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 13 de junio de 2019.

Radicación No: 66001-31-05-003-2017-00509-01

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Silvio Gallo Grajales

Demandado: Colpensiones

Juzgado de origen: Tercero Laboral del Circuito de Pereira.

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**TEMAS: INCREMENTOS PENSIONALES / VIGENCIA / NO FORMAN PARTE DE LA PENSIÓN DE VEJEZ O DE INVALIDEZ / TIENEN NATURALEZA JURÍDICA DISTINTA / EN CONSECUENCIA, SON SUSCEPTIBLES DE PRESCRIBIR.**

… 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. (…)

… 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.

**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: FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

En Pereira, a los trece (13) días del mes de mayo de dos mil diecinueve (2019), siendo las siete y treinta minutos de la mañana (7:30 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 de la sentencia proferida el 24 de julio de 2018 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **Silvio Gallo Grajales** 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 el actor 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 señora María Nubia Morales de Gallo y en consecuencia, pide que se condene a los mismos desde el mes de junio de 2003, así como los intereses moratorios correspondientes y las costas del proceso.

Para así pedir, refiere el actor que le fue reconocida pensión de vejez desde el 01 de junio de 2003 por parte del ISS en cuantía de un salario mínimo legal, que el fundamento legal del referido reconocimiento fue el Acuerdo 049 de 1990, que no le pagaron incrementos pensionales, que es casado con la señora Maria Nubia Morales de Gallo desde hace 49 años, que la mencionada no recibe ningún tipo de pensión, que es beneficiaria en salud, que en el mes de noviembre de 2017 solicitó el reconocimiento de los incrementos y que los mismos fueron negados.

 Admitida la demanda, la entidad mediante apoderado judicial, dio respuesta a la misma pronunciándose respecto a los hechos, aceptando los alusivos a la calidad de pensionados del actor, el fundamento legal de la prestación, el monto de la misma, la reclamación elevada por el demandante y la negativa de la entidad, indicando frente a los restantes que no le constaban. Se opuso a los pedidos de la demanda y excepcionó de fondo “Inexistencia del incremento pensional, inexistencia de la obligación y prescripción”.

1. **SENTENCIA DEL JUZGADO**

La Jueza a-quo señala 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 María Nubia Morales desde 1964, que han convivido desde tal calenda y que el demandante es el encargado de velar por el sostenimiento económico de ella, pues esta no cuenta con ningún bien de fortuna, pensión o algún tipo de ingreso. Sin embargo, estima que el paso del tiempo ha extinto los mismos, dado que el derecho se hizo exigible el con la notificación de la Resolución que reconoció la prestación en el 2003 y apenas se reclamó en el año 2017. Por tal motivo y al tener los incrementos una naturaleza diferente al de la pensión, debieron haberse reclamado en los tres años siguientes a su exigibilidad.

Por tal motivo niega las pretensiones de la demanda e impone costas a la parte actora.

**III. CONSULTA**

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

**Del problema jurídico.**

Plantea la Sala como problema jurídico el siguiente:

¿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 por 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. Prescripción.**

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 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:*

*“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)*

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.

**3. Caso Concreto**

En el caso puntual, se tiene que al señor Silvio Gallo Grajales se le reconoció su pensión de vejez mediante Resolución No. 001641 del 2003, con efectos a partir del 01 de junio de 2003 y cuyo fundamento legal lo fue el Acuerdo 049 de 1990 en virtud del régimen de transición. Existe además en el infolio prueba documental idónea que acredita el vínculo marital del actor con la señora María Nubia Morales López, el cual data desde el 06 de diciembre de 1964 –fl. 10- sin que exista nota alguna que desdiga de la existencia del vínculo. Además, los testimonios de Azucena Arias Ocampo y María Amparo Ocampo Castaño, dan fe de que la mencionada señora y el actor conviven y lo han hecho de manera ininterrumpida, que aquella depende económicamente de éste, pues no cuenta con pensión, trabajo ni bienes que le produzcan renta, que ninguno de los 5 hijos que tienen ayuda o aporta económicamente a la referida señora, pues cada uno de ellos cuenta con su propio núcleo familia, razones estas que permiten aseverar que el señor Betancurt Arcila cuenta con el derecho a los incrementos pensionales, los cuales se le hicieron exigibles desde la calenda en que le fue notificado el reconocimiento pensional, esto es, desde el 02 de julio de 2003, conforme a la constancia que aparece en el acto administrativo aportado con la demanda –fl. 9-.

Establecida la existencia del derecho, es del caso entrar a determinar si alguno de los medios exceptivos propuestos por la parte demandada, tiene la virtualidad de extinguirlos, encontrando que, en efecto, la entidad demandada propuso en la contestación la excepción de prescripción. 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 al actor se le notificó la Resolución de reconocimiento pensional el 02 de julio de 2003, por lo que debió haber reclamado los incrementos pensionales, a más tardar, el 02 de julio de 2006, pero apenas lo hizo el 07 de noviembre de 2017 –fl. 15-, siendo por tanto evidente que se superó el lapso de tres años y, consecuentemente, operó de manera extintiva, el fenómeno de la prescripción, tal como lo dijo la Jueza de primer grado, debiéndose por tanto confirmar tal decisión.

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. **Confirmar** la sentencia proferida el 24 de julio de 2018 por el Juzgado Tercero 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 LUCIA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Magistrada

Salva voto

Providencia: Sentencia del 13 de junio de 2019

Radicación No.: 66001-31-05-003-2017-00509-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: Silvio Gallo Grajales

Demandado: Colpensiones

Magistrado ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares

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 *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.

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. 001641 de 2003 el Instituto de Seguros Sociales concedió la pensión de vejez al señor Silvio Gallo, a partir del 1º de junio de dicha anualidad, con fundamento en el Decreto 758 de 1990, normatividad que contempla en su artículo 21 un incremento del 14% en la mesada pensional para aquellos beneficiarios que tienen a cargo a su cónyuge, o compañera permanente. Tampoco es objeto de controversia que el demandante ha velado por el sostenimiento económico de su esposa María Nubia Morales, pues así fue demostrado en el trámite de primer grado con los testimonios de Azucena Arias y María Amparo Ocampo.

Así las cosas, como el demandante acreditó los requisitos para acceder a los incrementos pensionales por cónyuge a cargo, tenía derecho a que Colpensiones le pagara unas sumas mensuales adicionales a la mesada pensional equivalente al 14% 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 7 de noviembre 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)