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 el audio que reposa en la Secretaría de esta Sala.

*ORALIDAD*

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 6 de abril de 2017.

**Proceso**:Ordinario Laboral – Revoca sentencia que negó las pretensiones y accede

**Radicación No**:66001-31-05-003-2015-00334-01

**Demandante**: Carlos Alberto Vargas Montoya

**Demandado:** Colpensiones

**Juzgado de origen**: Tercero Laboral del Circuito de Pereira.

**Magistrado Ponente:** Francisco Javier Tamayo Tabares.

**Tema a tratar: De los incrementos pensionales por persona a cargo:** esta Sala de Decisión, en ejercicio de la autonomía e independencia conceptual que como Juez Colegiado le asiste en virtud de los artículos 228 y 230 superiores, se aparta respetuosamente de la tesis del Alto Tribunal constitucional, que subyace de las referidas sentencias, en el sentido de que la consagración de dichos incrementos pensionales está dirigida a núcleos familiares que tienen como ingreso un salario mínimo legal, pues si se repara en la rigurosa literalidad de la norma, sin dificultad se aprehende que lo que en realidad prevé, es que los pensionados por vejez o invalidez, tienen la posibilidad de aumentar la pensión en un 7 o 14 % sobre la base del salario mínimo, siempre que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para ello, esto es, tener a cargo a su cónyuge o compañera permanente y/o hijos menores o inválidos de cualquier edad.

AUDIENCIA PÚBLICA:

En Pereira, a los seis (06) días del mes de abril de dos mil diecisiete (2017), siendo las ocho y quince de la mañana (8:15 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia las magistradas y el suscrito magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara formalmente abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación propuesto por el vocero judicial del demandante frente a la sentencia proferida el 19 de abril de 2016 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por *Carlos Alberto Vargas Montoya* contra la *Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones*.

IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:

1. *INTRODUCCIÓN*

El demandante persigue el reconocimiento de su derecho a los incrementos pensionales por tener a su cónyuge a cargo y, en consecuencia, pretende que se condene a la sociedad demandada a reconocerlos y pagarlos a razón del 14% sobre la pensión mínima, desde el 1º de julio de 2012, por 14 mesadas anuales, junto con los intereses moratorios, la indexación de las condenas y las costas procesales.

Como hechos jurídicamente relevantes plantea que mediante la Resolución No. 2920 de 2012, el antiguo ISS le reconoció la pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100/93, a partir del 1º de julio de 2012 y en cuantía de $851.931. Indica que se casó con la señora Nubia Peñalosa de Vargas desde más de 44 años, que ella depende económicamente de él, pues no recibe pensión por parte de ninguna entidad, y es su beneficiaria en salud; que el 21 de mayo de 2014 presentó ante la entidad la solicitud de reconocimiento y pago del incremento pensional del 14 %, siendo resuelta negativamente el 21 de mayo de 2014.

Admitida la demanda se dio traslado a la entidad demandada, quien allegó respuesta oponiéndose a las pretensiones de la demanda, por considerar que el precepto legal en el que se fundamentan los incrementos pensionales por personas a cargo, quedó derogado tácitamente con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. En su defensa, formuló como excepciones de fondo las que denominó: “Prestación reconocida conforme a los postulados del sistema de seguridad social integral”, “Improcedencia de los intereses de mora”, “Exoneración de condena por buena fe”, y “Prescripción”.

1. *SENTENCIA DEL JUZGADO*

El Juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante fallo del 19 de abril de 2016, en el que negó la totalidad de las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora. Para llegar a tal determinación, indicó que pese a la satisfacción de los presupuestos legales establecidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, pues el demandante es pensionado con base en dicha norma y tiene a cargo a su cónyuge, no es procedente el reconocimiento del derecho al incremento pensional acá solicitado, por cuanto dicha protección no aplica para todo el personal pensionado sino únicamente para quienes devengan una mesada igual al salario mínimo, caso que no es el del demandante. Tal afirmación la apoyó en un pronunciamiento de la Corte Constitucional (T 831 de 2014), en el que se indicó que la protección de dimana de la intervención del legislador al establecer dichos incrementos iba encaminada a proteger los núcleos familiares que tienen como ingreso el salario mínimo legal.

*III. APELACIÓN*

El apoderado judicial del demandante interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, indicando que la a-quo se equivocó en la interpretación del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, pues lo que dispone taxativamente es que el beneficio del incremento pensional del 14 % se concede respecto del valor del salario mínimo, no respecto de la pensión que devengue el peticionario.

*Del problema jurídico.*

Plantea la Sala como problema jurídico el siguiente:

*¿El derecho al incremento pensional contenido en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, está contemplado únicamente para aquellos pensionados que reciban una mesada igual al salario mínimo legal?*

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

*Alegatos en esta instancia*:

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, de respuesta al problema jurídico planteado, se corre traslado por el término de 8 minutos, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia, para que presenten sus alegatos de conclusión, empezando por la parte recurrente. Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis reflejan los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir de fondo, previa las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES:

*2. Desenvolvimiento de la problemática planteada*

Ha sido posición reiterada de esta Sala, el considerar que los incrementos pensionales por persona a cargo contenidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aún conserva vigencia con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, por aplicación del régimen de transición, sin que, su contenido con arreglo al artículo 31 de la Ley 100 riña en forma directa o indirecta con los postulados de ésta, pues en contraste, su aplicación encuentra respaldo en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política.

La inconformidad que propone el recurrente se centra en la interpretación que le asignó la operadora judicial de primer grado al mentado artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, en cuanto consideró que dichos incrementos no son asequibles a todo el personal jubilado, sino que únicamente están destinados para quienes devenguen un salario mínimo legal, como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia T- 831 de 2014.

Verificado el contenido de la referida providencia, se observa que, en efecto, la Corte Constitucional luego de traer a colación las distintas posiciones que en torno al tema de la prescriptibilidad e imprescriptibilidad de los incrementos pensionales han establecido los órganos de cierre ordinario laboral y constitucional en sus distintas Salas de Revisión, pues no existe al interior de ésta una postura univoca, dijo dentro de su despliegue analítico y expositivo que:

“*se concluye que estos incrementos sólo se consolidan a favor del solicitante si (i) tiene una pensión mínima, (ii) tiene a su cargo cónyuge o compañero(a) permanente; siempre y cuando (iii) exista dependencia económica y no se encuentre recibiendo ingreso alguno. Es decir, siendo íntegramente cumplidos los anteriores requisitos, es posible acceder a la prestación, al punto que si no concurren los mismos, tal como se advierte en la disposición mencionada, tal derecho se extinguiría.*

*De tal forma, la prestación referida busca proteger a aquellas personas que, por desarrollar sus labores en el hogar en muchos casos, no se vincularon formalmente al mercado laboral, razón por la cual no efectuaron cotizaciones al ISS o por lo menos no las necesarias para consolidar su derecho pensional.*

*En conclusión, la consagración de dichos incrementos está dirigida a núcleos familiares que sólo tienen como ingreso un salario mínimo legal. Es decir, que su reconocimiento se encamina a realizar el contenido de los derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital de la familia, como en los casos revisados, (…)”.*

Tal postura fue reiterada entre otras, en sentencias T 217 de 2013 y T 369 de 2015.

No obstante, esta Sala de Decisión, en ejercicio de la autonomía e independencia conceptual que como Juez Colegiado le asiste en virtud de los artículos 228 y 230 superiores, se aparta respetuosamente de la tesis del Alto Tribunal constitucional, que subyace de las referidas sentencias, en el sentido de que la consagración de dichos incrementos pensionales está dirigida a núcleos familiares que tienen como ingreso un salario mínimo legal, pues si se repara en la rigurosa literalidad de la norma, sin dificultad se aprehende que lo que en realidad prevé, es que los pensionados por vejez o invalidez, tienen la posibilidad de aumentar la pensión en un 7 o 14 % sobre la base del salario mínimo, siempre que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para ello, esto es, tener a cargo a su cónyuge o compañera permanente y/o hijos menores o inválidos de cualquier edad.

El sentido gramatical de la norma no condiciona la viabilidad de tales incrementos al valor de la mesada pensional, por lo que ha de entenderse que la prestación está destinada al personal jubilado por vejez o invalidez, que cumpla los requisitos exigidos en la ley. Así lo ha entendido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y este Tribunal, cuando en innumerables providencias han reconocido la prestación acá reclamada, sin distinción o condicionamiento del valor de la pensión del solicitante, calculada eso sí sobre la base del salario mínimo y no sobre la mesada que recibe el pensionado, salvo que sea en proporción al mínimo legal.

Por consiguiente, no es de recibo que casos iguales sean resueltos de manera distinta, pues con ello se vulneraría el derecho a la igualdad de trato jurídico por incurrir en sus decisiones en un trato diferente y discriminatorio.

Así, la Sala considera que existiendo dos posibles interpretaciones del precepto normativo en cuestión –Art. 21 del Ado. 049/90-, en consideración del artículo 53 Superior y en aplicación del principio de indubio pro operario-, es deber del juzgador prohijar la más favorable al peticionario, que es aquella aplicada por esta Corporación, en el sentido de que los incrementos por persona a cargo, si bien se calculan sobre la base de la pensión mínima, están destinados a quienes acrediten el cumplimiento de los requisitos legales exigidos en la norma, sin consideración del valor de la mesada pensional que reciba el solicitante. Por lo tanto, pese a los argumentos expuestos por la funcionaria judicial de primer grado, no hay lugar a que esta Colegiatura modifique la posición jurisprudencial que antecede, y por el contrario, la mantiene.

En ese orden, como quiera que no fue materia de controversia que (i) el actor es pensionado a partir del 1º de julio de 2012, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, gracias al puente que le tendió el régimen de transición contendido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, según se extrae de la Resolución No. 2920 de 2012, (ii) que el demandante y la señora Nubia Peñaloza de Vargas se encuentran casados desde el 18 de junio de 1970 (fl.70); y (iii) que aquella depende económicamente de su cónyuge, pues no ejerce ninguna actividad laboral ni recibe pensión, ingresos o rentas, tal como lo manifestaron de manera univoca los testigos Argemira Vargas Monotoya y Sandra Cristina Prada Oviedo, razón por la cual era perfectamente viable acceder a los incrementos pensionales peticionados.

Tal reconocimiento se hará a partir del 1º de julio de 2012, fecha en que le fue otorgada la pensión de vejez al actor, y por doce mesadas ordinarias, de modo que, el retroactivo generado desde esa calenda hasta el 31 de marzo de 2017, asciende a $3`585.512, conforme se ilustra en el cuadro elaborado por la Sala, el cual se pone de presente a los asistentes y hará parte integrante del acta final que se suscriba de esta diligencia.

No prospera la excepción de prescripción, en la medida en que en los términos del artículo 151 del CPT y de la S.S. no transcurrió el termino legal de tres años desde que la respectiva obligación se hizo exigible y la interposición de esta acción judicial, que según el folio 19, data del 29 de mayo de 2015.

No se accede al pago de los intereses moratorios peticionados, en la medida en que al tenor del artículo 141 de la Ley 100/93, éstos sólo se generan por la mora en el pago de las mesadas pensionales. No obstante, se accederá subsidiariamente a la indexación del retroactivo reconocido, cuyo valor a la fecha de emisión de esta sentencia asciende a $ 796.310, sin perjuicio de que se siga generando hasta su solución.

En consecuencia, se revocará en su integridad la decisión apelada.

Costas en ambas instancias a cargo de la entidad demandada.

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

***FALLA***

***Revocar*** la sentenciaproferida el 19 de abril de 2016 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, y en su lugar.

1. Declarar que el señor Carlos Alberto Vargas Montoya tiene derecho al incremento pensional contenido en el Artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, por tener a cargo a su cónyuge, señora Nubia Peñaloza de Vargas.
2. Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones a reconocer y pagar en favor del señor Carlos Alberto Vargas Montoya, el incremento pensional por persona a cargo, a partir del 1º de julio de 2012, y hasta tanto se mantengan las condiciones que le dieron origen a su reconocimiento.
3. Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones a pagar en favor del señor Carlos Alberto Vargas Montoya, a título de retroactivo del incremento pensional causado hasta el 31 de marzo de 2017, la suma de $3`585.512**,** cuya indexación a la fecha de emisión de esta sentencia asciende a $796.310, sin perjuicio de que se siga generando hasta su solución.
4. Ordena a la Administradora Colombiana de pensiones Colpensionesque a partir del mes de abril de 2017, continúe cancelando mensualmente la suma de $103.280 correspondiente al incremento pensional, sin perjuicio de los aumentos legales a futuro y hasta que perduren las causas que le dieron origen.
5. Declara no probada la excepción de prescripción formulada por la entidad demandada.
6. Costas en ambas instancias a cargo de Colpensiones.

*NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.*

La anterior decisión queda notificada en estrados.

FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

Magistrado Ponente

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

 Magistrada Magistrada

Alonso Gaviria Ocampo

Secretario

**ANEXO**

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **AÑO**  | **VALOR DE LA MESADA**  | **14%** | **No. MESADAS** | **TOTAL**  | **INDEXACIÓN**  |
| 2012 | $566.700 | $79.338 | 6 | $476.028 | $ 117.568 |
| 2013 | $589.500 | $82.530 | 12 | $990.360 | $ 215.219 |
| 2014 | $616.000 | $86.240 | 12 | $1.034.880 | $ 201.020 |
| 2015 | $644.350 | $90.209 | 12 | $1.082.508 | $ 164.644 |
| 2016 | $689.454 | $96.524 | 12 | $1.158.283 | $ 91.542 |
| 2017 | $737.717 | $103.280 | 3 | $309.841 | $ 6.318 |
| **TOTAL** | **$3.585.512** | **$ 796.310** |