*ORALIDAD*

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 7 de septiembre de 2017.

**Radicación No**:66001-31-05-003-2016-00193-01

**Proceso**:Ordinario Laboral.

**Demandante**: Jesús María Facundo

**Demandado:** Colpensiones

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

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

**Tema a tratar: Pensión de invalidez - De los incrementos pensionales por persona a cargo - Niega:** conforme lo establecido por el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma calenda, para que surjan a la vida jurídica dichos incrementos por cónyuge o compañera permanente, bastará que se acredite: (i) que la pensión de la cual se deriven surja de la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, sea por aplicación directa de esa norma, o por virtud del puente que le tiende el régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100/93, y (ii) que la cónyuge o compañera permanente dependa económicamente del pensionado.

AUDIENCIA PÚBLICA:

En Pereira, a los siete (07) días del mes de septiembre de dos mil diecisiete (2017), siendo las diez y treinta de la mañana (10:30 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia las magistradas y el suscrito magistrado de la Sala Laboral No. 3 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 contra la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2016 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por *Jesús María Facundo* 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 compañera permanente 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 abril de 2007, junto con la indexación respectiva, los intereses de mora y las costas del proceso.

Como hechos jurídicamente relevantes plantea que mediante Resolución No. 002565 de 2007, el antiguo ISS le reconoció la pensión de invalidez con fundamento en el artículo 10 del Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100/93; que convive con la señora María Alba Ortiz Corrales desde hace más de treinta años, y que ella depende económicamente de él, pues no recibe pensión ni salario; que es su beneficiaria al Sistema de Seguridad Social en Salud; que el 26 de abril de 2016 presentó la reclamación administrativa tendiente a obtener el reconocimiento y pago del incremento acá solicita, sin embargo, la entidad resolvió desfavorablemente.

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: “Inexistencia del incremento pensional”, “Inexistencia de la obligación demandada”, y “Prescripción”.

1. *SENTENCIA DEL JUZGADO*

El Juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante fallo del 29 de septiembre de 2016, en el que negó los pedimentos de la demanda, al encontrar que la pensión de invalidez otorgada al actor fue reconocida con fundamento en el artículo 38 de la Ley 100/93 y 1º de la Ley 860 de 2003, y no con el Acuerdo 049 de 1990, norma que consagró el reconocimiento de los incrementos pensionales por persona a cargo.

*III. APELACIÓN*

El apoderado judicial del demandante se alzó contra la decisión en orden a que se revoque y se acceda a las pretensiones de la demanda. En la sustentación, indicó que la pensión de invalidez le fue reconocida al actor con base en el Decreto 758 de 1990, tal cual se colige del inciso final de la resolución que le otorgó el derecho.

*Del problema jurídico.*

Plantea la Sala como problema jurídico el siguiente:

*¿Tiene derecho el demandante al reconocimiento y pago del incremento pensional por persona 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*

Es indispensable precisar que los incrementos pensionales se sustentan en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, indicando que los mismos se dan por tener al cónyuge, compañero o compañera a cargo o a los hijos menores. En la Ley 100 de 1993, actual norma que regula el tema de la seguridad social, nada se dice al respecto. Sin embargo, el silencio legal referido, no se traduce indefectiblemente en que los incrementos pensionales hayan desaparecido o perdido vigencia.

En efecto, son múltiples los pronunciamientos del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral, tanto en sede ordinaria como de tutela, en el sentido de que el incremento pensional por personas a cargo contenido en la norma mencionada 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.

Así pues, conforme lo establecido por el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma calenda, para que surjan a la vida jurídica dichos incrementos por cónyuge o compañera permanente, bastará que se acredite: (i) que la pensión de la cual se deriven surja de la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, sea por aplicación directa de esa norma, o por virtud del puente que le tiende el régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100/93, y (ii) que la cónyuge o compañera permanente dependa económicamente del pensionado.

En el caso puntual, se tiene que la pensión de invalidez que le otorgó el antiguo ISS al demandante, a través de la Resolución No. 2565 de 2007 –Fl.25-, tuvo como fundamento legal el artículo 38 de la Ley 100/93 y el 1º de la Ley 860 de 2003, disposiciones que en ninguno de sus apartes contemplan los incrementos pensionales que acá se reclaman.

Ahora, si bien como lo alega el recurrente, dicho acto administrativo en su último inciso hace alusión al artículo 10 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, lo cierto es que dicho precepto normativo fue citado únicamente para efectos de establecer la fecha a partir de la cual procedía el reconocimiento y pago de la gracia pensional por invalidez, más no porque el derecho surgiese o se consolide con ocasión de esa norma.

Así las cosas, acertó la sentenciadora de primer grado al negar las pretensiones de la demanda, motivo por el que se confirmará la decisión apelada.

Costas en esta instancia a cargo del recurrente.

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***

1. ***Confirma*** la sentenciaproferida el 29 de septiembre de 2016 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.
2. Costas en esta instancia 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