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 22 de mayo de 2019

Radicación Nro.: 660013105002- 2017- 00336-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Antonio Ricaurte Avenia

Demandado: Colpensiones

Magistrado Ponente: Julio César Salazar Muñoz

Juzgado de origen: Juzgado segundo Laboral del Circuito

**TEMAS: INCREMENTOS PENSIONALES / REQUISITOS / VIGENCIA / PRESCRIBEN POR NO FORMAR PARTE DE LA PRESTACIÓN PRINCIPAL / VALOR NORMATIVO DE LAS SENTENCIAS PROFERIDAS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

En relación a lo establecido por el artículo 21 literal a del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 del mismo año, para que se pueda solicitar el incremento en un siete por ciento (7%) sobre la pensión mínima legal, por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años o de dieciocho (18) años si son estudiantes o por cada uno de los hijos inválidos no pensionados de cualquier edad, los mismos deben tener dependencia económica del beneficiario y dichos beneficios dependerán de la existencia de estas condiciones especiales en el tiempo. (…)

Ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que a diferencia del derecho pensional, los incrementos no gozan de imprescriptibilidad, posición que dejó sentada en sentencia de 18 de septiembre de 2012 con radicación N° 42.300 y que fue reiterada en la SL9638 de 2014 y en la SL1585 de 18 de febrero de 2015, en los siguientes términos:

“(…) el artículo 22 del acuerdo 049 de 1990 prevé que los incrementos por persona a cargo ‘no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el instituto de Seguros Sociales´ es lógico que no pueden participar de los atributos y ventajas que el legislador ha señalado para éstas, entre ellas el de la imprescriptibilidad del estado jurídico del pensionado y que se justifican justamente por el carácter fundamental y vital de la prestación, reafirmado por la Constitución de 1991, y además por el hecho de ser tracto sucesivo, por regla general, y de carácter vitalicio”. (…)

En la reciente sentencia T- 456 de 27 de noviembre de 2018, la Corte Constitucional fue más allá del tema de prescriptibilidad que ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, sosteniendo que los incrementos pensionales desaparecieron con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 incluso para las personas beneficiarias del régimen de transición. En efecto se dijo allí:

“Conforme lo expuesto, los incrementos del artículo 21 del Decreto 758 de 1990, dentro de los cuales se encuentra el del 14% y 7%, incluso en su vigencia, no hacían parte de la pensión y estaban sujetos a la condición de tener conyugue o compañero que dependa económicamente del beneficiario y no disfrute de una pensión e hijo menor de edad o en condición de discapacidad a cargo. De ahí que, si el incremento adicional, no tenía la vocación de permanencia del derecho principal -pensión de vejez-, este beneficio se extinguió con la derogatoria del Régimen General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte. Además, el acrecentamiento de la mesada pensional, al no ser parte constitutiva del monto, tampoco es susceptible de ultractividad por virtud del régimen de transición pensional del artículo 36 de la Ley 100 de 1993”.

**SALVAMENTO DE VOTO: DOCTORA ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

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, 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 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, 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…

Mediante el auto 320 del 23 de mayo de 2018, 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… En consecuencia, ordenó que se emitiera una nueva sentencia que debería ser adoptada por la Sala Plena de esa Corporación, lo cual se llevó a cabo recientemente a través de la SU-140 del 28 de marzo de 2019, en la cual se concluyó que el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1º de abril de 1994, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. (…)

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

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

**AUDIENCIA PÚBLICA**

**SALUDO, BUEN DÍA**

Hoy, veintidós de mayo de dos mil diecinueve, siendo las ocho y cuarenta y cinco minutos de la mañana, la Sala de Decisión Laboral Nº 3 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver el recurso de apelación y consulta presentado por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito el 28 de septiembre de 2018, dentro del proceso que promueve el señor ANTONIO RICAURTE AVENIA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, cuya radicación corresponde al Nº 660013105002- 2017- 00336-01.

Al acto comparecen las personas que a continuación se identifican:

Demandante y su apoderado:

Demandado y su apoderado:

**ANTECEDENTES**

El señor Antonio Ricaurte Avenia pretende que se declare el reconocimiento y pago del incremento de 7%, sobre su pensión de vejez por sus dos hijos menores, en razón de lo anterior aspira a que se condene a la Administradora Colombiana de Pensiones a reconocer y pagar la prestación económica a partir del 01 septiembre de 2004, la indexación, lo que resulte probado extra y ultra petita y el pago de las costas a su favor.

El demandante refiere que mediante resolución No. 009213 de 2004, se le reconoció su pensión de vejez a partir del 01 de septiembre de 2004, con fundamento en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, por ser beneficiario del régimen de transición, es decir con fundamento en lo preceptuado en el decreto 758 de 1990. El accionante es padre de la menor Greissy Avenia Parra quien nació el día 05 de noviembre de 2001 y del menor Antonio José Avenia Parra, quien nació el día 28 de Noviembre de 2003, los dos menores mencionados anteriormente no trabajan, no son pensionados, no poseen ningún tipo de renta o ingreso económico fijo a parte del proporcionado por el demandante; conforme a lo anterior el demandante elevó solicitud de reconocimiento del incremento pensional del 7% por cada uno de sus hijos, siendo respondida negativamente ( No. 2017\_800962 del 25 de enero de 2017).

Al dar respuesta a la demanda –fls. 34 a 37- la Administradora Colombiana de Pensiones aceptó el contenido del acto administrativo relacionado anteriormente en cuanto a la fecha de reconocimiento de la pensión de vejez y la paternidad del demandante respecto de los dos menores anteriormente mencionados. Se opuso a las pretensiones y formuló excepciones que denominó “inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido”, “buena fe”, “imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas”, “la Innominada” y “prescripción”.

En sentencia del 28 de septiembre de 2018, la funcionaria de primer grado determinó que el señor Antonio Ricaurte Avenia tenía derecho a que la Administradora Colombiana de Pensiones le reconociera los incrementos pensionales del 7% por cada uno de sus hijos menores Greissy Avenia Parra y Antonio José Avenia Parra. Sin embargo, se abstuvo de condenar a la entidad accionada a pagar el mismo, debido a que el derecho se encontraba prescrito en razón de que una vez reconocida la pensión el 01 septiembre de 2004 el demandante dejó pasar 15 años para reclamar la prestación económica.

Inconforme con la decisión de primer grado, la parte actora presentó recurso de apelación, solicitando que se tuvieran en cuenta los fundamentos de la Corte Constitucional contenidos en las sentencias T- 217 del 2013, T- 831 de 2014, T -319 de 2015 y T-369 de 2015, ya que efectúan una interpretación más favorable en cuanto a los intereses de los trabajadores pensionados, al considerar que los incrementos pensionales no prescriben, ya que si fuera así dicha interpretación sería contraria a las garantías contenidas en el artículo 53 de la Constitución Política, en el entendido que solo las mesadas pensionales no reclamadas con anterioridad a los tres años de solicitadas están sometidas a la prescripción contenida en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo, por lo tanto como los menores Greissy Avenia Parra y Antonio José Avenia Parra aún dependen económicamente de él, tiene derecho a que se le reconozca el incremento pensional del 7% para cada uno de sus hijos.

Al haber resultado la decisión adversa a los intereses de la Administradora Colombiana de Pensiones, se dispuso el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

En este estado se corre traslado a las partes para que presenten sus alegatos.

Escuchados los argumentos de las partes a esta sala de decisión le corresponde resolver los siguientes **PROBLEMAS JURIDICOS:**

**¿Tiene derecho el señor Antonio Ricaurte Avenia a que se le reconozca el incremento pensional del 7% por personas a cargo?**

Con el fin de dar solución al problema jurídico anteriormente planteado la sala procede a analizar los siguientes componentes:

1. **INCREMENTOS PENSIONALES.**

En relación a lo establecido por el artículo 21 literal a del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 del mismo año, para que se pueda solicitar el incremento en un siete por ciento (7%) sobre la pensión mínima legal, por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años o de dieciocho (18) años si son estudiantes o por cada uno de los hijos inválidos no pensionados de cualquier edad, los mismos deben tener dependencia económica del beneficiario y dichos beneficios dependerán de la existencia de estas condiciones especiales en el tiempo.

Conforme a lo anterior la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema De Justicia en sentencia de 27 de julio de 2005 radicación N 21.517, 5 de diciembre de 2007 radicación N 29.531 y 10 de agosto de 2010 radicación N 35.345, se pronunció en el entendido que el incremento pensional no fue derogado tácitamente con las entradas en vigencia de la ley 100 de 1993 y se aplica en la actualidad a las personas que legalmente están cobijadas por el régimen de transición basado en el acuerdo 049 de 1990.

1. **PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A LOS INCREMENTOS.**

Ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que a diferencia del derecho pensional, los incrementos no gozan de imprescriptibilidad, posición que dejó sentada en sentencia de 18 de septiembre de 2012 con radicación N° 42.300 y que fue reiterada en la SL9638 de 2014 y en la SL1585 de 18 de febrero de 2015, en los siguientes términos:

“(…) el artículo 22 del acuerdo 049 de 1990 prevé que los incrementos por persona a cargo ‘no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el instituto de Seguros Sociales´ es lógico que no pueden participar de los atributos y ventajas que el legislador ha señalado para éstas, entre ellas el de la imprescriptibilidad del estado jurídico del pensionado y que se justifican justamente por el carácter fundamental y vital de la prestación, reafirmado por la Constitución de 1991, y además por el hecho de ser tracto sucesivo, por regla general, y de carácter vitalicio.

No puede negarse que los incrementos nacen del reconocimiento de la pensión de vejez, pero ello no quiere decir que formen parte integrante de la prestación, ni mucho menos del estado jurídico del pensionado, no sólo por la expresa disposición normativa, como ya se apuntó, sino porque se trata de una prerrogativa cuyo surgimiento no es automático frente a dicho estado, pues está condicionado al cumplimiento de unos requisitos, que pueden presentarse o no.

La alusión normativa atinente a que el derecho a los incrementos ´subsiste mientras perduren las causas que le dieron origen´, antes que favorecer la imprescriptibilidad, obran en su contra por cuanto implícitamente parte de la hipótesis que se trata de un derecho que no es vitalicio en tanto su persistencia requiere que se sigan dando las causas que le dieron origen, de modo que, aunque, parezca redundante, la desaparición de estas provoca su extinción.

De ahí que a juicio de esta Sala bien puede aplicarse para efectos de estos incrementos la tesis de que los mismos prescriben si no se reclaman dentro de los 3 años siguientes a su exigibilidad, debiendo entenderse que son exigibles desde el momento en que se produjo el reconocimiento de la pensión de vejez o de invalidez”

1. **VALOR NORMATIVO DE LAS SENTENCIAS PROFERIDAS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

La Corte Constitucional en la sentencia C-836 de 2001, al abordar el tema de la doctrina probable manifestó que la Corte Suprema de Justicia como juez de casación se le ha encomendado el deber de unificar la jurisprudencia nacional en la jurisdiccional ordinaria, situación que lleva a la propia Corte y a los jueces de esa jurisdicción a no apartarse por su sola voluntad de la jurisprudencia que sobre un mismo tema ha construido el alto tribunal, pues precisamente la razón de su existencia es diseñar el orden que garantice la igualdad. Para apartarse de la doctrina probable los jueces están obligados a tener unas magníficas razones jurídicas que pongan en evidencia la equivocación del razonamiento que viene aplicando la respectiva Sala de Casación.

De otro lado y como quiera que en ocasiones se pretende en los procesos ordinario laborales que se aplique con carácter obligatorio las decisiones proferidas en la jurisdicción constitucional, en la sentencia SL 13657 de 7 de octubre de 2015 radicación N° 56.315, trayendo a colación lo dicho en la sentencia CSJ SL, 13 de mayo de 2005 radicación N° 24310, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia manifestó que las decisiones proferidas por el Juez Constitucional, únicamente surte efectos inter partes de acuerdo con el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

De hecho, en más reciente providencia, la SL17021 de 16 de noviembre de 2016 Radicación n° 48671, Magistrada ponente, CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, la Sala de Casación Laboral expresó sobre el tema que:

“En las condiciones ilustradas, los fallos de la Corte Suprema de Justicia no son inconstitucionales, como lo asegura el recurrente, sino que, por el contrario, tienen un arraigado y fuerte sustento en la misma Constitución. Por ello, no hay razón suficiente para cambiar la jurisprudencia ni para en ejercicio de la excepción inconstitucionalidad, inaplicar un precepto que evidentemente desarrolla e interactúa con la Carta Magna. Hacerlo, si constituiría una afrenta al orden jurídico. Por estas razones, la Corte no acogió la línea jurisprudencial vertida en las sentencias de tutela citadas por el recurrente, pues, en definitiva, existían superiores argumentos para no seguirla y continuar con el precedente propio. De otra parte, no sobra recordar que esos fallos de tutela, en los términos del numeral 2 del artículo 48 de la Ley 270 de 1996 «tienen carácter obligatorio únicamente para las partes» y «su motivación solo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces».”

* 1. **LA NUEVA POSICIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE LOS INCREMENTOS PENSIONALES**

En la reciente sentencia T- 456 de 27 de noviembre de 2018, la Corte Constitucional fue más allá del tema de prescriptibilidad que ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, sosteniendo que los incrementos pensionales desaparecieron con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 incluso para las personas beneficiarias del régimen de transición. En efecto se dijo allí:

“Conforme lo expuesto, los incrementos del artículo 21 del Decreto 758 de 1990, dentro de los cuales se encuentra el del 14% y 7%, incluso en su vigencia, no hacían parte de la pensión y estaban sujetos a la condición de tener conyugue o compañero que dependa económicamente del beneficiario y no disfrute de una pensión e hijo menor de edad o en condición de discapacidad a cargo. De ahí que, si el incremento adicional, no tenía la vocación de permanencia del derecho principal -pensión de vejez-, este beneficio se extinguió con la derogatoria del Régimen General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte. Además, el acrecentamiento de la mesada pensional, al no ser parte constitutiva del monto, tampoco es susceptible de ultractividad por virtud del régimen de transición pensional del artículo 36 de la Ley 100 de 1993”

“Ahora bien, si persistieran las dudas en torno a la vigencia de los incrementos pensionales del 14% por cónyuge o compañero o del 7% por hijo a cargo, es de advertirse que el articulo 48 Superior, modificado por la reforma constitucional de 2005, consagra la obligación de que toda pensión sea liquidada de conformidad con lo efectivamente cotizado, norma constitucional que se trasgrede de aceptarse el reconocimiento y pago de los mencionados aumentos pensionales, pues el hecho del matrimonio o convivencia y dependencia de hijo no origina cotización alguna. Textualmente, la regla constitucional adicionada en el inciso sexto del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005 dispone que “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado cotizaciones”

Por ultimo al discrepar la corte constitucional en cuando a la prescriptibilidad de los incrementos pensionales, en su segunda posición “sostiene que los incrementos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año sí están sometidos a la regla general de prescripción trienal establecida en los artículos 488 del CST y 151 del CPT SS. En efecto, para sostener esta tesis, las diferentes Salas de Revisión de esta Corte han argumentado que los mencionados incrementos no hacen parte integral del derecho pensional, como quiera que su finalidad no es la de garantizar un mínimo vital o la vida digna de la persona y su familia de manera vitalicia en la medida en que su reconocimiento y extinción están sometidos a unos requisitos establecidos en la ley”.

1. **EL CASO CONCRETO.**

Por medio de resolución N° 009213 de 2004 – fls. 18 y 19- el extinto Instituto de Seguros Sociales reconoció al Señor Antonio Ricaurte Avenia la pensión de vejez a partir del 01 de septiembre de 2004, por cumplir con los requisitos exigidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en el Acuerdo 049 de 1990.

También es un hecho fuera de toda controversia, que el accionante es el padre de los menores Greissy Avenia Parra, nacida el día 05 de noviembre de 2001 y Antonio José Avenia Parra, quien nació el día 28 de Noviembre de 2003 tal como consta en los registros civiles de nacimiento - fls 20 y 25-.

El accionante con el fin de demostrar la dependencia económica exigida en el artículo 21 del acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de 1990 aportó los certificados de estudios -fls 22 y 24- y solicito que fueran escuchados los testimonios de Beatriz Helena González Salazar y Ligia Valencia, quienes como vecinas del demandante desde hace más de 6 y 8 años, manifestaron que a pesar de haber dejado de vivir cerca del señor Avenía por aproximadamente 3 años debido a que el demandante fue condenado por el delito de tentativa de homicidio y en consecuencia se le impuso prisión domiciliaria en La Plata, Caldas, no perdieron comunicación con el demandante y su familia, y que los menores Antonio José Avenia Parra y Greissy Avenia Parra siempre han dependido económicamente de su padre, ya que no reciben ayuda económica por parte del estado y tampoco generan ingresos propios.

De conformidad con lo anterior tiene derecho el señor Antonio Ricaurte Avenia a que se le reconozca el incremento pensional del 7% en razón de cada uno de sus hijos por estos depender económicamente de él.

Sin embargo, en este caso el actor no puede gozar de ese beneficio económico, debido a que la entidad demandada presentó la excepción de mérito de prescripción y como se expuso líneas atrás, ha sido reiterada la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en diferenciar la naturaleza jurídica de las sumas adicionales con la propia pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, y por lo tanto , prescriben solo 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; tal y como ocurrió en el presente caso, toda vez que al señor Antonio Ricaurte Avenia se le reconoció la pensión de vejez a partir del 1 de septiembre de 2004 a través de la resolución N° 009213 de 2004 y solo reclamó el reconocimiento del incremento pensional del 7% por cada uno de sus hijos el 25 de enero de 2017, es decir casi 13 años después de reconocida ya la prestación económica.

Bajo tales parámetros, teniendo en cuenta que la Corte constitucional en sentencias de tutela ha expresado que los incrementos pensionales tienen la característica de ser imprescriptibles, pero que su nueva tendencia es la de negar la existencia de los mismos, y que la sala mayoritaria ha venido siguiendo la línea jurisprudencial trazada por la Corte Suprema de Justicia al encontrarla soportada en un análisis adecuado del artículo 22 del acuerdo 049 de 1990, en el que precisamente se establece que los incrementos por personas a cargo **no forman parte integrante de la pensión de vejez o invalidez**, lo que trae como consecuencia que los mismos no puedan gozar de los atributos y prerrogativas que el legislador ha previsto para ellas, como el de imprescriptibilidad, confirmará la sentencia proferida por el juzgado Segundo Laboral del Circuito que reconoció a favor del actor el incremento pensional por persona a cargo y posteriormente declaró probada la excepción de prescripción propuesta por la Administradora Colombiana de Pensiones.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, la sala de decisión Laboral N° 3 del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito el 29 de junio de 2018.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas de esta instancia a la parte actora en un 100%

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia se levanta y firma esta acta por las personas que intervinieron.

Quienes integran la sala,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Ponente

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

 Salva voto

Providencia: Sentencia del 22 de mayo de 2019

Radicación No.: 66001-31-05-003-2017-00336-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: Antonio Ricaurte Avenía

Demandado: Colpensiones

Magistrado ponente: Julio César Salazar Muñoz

Magistrada que salva voto: 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 *in dubio 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.

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, lo cual se llevó a cabo recientemente a través de la SU-140 del 28 de marzo de 2019, en la cual se concluyó que el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1º de abril de 1994, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993

En el Comunicado No. 10 del 27 y 28 de marzo de 2019, que diera a conocer el contenido del aludido fallo, se resumieron los salvamentos de voto esgrimidos contra la decisión en comento, en el siguiente sentido:

“La **Magistrada Diana Fajardo Rivera** salvó su voto a la decisión de la Corte Constitucional de no tutelar los derechos de las personas a las que no se les había reconocido su incremento pensional en razón a persona a cargo (según lo dispuesto por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990) por considerar que la Sala, antes que ocuparse de resolver las tutelas contra providencias judiciales que fueron sometidas a su consideración, se ocupó de plantear una suerte de juicio acerca de la vigencia y la constitucionalidad, en abstracto, de las reglas en cuestión sobre incrementos pensionales por persona a cargo. La Sentencia SU140 de 2019 parte de una interpretación distinta a la que la misma Corte, y el sistema jurídico en general, ha hecho sobre los efectos derogatorios que tuvo en el sistema pensional la expedición de la Ley 100 de 1993. A su parecer, la Sala no unificó la jurisprudencia que existía sobre el problema jurídico analizado en la sentencia, sino que cambió los presupuestos de análisis que la jurisprudencia había tenido en la materia, para llevar a la Corte a tomar una respuesta diferente a la que hasta este momento se había dado. Así, la decisión tenía que responder un problema jurídico que había dado lugar a dos posiciones jurisprudenciales distintas; una primera respuesta garantista y seguida por varias salas de revisión, y una segunda respuesta restrictiva, que había sido apoyada por menos salas de revisión. Ahora la Corte opta por una nueva respuesta que es aún más restrictiva de la que antes se había propuesto, fundándose en nuevas posiciones jurisprudenciales acerca del impacto derogatorio que tuvo la Ley 100 de 1993 en el sistema de pensiones y acerca del sentido y alcance de la reforma constitucional en materia pensional que se hizo en el año 2005. Se pasó de una lectura fundada en una protección amplia y comprensiva de lo que es pensión, que incluía el fiel respeto a la regla de imprescriptibilidad de las prestaciones de la seguridad social, a una lectura restrictiva del alcance del contenido de este derecho. Para la Magistrada Fajardo, además, la sentencia de la cual se aparta desconoce el amplio debate que existía en torno al problema jurídico planteado, para sugerir que no hay controversia y que, por tanto, no es preciso recurrir a interpretaciones favorables a los trabajadores pensionados.

De esta forma el principio de in dubio pro operario que tan importante papel había jugado para resolver la controversia en decisiones pasadas, ahora pasa a brillar por su ausencia y a ser relegado porque la controversia que existía y que se quería unificar simplemente fue desvanecida. Afortunadamente la decisión que se adoptó en este caso fija jurisprudencia en materia del problema jurídico analizado. No es un juicio de constitucionalidad abstracto ni de vigencia de las leyes, que tenga algún tipo de efecto erga omnes o que genere jurisprudencia de forma general y para cualquier situación posible.

La **Magistrada** **Gloria Stella Ortiz Delgado** salvó parcialmente su voto[[4]](#footnote-4). Aunque estimó que en algunos casos las acciones de tutela revisadas no cumplían con el requisito de inmediatez y, por ende, resultaban improcedentes, consideró que los incrementos por cónyuge, compañera o compañero permanente o hijos con discapacidad a cargo, previstos por el Decreto 758 de 1990, no se encuentran derogados. En este sentido, la Sala Plena afectó la cosa juzgada de una sentencia del Consejo de Estado[[5]](#footnote-5) , en la cual, con efectos generales y en el marco del control de legalidad, se determinó que las normas (contenidas en el Acuerdo 049 de 1990) que contemplan tales incrementos no solo están vigentes, sino que, de ninguna manera, son contrarias al ordenamiento jurídico. Esta posición también ha sido defendida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y por la Corte Constitucional en sus Salas de Revisión.

Adicionalmente, se apartó de la decisión mayoritaria por cuanto el análisis sobre la sostenibilidad financiera del sistema pensional se basa en juicios de conveniencia, por lo cual carece de elementos y consideraciones que demuestren la supuesta afectación y el impacto real y concreto que la medida pueda tener en los recursos pensionales. En cambio, la decisión de la Corte perjudica a un sector de la población que recibe bajos ingresos pues los incrementos son únicamente para pensiones de un salario mínimo.

Por último, resaltó que existen fuertes razones constitucionales para garantizar el reconocimiento de los incrementos pensionales por personas que dependen económicamente de su pareja o familiar, entre las cuales se encuentran: (i) los principios de favorabilidad e in dubio pro operario; (ii) el principio de imprescriptibilidad de los derechos derivados de la seguridad social, en la medida en que no prescribe el derecho a solicitar la reliquidación pensional; (iii) la protección del mínimo vital; y (iv) la especial protección constitucional de la cual son destinatarias las personas de la tercera edad y en situación de discapacidad.

De igual modo, el **Magistrado José Fernando Reyes Cuartas** salvó el voto por cuanto la Constitución no es neutra frente a la tensión entre sostenibilidad financiera y protección de los derechos fundamentales, sino que establece la necesidad de que el juez constitucional atienda la primacía y protección efectiva de los últimos, al determinar que al realizarse la ponderación no podrá invocarse tal criterio económico para menoscabar las garantías, restringir su alcance o negar su protección, menos contradecir el núcleo dogmático de la Constitución.

Observó que, en materia de seguridad social, además del principio de eficiencia, se prevén otros también rectores del sistema como la solidaridad y la universalidad, por lo que las obligaciones del Estado deben propender por la protección efectiva y cierta del derecho a la seguridad social de todos los habitantes del país. Así es posible desprender que el reclamo puso en tela de juicio pilares fundamentales de la Constitución encaminados a garantizar la interpretación más favorable a los intereses de los pensionados, salvaguardar el principio pro homine e impedir la regresividad en materia de derechos sociales.

El **Magistrado** **Alberto Rojas Ríos** salvó su voto frente a lo resuelto por la mayoría, por cuanto consideró que se trataba de una decisión regresiva en materia de protección de derechos pensionales, que además desconocía el precedente desarrollado por las Salas de Revisión de la Corte Constitucional sobre la procedencia del reconocimiento y pago de los incrementos pensionales de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

En tal sentido, consideró que, como acertadamente lo estableció en su momento la sentencia SU-310 de 2017 (cuya anulación por parte de la Corte mediante Auto 320 de 2018 dio paso a la sentencia SU-140 de 2019), era imperativo analizar la controversia a la luz del principio constitucional de favorabilidad para determinar que las personas pensionadas al amparo del Acuerdo 049 de 1990 podían reclamar válidamente los incrementos del 14% por cónyuge/compañero(a) permanente a cargo y/o 7% por hijo(a) a cargo. Examinados los expedientes acumulados desde esa perspectiva, la conclusión forzosa habría sido la de conceder la tutela de los derechos al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital de los accionantes.

En esta oportunidad, sostuvo el magistrado **Rojas Ríos**, la mayoría de la Sala Plena eludió el interrogante sobre si tales incrementos eran susceptibles de prescripción, que fue lo que inicialmente originó la controversia, para adoptar una postura todavía más aciaga según la cual tales incrementos desaparecieron del ordenamiento jurídico por virtud del Acto Legislativo 01 de 2015, olvidando que dicha reforma constitucional determinó que en materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos. Por lo demás, en esta oportunidad la Corte se concentró en un estudio más propio de la doctrina sobre la vigencia de la ley, en lugar de enfocarse en la aplicación de las normas para resolver los casos sometidos a su conocimiento, que es su verdadera función.

Afirmó que la Sala Plena acogió la tesis más lesiva para los pensionados, pues, en lugar de examinar cuál interpretación de la normatividad era más favorable a esta población, de acuerdo con lo que exigían los postulados constitucionales contenidos en el artículo 53 superior, prefirió realizar una lectura según la cual los incrementos pensionales no integraban la pensión y no afectaban el núcleo esencial del derecho a la seguridad social, desconociendo así el principio general del derecho conforme al cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal, a partir del cual se habría logrado inferir sin mayores esfuerzos que la persona que disfrutaba de la pensión mínima legal bajo el régimen del Acuerdo 049 de 1990, también podía solicitar el incremento de su mesada pensional en los eventos allí previstos. Era esta, justamente, la interpretación que de mejor manera propendía a asegurar una vida en condiciones dignas y un mínimo vital a personas que son en su mayoría sujetos de especial protección constitucional, en razón a su edad y/o condición de discapacidad, así como a sus familias, de suerte que dicho mecanismo no tenía la virtualidad de afectar la sostenibilidad fiscal, sino que, por el contrario, era una medida de justicia redistributiva.

En definitiva, señaló el magistrado **Rojas Ríos**, la decisión adoptada por la Corte constituye un retroceso en el ámbito de los derechos sociales y, particularmente, de aquellas garantías de que es titular un sector vulnerable de la población, lo cual no se acompasa con las obligaciones del Estado en la materia, con el principio de progresividad y con la propia jurisprudencia constitucional.”

Así las cosas, frente a los acontecimientos expuestos previamente, la suscrita Magistrada se mantiene en la postura asumida de tiempo atrás, con apoyo, además, en lo salvamentos de voto planteados en contra del auto 320 del 23 de mayo de 2018, proferido por la Corte Constitucional, 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.“*

**2. Caso concreto**

No es objeto de controversia en el caso de marras que a través de la Resolución No. 009213 de 2004 el Instituto de Seguros Sociales concedió la pensión de vejez al señor Antonio Ricaurte, a partir del 1º de septiembre de 2004, con fundamento en el Decreto 758 de 1990, normatividad que contempla en su artículo 21 un incremento del 7% *“por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años o de dieciocho (18) años si son estudiantes o por cada uno de los hijos inválidos no pensionados de cualquier edad, siempre que dependan económicamente del beneficiario”.* Tampoco es objeto de controversia que el demandante ha velado por el sostenimiento económico de sus hijos Greissy y Antonio José Avenía Parra, pues así fue demostrado en el trámite de primer grado con los testimonios de Beatriz González y Ligia Valencia.

Así las cosas, como el demandante acreditó los requisitos para acceder a los incrementos pensionales por hijos a cargo, tenía derecho a que Colpensiones le pagara unas sumas mensuales adicionales a la mesada pensional, por cada uno de ellos, equivalente al 7% del salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, a partir de la fecha en la cual le fue reconocida su pensión.

En virtud de lo anterior, debió revocarse la sentencia de primera instancia y concederse el incremento pensional reclamado a la parte demandante, por cumplir los requisitos del Acuerdo 049 para ese efecto, declarando prescritos únicamente los incrementos generados con anterioridad a los 3 años que precedieron la reclamación administrativa presentada el 25 de enero de 2017.

 En estos términos sustento mi salvamento de voto.

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Magistrada

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)
4. El texto del resumen de este salvamento de voto fue reemplazado, toda vez que, por error involuntario, el publicado inicialmente por la secretaria general no correspondía al formulado por la Magistrada Gloria Stella Ortiz. [↑](#footnote-ref-4)
5. Sentencia de 16 de noviembre de 2017. Sección Segunda. M.P. Gabriel Valbuena Hernández. Radicación número: 11001-03-25-000-2008-00127-00(2741-08) [↑](#footnote-ref-5)