



REPÚBLICA DE COLOMBIA
Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.
Edificio Nemqueteba - Calle 12C No. 7 - 36 Piso 10
j1ato33@cendoj.ramajudicial.gov.co

BOGOTÁ D.C., OCTUBRE 27 DE 2020

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA No. 11001 31 05 033 2019 00 532 00

HORA DE INICIO	9:26 a.m.
HORA DE TERMINACIÓN	10:14 a.m.

DEMANDANTE (S)	LELIS RUFO HERNÁNDEZ MORALES
DEMANDADO (S)	COLPENSIONES

INTERVINIENTES	<u>JUEZ</u>	<u>JULIO ALBERTO JARAMILLO ZABALA</u>
	DEMANDANTE	NO ASISTE
	APODERADA DEMANDANTE	NO ASISTE
	APODERADA COLPENSIONES	LAURA NATALIA GUERRERO VINCHIRA

1. AUDIENCIA ART. 82		
2. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	DEMANDANTE	NO ASISTE
	DEMANDADO	X

3. VERIFICACIÓN REQUISITOS PROCEDIMENTALES			
a. COMPETENCIA	Territorial	X	
	Subjetivo	X	
b. JURISDICCIÓN	ORDINARIA LABORAL		
c. CUANTÍA	<20 SMLMV		

4. ACTUCIÓN PROCESAL				
ADMISIÓN	28/09/2018			
INTERVENCIÓN DE TERCEROS	NO APLICA			
NOT. DEMANDADO	PERSONAL	2/11/2018	EMPLAZAMIENTO	N/A
AFECCIÓN D. PROCESO Y DEFENSA	NO APLICA			

5. DECISIÓN CONSULTADA				
CONCLUSIONES				
Objeto del Debate Jurídico: Establecer si al demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago del incremento pensional por su hija, de conformidad con lo establecido en el Art. 21 del Acuerdo 049 de 1990. Para tal efecto, se determinará la vigencia de la norma y en caso positivo se establecerá si se acredita la dependencia económica y el no disfrute de una pensión por parte de la hija beneficiaria. Absolvió a Colpensiones al reconocimiento y pago del reconocimiento del incremento pensional reclamado. Para arribar a tal decisión realizó las siguientes conclusiones: Concluyó que no se encontraba acreditado el requisito de dependencia económica de la menor respecto del demandante, pues a consideración de dicho Despacho, para que proceda el reconocimiento de dicho incremento se debe demostrar que el mínimo existencial del menor el asumido 100% por el pensionado, y es la madre quien garantiza el mayor proporción el mínimo existencial de la menor. En consecuencia, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación				

6. PRUEBAS POR DECRETAR	DEMANDANTE	NO APLICA
	DEMANDADO	NO APLICA

7. SENTENCIA	
PRETENSIONES:	1. Reconocimiento incremento pensional 14% a partir del Enero de 2015.
	2. Indexación.

8. EXCEPCIONES	
Prescripción.	
Inexistencia del derecho y de la obligación Colpensiones	

Cobro de lo no debido.	
Imposibilidad de condena en costas.	
Genérica.	
9. FUNDAMENTOS NORMATIVOS	
Art. 21 del Decreto 758 de 1990, por medio del cual se aprueba el Acuerdo 049 de 1990.	Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así: a) En un siete por ciento (7%) sobre la pensión mínima legal, por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años o de dieciocho (18) años si son estudiantes o por cada uno de los hijos inválidos no pensionados de cualquier edad, siempre que dependan económicamente del beneficiario y, [...]
Art. 22 del Decreto 758 de 1990, por medio del cual se aprueba el Acuerdo 049 de 1990.	"Naturaleza de los incrementos pensionales. <u>Los incrementos de que trata el artículo anterior no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez</u> que reconoce el Instituto de Seguros Sociales y el <u>derecho a ellos subsiste mientras perduren las causas que les dieron origen</u> . El Director General del ISS establecerá los mecanismos necesarios para su control"
10. FUNDAMENTOS JURISPRUDENCIALES	
Sentencia Radicado No. 29531 del 5 de Diciembre de 2007, acerca de la vigencia del Incremento Pensional.	
(...) no es dable desconocer tal prerrogativa prevista en el citado Acuerdo del ISS 049 de 1990, cuando <u>frente a dichos incrementos según se explicó no operó la supresión o derogatoria expresa o tácita de la ley (artículos 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</u>, 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 (...)".	
Sentencia T-831 de 2014, Corte Constitucional. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.	
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, o cuando se trata de un hijo en situación de discapacidad que depende económicamente del beneficiario de la pensión. Adicionalmente, el derecho a tales incrementos subsiste mientras perduren las causas que les 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.	
Sentencia T-369 de 2015, Corte Constitucional. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.	
"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 mista 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".	
Sentencia T-395 de 2016, Corte Constitucional. M.P. Alejandro Linares Cantillo.	
Las diferentes Salas de Revisión de esta Corporación han venido pronunciándose, en dos sentidos, respecto del tema de la prescripción del incremento pensional del 14% por cónyuge o compañero permanente a cargo. Por un lado, se encuentran las sentencias en las que se sostiene que los incrementos pensionales son objeto de prescripción, y por otro, aquellas que defienden el carácter imprescriptible del mismo. Así, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que“(...) los principios generales del derecho al trabajo que la doctrina ha establecido y que en Colombia adquieren rango constitucional en el artículo 53 de la C.P., conllevan la primacía de la realidad, la irrenunciabilidad, la favorabilidad, la condición más beneficiosa, el principio pro operario, la justicia social y la intangibilidad de la remuneración” . Sobre el alcance del principio de favorabilidad, la Corte ha establecido que, en principio, se aplica en aquellos casos en los cuales existe duda respecto de cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto, al encontrar que dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho, regulan la solución del caso concreto. En estos eventos los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social. Adicionalmente, ha dicho que la favorabilidad opera, no sólo cuando se presenta un conflicto entre normas, sino también cuando existe una norma que admite varias interpretaciones , en estos casos “el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica” .	

Sentencia T-088 de 2018, Corte Constitucional. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.
En definitiva, las pensiones derivadas del derecho a la seguridad social no admiten una prescripción extintiva del derecho en sí mismo, lo que quiere decir que el reconocimiento de esa garantía constitucional puede ser reclamado en cualquier momento. Sin embargo, esto no sucede con las mesadas pensionales, pues su reconocimiento sí está sujeto a la reclamación oportuna de conformidad con el término de tres años previsto para ello en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En otras palabras, el atributo de la imprescriptibilidad se predica del derecho considerado en sí mismo, pero no de las prestaciones periódicas o mesadas que este genera y que no han sido cobradas.

11. FUNDAMENTOS FÁCTICOS	
PRUEBAS DOCUMENTALES	Folio
Resolución No. 034766 de 2007 mediante la cual se reconoce pensión de vejez al demandante a partir del 9 de Julio de 2007, la cual fue notificada al demandante el 17 de Septiembre de 2007.	9
Certificación de pensión expedida por Colpensiones el 12 de Septiembre de 2018.	10
Derecho de petición radicado ante Colpensiones por medio del cual se solicita el reconocimiento del incremento pensión por hijo menor a cargo, el cual fue radicado el 10 de Julio de 2018.	11
Respuesta de fecha 11 de Julio de 2018 mediante la cual Colpensiones niega el reconocimiento y pago del incremento pensional solicitado.	12
Declaración extrajuicio rendida por el demandante.	13
Registro Civil de Nacimiento de Mariana Hernández Gutiérrez a partir del cual se extrae que su padre es Lelis Rufo Hernández Morales, y que nació el día 26 de Julio de 2010.	14
Certificación estudiantil expedida por la Institución Educativa "Instituto Agrícola Marsella" el 10 de Julio de 2018.	15
Expediente administrativo del demandante en medio magnético.	32
Resolución No. GNR 326340 del 22 de Octubre de 2015, por medio de la cual se reliquida la pensión del demandante.	33 a 36

INT. DE PARTE	
Lelis Rugo Hernández Morales	Es padre de Mariana Hernández Gutiérrez, ella tiene 8 años de edad; ella no vive en Bogotá, vive en Pereira con la mamá hace 7 años, sólo vivió con ella un poco más de dos años; mantiene una buena relación con ellas, cuando recibe la pensión lo primero que hace es girarle su mesada; ningún juzgado o defensor de familia le ha fijado cuota alimentaria; mínimo le gira \$200.000 y si puede más le manda más; la plata que le envía es para sus gastos de alimentación, lo que necesita adicional se lo manda a parte o en especie; va a verla a mitad de año y a fin de año y algunas veces las ha traído para que pase las vacaciones; del gasto de vivienda se encarga la mamá o el le ayuda a veces a solventar la cuota; si no tiene plata la busca prestada para enviarle plata a su hija; el uniforme, medias y cuadernos del colegio se los compra el, también cubre los gastos de matrícula, como estudia en un colegio público no son muchos los gastos; también le cubre los gastos de recreación, le envía dinero para que vaya a piscina o a un parque; su hija no recibe ayuda económica por parte de otro familiar, la mamá ayuda muy poco, él es quien ve por ella casi en su totalidad, pues como viven en un municipio cerca de Pereira los trabajos no son bien remunerados y no tienen prestaciones; la mamá trabaja ocasionalmente pero no tiene un trabajo fijo, trabaja en una cafetería; la mamá tiene SISBEN y recibe un auxilio que es mínimo, cree que son \$80.000 más o menos; viven en Marsella, Risaralda; el arrendamiento que pagan es de \$200.000 más los servicios; los servicios públicos los paga ella pero él le ayuda cuando le hace falta para alguno de los servicios; en promedio el dinero adicional que aporta para la manutención de su hija pueden ser \$300.000 cuando lo necesita; no la tiene afiliada a salud como beneficiaria pues él se encuentra afiliado a Compensar y dicha entidad no tiene cobertura en el municipio en el que residen, intentó cambiarse de EPS para poder afiliarla pero no pudo, la tuvo afiliada cuando vivió en Bogotá; desde que su hija se trasladó le gira el dinero, cuando estaba acá le daba el dinero o lo que necesitara para sus gastos.

PRUEBAS TESTIMONIALES	
Humberto Antonio Santana	Conoce al demandante pues es su cuñado, es el hermano de su esposa, se casó hace 26 años; sus hijos son Alex, Andrea y Mariana; Mariana no vive con él, ella vive en Marsella Risaralda, allí vive con su mamá, ella depende económicamente del demandante; él le gira mensual como 200 y algo más adicional, a veces cubre otros gastos varios; él casi no la visita, va una vez al año más o menos, cree porque no le alcanza el dinero; le consta que hace los giros pues una vez estaba hospitalizado y les pidió el favor de girarle a la niña, como viven prácticamente juntos, el se preocupa mucho para hacerle el giro a la niña; viven en la misma casa; no sabe si otro familiar contribuye para el sostenimiento de Mariana.

Jairo Antonio Rincón	Conoce al demandante pues tienen una amistad desde el año 76’ que estudiaron juntos en el Colegio Mayor San Bartolomé, amistad que se conserva; el demandante tiene tres hijos, conoce a Alexander y Andrea y le ha comentado de Mariana que está en el eje cafetero; sabe por lo que el demandante le ha contado que se encuentra sufragando algunos de los gastos de la niña, vive pendiente de ella en las vacaciones, en los útiles escolares a comienzo de año, y le da un aparte de \$200.000 según le comenta; la ha traído a Bogotá a pasar vacaciones y si la niña necesita algo adicional él lo cubre, está muy pendiente de la niña; según tiene entendido se ven cada 6 meses, en diciembre va a ir a visitarla pues va a hacer la primera comunión y después la va a traer a Bogotá de vacaciones.
----------------------	---

12. CONCLUSIONES
En cuanto al Incremento del 7%
Para que sea concedido el incremento pensional reclamado por el demandante, es necesario que sea plenamente demostrado el vínculo existente entre quien reclama la calidad de hijo menor y el pensionado. Así las cosas, quedó plenamente demostrado el vínculo existente entre la menor Mariana Hernández Gutiérrez y el Sr. Lelis Rufo Hernández Morales con base en el Registro Civil de Nacimiento aportado.
Ahora bien, fue la dependencia económica el aspecto que no encontró acreditado el Juzgado de Pequeñas Causas, sin embargo el Despacho no comparte tal posición, por las razones que se entran a explicar a continuación.
De los testimonios practicados, así como del interrogatorio de parte absuelto por el demandante, se tiene que la menor Mariana Hernández Gutiérrez -a pesar de no vivir junto a su padre en la ciudad de Bogotá- depende económicamente de éste. El señor Lelis envía mensualmente un mínimo de \$200.000 a la madre de la menor a efectos procurar su sostenimiento, así mismo se indica que adicional a esto envía más dinero cuando la niña lo requiere, que cubre los gastos de recreación cuando estos se presentan (cuando hay alguna actividad en el colegio cuyo costo deben asumir o cuando la llevan a algún parque o la piscina en Pereira con su madre), compra los uniformes y útiles escolares que requiere para estudiar, lo claramente da cuenta de la dependencia económica de Mariana respecto de su padre, el señor Lelis Hernández, máxime si se tiene en cuenta que, como bien ha sido sentado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral, en tratándose del reconocimiento de prestaciones propias del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, la dependencia económica a la que se hace referencia para acceder al pago de las mismas no debe ser absoluta.
Pasa ahora el Despacho a mencionar los motivos por los cuales no se comparten los argumentos esbozados por el Juzgado de Pequeñas Causas para negar el reconocimiento del incremento pensional reclamado.
1. Que los gastos económicos y de vivienda son asumidos por la madre, aspectos que son básicos para garantizar el mínimo existencial de la menor, los cuales no son asumidos en un 100% por el demandante, requisito imperativo para acceder al reconocimiento del incremento pensional. Si bien, según lo menciona el propio demandante, es la madre quien se encarga del pago del arriendo de la vivienda y de los servicios públicos, lo cierto es que la vivienda no constituye el único derecho que se debe garantizar a la menor, sino que también hacen parte del núcleo esencial de sus derechos lo relativo a recreación y educación, gastos que se reitera, si son asumidos por el demandante, aunado a esto, sea del caso mencionar que el también colabora con los rubros asumidos por la madre de la menor cuando el dinero no le alcanza.
2. El subsidio del SISBEN por valor de \$80.000, más el valor del arriendo y servicios públicos, garantiza el mínimo existencia de la menor en mayor medida por parte de la madre que del padre. No se puede decir que el hecho de que la madre reciba un subsidio por valor de \$80.000 haga económicamente independiente a la menor respecto de su padre, y que las únicas necesidades de la menor a satisfacer correspondan a vivienda, pues como se señaló de manera precedente, existen otros derechos a garantizar como lo es la educación, la alimentación y la recreación.
3. Que la menor no se encuentra afiliada como beneficiaria del demandante. Frente a este punto indica el demandante que intentó afiliarla a la EPS a la cual se encuentra afiliado, Compensar, no obstante no pudo realizar la afiliación pues dicha entidad no tiene cobertura en el municipio en el que la menor reside (Marsella, Risaralda). Igualmente señala que intentó trasladarse de EPS pero no fue posible. A consideración del Despacho, el hecho que no se haya podido realizar la afiliación de la menor como beneficiaria obedece a motivos ajenos a la voluntad del demandante, cuyas consecuencias negativas no pueden ser imputadas a este, puesto que la afiliación corresponde a trámites legales y de cobertura en los cuales no tiene injerencia el demandante.
En consecuencia, se habría lugar a conceder el incremento pensional a partir del 26 de Julio 2010, fecha en la que nació la menor y a partir de la cual se originaron las causas que dan lugar al reconocimiento del incremento pensional, sin embargo , teniendo en cuenta la orden proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en sede de tutela, no le queda más remedio al Juzgado que acoger la postura fijada por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-140 de 2019, frente a la cual se habían indicado 12 razones por las cuales el suscrito se apartaba del precedente sentado en dicha providencia.

Sea esta la oportunidad para mencionar que en dicha sentencia el Tribunal no valoró cada una de las 12 razones expuestas para apartarse del precedente constitucional, y menos aún mencionó por qué estas no eran válidas para tomar una decisión diferente a la establecida en la SU-140 de 2019, considerando simplemente la configuración del defecto específico de procedibilidad de la acción de tutela en contra de providencias judiciales. Lo anterior constituye un desconocimiento a la autonomía judicial puesto que a pesar de haberse sustentado ampliamente las razones para tomar una postura diferente a la del precedente judicial, el Juez de tutela ordenó el acogimiento de un criterio con el cual, se reitera, no se encuentra de acuerdo el Despacho.

En virtud de lo anterior y teniendo en cuenta que en la SU 140 de 2019 se dispuso que "salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto legislativo 01 de 2015".

Conclusión.

Así pues, dado que el demandante causó el derecho a la pensión en el año 2007, se confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá, pero por los argumentos fijados por la Corte Constitucional en cuanto a la vigencia de los incrementos pensionales.

13. RESUELVE

PRIMERO	DAR CUMPLIMIENTO a la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, en sentencia de tutela de fecha 1 de Octubre de 2020.
SEGUNDO	CONFIRMAR la sentencia de fecha 3 de Mayo de 2019 proferida por el Juzgado Cuarto Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
TERCERO	SIN COSTAS en el Grado Jurisdiccional de Consulta.
CUARTO	REMÍTASE por Secretaría el expediente al Despacho de origen.

La presente audiencia fue realizada a través de la plataforma MICROSOFT TEAMS, de conformidad con lo ordenado en el Acuerdo PCSJA20-11567 emitido por el Consejo Superior de la Judicatura el 5 de junio de 2020, en concordancia con el Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020 del Ministerio de Justicia y del Derecho, y el artículo 122 del Código General del Proceso.


JULIO ALBERTO JARAMILLO ZABALA
JUEZ


JACKELINE RODRÍGUEZ MONTES
SECRETARIA AD HOC