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 31 de enero de 2019.

Radicación No: 66001-31-05-002-2017-00214-01

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Jairo Duque Gallego

Demandado: Colpensiones

Juzgado de origen: Segundo Laboral del Circuito de Pereira.

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**TEMAS: INCREMENTOS PENSIONALES / VIGENCIA / NATURALEZA JURÍDICA / PRESCRIPCIÓN.**

Son múltiples los pronunciamientos que ha emitido el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral, tanto en sede ordinaria como de tutela, en los que ha señalado que el incremento pensional por personas a cargo contenido en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aún conserva vigencia con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, y que su permanencia en el ordenamiento jurídico se impone no sólo para los pensionados que acceden por derecho propio a la pensión de vejez o de invalidez con base en esa normatividad, sino también para quienes lo hacen en aplicación del régimen de transición…

… los incrementos pensionales gozan de 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 tanto, al tener los incrementos una naturaleza distinta a la pensión, claramente están sujetos a que el tiempo impida su reclamación coactiva. (…)

Acorde con esa postura, el derecho a los incrementos pensionales por persona a cargo deben ser exigidos a más tardar dentro de los tres (3) años siguientes al momento en que se adquiere el status de pensionado con fundamento en la normativa que los contiene – Acuerdo 049 de 1990, so pena de verse extinguido.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los treinta y un (31) días del mes de enero de dos mil diecinueve (2019), siendo las nueve de la mañana (10:30 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 frente a la sentencia proferida el 16 de abril de 2018 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***Jairo Duque Gallego*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones*.**

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

1. ***INTRODUCCIÓN***

Persigue el demandante que se declare que tiene derecho a los incrementos pensionales de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, por tener a cargo a su cónyuge Mariela Aranzazu de Duque, y en consecuencia pide que se condene a la entidad demandada al pago de tales adendas a partir del 23 de octubre de 2004, más los intereses legales de que trata el artículo 1617 del C.C, la indexación de las condenas y las costas procesales a su favor.

Como sustento de sus pretensiones, refiere que convive con su esposa desde el 7 de diciembre de 1968, quien depende económicamente de él, pues no recibe ingreso económico alguno, no labora ni tiene capacidad económica para subsistir por sus propios medios; que mediante Resolución No. 000604 de 2005 le fue reconocida la pensión de vejez a partir de la calenda antes referida, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990; que el 28 de noviembre de 2016 presentó la reclamación ante la entidad para el reconocimiento de tales adendas adicionales a la pensión, pero obtuvo respuesta negativa.

Admitida la demanda, se dio traslado a Colpensiones, quien a través de apoderada judicial allegó contestación oponiéndose a las pretensiones del gestor, al considerar que los incrementos pensionales peticionados desaparecieron de la vida jurídica al no formar parte de las pretensiones contenidas en el nuevo estatuto de la seguridad social. En su defensa, propuso como excepciones de fondo: “Inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido”, “Buena fe”, “Imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas” y “Prescripción”, ver fl.26.

1. ***SENTENCIA DEL JUZGADO***

La jueza del conocimiento, puso fin a la primera instancia mediante fallo del 16 de abril de 2018, en el que indicó que los incrementos pensionales son aplicables en la actualidad y que en el caso puntual, se acreditó debidamente que el actor es pensionado de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, que está casado con la señora Mariela Aranzazu de Duque desde 1968, que han convivido desde tal calenda y que el demandante es el encargado de velar por el sostenimiento económico de ella. Sin embargo, estima que el paso del tiempo ha extinto los mismos, dado que el derecho se hizo exigible el 23 de octubre de 2004 y apenas se reclamó en el año 2016. Por tal motivo, consideró que al tener los incrementos una naturaleza diferente al de la pensión, debieron haberse reclamado en los tres años siguientes a su exigibilidad.

Por ende, negó las pretensiones e impuso costas a la parte vencida en juicio.

***III. CONSULTA***

Respecto del citado proveído se dispuso el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora, por haber sido desfavorable a sus intereses y surtido como se encuentra el trámite procesal de la instancia, se procede a desatarlo.

***Del problema jurídico.***

Plantea la Sala como problema jurídico el siguiente:

*¿Procede la extinción del derecho a los incrementos pensionales por virtud del fenómeno 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**

**1. Desenvolvimiento de la problemática planteada**

Son múltiples los pronunciamientos que ha emitido el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral, tanto en sede ordinaria como de tutela, en los que ha señalado que el incremento pensional por personas a cargo contenido en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aún conserva vigencia con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, y que su permanencia en el ordenamiento jurídico se impone no sólo para los pensionados que acceden por derecho propio a la pensión de vejez o de invalidez con base en esa normatividad, sino también para quienes lo hacen en 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. (Ver entre otras, sentencia radicado N° 5343 de 2017 y 57822 del 17 de julio de 2018 de la SL CSJ).

Aclarada la vigencia y aplicabilidad de los incrementos pensionales en la normatividad actual, es necesario entrar –primeramente- 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 dicha norma, los incrementos pensionales gozan de 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 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 de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, la cual valga anotar, ha sido acogida de tiempo atrás por la mayoría de los integrantes de esta Corporación, 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:*

*“Al confrontar los fundamentos que le sirven de soporte a la decisión acusada, observa la Corte que el sentenciador de alzada no incurrió en la interpretación errónea de las normas relacionadas en la proposición jurídica, al declarar la prescripción de los derechos reclamados por concepto del incremento pensional por personas a cargo, dado que la jurisprudencia de esta Sala, así lo ha adoctrinado.*

*En efecto, esta Corporación señaló en sentencia CSJ SL, 18 sep. 2012, rad. 42300, que la calidad del pensionado es permanente y vitalicia y consecuencialmente la acción para impetrar su reconocimiento es imprescriptible. Pero igualmente ha precisado su doctrina de que una es esa condición del individuo, cuya titularidad del derecho pensional no fenece con el transcurrir del tiempo y, otra diferente los derechos derivados de ese status, tales como el pago de las mesadas pensionales o, en el caso en estudio, los incrementos reclamados, lo que en criterio de la Corte sí prescriben en los términos de los Arts. 488 del CST y 151 del CPT y de la SS.*

*Así se dijo, y ahora se reitera, en sentencia CSJ SL, 12 dic. 2007, rad. 27923, en la que respecto a la prescripción del derecho a reclamar los incrementos por personas a cargo, se puntualizó:*

(…) 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 de 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 de 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.

*En este orden de ideas, a la luz de la jurisprudencia citada, 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)*

Acorde con esa postura, el derecho a los incrementos pensionales por persona a cargo deben ser exigidos a más tardar dentro de los tres (3) años siguientes al momento en que se adquiere el status de pensionado con fundamento en la normativa que los contiene – Acuerdo 049 de 1990, so pena de verse extinguido.

***2. Caso Concreto***

En el caso puntual, se tiene que al señor Jairo Duque Gallego se le reconoció su pensión de vejez mediante Resolución No. 000604 de 2005, con efectos a partir del 23 de octubre de 2004 y cuyo fundamento legal lo fue el Acuerdo 049 de 1990, aplicable por virtud del régimen de transición estipulado en el artículo 36 de la Ley 100/93. Existe además en el infolio prueba documental idónea que acredita el vínculo marital del actor con la señora Mariela Aranzazu Pineda, el cual data desde el 7 de diciembre de 1968 –fl.18– sin que exista nota alguna que desdiga de la existencia del vínculo.

Además, el testimonio del señor Rafael Antonio Vélez Bonilla da fe de que la mencionada señora y el actor conviven y lo han hecho de manera ininterrumpida desde que contrajeron nupcias, que aquella depende económicamente de éste, pues no cuenta con pensión, trabajo ni bienes que le produzcan renta, razón por la cual, ninguna duda queda acerca de que en el caso puntual el señor Jairo Duque Gallego, es acreedor al derecho a los incrementos pensionales, los cuales se hicieron exigible desde la calenda de reconocimiento pensional.

No obstante lo anterior, el aludido derecho se encuentra prescrito, conforme a los cánones 151 y 488 del CPLSS y del CL, pues claramente se han superado los tres años concedidos en dichos artículos para la reclamación de los mismos, puesto que la misma se elevó casi 12 años después de la exigibilidad del derecho, concretamente, el 28 de noviembre de 2016 –fl.12-, por lo que salta a la vista que total razón le asiste a la a-quo en su decisión de declarar prescrito el derecho.

Por lo tanto, se deberá confirmar la providencia consultada.

Sin costas en esta instancia.

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

***FALLA***

1. ***Confirmar*** la sentencia proferida el 18 de abril de 2018 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.
2. 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**

Magistrado Magistrada

 Salva voto

**DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ**

Secretario