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, jueves 1º de noviembre de 2018.

Radicación No: 66001-31-05-001-2016-00493-01

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Marlene Buitrago de Ríos

Demandado: Colpensiones

Juzgado de origen: Primero Laboral del Circuito de Pereira.

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**TEMAS: INCREMENTOS PENSIONALES / VIGENCIA / PRESUPUESTOS PARA PEDIRLOS / SON PRESCRIPTIBLES.**

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 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, directamente o para quienes hubiere operado el 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. (…)

… los presupuestos para pedir incremento por cónyuge a cargo, por ser este el caso, son: i) que el pensionado lo sea por vejez o invalidez, ii) que el pensionado conviva con un compañero permanente o con un cónyuge, iii) que el pensionado vele por el sostenimiento económico de su pareja y que iv) que el compañero permanente o cónyuge no disfrute de pensión u otro ingreso. (…)

… los incrementos tienen una naturaleza distinta a la pensión de invalidez o de vejez, lo que conlleva a que no tengan los mismos atributos o características de tales pretensiones, como lo es la imprescriptibilidad, es decir la imposibilidad de que el simple paso del tiempo enerve la existencia del derecho en sí mismo. Por lo tanto, al tener los incrementos una naturaleza distinta a la pensión, claramente están sujetos a que el tiempo impida su reclamación coactiva…

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, al primer (1) día del mes de noviembre de dos mil dieciocho (2018), siendo las 9 de la mañana (9:00 a.m), reunidos en la Sala de Audiencia las magistradas y el magistrado que integran la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara formalmente abierto el acto, que tiene por objeto resolver el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida el 22 de marzo de 2018 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***Marlene Buitrago de Ríos*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones*.**

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

1. ***INTRODUCCIÓN***

Antes de que procedan los asistentes a descorrer el traslado en esta instancia, conforme a las voces del artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se tiene a modo de introducción, que la actora persigue que se declare que tiene derecho al reconocimiento de los incrementos pensionales del 14% de que trata el canon 21 del Acuerdo 049 de 1990, en virtud de tener a su cargo a su cónyuge José Wilmer Ríos Osorio y en consecuencia, pide que se condene a los mismos desde el 1º de febrero de 2002, más la indexación y las costas del proceso.

Sustentó tales pedidos en que convive con José Wilmer Ríos Buitrago desde el rito católico que los unió el 17 de noviembre de 1962; que tiene reconocida una pensión de vejez desde el 1º de febrero de 2002 con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990; que su cónyuge está a su cargo económicamente; que el “*30 de noviembre de 2010”* elevó reclamación invocando el pago de los incrementos pensionales, que fue contestada de manera negativa el 11 de febrero de 2015.

La demanda fue admitida el 23 de febrero de 2015 por el Juzgado Primero Municipal de Pequeñas Causas Laborales, pero el 21 de octubre de 2016 remitió por competencia el proceso de ahora a los juzgados laborales del circuito de esta ciudad – fl. 38 c. 1 -, que fue admitida por segunda vez el 5 de diciembre de 2016 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira; libelo introductor que fue contestado por la demandada, para lo cual aceptó la calidad de pensionada de Marlene Buitrago de Ríos bajo la egida del Acuero 049/90, aclaró que la reclamación administrativa ocurrió el 11 de febrero de 2015 y frente a los hechos relativos a la dependencia económica adujo que no le constaban. Se opuso a los pedidos de la demanda y excepcionó de fondo “*cosa juzgada”,* “*inexistencia de la obligación demandada”* y “*prescripción”.*

1. ***SENTENCIA DEL JUZGADO***

La jueza declaró probada la excepción de prescripción y no probada la cosa juzgada y en consecuencia absolvió a la demandada de todas las pretensiones elevadas en su contra; como fundamento de la decisión adujo que ninguna cosa juzgada existía porque en realidad el proceso había sido remitido por el juzgado de pequeñas causas debido a la falta de competencia.

Por otro lado, señaló que la demandante acreditó que se encontraba pensionada de conformidad con el Acuerdo 049/90, que estaba casada con José Wilmer Ríos Osorio desde 1962 y que la demandantes es la encargada de velar por su sostenimiento económico concluyó que no existía plena certeza sobre la dependencia total y absoluta del cónyuge respecto de la demandante, puesto que los testigos traídos al proceso hicieron declaraciones contradictorias entre sí, pues mientras el primero señaló que el esposo no trabajaba hace muchos años, el segundo afirmó que tenía algunos trabajos esporádicos; por lo tanto, de la testimonial no se desprendía si los ingresos de José Wilmer Ríos Osorio son suficientes para su plena manutención.

No obstante lo anterior, la *a quo* señaló que el incremento solicitado estaba prescrito porque la pensión de vejez fue reconocida el 25 de enero de 2002 y solo contaba hasta el mismo día y mes del año 2005 para su reclamación, actividad que solo ejercitó hasta el año 2015, aspecto que excluía la procedencia del incremento reclamado.

***III. CONSULTA***

Atendiendo que la decisión es completamente desfavorable a los intereses de la pensionada, se dispuso su consulta en los términos del canon 69 del CPLSS.

***Del problema jurídico.***

Plantea la Sala como problema jurídico el siguiente:

*¿Tiene derecho la demandante al reconocimiento y pago del incremento pensional por persona a cargo que reclama?* En caso de respuesta positiva,

*¿Están los incrementos pensionales expuestos a su extinción en virtud de la prescripción?*

***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.

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***

* 1. ***Vigencia de los incrementos pensionales.***

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 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, directamente o para quienes hubiere operado el 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.

Lo anterior implica, necesariamente, que al no haber sido reguladas las adendas reclamadas por la Ley 100 de 1993, su permanencia en el ordenamiento de la seguridad social se impone no sólo para los pensionados que accedieron por derecho propio a la pensión de vejez, con base en el Acuerdo 049 de 1990, sino también a quienes accedieron al mismo derecho, con amparo en esa normatividad, por régimen de transición.

Así lo apuntan las providencias del máximo órgano de cierre de la especialidad laboral, proferidas el 9 de octubre de 2013 y 23 de abril de 2014, en sede de tutela, en las que recalca que tal beneficio se mantiene en vigor, para el afiliado que disfrute de su pensión de vejez o de invalidez, en apoyo al multicitado Acuerdo, sea que se le aplique por derecho propio o por transición.

***2.2. Presupuestos para la aplicación de los referidos incrementos pensionales.***

Verificada la aplicabilidad de los incrementos pensionales en la actualidad, el paso a seguir es delimitar los presupuestos que se deben cumplir para que los mismos sean impuestos. Así, los presupuestos para pedir incremento por cónyuge a cargo, por ser este el caso, son: *i)* que el pensionado lo sea por vejez o invalidez, *ii)* que el pensionado conviva con un compañero permanente o con un cónyuge, *iii)* que el pensionado vele por el sostenimiento económico de su pareja y que *iv)* que el compañero permanente o cónyuge no disfrute de pensión u otro ingreso.

Son estos pues, los presupuestos que deben alegarse y acreditarse, para que se pueda ordenar el incremento pensional y en el evento de hallarse configurado proseguir con el examen de las excepciones.

En el caso puntual, se tiene que a la señora Buitrago de Ríos se le reconoció su pensión de vejez mediante Resolución No. 000191 de 25 de enero de 2002, con efectos a partir del 1º de febrero de 2002 y cuyo fundamento legal fue el Acuerdo 049 de 1990 en virtud del régimen de transición – fl. 12 c. 1 -. Existe además en el infolio prueba documental idónea que acredita el vínculo marital de la demandante con el señor José Wilmer Ríos Osorio que data desde el 17 de noviembre de 1962 –fl. 16 c. 1- sin que exista nota alguna que desdiga de la existencia del vínculo.

Ahora bien, analizados las pruebas que aprovisionaron el expediente para efectos de acreditar la dependencia económica del cónyuge frente a la demandante, obran los testimonios de Mireya Ríos Buitrago –hija de la demandante -y Jesús Hernando Duque Borrero – yerno de la demandante -, que coincidieron en afirmar que la pareja siempre ha convivido en una vivienda de propiedad de la demandante, dama de la que depende económicamente José Wilmer Ríos Osorio, porque no tiene bien o renta alguna y únicamente cuando este era joven tuvo un trabajo fijo, y desde allí apenas ha obtenido trabajos informales y esporádicos. Concretamente Jesús Hernando Duque Borrero afirmó que el cónyuge ha repartido productos de panadería y que desde hace menos de un año cuida en las noches un parqueadero, pero ningún conocimiento tiene si dicha guarda es esporádica o permanente.

Declaraciones que ofrecen credibilidad a la sala pues narraron de manera consistente el hecho principal escrutado, sin que ninguna mella exista en razón al vínculo natural que ata a los declarantes con las partes, porque precisamente el entorno familiar cercano permite evidenciar con mayor claridad el hecho relatado; tampoco se advierte contradicción entre los declarantes, puesto que ambos relataron que el José Wilmer Ríos Osorio ha realizado labores esporádicas, y el segundo testigo complementó su relato anunciando la guarda actual que realiza el cónyuge en un parqueadero, sin que tal actividad contradiga la necesaria dependencia económica, en tanto que la utilidad de los quehaceres de las personas de ninguna manera implica *a fortiori* que ésta asegure el completo y total sostenimiento económico de su realizador.

Las anteriores declaraciones se confirman con la prueba documental obrante en el expediente, en la que aparece que José Wilmer Ríos Osorio es beneficiario en el Régimen de Seguridad Social en Salud desde el 1º de agosto de 1999 – fl. 30 c. 1 – y carece de afiliaciones a riesgos laborales, fondos de cesantías, asistencia social, pensiones a favor y únicamente se encuentra activo en calidad de persona a cargo en la Caja de Compensación Familiar de Risaralda – fl. 31 c. 1 -.

En suma, ninguna duda queda acerca de que en el caso puntual la señora Buitrago de Ríos cuenta con el derecho a los incrementos pensionales, los cuales se hicieron exigible desde su disfrute efectivo, esto es, a partir del 1º de febrero de 2002 –fl. 12-; en etas circunstancias se modificará la sentencia confutada, para introducir la existencia del derecho que le asiste a la parte actora.

Establecida la existencia del derecho, es del caso determinar si alguno de los medios exceptivos propuestos por la parte demandada, tiene la virtualidad de extinguirlos, así la demandada propuso concretamente las excepciones de cosa juzgada y prescripción, que se analizaran seguidamente.

***2.3. Cosa juzgada.***

La cosa juzgada es una institución jurídico procesal que dota el carácter definitivo e inmutable a las sentencias y autos, por lo que con fuerza vinculante, ata cualquier otra controversia, que intenten abrir posteriormente los mismos sujetos, con idéntico objeto y causa.

Tal efecto vinculante y definitivo emana de la Ley, con el propósito de que las controversias sometidas al escrutinio del juez, sean resueltas, y no puedan reabrirse nuevamente ante las instancias judiciales, salvo en eventos previstos por el propio legislador, ofreciendo así seguridad jurídica a los asociados.

 Con arreglo al artículo 303 del C.G.P. aplicable en materia laboral por reenvío del artículo 145 del C.P.L.S.S. la cosa juzgada se da siempre que exista *i)* identidad de partes; *ii)* identidad de objeto y, *iii)* identidad de causa *petendi*; por lo tanto, corresponde al juzgador verificar la presencia de las mencionadas identidades en el asunto sometido a su conocimiento.

Para el caso de marras, se advierte que el asunto en discusión fue admitido inicialmente en el Juzgado Primero Municipal de Pequeñas Causas Laborales – fl. 18 c. 1 -; no obstante lo anterior, iniciada la audiencia decisoria el Ministerio Público presentó la excepción previa de falta de competencia – fls. 38 y 39 c. 1 -, que se declaró probada y en consecuencia el juzgado de conocimiento remitió el expediente para su reparto entre los juzgados laborales del circuito – fls. 38 y 39 c. 1-; por lo que, fue admitido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira – fl. 48 c. 1 -, despacho que produjo la sentencia que ahora se examina en grado jurisdiccional de consulta – fl. 76 c. 1 -.

Puestas de ese modo las cosas, estaba llamada al fracaso la excepción de cosa juzgada propuesta por la demandada, como fue declarada por la *a quo*, porque ni siquiera se produjo decisión que pusiera fin a una controversia como para comparar la decisión allí proferida con la que ahora se analiza, si se rememora que apenas se declaró probada una excepción previa de falta de competencia, que en manera alguna pone fin a una instancia, sino que encauza el proceso para que sea decidido por el juez pertinente.

***2.2. Prescripción.***

Aclarada la vigencia y aplicabilidad de los incrementos pensionales en la normatividad actual y la ausencia de decisión anterior que impidiera un nuevo pronunciamiento por la jurisdicción, es necesario entrar a analizar la naturaleza jurídica de los mismos. Tal asunto se resuelve acudiendo al artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990, el cual dice en su tenor literal:

*“Los incrementos de que trata el artículo anterior no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales y el derecho a ellos subsiste mientras perduren las causas que les dieron origen”.*

Conforme a la norma citada, los incrementos tienen una naturaleza distinta a la pensión de invalidez o de vejez, lo que conlleva a que no tengan los mismos atributos o características de tales pretensiones, como lo es la imprescriptibilidad, es decir la imposibilidad de que el simple paso del tiempo enerve la existencia del derecho en sí mismo. Por lo tanto, al tener los incrementos una naturaleza distinta a la pensión, claramente están sujetos a que el tiempo impida su reclamación coactiva. El tema ha sido abordado por la jurisprudencia patria, siendo pertinente citar algunos apartes de uno de tales pronunciamientos:

*“Al ser un hecho indiscutido que entre la fecha de reconocimiento de la pensión de vejez al actor esto es, 1º de julio de 1999, y aquella en la que reclamó el incremento pensional - 22 de julio de 2009-, transcurrió un tiempo superior a los 3 años de que tratan los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo y 488 del procesal de la misma especialidad, no hay duda que el derecho a los incrementos por personas a cargo se encuentran prescritos, como con reiteración y uniformidad lo ha decantado esta Sala de Casación, entre otras, en la sentencia CSJSL, 9638-2014 del 23 jul. 2014, rad 57367 donde al resolver un asunto de similares contornos, así reflexionó:*

*(…) es razonable afirmar la extinción del derecho a incrementar la pensión en los porcentajes señalados en los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, por personas a cargo, por el acaecimiento de la prescripción, al haberse cumplido el plazo trienal establecido por la ley, en la medida en que entre la fecha del reconocimiento pensional (1º de diciembre de 2004) y la reclamación administrativa (10 de julio de 2010), transcurrieron 5 años, 7 meses y 8 días.” (CSJ Sal. Cas. Laboral. Sentencia SL 2645ª-2016)”*

Como se evidencia, es claro que los incrementos pensionales sí son pasibles de la prescripción y, de no reclamarse en tiempo, una vez hechos exigibles, se extinguirá el derecho a los mismos.

Establecida la existencia del derecho, es del caso determinar si este medio exceptivo tiene la virtualidad de extinguirlo, encontrando que, en efecto, la entidad demandada propuso en la contestación la excepción de prescripción – fl. 64 c. 1. Atendiendo las consideraciones vertidas en párrafos atrás, los incrementos pensionales claramente son susceptibles de ser extintos por el paso del tiempo, puntualmente, si una vez reconocida la pensión con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, no se exigen en el trienio siguiente, conforme a lo normado en los cánones 151 y 488 del CPLSS y del CL, respectivamente. En el caso de marras, es evidente que dicho período de tres años fue ampliamente superado, pues la demandante disfruta de la pensión desde el 1º de febrero de 2002 –fl. 12 c. 1-, por lo que debió haber reclamado los incrementos pensionales, a más tardar, el 1º de febrero de 2005, pero apenas lo hizo el 11 de febrero de 2015, como se desprende del único formulario de peticiones allegado al expediente –fl. 14 c. 1-, siendo por tanto evidente que se superó el lapso de tres años y operando, de manera extintiva, el fenómeno de la prescripción, tal como lo dijo la Jueza de primer grado, debiéndose por tanto confirmar tal decisión en este sentido.

Queda en estos términos desatado el grado jurisdiccional de consulta.

Sin costas en esta instancia.

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. Modificar*** la sentencia proferida el 22 de marzo de 2018 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de:

* 1. *Declarar que Marlene Buitrago de Ríos tiene derecho al incremento pensional contenido en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, por tener a cargo a su cónyuge, José Wilmer Ríos Osorio.*
	2. *Declarar probada la excepción de prescripción de las adendas pensionales reguladas en los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 y no probada el medio de defensa de la cosa juzgada.*

**2. *Confirmar*** en lo demás la providencia consultada.

**3.** Sin costas en esta instancia.

***NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.***

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

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

 Magistrada Magistrada

Ausencia justificada