Providencia: Auto del 8 de agosto de 2018

Radicación No.: 66001-31-05-005-2017-00588-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: José Alfredo Llanos Aguirre

Demandado: Colpensiones

Magistrado ponente: Dr. Julio César Salazar Muñoz

Magistrada que salva voto: Dra. Ana Lucia Caicedo Calderón

# SALVAMENTO DE VOTO

Con mi acostumbrado respeto, manifiesto mi inconformidad frente a la decisión mayoritaria por cuanto considero que en el presente caso había lugar a reconocer el incremento pensional reclamado por las siguientes razones:

1. **De los incrementos pensionales**

Esta Corporación, desde la sentencia del 21 de mayo de 2014, Radicado abreviado No. 2012-00673-01, M.P. Dr. Julio César Salazar Muñoz, decidió acoger la posición adoptada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sede de tutela -sentencias del 9 de octubre de 2013 y 23 de abril de 2014, radicados Nos. 33938 y 36036, Magistrados ponentes doctores Luis Gabriel Miranda Buelvas y Clara Cecilia Dueñas Quevedo, respectivamente-, en relación con el reconocimiento de los incrementos pensionales por personas a cargo. Según lo dispuesto por dicho alto tribunal, los incrementos pensionales por cónyuge o compañero o compañera permanente e hijos menores a cargo, contemplados en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, no fueron derogados tácitamente con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y se encuentran vigentes para las personas que accedan a la pensión con fundamento en el Decreto 758 de 1990, incluso en virtud del régimen de transición.

Por tanto, conforme lo establecido por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, para que surjan a la vida jurídica los incrementos adicionales por el o la cónyuge, es necesario que: i) la pensión de la cual se deriven surja de la aplicación del Decreto 758 de 1990; y, ii) que la o el cónyuge no tenga pensión propia y dependa económicamente del pensionado.

1. **De la imprescriptibilidad del derecho al incremento pensional**

Recientemente se han proferido tres providencias de especial trascendencia en lo que concierne a la imprescriptibilidad del derecho a los incrementos pensional, a saber, la SU-310 del 10 de mayo de 2017[[1]](#footnote-1), por medio de la cual la Corte Constitucional determinó que el derecho como tal no prescribe al no haber sido reclamado dentro de los 3 años siguientes a su causación, tal como lo pregona la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sino las mesadas que no fueron cobradas en el mismo término trienal, ello atendiendo el principio de *indubio pro operario.* Así se expuso en la aludida sentencia de unificación:

*“9.1. Las autoridades judiciales accionadas no incurrieron en desconocimiento del precedente jurisprudencial en materia de imprescriptibilidad de los incrementos pensionales, en tanto la Corte Constitucional no había proferido una posición uniforme en la materia hasta este momento.*

*9.2. En virtud del mandato constitucional de in dubio pro operario, la interpretación que resulta más favorable a los intereses de los pensionados, es aquella según la cual los incrementos pensionales de que tratan los artículos 21 y 22 del Acuerdo 49 de 1990, no prescriben con el paso del tiempo. Aclarándose que las mesadas causadas y no reclamadas oportunamente, sí prescriben conforme a la regla general de prescripción de las acreencias laborales contenida en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo (sic). En esa medida, las accionadas incurrieron en violación directa de la Constitución como causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial, porque desconocieron el principio constitucional de in dubio pro operario.*

*9.3. En virtud del deber de solidaridad (C.P., arts. 1º, 48 y 95.2), las autoridades judiciales y administrativas accionadas debieron aplicar la interpretación más favorable de la norma, teniendo en cuenta que las personas a cargo de los accionantes son en su mayoría sujetos de especial protección constitucional, en razón a su edad y/o situación de discapacidad, y que los incrementos pensionales solicitados están encaminados a garantizarles una vida digna y su mínimo vital.*

*9.4. El derecho a la igualdad de las personas que acudieron a la acción de tutela en el pasado para solicitar el reconocimiento de los incrementos pensionales de que trata el artículo 21 del Acuerdo 49 de 1990, fue conculcado como consecuencia de la división al interior de las Salas de Revisión de Tutelas de esta corporación, frente a la prescripción del derecho.”*

Se concluyó en el fallo en mención:

*“Una autoridad judicial o administrativa vulnera el derecho al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital de un pensionado, por desconocer directamente la Constitución Política, al considerar que un derecho pensional como los incrementos por persona a cargo, se pierde por completo a los tres años de no ser reclamado, en lugar de considerar que se perdieron sólo las mesadas no reclamadas, como se sigue de la interpretación más favorable al trabajador (in dubio pro operario).”*

Posteriormente, la Sección Segunda - Subsección A de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante sentencia del 16 de noviembre de 2017[[2]](#footnote-2), denegó las súplicas de la demanda de nulidad de los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por medio del Decreto 758 del mismo año, bajo el argumento de que: i) los incrementos no desaparecieron con la expedición de la Ley 100 de 1993 (no hubo derogatoria orgánica); ii) que al no formar parte de la pensión de vejez, dichos emolumentos no están ligados directamente con el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sino con el hecho de que la prestación se reconozca con base en el Acuerdo 049 de 1990 y que los familiares del pensionado se encuentren en las especiales circunstancias de edad o discapacidad que habiliten su reclamo por parte de aquel; iii) que no se vulnera el derecho a la igualdad frente a personas a las que se le reconoce la pensión con fundamento en la Ley 100 de 1993 por cuanto se trata de normativas distintas y, iv) que no existe desequilibrio pensional por cuanto los mismos fueron creados por el propio I.S.S. y sólo se reconocen en la medida que se cumplan los requisitos establecidos para ello.

Finalmente, mediante el auto 320 del 23 de mayo de 2018[[3]](#footnote-3), la Corte Constitucional declaró la nulidad de la sentencia 310 de 2017 bajo el argumento de que en la misma se vulneró el debido proceso al i) haber fundado su decisión en aplicación del principio in dubio pro operario sin haber analizado su compaginación con el artículo 48 de la Constitución Política, tal como el mismo quedó luego de proferido el Acto Legislativo 01 de 2005 y, ii) haber omitido de su análisis los argumentos presentados por Colpensiones dentro del trámite de revisión de tutela de los expedientes acumulados para el efecto. En consecuencia, ordenó que se emitiera una nueva sentencia que debería ser adoptada por la Sala Plena de esa Corporación.

En el boletín No. 19 del 23 y 24 de mayo de los cursantes, que diera a conocer el contenido del aludido auto, se resumieron los salvamentos de voto esgrimidos frente a la decisión en comento, en el siguiente sentido:

“Las Magistradas **Diana Fajardo Rivera** y **Gloria Stella Ortiz Delgado** y los Magistrados **José Fernando Reyes Cuartas** y **Alberto Rojas Ríos** se apartaron de la decisión mayoritaria, toda vez que a su juicio no se configuraban los requisitos para declarar la nulidad de la sentencia SU-310 de 2017. En su criterio, no se demostró la vulneración al debido proceso por haberse eludido el análisis de cuestiones de relevancia constitucional. De manera concreta, no se argumentó cómo un estudio profundo del Acto Legislativo 01 de 2005, debía tener como resultado, una incidencia determinante en la decisión.

Para la Magistrada **Fajardo Rivera**, no era tan claro que en ese fallo no se hubiera debatido acerca de la vigencia del incremento del 14% por cónyuge o compañero (a) permanente a cargo, pese a la reforma introducida por el citado Acto Legislativo al artículo 48 de la Constitución, como lo evidencian los dos salvamentos de voto anunciados. En su concepto, la Sala Plena, al decidir sobre la nulidad, toma partido sobre la cuestión de fondo que es propia de la decisión de revisión, lo cual es ajeno a la resolución de este incidente. Por su parte, la Magistrada **Ortiz Delgado** observó que, como lo ha sostenido de manera constante la jurisprudencia, no es obligación de la Corte estudiar todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes, por lo que dejar de considerar alguno no constituye causal de nulidad de la sentencia, menos aún, cuando se aduce por un interviniente tardío, que no era parte en el proceso de tutela. En concepto de las Magistradas, en el presente caso no se plantea propiamente una causal de nulidad, sino una discrepancia de fondo sobre la interpretación hecha en la sentencia de unificación de jurisprudencia, lo cual no puede ser controvertido en sede de nulidad.

Adicionalmente, el Magistrado **Reyes Cuartas** advirtió que el punto concerniente al impacto fiscal de una orden de amaro (sic) de derechos fundamentales, por estar de por medio la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en su componente pensional, no podía ser objeto de debate en la decisión de tutela, como lo establece el mismo Acto Legislativo 01 de 2005 y lo ha reafirmado la jurisprudencia. A su juicio, la declaración de nulidad implica que se asuma una postura regresiva en materia de derechos sociales ya definidos por la Corte Constitucional.

De otro lado, el Magistrado **Rojas Ríos** consideró que el derecho al incremento del catorce por ciento no podía derogarse en virtud del Acto Legislativo 1 de 2005, toda vez que esa norma, precisamente, tiene por objeto la protección de derechos adquiridos, entre los cuales se encuentra la prestación referida, la cual es imprescriptible de conformidad con las sentencias T-217 de 2013, T-831 de 2014, T-319 de 2015, T-369 del 2015, T-395 de 2016 y T-460 de 2016. En su concepto, la Corte no sólo realizó un estudio que acusa ausencia de rigor sobre las causales de nulidad, sino que adoptó una decisión regresiva que desconoce las reglas establecidas en la sentencia T-469 de 2013, relativas a las cargas argumentativas para adoptar decisiones de tal naturaleza y la obligación de progresividad en materia de derechos sociales. La decisión adoptada por la Corte Constitucional desconoce la seguridad jurídica que se desprende de sus decisiones, y en ese sentido lleva la impronta de retroceso en la defensa que había asumido a favor de los trabajadores, con lo cual se desconocen de manera abierta los principios de equidad y solidaridad, presupuestos básicos para lograr la igualdad material y la libertad que se concreta en la garantía de condiciones de vida digna de los adultos mayores que cumplieron cada uno de los requisitos para lograr el derecho a pensionarse y que con su esfuerzo contribuyeron a la construcción del Estado Social de Derecho.”

Así las cosas, frente a los acontecimientos expuestos previamente, la suscrita Magistrada se mantiene en la postura asumida de tiempo atrás, con apoyo en lo salvamentos de voto planteados en contra del auto 320 del 23 de mayo de 2018, particularmente en el del Magistrado Alberto Rojas Ríos, en el cual se hace referencia a la sentencia T-369 de 2015, misma en la que se dispuso lo siguiente:

*“La Corte Constitucional se ha pronunciado respecto del reconocimiento y pago del incremento a la pensión mínima del 14% por cónyuge o compañero (a) permanente a cargo, de dos maneras, una negando dicho reconocimiento al considerar que el incremento señalado no hace parte integrante de la pensión, por lo tanto no sigue la misma suerte de ella, siendo susceptible de prescripción cuando no se solicita dentro de los tres (3) años siguientes al reconocimiento de la pensión, posición que coincide con la interpretación que, de manera reiterada, ha realizado la Corte Suprema de Justicia; otra, que consideró que el incremento por persona a cargo es un elemento de la pensión, que sigue la suerte de las causas que le dieron origen, por lo tanto al ser la pensión imprescriptible, dicha prestación también lo es, siendo afectadas por ese fenómeno sólo las mesadas que no se reclamaron antes de los tres años previos al reconocimiento de dicho incremento.”*

Como sustento de su decisión de apartarse de la interpretación sostenida por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, y así tener por imprescriptible el derecho al incremento pensional, afirmó:

*“En suma, según esta última posición, los incrementos pensionales referidos constituyen una prerrogativa, aplicada a la pensión mínima legal, a la cual se accede cuando el cónyuge o compañero (a) permanente del beneficiario depende de este y no disfruta de pensión alguna. Adicionalmente, el derecho a tal incremento subsiste mientras perduren las causas que le dieron origen, con lo cual se entiende que el mismo puede ser reclamado en la medida en que persistan las condiciones que a él dieron lugar, por lo cual tal prerrogativa no se vería afectada por el fenómeno de la prescripción.*

*Así, esta Sala considera que, existiendo dos posibles interpretaciones del artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990, la que mejor realiza los derechos fundamentales del actor es aquella aplicada en la Sentencia T- 217 de 2013 y posteriormente reiterada en la Sentencia T-831 de 2014 , que resulta más favorable al peticionario, por cuanto en esas oportunidades la Corte consideró que el derecho en mención no se encuentra sometido a la regla de prescripción de las acreencias laborales de tres (3) años.*

*En efecto, en ninguna de las normas citadas, que regulan el incremento bajo estudio, se establece que dicha regla deba ser aplicada al incremento en mención, pues al definirse la naturaleza del mismo, sólo se señala que el incremento del 14% sobre la mesada mínima por cónyuge a cargo subsiste mientras perduren las causas que le dieron origen. De tal forma, lo considerado en dichos fallos respecto de la imprescriptibilidad del derecho en comento se encuentra en consonancia con el principio de favorabilidad, razón por la cual concluir que tal derecho se encuentra afectado por el fenómeno de la prescripción, en perjuicio de los peticionarios, contraría dicho principio, e implica una violación directa de la Constitución.“*

**3. Caso concreto**

Lo expuesto en precedencia me lleva a tomar distancia de la decisión mayoritaria en el presente asunto, pues al no estar de acuerdo con la prescripción del derecho a los incrementos pensionales, considero que se debió declarar no probada la excepción previa de prescripción y, en consecuencia, ordenarse continuar con el trámite ordinario para evaluar, conforme al caudal probatorio recaudado en la etapa respectiva, si se dan los presupuestos establecidos en los artículos 21 del Acuerdo 049 de 1990, a efectos de conceder el emolumento deprecado.

En estos términos sustento mi salvamento de voto.

### ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

1. M.P. Aquiles Arrieta Gómez [↑](#footnote-ref-1)
2. C.P. Gabriel Valbuena Hernández [↑](#footnote-ref-2)
3. M.P. Cristina Pardo Schlesinger [↑](#footnote-ref-3)