

Aplicabilidad de los incrementos pensionales por personas a cargo: cónyuge, compañeros permanentes e hijos menores o con discapacidad superior al 50% para laborar

Andrea Herrera Molina, Cód. 046201518735
Universidad de Manizales, Facultad de Derecho
Trabajo para optar al título de Especialista en Seguridad Social
Manizales, 2015

Tema

Aplicabilidad de los incrementos pensionales por personas a cargo: cónyuge, compañeros permanentes e hijos menores o con discapacidad superior al 50% para laborar, esto en relación con los últimos. Consagrado este derecho en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, contradicción en los fallos emitidos en juzgados y tribunales versus la posición que tiene la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, análisis jurisprudencial.

Importancia del Tema

Debido a los contradictorios fallos emitidos por varios despachos judiciales del país, juzgados y tribunales, respecto al otorgamiento o no del incremento pensional establecido en el Acuerdo 049 de 1990, artículo 21, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que establece unos incrementos en la pensión; dictados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la cual en su artículo 36 introduce el

régimen de transición pensional, decisiones que en muchas ocasiones van en contraposición a lo establecido en varias sentencias de la Corte Suprema de Justicia y la Honorable Corte Constitucional, he querido plantear las circunstancias que llevan a una y otra autoridad judicial a dictar sentencias en uno y otro sentido.

Lo anterior es necesario dadas las múltiples interpretaciones a las que se han visto abocados los ciudadanos, quienes en últimas son los acreedores de tal derecho pensional, por no existir una unificación de criterios que les permita en consecuencia tener la seguridad jurídica a la cual aspira nuestro ordenamiento jurídico.

Resumen y Abstract

Se hará un recuento de las diferentes posturas jurídicas que se han dado respecto del incremento pensional establecido en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que establece unos incrementos en la pensión; la Ley 100 de 1993, específicamente el artículo 36 introduce el régimen de transición pensional, por parte de algunos de los despachos judiciales del país, comparando dichas posturas con las decisiones que han tomado recientemente las Honorables Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional, teniendo en cuenta los preceptos emanados por nuestra Constitución Política de 1991 en su artículo 53, principio de favorabilidad.

Palabras clave: Incrementos pensionales, Independencia Conceptual, Seguridad Jurídica, Pensión de Vejez, fines de la jurisprudencia, Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional, favorabilidad de la norma, discapacidad, invalidez, prescripción.

Summary and Abstract

An account of the different legal positions that have been given regarding the pension increase provided for in Article 21 of Decree 049 of 1990, approved by Decree

758 of the same year, which establishes the pension increases will; Law 100 of 1993, specifically article 36 introduces the pension system transition, from some of the country's judicial offices comparing these positions with the decisions that have recently taken the Honorable Supreme Court and Constitutional considering precepts issued by our political constitution of 1991 in article 53 principle of lenity.

Keywords: *Pension increases, Independence Conceptual, Legal Security, Pension Age, The End Of The Case, Supreme Court and Constitutional Court, Favorability of the Article Standard, Disability, Prescription.*

Introducción

A pesar de haberse legislado sobre la materia de estudio y expedirse el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto N° 758 del mismo año, que establece unos incrementos en las pensiones de vejez y de invalidez; la ley 100 de 1993, específicamente el artículo 36 introduce el régimen de transición pensional, por lo cual los ciudadanos que han pretendido acceder a este beneficio han visto vulnerados sus derechos sociales, ya que no hay unificación jurisprudencial en la materia, pues no solo los jueces de la República sino los tribunales superiores e incluso la Honorable Corte Constitucional, han emitido fallos en uno y otro sentido, es decir, en unas ocasiones otorgando el incremento pensional y en otras negándolo, y se dice que no solo los jueces porque en ocasiones también los tribunales superiores e incluso la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional han emitido fallos en apelaciones, casación y tutela respectivamente en ocasiones otorgando este derecho y en otras tantas negándolo.

Generando esta disparidad en cuanto a las decisiones sobre el reconocimiento del derecho planteado, grandes perjuicios para los beneficiarios del mismo, con lo cual en la mayoría de las ocasiones se afecta el mínimo vital, contrariando el espíritu del legislador al otorgar tal derecho, e incluso yendo en contra de preceptos Constitucionales.

Desarrollo del Tema

Los incrementos pensionales están regulados en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 y consisten en la posibilidad de aumentar la pensión en un 14% del salario mínimo legal mensual vigente, para aquellas personas pensionadas por vejez o invalidez que tengan a cargo cónyuge o compañera permanente no pensionados y en un 7% por cada uno de los hijos inválidos, no pensionados, de cualquier edad.

De entrada debe advertirse que sobre la anterior norma existe una demanda de nulidad ante el Consejo de Estado, radicada bajo el número: 11001-03-25-000-2008-00127-00(2741-08), entidad que en su Sección Segunda, con ponencia del Consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, la cual fue admitida mediante auto del treinta (30) de abril de dos mil nueve (2009), pero hasta el momento no se conoce un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, razón por la cual dicha norma sigue produciendo plenos efectos jurídicos.

En dicha demanda de nulidad el Instituto de Seguros Sociales (Hoy Colpensiones) aduce que los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, se encuentran en una manifiesta y ostensible contradicción con los artículos 13, 48, 53, 345 y 355 de la Constitución Política, de acuerdo con la sustentación de cada uno de los cargos a partir de la confrontación directa de cada una de las disposiciones de la norma superior con el contenido normativo del articulado acusado.

¿Qué requisitos debe reunir un pensionado o pensionada para causar el derecho a recibir tales incrementos pensionales? En esencia son tres:

- Tener una pensión mínima,
- Tener a su cargo cónyuge o compañero(a) permanente, hijos menores o mayores discapacitados.

- Existir dependencia económica de éste último al no recibir ingreso alguno. Si desaparecen las causas que le dieron origen al incremento pensional, bien sea porque la persona que estaba a cargo fallece, se pensiona, o sobreviene divorcio o separación, se extingue para el pensionado el derecho a recibir el incremento pensional.

Ahora bien, entrando en materia, lo primero que habría que precisarse es que de dichos incrementos pensionales por personas a cargo solamente son beneficiarios aquellos pensionados a los cuales se les reconoce su derecho con base en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en virtud de la aplicación del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo cual excluye la posibilidad de que se apliquen a pensionados en virtud de otros regímenes, tales como la Ley 33 de 1985, la Ley 71 de 1988 o de regímenes especiales como los docentes, Ecopetrol o la fuerza pública o normas posteriores como la Ley 100 de 1993, la Ley 797 de 2003 y la Ley 860 de 2003, incluso, para pensiones reconocidas en virtud de convenciones colectivas de trabajo o de manera voluntaria por el empleador.

Así lo expuso la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias de radicación N° 29741 y 29531 del 5 de diciembre de 2007, MP Luis Javier Osorio López:

“En este orden de ideas, al no disponer la ley 100 de 1993 nada respecto de los incrementos de marras, los cuales de acuerdo a lo atrás expresado no pugnan con la nueva legislación, es razonable concluir como lo hizo el ad quem, que dicho beneficio se mantiene en vigor, se insiste, para el afiliado que se le aplique por derecho propio o por transición el aludido acuerdo 049 de 1990.

Lo expuesto trae consigo para el caso particular, que el derecho a los incrementos por personas a cargo y concretamente el equivalente al 14% sobre la pensión mínima legal por su cónyuge, ingresaron al patrimonio del demandante, a quién se le definió su prestación por vejez con base en la normatividad anterior al ser beneficiario del régimen de transición, y por tanto aunque éste hubiere completado requisitos para acceder a la pensión en vigencia de la nueva ley de seguridad social, el 21 de enero de 2003, no es dable desconocer tal prerrogativa prevista en el citado acuerdo del ISS 049 de 1990, cuando frente a dichos incrementos según se explicó no operó la supresión o derogatoria expresa o tácita de la Ley (artículo 71 y 72 del Código Civil), por virtud a que sus efectos en verdad jurídicamente no fueron abolidos, conservándose así su aplicación inobjetable en los términos del aludido artículo 31 de la Ley 100 de 1993, lo que de igual manera encuentra respaldo en la protección a la seguridad social que pregonan los artículos 48 y 53 de la Constitución Política”.

Lo anterior significa que también están excluidos del reconocimiento por personas a cargo los pensionados por invalidez de origen profesional, pues el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, expresamente consagra dicho beneficio para las pensiones de vejez y de invalidez “**de origen común**”.

Sin embargo, el gran problema que existe actualmente con los incrementos pensionales, es que si se realiza una interpretación exegética (o literal) de la norma, podría decirse que estos incrementos pensionales ya no son aplicables, pues a pesar de que el mencionado decreto aún rige para las personas que tienen régimen de transición del sector privado, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, mediante el cual se regula ese régimen, establece que solo se respetarán la edad, el tiempo de cotizaciones o de servicio y el monto (o porcentaje) de la pensión y no se refirió en ningún momento a los incrementos pensionales; esta interpretación es la que ha

acogido Colpensiones y se pronunció al respecto en la Circular Externa 1 de 2012 en los siguientes términos:

“...los usuarios que tienen derecho a que se les aplique el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, y en tal virtud, pueden pensionarse con base en la edad, el tiempo de servicio, el número de semanas y el monto de pensión establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados al momento de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, es necesario aclarar frente a la aplicación del decreto 758 de 1990 que en efecto, el mismo se aplica exclusivamente respecto a los factores mencionados, sin que sea posible que dicho beneficio se extienda a factores diferentes y mucho menos a otras prestaciones, por lo que teniendo en cuenta que en los términos del artículo 22 del decreto 758 de 1990 los incrementos son una prestación diferente a la pensión de vejez, tampoco es procedente concederla para los beneficiarios del régimen de transición” (Colpensiones, 2012).

Precisamente, esa misma interpretación sobre la vigencia de los incrementos pensionales por personas a cargo es la que ha hecho la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, Corporación que siempre ha sostenido, de manera invariable, invocando para el efecto la autonomía e independencia judicial, al estudiar los alcances del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que dicha norma sólo se refiere a la edad para pensionarse, las semanas de cotización o el tiempo de servicios y al monto de la mesada pensional del afiliado.

Es así como, a manera de ejemplo, en sentencia del 23 de mayo de 2011, dictada dentro del proceso con radicación No. 9715 2009-00458-01. Demandante: José Gustavo Arango Marín. Demandado: Instituto de Seguros Sociales, con ponencia del Magistrado Carlos Arturo Guarín Jurado, se dijo lo siguiente:

“Sin embargo, como de vieja data lo ha venido explicando esta Colegiatura, el denominado régimen de tránsito pensional del esquema legal anterior a la ley 100 de 1993 al establecido por esta normativa, no impacta a los aumentos pensionales sub iudice, pues los supuestos de hecho del artículo 36 ib., solamente se aplican, como la misma norma rigurosamente lo establece, a la edad para pensionarse, las semanas de cotización o el tiempo de servicios, y al monto de la mesada pensional del afiliado.

Por tanto, en una situación como la planteada en el sub lite, en la que es pacífico que el actor es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 ibídem, el Acuerdo 049 de 1990 únicamente rige para él en lo atinente a estos tres (3) precisos tópicos, ninguno más.

No ignora la Corporación las sentencias de casación en las cuales la Sala Laboral y de la Seguridad Social de la Corte Suprema de Justicia, ha reconocido el incremento que prevé el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990.

Empero, en ejercicio de la autonomía e independencia conceptual que como Juez Colegiado le asiste en virtud de los artículos 228 y 230 superiores, se aparta respetuosamente de la tesis mayoritaria del Alto Tribunal en esta materia, pues considera, como lo ha expuesto en otras oportunidades, que los efectos protectivos del régimen de transición contemplados en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no se extienden hasta tener por aplicable el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 a casos como el sub examine.

Discrepa este juez plural de la tesis que subyace en la sentencia de casación 21517, en el sentido de que si el pensionado es beneficiario del régimen de transición se le debe aplicar en su totalidad el régimen anterior, en

este caso el multicitado Acuerdo 049 de 1990, pues si se repara en la rigurosa literalidad del segundo inciso del artículo 36 en reflexión, sin dificultad se aprehende que tres (3) únicamente son los tópicos en los que operan los efectos de ese régimen, y ellos son, se insiste: la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez”.

Dicha posición de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales generó una desbandada de pensionados que, con miras a obtener el incremento por personas a cargo, trasladaron sus solicitudes a otras seccionales del Instituto de Seguros Sociales (Hoy Colpensiones).

Empero, los jueces laborales de otras seccionales como Medellín, Bogotá y Pereira provocaran conflictos de competencia para que la Sala de Casación Laboral de la Corte dirimiera cuál era el juez competente para conocer acerca del reconocimiento de tales incrementos pensionales, presentándose dos tendencias en torno a la competencia para resolver tales asuntos.

Fue así como en auto 30175 del 26 de septiembre de 2006, proferida por el Magistrado Francisco Javier Ricaurte Gómez, la cual decide un conflicto negativo de competencia entre jueces laborales de Pereira y Medellín, en la cual se recoge el criterio de que la competencia se determina por el lugar donde se haya surtido la reclamación administrativa y, cambiando la jurisprudencia, anuncia que la competencia es del Juez o la Jueza donde se haya hecho el reconocimiento pensional.

Pero, en auto 30882 del 9 de noviembre de 2006, dictada por el Magistrado Eduardo López Villegas, resuelve un conflicto de competencia entre dos juzgados, estimando que mientras el juzgado de Medellín aduce que en este caso el factor de competencia lo es el lugar donde se reconoció el derecho, el juzgado de Pereira, sostiene que el actor escogió la ciudad de Medellín en virtud de la competencia a prevención establecida en el Art. 11 del C.P.T. S.S. cuando eligió accionar en el

domicilio de una de las seccionales de la entidad demandada, localidad donde agotó la vía gubernativa, asignándole la competencia a éste último.

De otro lado, también se ha interpretado que los incrementos pensionales aumentan el monto de la pensión, por lo que deben ser aplicados cuando una persona sea beneficiaria del régimen de transición; esta interpretación es la que acoge la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia. Al respecto la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado 36345 del 10 de agosto de 2010 manifestó lo siguiente:

“Si bien es cierto en los artículos 34 y 40 de la ley 100 de 1993 se reguló el tema concerniente al monto de la pensión de vejez y la de invalidez de origen común, y que el artículo 36 de ese ordenamiento se refirió al IBL para aquellas personas que son beneficiarias del régimen de transición, ello no significa que al dejar de contemplar la nueva ley de seguridad social los incrementos por personas a cargo, éstos hubieren desaparecido, como bien se explicó en el citado antecedente jurisprudencial; máxime que su artículo 289 efectivamente no los derogó expresamente pero tampoco lo hizo de manera tácita, sobre todo para los casos en que sea pertinente la aplicación del acuerdo del ISS 049 de 1990, pues contrario a lo que sostiene el censor tal beneficio no resulta contrario ni riñe con la nueva legislación que salvaguarda los derechos adquiridos, a lo que se suma que el inciso 2° del artículo 31 de la mencionada ley 100, señala que serán aplicables al régimen de prima media con prestación definida “las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley”, variaciones éstas que no se dieron respecto a la temática que se trata en el asunto sometido a esta jurisdicción. En este orden de ideas, al no disponer la ley 100 de 1993 nada respecto de los incrementos de marras, los cuales de acuerdo a lo atrás expresado no pugnan con la nueva legislación, es razonable concluir como lo hizo el *ad quem*, que dicho beneficio se mantiene en

vigor; se insiste, para el afiliado que se le aplique por derecho propio o por transición el aludido acuerdo 049 de 1990” (2010).

Además del punto anterior, se ha interpretado también que como la Ley 100 de 1993 no derogó expresamente los incrementos pensionales por personas a cargo, éstos continúan vigentes por aplicación de los principios de favorabilidad y de integralidad, frente a lo cual, Colpensiones contestó por medio de la ya citada circular externa 1 de 2012, lo siguiente:

“...no puede pasarse por alto que, si bien, el artículo 289 de la ley 100 de 1993 de manera expresa se refirió únicamente a la derogatoria de los artículos 2o de la ley 4ª de 1966, 5º de la ley 33 de 1985, al parágrafo del artículo 7o de la Ley 71 de 1988 y a los artículos 260, 268, 269, 270, 271 y 272 del Código Sustantivo del Trabajo, también señala expresamente que deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, y en consecuencia si la Ley 100 de 1993 en sus artículos 31, 34 y 36 al hablar del monto de las pensiones de vejez e invalidez se abstuvo de mencionar los incrementos de las mismas y generó una regla nueva que regula dicho monto, debe entenderse que la norma anterior quedó derogada”. (Colpensiones, 2012).

Otro de los puntos sobre el que se han presentado diversas interpretaciones es el relacionado con la prescriptibilidad o imprescriptibilidad para reclamar tales incrementos pensionales por personas a cargo, pues las posiciones de las dos más Altas Corporaciones de la justicia ordinaria y constitucional giran en sentido opuesto. En efecto, respecto al tema la Corte Constitucional ha manifestado:

“Ahora bien, en lo que respecta al presunto desconocimiento del precedente constitucional habido en la sentencia que hoy nos ocupa, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá D.C., y que puso fin a la controversia iniciada por el actor al interior de la jurisdicción ordinaria

laboral, la Sala considera que, en lineamiento con lo explicado en los acápites atrás escritos, la mentada providencia no incurrió en dicho yerro, por las siguientes razones:

Si bien es cierto, hay un conjunto de sentencias previas al caso que hoy nos ocupa que han abordado la imprescriptibilidad en temas relacionados con el derecho fundamental a la seguridad social y, específicamente, el derecho pensional, y por tanto tales providencias se han topado con problemas jurídicos, hechos y aspectos normativos semejantes a los aquí estudiados; esta Sala no encuentra que el Tribunal accionado, al proferir la sentencia de fecha 17 de octubre de 2012 que le puso fin al proceso ordinario adelantado por el actor, haya a) contrariado la ratio decidendi de las sentencias de constitucionalidad que han estudiado el tema objeto de controversia, o haya b) desconocido el alcance del derecho fundamental a la seguridad social fijado por esta Corte a través de la ratio decidendi de sus sentencias de tutela.

A la anterior conclusión se allega, puesto que el precedente en materia de imprescriptibilidad pensional sentado por esta Corporación, como ya se explicó, ha entendido que el carácter imprescriptible que envuelve al derecho de la seguridad social, se desprende directamente de valores constitucionales que atienden y buscan garantizar, la subsistencia en condiciones dignas a sujetos que por su avanzada edad, estado de salud y carencia de algún sustento económico, ven comprometido su mínimo vital y su capacidad de auto sostenimiento, por el acaecimiento de una contingencia (vejez, invalidez o muerte) que mutó sustancialmente sus condiciones de existencia”.

Y más adelante, la Corte Constitucional, remata haciendo la siguiente afirmación:

“Al respecto de la posición arriba planteada, que vale aclarar, no ha sido una posición ampliamente desarrollada o reiterada en múltiples ocasiones por la Corte Constitucional, esta Sala, por las razones suficientemente explicadas en la presente providencia, no considera acertada la aplicación que en aquella oportunidad se le dio al precedente constitucional en materia de imprescriptibilidad pensional, toda vez que a la luz de lo trazado por la jurisprudencia dada al interior de la Jurisdicción Ordinaria, encargada de definir los conflictos, y el alcance de los derechos de la seguridad social y de tipo laboral, el incremento pensional objeto de estudio no reviste las características que hacen aplicable el precedente de la imprescriptibilidad a una acreencia económica relacionada con la seguridad social; y , por otra parte, como bien se explicó, resulta ceñido a la constitución y a la jurisprudencia constitucional, otorgar un trato disímil y consagrar la prescripción extintiva de un derecho patrimonial que surge del ejercicio de un derecho constitucional fundamental (como lo son el derecho pensional y la seguridad social)”.

En este fallo hubo salvamento de voto por parte del Honorable Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, en el que se aparta de la decisión de su compañeros de sala toda vez que a el caso en concreto se debió aplicar el precedente judicial que ha manejado la Corte Constitucional y en especial la sentencia T-217 de 2013, magistrado ponente Alexei Julio Estrada, en la cual se analizaron dos casos con presupuestos fácticos idénticos al que ahora se estudia, concediendo el derecho al reconocimiento del incremento del 14% por personas a cargo. Allí se consideró que el aludido incremento por hacer parte inescindible del estatus de pensionado, se torna imprescriptible. Específicamente se señaló:

“... el derecho a la pensión o los incrementos que por ley se desprendan de éste son imprescriptibles, en esa medida la prescripción solo es aplicable a las mesadas no reclamadas con anterioridad a los 3 años de solicitadas, por lo tanto, de acoger la tesis que al reajuste a la pensión de vejez del 14%,

en relación con el cónyuge o compañero o compañera permanente del beneficiario de dicha pensión, que dependiese económicamente de éste y que no esté disfrutando de una pensión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 del Acuerdo 49 de 1990, se le puede aplicar prescripción, equivale a perder una fracción de recursos de este derecho o parte del mismo”.

En conclusión, la imprescriptibilidad del referido derecho se encuentra en armonía con el principio de favorabilidad, por lo que establecer en este caso el fenómeno de la prescripción contraría este principio y, por lo tanto, implica una violación directa de la Constitución, así como (i) la solidaridad que debe regir el sistema de seguridad social en pensiones; (ii) la protección y asistencia especial a las personas de la tercera edad para mantener unas condiciones de vida digna; y (iii) el derecho irrenunciable a la seguridad social.

Posición que se mantuvo incólume en pronunciamiento más reciente de la Corte Constitucional, con ponencia del magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en la sentencia de tutela T-831-14, cuando expresa al respecto:

“De lo anterior se concluye que estos incrementos sólo se consolidan a favor del solicitante si (i) tiene una pensión mínima, (ii) tiene a su cargo cónyuge o compañero(a) permanente; siempre y cuando (iii) exista dependencia económica y no se encuentre recibiendo ingreso alguno. Es decir, siendo íntegramente cumplidos los anteriores requisitos, es posible acceder a la prestación, al punto que si no concurren los mismos, tal como se advierte en la disposición mencionada, tal derecho se extinguiría.

De tal forma, la prestación referida busca proteger a aquellas personas que, por desarrollar sus labores en el hogar en muchos casos, no se vincularon formalmente al mercado laboral, razón por la cual no efectuaron

cotizaciones al ISS o por lo menos no las necesarias para consolidar su derecho pensional.

En conclusión, la consagración de dichos incrementos está dirigida a núcleos familiares que sólo tienen como ingreso un salario mínimo legal. Es decir, que su reconocimiento se encamina a realizar el contenido de los derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital de la familia, como en los casos revisados, en los cuales los accionantes tienen a su cargo a sus cónyuges o compañeros(as) permanentes -en uno de los asuntos, el accionante tiene a su cargo, además, a su hija en situación de discapacidad (Expediente T-4.423.843)-, quienes, siguiendo el parámetro de la norma, según lo expuesto en los hechos de las acciones de tutela y demandas ordinarias, sólo reciben un salario mínimo legal, con el cual deben cubrir todas las necesidades básicas de su hogar”.

De acuerdo al contenido de la anterior decisión de la Corte Constitucional, queda claro, entonces, que el derecho a solicitar el incremento pensional en el 14% para cónyuges o compañeros permanentes y del 7% por hijos discapacitados a cargo, no prescribe, y solamente prescriben las mesadas que no se han cobrado por no haber ejercido la acción oportunamente, ello siempre y cuando en la respectiva respuesta a la demanda la entidad de previsión social hubiere interpuesto la excepción de prescripción.

Sin embargo, como ya se anotó con anterioridad, la posición del máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria gira en sentido contrario, es decir, acoge la tesis de que los incrementos pensionales por persona a cargo prescriben si el pensionado o la pensionada no ejercita la acción dentro de los tres (3) años siguientes al reconocimiento de la pensión.

En efecto, en la sentencia de casación 27923 del 12 de diciembre de 2007, emanada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia de la Magistrada Elsy del Pilar Cuello Calderón, explicó esa alta Corporación:

“...Conforme se dejó anotado, el Tribunal estimó que con respecto de los incrementos por persona a cargo se configuró la prescripción, según lo expresado por esta Sala en el fallo del 15 de julio de 2003, radicado, 19557, y por considerar además que como se trata de una prestación adicional e independiente que no forma parte de la pensión en sí misma considerada, sí es susceptible de prescribir, máxime cuando el artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990 define la naturaleza de tales incrementos. En consecuencia, precisó que como la obligación se hizo exigible el 27 de octubre de 1997, fecha de reconocimiento de la pensión de vejez, a partir de este momento debe empezar a contarse el plazo de 3 años que tenía para accionar, pero como no lo hizo en ese lapso, pues la reclamación administrativa se formuló el 15 de marzo de 2004, el derecho se extinguió por el transcurso del tiempo.

Para refutar ese razonamiento, el recurrente contrapone lo dicho también por esta Sala en la sentencia del 19 de octubre de 2005, radicado 25829, en la que explicó que la tesis de la prescriptibilidad de los reajustes de la pensión por no inclusión de factores salariales no puede extenderse a otras hipótesis que tienen que ver con el estado jurídico de pensionado, con mayor razón cuando el artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990 señala que los incrementos subsisten mientras perduren las causas que le dieron origen.

Pues bien, independientemente de la viabilidad de los incrementos por persona a cargo, que no es el tema del recurso de casación, se anota que la controversia se limita al punto de la prescripción y aunque en principio puede asistirle razón a la censura en cuanto el Tribunal se apoyó

equivocadamente en la sentencia 19557 del 15 de julio de 2003, que alude a la prescripción de los factores que integran la base salarial para establecer el monto de la pensión, situación que no acontece en el asunto bajo examen, sin embargo, su decisión final de considerar prescritos los incrementos por personas a cargo es acertado, pues si precisamente 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”.

Como bien se ve, la anterior decisión va en contravía de lo pregonado por la Corte Constitucional en el sentido de que el derecho al incremento es imprescriptible y, por lo tanto, los jubilados que llevaban más de tres años de haberse pensionado y no habían reclamado dentro de dicho lapso el aludido incremento, pueden reclamar en cualquier tiempo dicho incremento.

Ello evidencia, entonces, que existe una especie de pugna entre los magistrados de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y los de la Corte Constitucional, discusión en la cual resultan afectados los pensionados y pensionadas que, en últimas, son los titulares del derecho a los incrementos por personas a cargo.

Es así como en el presente año, en sentencia T-369 del 18 de junio de 2015, al ocuparse la Corte Constitucional del caso de un pensionado a quien se le había negado el derecho al incremento del 14% que había solicitado por tener a cargo suyo a su esposa, con el argumento de que como no lo había reclamado dentro de los tres años siguientes a la fecha en que le fue reconocida la pensión, había perdido dicho derecho, la Corte le dio prosperidad a la pretensión del pensionado, le amparó sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social en pensiones, dejó sin efectos la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá el cinco (5) de diciembre de dos mil trece (2013), que le había negado el amparo, y le ordenó a dicha Sala proferir una nueva sentencia dentro del

proceso ordinario laboral iniciado por el jubilado, en la que se tengan en cuenta las consideraciones hechas por la Corte en la sentencia.

En la sustentación de su decisión dijo la Corte Constitucional:

“En el presente caso, se advierte que el accionante está solicitando un incremento sobre su pensión mínima que considera, tiene derecho. De acuerdo con lo analizado en precedencia los derechos pensionales son imprescriptibles y se puede solicitar su protección en cualquier momento, de tal forma que, como se verá posteriormente, esta Sala seguirá la interpretación de la Corte, más favorable de la norma que consagra los incrementos señalados, según la cual, la negativa al reconocimiento y pago de la prestación solicitada, vulnera los derechos a la vida digna y a la seguridad social, pues el no reconocimiento de dicha prestación, tal y como el ordenamiento jurídico lo está autorizando, compromete las condiciones mínimas de vida no solo del actor, sino de su cónyuge o compañero (a) permanente”.

Y, más adelante, agrega:

“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.

En esta ocasión, teniendo en cuenta que las personas involucradas (el actor y su cónyuge) son personas de la tercera edad, cuyo único ingreso para solventar sus necesidades básicas, es la pensión mínima del peticionario, y en aplicación del principio de favorabilidad, precepto constitucional, que debe ser utilizado para dirimir conflicto de interpretaciones sobre una misma norma, y así aplicar al caso concreto la que sea más beneficiosa para el trabajador o pensionado, se acogerá la postura de la Sentencia T-831 de 2014”.

No obstante lo anterior, de manera extraña la misma Corte Constitucional al avocar el conocimiento de otra acción de tutela en la que se debatía la procedencia de los incrementos pensionales por personas a cargo, en otra de sus salas expuso:

“Si bien hay un conjunto de sentencias previas al caso que hoy nos ocupa en las que se ha abordado la imprescriptibilidad del derecho fundamental a la seguridad social, específicamente en lo que concierne al derecho pensional, esta Sala no encuentra que el Juzgado accionado, al proferir la sentencia que puso fin al proceso ordinario laboral de única instancia adelantado por el actor, haya a) contrariado la *ratio decidendi* de las sentencias de constitucionalidad que han estudiado el tema objeto de controversia, o haya b) desconocido el alcance del derecho fundamental a la seguridad social fijado por esta Corte a través de la *ratio decidendi* de sus sentencias de tutela.

A la anterior conclusión se arriba, puesto que, como quedó dicho, el precedente constitucional sobre la imprescriptibilidad de las pensiones no incluye una consideración sobre la naturaleza del incremento pensional del 14% por

personas a cargo, asunto que, en principio, corresponde establecer a la jurisdicción ordinaria laboral.

Por lo anterior, no cabe señalar que hubo un desconocimiento del precedente constitucional cuando, ante la ausencia de pronunciamientos repetidos y posturas uniformes dentro de esta Corporación, con sujeción a reiterados pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, el Juzgado Cuarto Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Barranquilla determinó que el incremento pensional pretendido por el accionante estaba sujeto a prescripción, por no revestir un carácter fundamental, esencial o vital, al no ir dirigido, de forma vitalicia y sucesiva, a amparar la subsistencia digna y a sufragar el mínimo vital del actor.

Por todo lo expuesto, la Sala no observa que las actuaciones del Juzgado Cuarto Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Barranquilla constituyan alguna arbitrariedad, o que abierta y caprichosamente hayan desconocido el precedente en esta materia, dado que su decisión se encuentra en consonancia con las normas y la jurisprudencia (tanto de esta Corporación como de la Corte Suprema de Justicia) aplicables al caso concreto.

En consecuencia, la Sala confirmará la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Barranquilla, a través de la cual se denegó el amparo solicitado, pero por las razones expuestas en esta providencia. (Sentencia T 123-15, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez)".

Para rematar este punto sobre la prescriptibilidad o imprescriptibilidad del derecho a reclamar los incrementos pensionales por personas a cargo, vale la pena anotar que la Corte Constitucional señaló la Sentencia de Unificación SU-567 del 3

de septiembre de 2015 que en materia pensional puede ser demandada en cualquier tiempo.

En efecto, La Corte Constitucional reiteró que si la liquidación pensional realizada por la entidad encargada se hace de manera incorrecta, el titular de ese derecho subjetivo está facultado para reclamar tal derecho en cualquier tiempo, puesto que los derechos adquiridos, en tanto derechos irrenunciables e imprescriptibles, no pueden ser desconocidos por simples decisiones de las entidades responsables de reconocer y administrar las pensiones. Según el alto tribunal, ello implica que si la entidad vulnera el derecho fundamental a la correcta liquidación de la misma, el afectado no puede renunciar a reclamar lo debido y, por tanto, no resulta razonable ni proporcionado sancionarlo con la prescripción de la acción para hacer efectivo su goce. Con estos argumentos, el máximo tribunal constitucional reafirmó las razones expuestas en la Sentencia de SU-298 del 2015, que asentó la tesis según la cual la reliquidación pensional para incluir factores salariales no prescribe (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza).

Finalmente, en lo relativo con el tema de la prescripción, no ha existido unanimidad de criterios, en los diferentes Tribunales del país, a manera de ejemplo, varias Salas de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, sostenían que en el tema de los incrementos pensionales por personas a cargo la prescripción era especial y había que acudir al artículo 50 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990 que consagraba un término de 4 años.

Empero, al respecto debe precisarse que la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, ya había manejado el criterio de que la prescripción del artículo 50 del Acuerdo 049 de 1990, opera para las reclamaciones hechas ante el Instituto de Seguros Sociales, esto es, las reclamaciones por vía administrativa y no para acudir ante la justicia ordinaria laboral, toda vez que en este último evento se aplica el término

de prescripción de tres años previsto en los artículos 448 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Es así como en sentencia radicada 35506 del 10 de marzo de 2009. M.P. Dr. Eduardo López Villegas, dijo la Corte lo siguiente:

“En efecto, la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, en Sentencia del 19 de octubre de 2006, Rad. 27365, con ponencia del Dr. Francisco Javier Ricaurte Gómez, dijo con respecto al término prescriptivo del artículo 50 de Decreto 758 de 1990, lo siguiente:

“Cabe advertir que, en cuanto a la prescripción del artículo 50 del Acuerdo 049 de 1990, de tiempo atrás, esta Corporación ha explicado que el ámbito de aplicación de esta norma se circunscribe a reclamaciones ante el Instituto de Seguros Sociales, pues en asuntos judiciales de carácter social, el término de prescripción es de tres años, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 448 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Así se expresó en la sentencia 17771 del 25 de julio de 2002:

“No obstante el contenido de las disposiciones acusadas que establecen una prescripción de 4 años para el reconocimiento de la mesada pensional, estima la Corte que no son las que gobiernan el tema que se debate, pues debe entenderse que tal regulación impera frente a reclamaciones ante el ISS, pero no, como en el presente caso en que son de aplicación los artículos 488 del C .S. T. y 151 del C. P. del T., que son las normas que regulan la prescripción para las acciones judiciales, las cuales no fueron denunciadas en el cargo””.

Conclusiones

No se ha respetado por parte de los administradores de justicia del país el precedente judicial.

La Honorable Corte Constitucional no ha sido coherente en los diferentes fallos que ha emitido lo que da pie para que los jueces y magistrados fallen a su amaño las peticiones que en el asunto tratado se les hacen.

No hay seguridad jurídica, pues mientras unos jueces y tribunales conceden el beneficio otros lo niegan, como si la patria no fuera una sola.

Tampoco ha existido seguridad jurídica en lo que toca con la prescripción del derecho a reclamar el reconocimiento de los incrementos por personas a cargo, pues tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia tienen posiciones diametralmente opuestas.

El principio de la favorabilidad consagrado en nuestra constitución política debe estar, siempre, por encima de intereses particulares del estado.

Los derechos adquiridos no se pueden desconocer por normas posteriores.

El derecho consagrado en el Acuerdo 049 de 1990, puede ser reclamado en cualquier tiempo por parte de los pensionados y solo prescribirán los incrementos pensionales anteriores a tres (3) años a la solicitud de reconocimiento.

Referencias

Colombia, Presidencia de la República. Acuerdo 049 de 1990, artículo 21, 22. Decreto 758 de 1990.

Colombia, Código Sustantivo del Trabajo. Artículos 260, 268, 269, 270, 271 y 272.

Colombia, Congreso de la República. Ley 4a de 1966 (artículo 2º). Ley 33 de 1985 (artículo 5º). Ley 71 de 1988 (parágrafo del artículo 7º).

Colombia, Congreso de la República. Artículos 448 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social

Colombia, Congreso de la República. Ley 100 de 1993, artículos 31 (inciso 2), 34, 36, 40, 289

Colombia, Constitución Nacional de 1991. Artículos 48, 53.

Colombia, Consejo de Estado, Sección Segunda. Demanda número: 11001-03-25-000-2008-00127-00(2741-08). CP Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Colombia, Colpensiones. Circular Externa 1 de 2012.

Colombia, Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Auto 30175 del 26 de septiembre de 2006. MP Francisco Javier Ricaurte Gómez.

Colombia, Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Auto 30882 del 9 de noviembre de 2006, dictada por el Magistrado Eduardo López Villegas

Colombia, Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Sentencias N° 29741 y 29531 del 5 de diciembre de 2007. MP Luis Javier Osorio López.

Colombia, Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Manizales. Sentencia del 23 de mayo de 2011. Rad N° 9715 2009-00458-01. MP Carlos Arturo Guarín Jurado.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-831 de noviembre 11 2014. Sentencia T-369 de junio 18 de 2015. MP. JOSE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-091 de febrero 16 de 2012, M.P. Mendoza Martelo, Gabriel Eduardo.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-217 de abril 17 de 2013, MP. Estrada, Alexei Julio.

Colombia, Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral. Sentencia 27923 del 12 de diciembre de 2007. MP Elsy del Pilar Cuello Calderón.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia 36345. de agosto 10 de 2010. MP. Ricaurte Gómez, Francisco Javier.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia T 123 de marzo 26 de 2015. MP. Guerrero Pérez, Luis Guillermo.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia T-791 de 12 de noviembre de 2013. MP. Guerrero Pérez, Luis Guillermo.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia 35506 del 10 de marzo de 2009. M.P. Dr. Eduardo López Villegas

www.gerencie.com. Colombia. Derecho al incremento pensional por persona a cargo del pensionado no prescribe. Derecho laboral. Por Riobó Rubio Alonso en 04/08/2015. Recuperado el 15 de octubre de 2015.