, y ello se puede afirmar sin ningún asomo de duda, pues, al revisar el registro de afiliaciones al sistema de seguridad social del señor José Jesús Fiscal Jaramillo, se puede constatar que este es un afiliado en el subsistema de pensiones desde el año de 1970 y, pese a que se dice que esta inactivo no se precisó desde que momento …"* y se condenó en costas procesales a la parte demandante.

Inconforme con la decisión, el apoderado de la demandante, interpuso y sustentó en forma oportuna la apelación (fl.64), en la cual manifestó que la afiliación al subsistema de pensiones en 1970, solo permite deducir que a partir de esa fecha "*no ha tenido actividad laboral que le procure una digna subsistencia… Denegar la pretensión de la demandante frente a la prueba testimonial no obstante ser de recibo por el juzgado sin reparo alguno, no es coherente con el desconocimiento que hace el juzgado, por el hecho de aparecer una anotación en el registro único de Afiliados a la protección social (Iss) de fecha 01 de Abril de 1970 en la columna de fecha de afiliación y la palabra inactivo en la columna de estado de afiliación."* Concedido el recurso, la actuación fue remitida a esta Sala en donde se surtió el trámite propio de la instancia

Como dentro de lo actuado no se observa vicio alguno que anule el proceso, se procede a resolver la alzada conforme las siguientes

CONSIDERACIONES

Sea lo primero advertir que, aunque el presente asunto tenía señalada una fecha posterior para proferir la respectiva sentencia, en virtud de lo señalado en el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010, previa notificación a las partes, se adelantó la misma, sin consideración al turno de entrada, toda vez que se trata de un tema con abundantes precedentes jurisprudenciales.

El asunto bajo estudio plantea a la Sala los siguientes problemas jurídicos:

a. ***¿Se cumplieron por parte de la demandante los requisitos exigidos por el Acuerdo 049 de 1990, para acceder al beneficio del incremento pensional por personas a cargo, durante su vigencia?***

b. ***¿Puede dársele algún valor probatorio a una prueba oficiosa, no decretada y con la que se desestimaron las pretensiones de la demandante?***

c. ***¿Operó para el presente caso el fenómeno prescriptivo?***

Al respecto, lo primero es decir que el Artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese año, contempla un incremento del 14% y del 7% sobre la pensión mínima por personas a cargo, *cónyuge,* ***compañero (a) permanente*** e *hijos menores de edad*, respectivamente, pero para los derechos causados en su vigencia o en aplicación del régimen de transición determinado en

el artículo 36 de la Ley de Seguridad Social Integral en lo que se refiere a pensiones de vejez o para las de invalidez de origen no profesional estructuradas en su vigencia. Dice la norma aludida:

> *"**ARTÍCULO 21. Incrementos de las pensiones de invalidez por riesgo común y vejez**. Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así:*
> *a) (…)*
> ***b)** En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión.*
> *(…)"*

En el presente caso, no cabe duda de que la accionante, Evidalia Rojas de Fiscal, es pensionada por vejez por el Instituto de Seguros Sociales, a través de la Resolución N°. 001661 de 2002 (fl.4), a partir del 1º de junio de 2002, así como que le fue reconocida en virtud de lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, régimen de transición al cual se accedió por cumplir los presupuestos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; tampoco existe duda frente el vínculo matrimonial –*desde el año 1962*- que tiene la demandante con el señor José Jesús Fiscal, relación que quedó acreditada con el registro civil de matrimonio aportado (fl.10).

Tales requisitos quedaron plenamente probados a través de la declaración, hechas bajo juramento, por las señoras Ana Delia Álzate García y Sergio Iván Ospina Tangarife y la señora Luz Marina Marín de Saray, quienes declararon conocer a la pareja desde hace 40, 40 y 35 años, respectivamente y que el señor José Jesús Fiscal depende económicamente de ella, no tiene ingresos, ni recibe pensión, (fl. 53-58).

Sin embargo, no escapa a la observación de esta Colegiatura, que la prueba definitiva para que la A quo denegara las pretensiones de la actora, consistente en soporte documental del Registro Único de Afiliados a la Protección Social (fl.58), el que da cuenta de la condición de beneficiario de salud del cónyuge de la promotora de la acción, sólo a partir del año 2008, y quien reporta cotizaciones en pensiones desde el año 1970. Frente a tal evidencia, es necesario indicar, que el Artículo 54 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, estipula lo concerniente a la facultad oficiosa del juez de decretar y practicar las pruebas que considere pertinentes para el total esclarecimiento de los hechos planteados en el litigio, consagra la norma:

> *"**ARTÍCULO 54.- Pruebas de oficio**. Además de las pruebas pedidas, el juez podrá ordenar a costa de una de las partes, o de ambas, según a quien o quienes aprovecha, la practica de todas aquéllas (sic) que a su juicio sean indispensables para el completo esclarecimiento de los hechos controvertidos".*

Sin embargo, la facultad y deber del juez de instancia en materia de pruebas, no puede llegar, en ningún caso, a vulnerar el derecho a la defensa y el derecho a la contradicción, con la incorporación de pruebas que no sean debida y oportunamente decretadas, además de puestas en conocimiento de las partes, como sucedió con el Registro Único de Afiliados a la Protección Social –RUAF, visible a folios 51,52 y 58, prueba que no fue decretada como correspondía, ni publicitada oportunamente, para dar lugar a las partes de controvertirla.

Los mencionados derechos –de defensa y contradicción- constituyen garantías necesarias para las partes en conflicto, y por lo tanto, en las anteriores circunstancias, no puede darse relevancia jurídica a una prueba que fue allegada irregularmente, en clara contravía del debido proceso –*Articulo 29 C.N.*-, principio que tiene el carácter de fundamental, en observancia del proceso judicial y en defensa de los directamente interesados.

Al respecto, en caso idéntico, ya se pronunció esta Sala, así:

> *"Sin embargo, revisadas las pruebas tenidas en cuenta por el a quo para sustentar su decisión, esto es, lo relacionado con la interrupción de la dependencia económica, no pueden tener relevancia jurídica de ningún tipo, por cuanto la información de la página del FOSYGA y el registro del SISPRO (fls. 34 y 35) son solo documentos de carácter informativo que fueron allegados al proceso de manera irregular, sin que se les pueda tomar como pruebas dentro del proceso, porque no fueron decretadas previamente como pruebas de oficio, en los términos del artículo 54 del C.P.T que regula las pruebas de oficio, como correspondía para salvaguardar el derecho de contradicción y el derecho de defensa de las partes, sino que primero se allegaron al proceso por parte del Juzgado y luego, en la audiencia de juzgamiento, se legalizó su aportación mediante la escueta frase "se anexa al expediente el informe sobre afiliación del señor Norberto González Amaya obtenido directamente por el Juzgado a través de la página WEB del Ministerio de la Protección Social programas RUAF y FOSYGA…", llevándose por delante el debido proceso. En este punto la Sala quiere advertir que la facultad probatoria oficiosa del operador jurídico hasta antes de fallar, no puede ir hasta el extremo de sorprender a las partes con pruebas "paracaídas" que ni siquiera pasaron por el tamiz de haberse decretado previamente (como exige la facultad oficiosa) ni menos de haberse pasado por alto el derecho de contradicción, principio caro a nuestra constitución de tal manera que se estaría violando el derecho fundamental al debido"*[1]

Conforme a lo planteado, considera esta Colegiatura que el aludido documento, donde se constata la afiliación del señor Fiscal Jaramillo, como beneficiario de la

[1] Sentencia del 12 de noviembre de 2010. Radicado 2010-00043-01. M.P. Ana Lucía Caicedo Calderón.

demandante a partir del 1 de agosto de 2008 y sus aportes a pensiones desde el 1 de abril de 1970, no tiene validez probatoria alguna, razón por la cual, contrario a lo valorado por la juez de instancia, no se debió apreciará o valorar tal documento, ni siquiera aunque en la parte inicial de la sentencia se haya anexado el documento obrante a folio 58.

Concluido lo anterior, es necesario precisar que ha sido postura de la Sala estimar que el artículo 21 del Acuerdo 049 citado, conserva vigencia aún con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, lo ha dicho exclusivamente en los concretos eventos en que las pensiones son reconocidas en virtud del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y con el fin exclusivo de proteger los derechos de las personas que al entrar en vigor la nueva ley de seguridad social, cumplían las condiciones que para cada caso concreto preveían normatividades que con ella, perdieron vigencia.

Con respecto a los incrementos pensionales por personas a cargo, se tiene que, en parte alguna de la actual legislación se establece tales adendas a la mesada pensional. No obstante, en virtud del principio de la condición más beneficiosa, es posible que, bajo ciertos requisitos, pueda acudirse a esa normatividad anterior y se apliquen dichas prerrogativas. Los presupuestos aludidos son: *(i)* que la pensión haya sido otorgada bajo la óptica de una normatividad anterior que consagrara tales beneficios adicionales a la mesada pensional y, *(ii)* que los presupuestos que establezca esa normatividad para la concesión de los incrementos pensionales, se hayan iniciado a cumplir en su vigencia y que persistan en la actualidad.

De acuerdo con lo anterior, si el pensionado lo fue en virtud del Acuerdo 049 de 1990, en aplicación estricta del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, las circunstancias que dan origen al incremento estipulado en el artículo 21 del mencionado acuerdo, debieron surgir durante la vigencia del mismo y mantenerse en la actualidad, pues de no ser así, no sería posible la aplicación del referenciado principio. De ésta manera, de acuerdo con el relato fáctico y las probanzas arrimadas al proceso, se está en presencia de una situación consolidada bajo el mandato o el imperio del Decreto 758 de 1990, que no se puede desconocer, porque durante su vigencia alcanzaron configuración los pretendidos derechos y, por consiguiente, debe afirmarse que le asiste el beneficio del incremento pensional por cónyuge a cargo a la demandante.

Sin embargo, el Instituto demandado planteó como excepción de mérito la de prescripción que, necesariamente, debe estudiarse por esta Colegiatura. Para su decisión, ésta Corporación mantiene la posición adoptada en Sentencia del 11 de febrero de 2011, magistrado Dr. Francisco Javier Tamayo Tabares, dentro del proceso de Rosa Elena Ramírez Hernández en contra del Instituto de Seguros Sociales en la que, con adopción de los planteamientos contenidos en la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 12 de Diciembre de 2007, en relación a que los incrementos pensionales, prescriben si no se reclaman dentro de los 3 años siguientes a su exigibilidad, es decir, desde el momento en que se produjo el reconocimiento de la pensión de vejez o de invalidez, se concluyó lo siguiente:

> *"De modo que, en principio podría decir esta Superioridad que, razón le asiste al togado en cuanto a que, a la señora Ramírez Hernández, le asiste derecho a percibir el incremento pensional del 7% por tener a cargo a su hijo Johnatan Erik, y por lo mismo, habría lugar a revocar la sentencia de primer grado, en ese sentido, sin embargo, dicha decisión se confirmará por razones diferentes, toda vez que, contra la pretensión del reconocimiento y pago del incremento pensional deprecado por la gestora del litigio, se opuso la excepción de prescripción, la cual deberá salir avante, conforme a la sentencia del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, por medio de la cual, diferenció la naturaleza jurídica de dichas sumas adicionales con la de la pensión de vejez o invalidez, advirtiendo que en todo caso, el derecho al incremento pensional, era prescriptible.*
> *(…)*
> *Así las cosas, esta Sala, acogiendo lo dicho por la Corte Suprema de Justicia y, teniendo en cuenta que los incrementos pensionales no hacen parte de la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, y por lo tanto, si no son reclamados dentro de los tres años siguientes a la exigibilidad de los mismos, esto es, desde el reconocimiento de la pensión respectiva recaerá el fenómeno prescriptivo, pues de lo contrario, prescribirían las adendas.*

De acuerdo con lo precedente, la señora Evidalia Rojas de Fiscal, el Instituto de Seguros Sociales le reconoció la pensión por vejez, el 1º de junio de 2002, mediante Resolución Nº 001661 (fl.4). A partir de dicha fecha, contaba con tres (3) años para reclamar el incremento pensional, esto es, hasta el 1º de junio de 2005, bien a través de reclamación administrativa directamente al ISS o por vía judicial ante los Juzgados Laborales del Circuito; sin embargo, efectuó la reclamación administrativa, el 4 de mayo de 2010 (fl.11) y la demanda ordinaria laboral en octubre 25 del mismo mes (fl.3), fuera del término mencionado. Siendo así las cosas, perdió el derecho a percibir el derecho deprecado, debido a que éste prescribió el 1º de junio de 2005.

Por lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la

ley **CONFIRMA** la sentencia que por vía de apelación se ha conocido, pero por las razones aquí expuestas.

Sin costas por la actuación en esta instancia.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia se levanta y firma esta acta.

Los Magistrados,

ALBERTO RESTREPO ALZATE

FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES
En uso de licencia

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

MÓNICA ANDREA JARAMILLO ZULUAGA
Secretaria