



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá, D. C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación: 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08)
Actor: Instituto de Seguros Sociales (ISS)
Demandado: Nación, Ministerio de la Protección Social

La Sala conoce en única instancia del proceso de nulidad instaurado por el Instituto de Seguros Sociales (ISS) contra la Nación, Ministerio de la Protección Social.

ANTECEDENTES

El Instituto de Seguros Sociales en ejercicio de la acción pública de nulidad que consagra el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicitó con petición de suspensión provisional, la declaratoria de nulidad de los artículos 21 y 22 del Decreto 758 de 1990 «Por el cual se aprueba el Acuerdo Número 049 de febrero 1 de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios», expedido por el presidente de la República con la firma de la entonces ministra de Trabajo y Seguridad Social.

En sentir del instituto las referidas disposiciones deben ser declaradas nulas por inconstitucionalidad, porque los incrementos pensionales que consagran, no forman parte de las prestaciones que reconoce la Ley 100 de 1993 y tampoco están contenidos en su artículo 36, porque para la aplicación del régimen de transición solo tuvo en cuenta la edad, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto; por tanto, según las reglas de la hermenéutica de que trata la Ley 153 de 1887, estos incrementos

Radicación: 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08)
Actor: Instituto de Seguros Sociales (ISS)
Demandado: Nación, Ministerio de la Protección Social

desaparecieron de la vida jurídica a partir del 1 de abril de 1994, cuando cobró vigencia la referida Ley 100 de 1993.

Además, si se entiende que al entrar a regir la Ley 100 de 1993 no se produjo la derogatoria de los aludidos incrementos, se incurre en un contrasentido respecto de la filosofía y contenido del actual sistema pensional que, tal como lo determinó el Ministerio de la Protección Social en el concepto 1001000OAJ de 30 de enero de 2003, debe obedecer a la no vulneración del principio constitucional de sostenibilidad financiera, consagrado por el Acto Legislativo 1 de 2005 modificador del artículo 48 de la Constitución Política.

Igualmente, aunque en criterio de la posición mayoritaria de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, esos incrementos se encuentran vigentes para los pensionados del instituto que estén en régimen de transición, y que en caso de duda frente a su aplicación se debe acudir al principio de favorabilidad; lo cierto es, que este principio supone un conflicto entre normas jurídicas que se encuentran vigentes, situación que no ocurre en este caso.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE SU VIOLACIÓN

En sentir del Instituto de Seguros Sociales los preceptos objeto de acusación transgreden los artículos 13, 53, 48, 345 y 355 de la Constitución Política.

La vulneración al artículo 13 constitucional radica en que si tal como lo argumenta la Corte Suprema de Justicia, los incrementos se deben conceder a los beneficiarios del régimen de transición pensionados antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990 del instituto de Seguros Sociales; ello implica que se están excluyendo a aquellas personas que también obtienen su pensión por cuenta del mismo instituto, pero luego de entrar a regir la referida ley.

Radicación: 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08)
Actor: Instituto de Seguros Sociales (ISS)
Demandado: Nación, Ministerio de la Protección Social

Así mismo, se debe tener en cuenta que cuando la Ley 100 de 1993 estableció el régimen de transición en su artículo 36, estipuló que sus beneficiarios tendrían derecho al régimen anterior, pero únicamente en cuanto a la edad, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión sin aludir a los restantes requisitos, precisamente en la búsqueda por la protección al derecho a la igualdad de todos los afiliados, en desarrollo del principio de progresividad.

También es necesario advertir, que antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 era el Consejo Nacional de los Seguros Sociales Obligatorios el organismo que tenía a su cargo la formulación de las políticas y normas del Instituto de Seguros Sociales, sin que en la actualidad a este instituto se le pueda imponer el pago de los incrementos, so pena de transgredir su derecho a la igualdad frente a las demás entidades administradoras del régimen de prima media con prestación definida, a quienes no les asiste esa obligación.

Los incrementos en cuestión igualmente se oponen a lo dispuesto por el artículo 48 superior modificado por el Acto Legislativo 1 de 2005, porque si bien es cierto, su contenido y finalidad se enmarcaban dentro de un antiguo sistema pensional con baja cobertura, incapacidad financiera y deficiente prestación de servicios asistenciales y económicos para hijos menores, dependientes e inválidos y cónyuges o compañeros permanentes del pensionado, hay que tener presente que en la actualidad se tornan en innecesarios e injustificados ante el desarrollo constitucional de los derechos relacionados con la protección asistencial y prestacional del núcleo familiar.

Lo anterior sumado a que el pago de estos incrementos genera desequilibrio económico en el sistema pensional, porque los mayores valores que hay que reconocer por dicho concepto, se deben deducir de los recursos del fondo común del régimen de prima media con prestación definida, que como lo señala la Ley 100 de 1993 están compuestos por los aportes de los afiliados y sus rendimientos, lo que se traduce en que a los actuales cotizantes es a quienes le corresponde asumir ese sobrecosto.

Radicación: 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08)
Actor: Instituto de Seguros Sociales (ISS)
Demandado: Nación, Ministerio de la Protección Social

Además, tal como lo determina el inciso 5 del artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005, los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, serán los establecidos en el sistema general de pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, sin que las normas acusadas que contemplan los incrementos, fueran incluidas en dicho régimen.

Es transgredido el artículo 345 de la Constitución Política que alude al principio de legalidad del presupuesto, porque si solo el Congreso ostenta la facultad constitucional y legal para, en tiempo de paz, aprobar los ingresos y el gasto público de cada anualidad, no es congruente la existencia actual de unos incrementos que fueron establecidos por el mismo Instituto de Seguros Sociales a través de un órgano colegiado al que otrora le correspondía formular sus políticas y elaborar los reglamentos que lo regentaban.

El artículo 355 superior también se quebranta, porque prohíbe el decreto de auxilios y donaciones a favor de personas naturales por cuenta de las ramas y órganos del poder público, y el pago de los incrementos pensionales implica, que el Instituto de Seguro Social debe *motu proprio* destinar mayores valores para cubrirlos en calidad de dádivas o auxilios pensionales, por fuera del respectivo presupuesto y con financiación del fondo común de naturaleza pública o con los recursos provenientes de la asignación presupuestal anual.

El artículo 53 constitucional es vulnerado con ocasión de la interpretación que la Corte Suprema de Justicia hizo en el sentido de que en aplicación de los principios de favorabilidad y de inescindibilidad, si la Ley 100 de 1993 omitió referirse expresamente a los incrementos, ello se traduce en que no están derogados; pues olvida que de conformidad con el artículo 3 de la Ley 153 de 1887, si una ley regula íntegramente la materia a la que la anterior disposición se refería, debe entenderse como derogada en razón de la derogatoria orgánica.

Finalmente, no es viable aplicar el principio de favorabilidad, porque en este caso no se está ante la presencia de un conflicto en cuanto a la interpretación y aplicación de normas vigentes, sino ante una norma que

Radicación: 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08)
Actor: Instituto de Seguros Sociales (ISS)
Demandado: Nación, Ministerio de la Protección Social

está rigiendo, que es la Ley 100 de 1993 y unas normas que contienen los incrementos, que se encuentran derogadas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El **Ministerio de la Protección Social** solicitó que se emita decisión inhibitoria, porque las normas acusadas fueron derogadas por la Ley 100 de 1993 o que en su defecto se declare la nulidad de las mismas a partir de la vigencia de dicha ley.

Lo anterior, porque comparte el criterio del Instituto de Seguros Sociales, en lo que concierne a que las disposiciones demandadas fueron derogadas desde el momento mismo en el que cobró vigencia la Ley 100 de 1993; por manera, que a partir del 1 de abril de 1994, aquellos que cumplieron los requisitos para acceder a la pensión de vejez e invalidez y quienes los cumplían hacia futuro, no son beneficiarios de los incrementos en cuestión, premisa que se extiende a los afiliados al instituto que se encuentran en régimen de transición según el Decreto 758 de 1990.

Así mismo, cuando la Ley 100 de 1993 reguló en forma integral el sistema de seguridad social ello se traduce en la derogatoria orgánica de los incrementos, y estos tampoco mantienen su vigencia respecto del régimen de transición del artículo 36 de dicha ley, porque en cuanto a los afiliados al Instituto de Seguros Sociales, únicamente dispuso que los requisitos para ser beneficiario del mismo son la edad, las semanas de cotización y el monto de la pensión.

Igualmente, el artículo 22 del «Decreto 758 de 1990» expresamente ordenó, que los incrementos por cónyuge y por hijos que dependan económicamente del pensionado, no forman parte de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el instituto, lo que significa que se torna imposible tenerlos en cuenta dentro del monto de las pensiones de quienes están favorecidos por la transición.

Mantener estos incrementos transgrede los principios de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y de igualdad, pues para

Radicación: 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08)
Actor: Instituto de Seguros Sociales (ISS)
Demandado: Nación, Ministerio de la Protección Social

sufragarlos tendría que ser con cargo al fondo común del régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales, en claro detrimento de los afiliados al sistema, quienes tendrían que solventar a un grupo específico de personas que son aquellas que están favorecidas por el régimen de transición por virtud del Decreto 758 de 1990, dejando de lado a las beneficiarias del régimen de transición de las Leyes 33 de 1985 y 71 de 1988.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Tanto el **Instituto de Seguros Sociales como el Ministerio de la Protección Social** en sus intervenciones previas a la sentencia, reiteraron lo expuesto en la demanda y en la respuesta a la misma.

El Ministerio Público sostuvo que las pretensiones tienen vocación de prosperidad, porque cuando la Ley 100 de 1993 reguló todo el sistema de seguridad social, incluidas las pensiones de vejez e invalidez, se produjo la derogatoria orgánica de los artículos 21 y 22 del «Decreto 758 de 1990».

Además, esta última norma expresamente estipuló que los incrementos no forman parte de esas pensiones, pero subsiste **el derecho a ellas mientras perduren las causas que les dieron origen**, sumado a que dicha ley en sus artículos 31, 34 y 36 solo reguló la edad, el tiempo y el monto de esas pensiones, pero sin contemplar los incrementos.

CONSIDERACIONES

ACOTACIONES PRELIMINARES

En primer lugar se debe señalar, que aunque el Instituto de Seguros Sociales planteó en contra de los artículos 21 y 22 del «Decreto 758 de 1990» la petición de nulidad por inconstitucionalidad, haciéndola consistir en que dichas normas contentivas de los incrementos desconocieron cánones superiores; lo cierto es, que su solicitud tiene sustento en la comparación de

Radicación: 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08)
Actor: Instituto de Seguros Sociales (ISS)
Demandado: Nación, Ministerio de la Protección Social

esos incrementos con la Ley 100 de 1993 y con su régimen de transición, partiendo del argumento central consistente en que los mismos fueron derogados por dicha ley a través de la figura de la derogatoria orgánica, en la medida en que reguló la seguridad social en forma integral a partir de su vigencia.

En este punto se hace pertinente recordar, que cuando de la acción de nulidad por inconstitucionalidad se trata, la misma exige que la confrontación de las normas acusadas deba realizarse en forma directa con los preceptos superiores, a fin de establecer si las mismas los vulneran¹; situación que no ocurre en este caso, porque el cotejo directo, de acuerdo con las inconformidades del demandante, como se advirtió, se debe efectuar frente a la referida Ley 100 de 1993, y por tal razón es que el estudio del asunto propuesto en esta oportunidad se realizará por razones de ilegalidad.

A lo que se debe agregar, que la Corte Constitucional ya emitió pronunciamiento en torno a estos incrementos por persona a cargo, a través de la sentencia de unificación **SU 310 de 10 de mayo de 2017**², en el sentido de que cuando se interpreta que los mismos se pierden por completo a los 3 años de no ser reclamados, ello trae consigo la vulneración de los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital del jubilado, de manera que lo único que prescribe son las mesadas no reclamadas³; lo anterior, de conformidad con la interpretación más favorable al trabajador en aplicación del principio *in dubio*

¹ La Sala precisa que la nulidad por inconstitucionalidad difiere de la de nulidad por ilegalidad, pues la primera es de conocimiento de la Sala Plena Contenciosa y cuenta con un procedimiento especial y ágil dentro del marco del procedimiento ordinario, pero, con reglas especiales que garantizan una decisión ágil sobre la validez, se dirige contra los decretos de carácter general dictados por el Gobierno, cuyo conocimiento no corresponda a la Corte Constitucional y es privativa de los ciudadanos, con lo que adquiere la categoría de acción política, en contraposición con la de nulidad por ilegalidad, que es pública, de conocimiento de la sección correspondiente, que la persona dirige contra el acto administrativo creador de situaciones jurídicas generales, impersonales u objetivas y que busca el restablecimiento de la legalidad para asegurar la actuación lícita de la administración.

² Corte Constitucional, sentencia SU 310 de 10 de mayo de 2017.

³ Ello es así porque: «6.2. [...] las pensiones derivadas del derecho a la seguridad social, no admiten una prescripción extintiva del derecho en sí mismo, ya que (...) el derecho adquirido se incorpora de modo definitivo al patrimonio de su titular y queda cubierto de cualquier acto oficial que pretenda desconocerlo, pues la propia Constitución lo garantiza y protege» y (...) tan pronto una persona reúne los requisitos establecidos en el ordenamiento legal para obtener el mencionado 'status' de pensionado, el derecho adquirido no puede ser desconocido, y se enmarca dentro de la categoría de los derechos que no prescriben en relación con su reconocimiento». Lo cual no ocurre con las mesadas pensionales, cuyo reconocimiento sí está sujeto a su reclamación oportuna».

pro operario. Así señala, que da por cerrado el debate en cuanto a los derechos irrenunciables a la seguridad social como es el caso de los incrementos.

En efecto, expresamente consideró lo siguiente:

No obstante, como unificación de jurisprudencia que es, esta sentencia cierra el debate judicial sobre la existencia de los derechos irrenunciables a la seguridad social que fueron objeto de protección. Por eso, los casos similares, tratados o por tratar, deben ser resueltos por la administración o las autoridades judiciales correspondientes, de acuerdo con los lineamientos jurisprudenciales decantados. **III. DECISIÓN 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*). (Resalta la Sala).**

En segundo lugar, es necesario indicar en aras de evitar confusión que, aunque la demanda fue instaurada en contra de los artículos 21 y 22 del «Decreto 758 de 1990», lo cierto es que este decreto únicamente cuenta con 2 artículos. Y, es a través del artículo 1, que se aprueba el Acuerdo 49 de 1990 «Por el cual se expide el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte», cuyo texto es el que contiene las normas acusadas.

En tercer lugar, se advierte que es obligatorio emitir decisión de fondo respecto de la legalidad del Acuerdo 049 de 1990, porque es evidente que en la actualidad sigue produciendo efectos, frente a todas aquellas personas que fueron jubiladas a su amparo.

Es por este motivo que no le asiste razón al Ministerio de la Protección Social, cuando en su intervención argumenta, que la decisión que se profiera debe ser inhibitoria ante la pérdida de vigencia de las normas objetadas, porque lo cierto es, que desde que entraron en vigor están generando repercusiones jurídicas que han irradiado en todas las situaciones que de ellas han surgido.

Radicación: 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08)
Actor: Instituto de Seguros Sociales (ISS)
Demandado: Nación, Ministerio de la Protección Social

PROBLEMA JURÍDICO

La presente contención se centra en determinar si los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado a través del Decreto 758 de 1990, son nulos por ilegalidad porque, en sentir de las partes, los incrementos de las pensiones de vejez y de invalidez que consagran, perdieron su vigencia debido a que se produjo su derogatoria orgánica al entrar a regir la Ley 100 de 1993.

En esta perspectiva y a fin de desatar la *litis* la Sala inicialmente transcribirá los artículos acusados que consagran los incrementos pensionales; luego los estudiará dentro del contexto del Acuerdo 49 de 1990: después aludirá a la normativa anterior que los venía regulando; también hará referencia a la sentencia SU 310 de 2017 en la que la Corte Constitucional unificó su jurisprudencia en torno a los mismos; seguidamente analizará la derogatoria orgánica según la establece la Ley 153 de 1887; a continuación hará referencia a la Ley 100 de 1993 que consagró el sistema de seguridad social integral; para finalmente determinar, si los referidos incrementos subsisten luego de haber sido expedida esta última ley.

NORMAS DEMANDADAS

La declaratoria de nulidad se solicita respecto de los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, que fue aprobado a través del Decreto 758 de 1990, cuyo tenor literal es el siguiente:

DECRETO 758 DE 1990

(Abril 11)

Diario Oficial No 39.303, de 18 de abril de 1990

MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Por el cual se aprueba el Acuerdo número 049 de febrero 1 de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, en ejercicio de la facultad conferida en el Decreto-ley 1650 de 1977, artículo 43, último inciso,

Radicación: 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08)
Actor: Instituto de Seguros Sociales (ISS)
Demandado: Nación, Ministerio de la Protección Social

DECRETA:

ARTÍCULO 1º. Apruébase el Acuerdo número 049 de febrero 1 de 1990, emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, cuyo texto es el siguiente:

ACUERDO 49 DE 1990
(febrero 1)

Por el cual se expide el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte.

[...]

ARTÍCULO 21. INCREMENTOS DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMÚN Y VEJEZ. 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,

b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión.

Los incrementos mensuales de las pensiones de invalidez y de vejez por estos conceptos, no podrán exceder del cuarenta y dos por ciento (42%) de la pensión mínima legal.

ARTÍCULO 22. NATURALEZA DE LOS INCREMENTOS PENSIONALES. 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. El Director General del ISS establecerá los mecanismos necesarios para su control».

CONTEXTUALIZACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 21 Y 22 DEL ACUERDO 049 DE 1990

Primeramente se debe tener en cuenta, que el Instituto de Seguros Sociales a través del Acuerdo 049 de 1990, estableció el reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte de origen no profesional, y sus destinatarios tal como lo señaló expresamente su artículo 1⁴ eran: forzosos, facultativos y otros sectores de la población respecto de

⁴ Acuerdo 49 de 1990. Artículo 1. «Afiliados al seguro de invalidez, vejez y muerte. Salvo las excepciones establecidas en el artículo 2 del presente Reglamento, estará sujetos al seguro social obligatorio contra los riesgos de invalidez, vejes y muerte de origen no profesional: 1. En forma forzosa

Radicación: 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08)
Actor: Instituto de Seguros Sociales (ISS)
Demandado: Nación, Ministerio de la Protección Social

quienes se ampliara la cobertura de ese régimen de seguros sociales obligatorios.

Este acuerdo en el artículo 6⁵ fijó los requisitos para tener derecho a la pensión de invalidez que son: ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido y haber cotizado 150 semanas dentro de los 6 años anteriores a la fecha del estado de invalidez o 300 semanas en cualquier época con anterioridad al estado de invalidez. En el artículo 10⁶ señaló, que dicha pensión se comienza a pagar desde que se estructura ese estado, y se convierte en pensión de vejez en el momento en el que se cumpla la edad mínima para adquirirla.

En su artículo 12⁷ determinó los requisitos para tener derecho al reconocimiento de la pensión de vejez que son: 60 años de edad en el caso de los hombres, 55 años de edad en el de las mujeres y un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas o haber acreditado 1000 semanas de

u obligatoria: a) Los trabajadores nacionales o extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o aprendizaje; b) es mediante contrato de trabajo o de aprendizaje; b) Los funcionarios de seguridad social del Instituto de Seguros Sociales y, c) los pensionados por jubilación cuyas pensiones vayan a ser compartidas con las pensiones de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales o asumidas totalmente por él. 2. En forma facultativa: a) Los trabajadores independientes; b) Los sacerdotes diocesanos y miembros de las Comunidades Religiosas y, c) Los servidores de entidades oficiales del orden estatal que al 17 de julio de 1977 se encontraban registradas como patronos ante el ISS. 3. Otros sectores de población respecto de quienes se amplíe la cobertura del régimen de los seguros sociales obligatorios».

⁵ Acuerdo 49 de 1990. Artículo 6. «Requisitos de la pensión de invalidez. Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones: a) Ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido y, b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez».

⁶ Acuerdo 49 de 1990. Artículo 10. «Disfrute de la pensión de invalidez por riesgo común. La pensión de invalidez por riesgo común, se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse en forma periódica y mensual desde la fecha en que se estructure tal estado. [...] La pensión de invalidez se convertirá en pensión de vejez, a partir del cumplimiento de la edad mínima fijada para adquirir este derecho».

⁷ Acuerdo 49 de 1990. Artículo 12. «Requisitos de la pensión de vejez. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos: a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y, b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo».

Radicación: 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08)
Actor: Instituto de Seguros Sociales (ISS)
Demandado: Nación, Ministerio de la Protección Social

cotización sufragadas en cualquier tiempo. En el artículo 13⁸ indicó, que esta pensión se reconoce cuando se reúnan los anteriores requisitos.

Luego el acuerdo en comento determinó como normas comunes a los riesgos de invalidez y de vejez; de un lado, las concernientes a las cuantías básicas de cada pensión, con sus aumentos y límites máximos de reconocimiento pensional, que están contenidas en su artículo 20⁹, y de otro las que aluden a los incrementos por personas a cargo del beneficiario de esas pensiones de invalidez y vejez, que están consagrados en los artículos 21 y 22.

Pues bien, el artículo 21, que es acusado en este proceso, ordena que las pensiones de invalidez y de vejez se «incrementarán»¹⁰ es decir, que aumentarán por cada hijo menor de 16 años; por cada hijo de 18 años, si es estudiante; por cada hijo inválido no pensionado de cualquier edad, siempre que dependa económicamente del beneficiario; por el cónyuge o compañero del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión.

⁸ Acuerdo 49 de 1990. Artículo 13. «Causación y disfrute de la pensión de vejez. La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo».

⁹ El artículo 20 dispuso que la pensión de invalidez se integraría así: «1. **Pensión de Invalidez Permanente Total:** a) Con una **cuantía básica** igual al cuarenta y cinco por ciento (45%) del salario mensual de base y, b) Con **aumentos** equivalentes al tres por ciento (3%) del mismo salario mensual de base por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización. El valor total de la pensión no podrá superar el 90% del salario mensual de base ni ser inferior al salario mínimo legal mensual ni superior a quince veces este mismo salario. 3. (sic) **Gran Invalidez:** a) Con una **cuantía básica** igual al cincuenta y cuatro por ciento (57%) del salario mensual de base y, b) Con **aumentos** equivalentes al tres por ciento (3%) del mismo salario mensual de base por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización. El **valor total de la pensión no podrá superar** el 90% del salario mensual de base ni ser inferior al salario mínimo legal mensual ni superior a quince veces este mismo salario. Y la pensión de vejez se integraría así: «a) con una **cuantía básica** igual al 45% del salario mensual de base y b) con **aumentos** equivalentes al 3% del mismo salario mensual de base por cada 50 semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras 500 semanas de cotización. El **valor total de la pensión no podrá superar** el 90% del salario mensual de base ni ser inferior al salario mínimo legal mensual ni superior a 15 veces este mismo salario».

¹⁰ La expresión incremento, proviene del latín *incrementum*, que significa aumento. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. 2014. [citado en 26 octubre de 2017]. Disponible en internet: <<http://dle.rae.es/?id=LKCvKJJ>>

Radicación: 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08)
Actor: Instituto de Seguros Sociales (ISS)
Demandado: Nación, Ministerio de la Protección Social

Este incremento corresponde en el caso de los hijos al 7% y en el del cónyuge o compañero permanente al 14%, sobre la pensión mínima del pensionado y sin que en ambos casos puedan exceder el 42% sobre esa pensión mínima.

Así resulta evidente, que de conformidad con este precepto, tanto la pensión de vejez como la de invalidez ya reconocidas o que se vayan a reconocer de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, se aumentan o incrementan **únicamente** cuando tienen ocurrencia eventos en los que **se comprueban relaciones de parentesco entre los beneficiarios de las mismas y sus familiares, acompañadas de especiales circunstancias predicables de estos últimos**, que hacen referencia a su edad, su capacidad o su dependencia económica respecto de los primeros.

Por su parte, el artículo 22 también acusado, de manera expresa estipula, que estos incrementos o aumentos **no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales**. Y agrega, que el derecho a ellos subsiste **mientras perduren las causas que les dieron origen**.

Lo anterior, porque evidentemente no forman parte de la cuantía básica de la pensión correspondiente, en tanto que se reconocen al pensionado o a quien se vaya a pensionar por invalidez o vejez según el Acuerdo 049 de 1990, pero, siempre que existan o se presenten circunstancias referidas a la edad, la capacidad o la dependencia económica de sus familiares; de manera que cuando estas condiciones específicas desaparezcan en el familiar del beneficiario de las pensiones de invalidez o vejez, cesa la obligación para el Instituto de Seguros Sociales de seguir las reconociendo, asistiéndole a este instituto el deber de establecer los mecanismos para controlar los incrementos.

REGULACIÓN ANTERIOR DE LOS INCREMENTOS PENSIONALES

Radicación: 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08)
Actor: Instituto de Seguros Sociales (ISS)
Demandado: Nación, Ministerio de la Protección Social

La **Ley 90 de 1946**¹¹ en su artículo 1, estableció el seguro social obligatorio de los trabajadores contra los riesgos de enfermedad no profesional y maternidad; invalidez y vejez; accidente de trabajo y enfermedad profesional; y muerte. A la par en el artículo 8¹², creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales a efecto de que ejerciera la dirección y vigilancia de los seguros sociales.

Entre otras funciones en su artículo 9, le atribuyó la de elaborar y modificar sus propios estatutos y reglamentos generales, sobre los fundamentos fijados por esta misma ley y con sometimiento a la aprobación del presidente de la República. Y en el artículo 10 ordenó, que la dirección administrativa, financiera y técnica del instituto quedaba a cargo de un Consejo Directivo y de un Gerente General.

En efecto, en el año 1966 este consejo profirió el Acuerdo 224 que fue aprobado por el Gobierno Nacional a través del Decreto 3041 de 1966, en cuyo artículo 16¹³ estipuló un **incremento** tanto para la pensión mensual de vejez como de invalidez, en el 7% sobre la pensión mínima por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años o 18 años, si eran estudiantes o inválidos de cualquier edad, que dependieran económicamente del beneficiario, y en un 14% sobre la pensión mínima para el cónyuge del beneficiario, siempre que este último no disfrutara de pensión de vejez o de invalidez. Tales Incrementos no podían exceder el 42% sobre la pensión mínima.

¹¹ Ley 90 de 1946 «Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales».

¹² Ley 90 de 1946. Artículo 8. «Para la dirección y vigilancia de los seguros sociales, créase como entidad autónoma con personería jurídica y patrimonio propio, un organismo que se denominará Instituto Colombiano de Seguros Sociales, cuya sede será Bogotá».

¹³ **Acuerdo 224 de 1966. Artículo 16.** «La pensión mensual de invalidez y la de vejez se incrementarán así: a. En el siete (7%) por ciento sobre la pensión mínima por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años o de 18 años si son estudiantes o inválidos de cualquier edad, que dependan económicamente del beneficiario, y b. En el catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima para el cónyuge del beneficiario, siempre que éste no disfrute de una pensión de invalidez o vejez. Los incrementos mensuales de las pensiones de invalidez y de vejez por estos conceptos, no podrán exceder el porcentaje máximo del cuarenta y dos por ciento (42%) sobre la pensión mínima».

Radicación: 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08)
Actor: Instituto de Seguros Sociales (ISS)
Demandado: Nación, Ministerio de la Protección Social

Con posterioridad, el **Decreto Ley 1650 de 1977**¹⁴, que en el artículo 47 cambió la denominación del instituto en mención por Instituto de Seguros Sociales¹⁵, dispuso en su artículo 36¹⁶, que en adelante, el Consejo Nacional de Seguros Obligatorios, sería el que tendría a cargo la dirección general del régimen de dichos seguros, función acorde con la cual le correspondía según su artículo 43¹⁷, aprobar los reglamentos sobre las condiciones generales y los términos necesarios para el reconocimiento y la efectividad de las prestaciones correspondientes a los distintos seguros, previo concepto del superintendente de seguros de salud, requiriendo además para su validez, de la aprobación del Gobierno Nacional.

Fue el referido Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios el que expidió el **Acuerdo 049 de 1 de febrero de 1990**, en uso de la atribución conferida por el literal e) del artículo 43 del Decreto Ley 1650 de 1977, a través del cual aprobó su propio reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte de origen no profesional, con el fin, entre otros, de unificar la regulación existente sobre dichos temas¹⁸.

¹⁴ Decreto Ley 1650 de 1977 «Por el cual se determinan el régimen y la administración de los seguros sociales obligatorios, y se dictan otras disposiciones».

¹⁵ Decreto Ley 1650 de 1977. Artículo 47. «De la naturaleza del Instituto de Seguros Sociales. El Instituto Colombiano de Seguros Sociales funcionará en adelante como establecimiento público con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, con el nombre de Instituto de Seguros Sociales, y sometido a la dirección y coordinación del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios. [...]. El instituto tendrá domicilio principal en Bogotá y domicilios especiales en otras ciudades del país».

¹⁶ Por virtud del **artículo 36 del Decreto 1650 de 1977, se creó el «Consejo Nacional de Seguros Obligatorios como organismos del gobierno que tendrá a su cargo la formulación de políticas y la dirección general del régimen de dichos seguros, para lo cual cumplirá las funciones que se le asignan en el presente Decreto».**

¹⁷ **Decreto 1650 de 1977. Artículo 43. «El Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios tendrá las siguientes funciones: [...] e. Aprobar los reglamentos generales sobre las condiciones y los términos necesarios para el reconocimiento y la efectividad de las prestaciones correspondientes a los distintos seguros, previo concepto del Superintendente de Seguros de Salud», que requerían para la validez de su ejercicio, tal como lo indicó el mismo artículo en su inciso final de «la aprobación del Gobierno Nacional». Este organismo desapareció por cuenta del artículo 42 del Decreto 2148 de 1992 «Por el cual se reestructura el Instituto de Seguros Sociales, ISS».**

¹⁸ El Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios emitió el Acuerdo 49 de 1990 por considerar «Que se hace necesario ajustar las normas del Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte al Decreto - ley 1650 de 1977 por establecerlo su artículo 132, así como unificar la legislación existente sobre la materia; que el Superintendente Nacional de Salud expidió concepto favorable según Oficio número 00557 de junio 23 de 1989, y que el proyecto de este Acuerdo fue aprobado por la Junta Administradora de Seguros Económicos por Acuerdo 075 de octubre 5 de 1989».

Radicación: 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08)
Actor: Instituto de Seguros Sociales (ISS)
Demandado: Nación, Ministerio de la Protección Social

Y en su artículo 21, tal como quedó visto en acápite anterior determinó que las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán en un **7%** sobre la pensión mínima legal, **por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años o de 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 en un 14%** sobre la pensión mínima legal, **por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y que no disfrute de una pensión.** Estos incrementos mensuales de las pensiones de invalidez y de vejez por estos conceptos, no podrán exceder del 42% de la pensión mínima legal.

Y en el **artículo 22** estableció, que **estos incrementos no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales y que el derecho a ellos subsiste mientras perduren las causas que les dieron origen**, además, que **el director general del Instituto de Seguros Sociales establecerá los mecanismos necesarios para su control.**

Este Acuerdo 49 de 1990 fue aprobado a través del **Decreto 758 de 1990**¹⁹, emitido por la ministra de Trabajo y Seguridad Social.

Como se infiere del anterior recuento legal, el seguro social obligatorio fue establecido con el fin de que los trabajadores obtuvieran amparo contra varios riesgos, entre ellos, el de invalidez y vejez de origen común.

Para ejercer la dirección y vigilancia de esos seguros sociales, se creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales que contaba con un Consejo Directivo, que cuando pasó a ser Instituto de Seguros Sociales se denominó Consejo Nacional Directivo, órgano al que le correspondía aprobar los reglamentos relacionados con las condiciones generales y los términos necesarios para el reconocimiento y la efectividad de las referidas prestaciones a favor de sus afiliados.

¹⁹ Decreto 758 de 1990 «Por el cual se aprueba el Acuerdo Número 049 de febrero 1 de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios».

Radicación: 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08)
Actor: Instituto de Seguros Sociales (ISS)
Demandado: Nación, Ministerio de la Protección Social

En ejercicio de esas funciones este Consejo expidió el Acuerdo 049 de 1990 que, tal como se señaló con anterioridad, en sus artículos 21 y 22 ordenó que las pensiones de invalidez y de vejez del jubilado se debían incrementar, siempre que sus hijos, cónyuge o compañero o compañera permanente se encontraran enfrentando especiales circunstancias relacionadas con la edad, capacidad o dependencia económica respecto de ese pensionado; que subsisten mientras perduren esas causas que les dieron origen; y que por supuesto, no forman parte integrante de esas pensiones de invalidez y de vejez.

LA SENTENCIA SU 310 DE 2017 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

A esta altura se hace necesario señalar, que la Corte Constitucional en la sentencia SU 310 de 10 de mayo de 2017 unificó la jurisprudencia en cuanto al alcance del derecho a los incrementos pensionales contenidos en los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, en el entendido de que las controversias jurídicas que se presenten en torno a estas normas, que aún siguen produciendo efectos, deben ser resueltas de conformidad con los principios que rigen la Constitución actual.

Al respecto consideró que:

7. Unificación de jurisprudencia sobre la imprescriptibilidad de los incrementos pensionales.

7.1. El Acuerdo 049 de 1990, emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorio y aprobado por el Decreto 758 de 1990 en el mes de abril, expidió el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte. En su artículo 21 reconoció el derecho al incremento pensional por persona a cargo, disponiendo que las pensiones de vejez e invalidez se incrementan en un 7% y/o en un 14% sobre la pensión mínima legal, por cada uno de los hijos menores de edad o por el cónyuge o compañero del beneficiario, siempre que dependan económicamente de éste y no disfruten de una pensión.

Acerca de las normas que se encontraban vigentes antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, la Corte ha aceptado que si bien en principio solo tienen “*aplicabilidad a situaciones que tuvieron lugar con posterioridad a su vigencia, ello no presenta impedimento alguno para que, en los casos en los que la situación jurídica no se ha consolidado o, sus efectos siguen surtiéndose, una nueva norma pueda entrar a regular y a modificar situaciones surtidas*”

Radicación: 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08)
Actor: Instituto de Seguros Sociales (ISS)
Demandado: Nación, Ministerio de la Protección Social

con anterioridad a su vigencia". De manera que las controversias jurídicas que se presenten en torno a las normas contenidas en el Acuerdo 049 de 1990, muchas de las cuales aún siguen produciendo efectos, deben ser resueltas de conformidad con los principios que rigen la Constitución actual. (Resalta la Sala).

Fue así, como al seleccionar para revisión varias acciones de tutela concernientes a la prescripción de los incrementos pensionales, que fueron instauradas contra sentencias de la justicia ordinaria laboral proferidas en procesos cuyo demandado era Cajanal²⁰, encontró que con las mismas se transgredieron los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital de los demandantes, porque en ellas se les negó el reconocimiento y pago de esos incrementos por persona a cargo en aplicación del término de prescripción de 3 años, olvidando que cuando existen varias interpretaciones frente a las reglas laborales contenidas en la ley, las autoridades judiciales se encuentran en el deber de escoger la interpretación más favorable a los intereses del trabajador, de acuerdo con el artículo 53 superior y en aplicación del principio de *in dubio pro operario*.

En efecto determinó que:

3.1. Los principios de favorabilidad laboral e *in dubio pro operario*²¹ son mandatos constitucionales reconocidos en el artículo 53 constitucional, conforme al cual, **el juez laboral debe interpretar el estatuto del trabajo teniendo en cuenta la "(...) situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho".**²² En otras palabras, no importa cuál sea la fuente formal del derecho, pues en su aplicación e interpretación, **siempre se ha de preferir la situación o el estado de cosas más favorable a los trabajadores. Ocurre así con la jurisprudencia o con la ley, por ejemplo, cuando hay varios**

²⁰ En la sentencia SU 310 de 2017, la Corte Constitucional informa que: «2.1. Presentación general de los casos. Preliminarmente, debe advertirse que en esta ocasión se revisan once acciones de tutela, de entre las cuales nueve fueron instauradas contra providencias judiciales y dos contra la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, por la negativa a reconocer y pagar a favor de los accionantes los incrementos pensionales por persona a cargo, con fundamento en la prescripción del derecho».

²¹ El principio *in dubio pro operario* también ha sido llamado "favorabilidad en sentido amplio". Al respecto ver: Corte Constitucional, sentencias T-832A de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva); T-730 de 2014 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez); T-569 de 2015 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez), entre otras, en las que la Corte diferenció y definió el alcance de los principios de favorabilidad e *in dubio pro operario*.

²² Constitución Política, Artículo 53.

Radicación: 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08)
Actor: Instituto de Seguros Sociales (ISS)
Demandado: Nación, Ministerio de la Protección Social

enunciados normativos que regulan una misma situación jurídica (favorabilidad) o cuando respecto de un mismo texto legal existen distintas interpretaciones (*in dubio pro operario*); casos en los cuales le corresponde al operador jurídico aplicar el más favorable al trabajador.²³ Tales mandatos constitucionales se reflejan en el ámbito legal, pues el Código Sustantivo del Trabajo (artículo 21) los reconoce como principios generales aplicables a toda “norma vigente del trabajo”.²⁴ (Resalta la Sala).

De esta manera consideró, que la interpretación jurídica más razonable, es la relacionada con que los incrementos pensionales por persona a cargo no prescriben con el paso del tiempo, ello en respeto por los principios de *in dubio pro operario*, mínimo vital y de dignidad humana al igual que del derecho a la irrenunciabilidad social, que es condición básica que se debe reconocer a toda persona, por orden del artículo 48 constitucional.

Sumado a que las autoridades judiciales y administrativas no solo tienen la obligación de amparar a quienes son sujetos de especial protección porque se encuentran en condiciones de debilidad física o económica, sino que además tienen la obligación de solidaridad frente a los familiares de dichos jubilados, que podrían verse beneficiados por el reconocimiento de los incrementos pensionales de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, que en su mayoría igualmente son personas de especial protección constitucional en razón a su edad o situación de discapacidad y que además se encuentran en condiciones económicas precarias; sin perder de vista que los incrementos pensionales están encaminados a garantizar la vida digna y el mínimo vital de los integrantes de un núcleo familiar.

En este sentido expresamente determinó que:

²³ Corte Constitucional, Sentencia C-168 de 1995 (MP Carlos Gaviria Díaz). En esta sentencia se dijo: “De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador”.

²⁴ Código Sustantivo del Trabajo. Artículo 21 «En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad».

Radicación: 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08)
Actor: Instituto de Seguros Sociales (ISS)
Demandado: Nación, Ministerio de la Protección Social

7.4. [...] Por eso, la Sala Plena decide que: **la interpretación que resulta más acorde a la Constitución Política por ser favorable a los intereses de los trabajadores pensionados** en el caso concreto, es aquella según la cual los incrementos pensionales de que trata el artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990, no prescriben con el paso del tiempo, esto es, la primera que dio la jurisprudencia al problema analizado. Esta es la respuesta más acorde con el orden constitucional vigente por cuatro razones básicas. (i) Encuadra en el marco de la disposición normativa contenida en el artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990, al reconocer que al subsistir el derecho al incremento perduran las causas que le dieron origen, y corresponde con la interpretación autorizada por las normas constitucionales, ya que es respetuosa del principio de *in dubio pro operario*. (ii) Fue la primera respuesta que se dio al problema jurídico y es la que más se ha reiterado por parte de más magistradas y magistrados (sentencias T-217 de 2013, T-831 de 2014, T-319 de 2015, T-369 del 2015 y T-395 de 2016). (iii) Es la postura que más ha justificado por qué, constitucionalmente es preferible asumir la primera y no la segunda opción; las sentencias que han dado la segunda respuesta al problema jurídico (la más restrictiva de los derechos constitucionales involucrados), se preocuparon más en argumentar y demostrar que no existía un precedente claro y fijo a seguir en la jurisprudencia, y que por tanto podían decidir distinto, a como ya se había hecho inicialmente, que a argumentar y demostrar que la segunda respuesta era más acorde con los principios constitucionales aplicables, en especial el derecho al mínimo vital y a la dignidad humana. (iv) Finalmente, la primera de las respuestas, al basarse en los principios de imprescriptibilidad de los derechos pensionales y favorabilidad en materia laboral, es, precisamente, la respuesta que mejor y con mayor suficiencia se encuentra motivada a la luz de los principios del orden constitucional vigente. Como la propia Constitución lo dice, el derecho a la irrenunciabilidad social es de todos los habitantes. Ni siquiera es un presupuesto o una contraprestación de la ciudadanía. Es una condición básica que, como parte de la dignidad humana, se reconoce a toda persona que está en Colombia (art. 48, CP).

Además, la Sala considera que se suma una quinta razón adicional (v) pues es deber de las autoridades judiciales y administrativas cumplir con el deber de protección a sujetos de especial protección y en condiciones de debilidad física o económica (art. 13, CP) así como con el deber de solidaridad (Artículos 1°, 48 y 95.2 de la Constitución Política) frente a los familiares de los accionantes que podrían verse beneficiados por el reconocimiento de los incrementos pensionales de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990. En su mayoría, además de las condiciones económicas precarias, son personas de especial protección constitucional en razón a su edad o situación de discapacidad. Sobre todo si se tiene en cuenta que los incrementos pensionales en mención están encaminados a garantizar una vida digna y el mínimo vital de los integrantes de un núcleo familiar. (Resalta la Sala)

Finalmente en esta decisión de unificación, la Corte Constitucional ordenó a la Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES), que en aplicación del orden constitucional y legal vigente, reconociera los incrementos pensionales a favor de los accionantes, siempre que cumplieran con las condiciones establecidas por el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 para acceder a ellos y sin poder negarlos so pretexto de que el derecho prescribió, con lo que de paso se reducen los litigios innecesarios en esta materia y las violaciones a los derechos fundamentales de los pensionados. Además, solicitó al Gobierno Nacional que a través de los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y del Trabajo, adopte las medidas adecuadas **con el fin de asegurar que COLPENSIONES cuente con la capacidad financiera necesaria para asumir los costos derivados** de la protección efectiva de los derechos fundamentales analizados, y para el efecto, debe identificar los impactos reales que puedan poner en riesgo la inclusión de este u otros derechos fundamentales y, si esto ocurre, tomar las medidas para proveer a dicha entidad de las herramientas necesarias para que pueda cumplir con las órdenes impartidas.

En efecto, dispuso lo siguiente:

9. Conclusiones y órdenes a impartir

[...]

9.5. En consecuencia, a continuación la Sala:

(i) Revocará las sentencias proferidas por los jueces de tutela en cada uno de los expedientes de la referencia, para en su lugar **amparar los derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital de los accionantes.**

(ii) Inaplicará las providencias judiciales proferidas por las autoridades judiciales accionadas en los procesos ordinarios laborales, en lo referente a la decisión de negar el reconocimiento de los incrementos pensionales por persona a cargo, con fundamento en la prescripción del derecho. Estas decisiones judiciales serán inoponibles ante cualquier trámite relacionado con los incrementos pensionales.

(iii) **Le ordenará a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, que, aplicando el orden constitucional y legal vigente, reconozca los incrementos pensionales a favor de los accionantes que cumplan con las condiciones previstas en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 para acceder a ellos,** en los términos expuestos en la presente sentencia y sin negar la prestación, en ningún caso, bajo el pretexto de que el derecho prescribió o con

Radicación: 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08)
Actor: Instituto de Seguros Sociales (ISS)
Demandado: Nación, Ministerio de la Protección Social

fundamento en las decisiones judiciales que se inaplicaron. **La finalidad de esta orden es reducir la litigiosidad innecesaria en la materia, lo cual conllevará a reducir las violaciones a los derechos fundamentales de los pensionados así como la necesidad de iniciar trámites burocráticos y judiciales que generan a la administración y a la justicia costos reales (manifestados en los trámites procesales), costos de oportunidad (por los trámites burocráticos y judiciales que se dejan de adelantar) y costos simbólicos (al dar la impresión de que la administración no respeta los derechos fundamentales).**

(iv) **Le ordenará a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, realizar a favor de los accionantes que resulten beneficiarios de los incrementos pensionales previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, los pagos retroactivos no prescritos, comprendidos en los tres años anteriores contados a partir de la notificación de la presente sentencia de unificación.**

(v) **Solicitará al Gobierno Nacional que, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Ministerio del Trabajo, tome las medidas adecuadas y necesarias para asegurar que la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, cuente con la capacidad financiera necesaria para asumir los costos derivados de la protección efectiva de los derechos fundamentales analizados. Para el efecto, deberá identificar los impactos reales que puedan poner en riesgo la inclusión de este u otros derechos fundamentales y, si esto ocurre, tomar las medidas para proveer a Colpensiones de las herramientas necesarias para que pueda cumplir con las órdenes aquí proferidas; [...]. (Resalta la Sala).**

Así se tiene, que la sentencia SU 310 de 2017 fue proferida por la Corte Constitucional con el fin de unificar la jurisprudencia en torno a los incrementos pensionales por persona a cargo de que tratan los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, en el sentido de que no prescriben con el paso del tiempo, porque el derecho a los mismos subsiste mientras perduren las causas que les dieron origen, y por tanto, las autoridades judiciales al igual que las administrativas están en la obligación de proteger a los jubilados al igual que a sus familiares beneficiarios de esos incrementos, en cumplimiento del deber de solidaridad en la medida en que todos ellos son sujetos de especial protección por parte del Estado y en garantía de la vida digna y el mínimo vital del núcleo familiar.

Todo lo anterior, acorde con los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso, a la seguridad social, al mínimo vital, a la dignidad humana, a la irrenunciabilidad social de los jubilados, a la imprescriptibilidad de los

derechos pensionales y a la solidaridad, y de conformidad con los principios de favorabilidad y de *in dubio pro operario*

LA LEY 153 DE 1887 Y LA DEROGATORIA ORGÁNICA

En cuanto a la derogatoria orgánica de las leyes se debe tener presente, que la Ley 153 de 1887²⁵ a través de la cual se reformaron los códigos nacionales de la época, en su primera parte relacionada con las reglas generales sobre la validez y la aplicación de las leyes, concretamente en el artículo 1²⁶ determinó, que cuando se advierta incongruencia en las leyes u oposición entre la ley anterior y la posterior o trate de establecer el tránsito legal de derecho antiguo a derecho nuevo, las autoridades de la República y especialmente las judiciales, observarán las reglas contenidas en el articulado subsiguiente.

Pues bien, en el artículo 2²⁷ estipula, que la ley posterior prevalece sobre la anterior y si la posterior es contraria a la anterior y ambas preexisten al derecho que se juzga, se debe aplicar la ley posterior. Y el artículo 3²⁸ dispone, que es insubsistente una disposición legal porque: **expresamente** lo declare el legislador o porque es **incompatible** con disposiciones especiales posteriores o porque existe **una nueva ley que regula íntegramente la materia** a la que la anterior disposición se refería.

Entonces, entendiendo que la expresión derogar proviene del latín *derogare*, que significa «dejar sin efecto una norma vigente»²⁹, se tiene que este último

²⁵ Ley 153 de 1887. «Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887». Artículo 327. «Quedan, en los términos de la presente ley, reformados los Códigos nacionales y las leyes 61 de 1886 y 57 de 1887».

²⁶ Ley 153 de 1887. Artículo 1. «Siempre que se advierta incongruencia en las leyes, u ocurrencia oposición entre ley anterior y ley posterior, ó trate de establecerse el tránsito legal de derecho antiguo á derecho nuevo, las autoridades de la república, y especialmente las judiciales, observarán las reglas contenidas en los artículos siguientes».

²⁷ Ley 153 de 1887. Artículo 2. « La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria á otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior».

²⁸ Ley 153 de 1887. Artículo 3. «Estímase insubsistente una disposición legal **por declaración expresa del legislador**, ó **por incompatibilidad** con disposiciones especiales posteriores, ó **por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia** á que la anterior disposición se refería».

²⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. 2014. [citado en 29 agosto de 2016]. Disponible en internet: <<http://dle.rae.es/?id=CHr8Ygx>>

Radicación: 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08)
Actor: Instituto de Seguros Sociales (ISS)
Demandado: Nación, Ministerio de la Protección Social

artículo contempla la figura de la derogatoria de las normas que puede ser expresa, tácita u orgánica.

Por su parte, el Código Civil en su artículo 71³⁰, también hizo referencia a la derogación expresa y tácita, para señalar que la primera se configura, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua, y la segunda, si la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior. En el artículo 72³¹ indicó, que la tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, en todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley.

La Corte Constitucional³² al examinar estos dos últimos artículos señaló, que además de la derogatoria expresa y tácita también existe la que contempla la Ley 153 de 1887 en su artículo 3, que es la derogatoria **orgánica**, que se presenta cuando la nueva ley regula de manera íntegra la materia³³ y la determinación de si una materia está o no enteramente regulada por la ley

³⁰ Código Civil. Artículo 71. «Clases de derogación. La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua. Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior. La derogación de una ley puede ser total o parcial».

³¹ Código Civil. Artículo 72. «Alcance de la derogación tácita. La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley».

³² Corte Constitucional. Sentencia C-159 de 2004. Magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra. En esta decisión se examinó la constitucionalidad de los artículos 71 y 72 del Código Civil, para definir que: «En nuestro sistema el sustantivo derogación, es el único que define a todas las formas enunciadas de modificación o supresión de una ley. Así, de conformidad con los artículos 71 y 72 del Código Civil, la derogación de las leyes puede ser expresa o tácita. // Es expresa, cuando la ley dice expresamente que deroga la antigua. Y tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior. // En la derogación expresa, el legislador señala en forma precisa y concreta los artículos que deroga. Es decir, no es necesaria ninguna interpretación, pues simplemente se excluye del ordenamiento uno o varios preceptos legales, desde el momento en que así lo señale el legislador. // Contrario a lo anterior, la derogación tácita supone un cambio de legislación, una incompatibilidad con respecto a lo regulado en la nueva ley y la ley que antes regía. Hecho que hace necesaria la interpretación de ambas leyes, para establecer qué ley rige la materia, o si la derogación es total o parcial. // **La ley 153 de 1887 en su artículo 3º establece otra forma de derogación y es la derogación orgánica.** Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de marzo 28 de 1984, señaló que: «**La derogación orgánica, que para no pocos autores no pasa de ser una faz de la derogatoria tácita, sólo se da es verdad cuando la nueva ley “regule íntegramente la materia” que la anterior normación positiva regulaba.** Empero, **determinar si una materia está o no enteramente regulada por la ley posterior, depende de la intención revelada por el legislador de abarcar con la nueva disposición o disposiciones toda una materia,** aunque en realidad no haya incompatibilidad alguna entre éstas y las de la ley anterior. // Sea de ello lo que fuere, lo evidente es que hay que suponer que la nueva ley realiza una mejora en relación con la ley antigua; que aquella es más adecuada a la vida social de la época y que por tanto responde mejor al ideal de justicia, ideal y necesidad éstos que tornan urgente la aplicación de la nueva ley; aplicación que por lo mismo debe ser lo más amplia posible para que desaparezcan las situaciones que el propio legislador ha querido condenar y evidentemente arrasó con la ley nueva. Es un principio universalmente reconocido que cuando un legislador emite dos voluntades diversas, la más reciente prevalece».

Radicación: 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08)
Actor: Instituto de Seguros Sociales (ISS)
Demandado: Nación, Ministerio de la Protección Social

posterior, depende de la intención del legislador de abarcar con la nueva disposición o disposiciones toda una materia.

De conformidad con lo expuesto, es claro que existen varias formas de derogatoria de las leyes, entre las que se encuentra la derogatoria orgánica, como una manera de dejar sin efecto la norma vigente cuando una ley nueva regula la materia en forma integral, y la determinación de si la materia está o no íntegramente regulada es del resorte del legislador, de quien depende la intención de comprender en la nueva ley toda una materia.

En este punto conviene precisar, que cuando el Instituto de Seguros Sociales contempló los incrementos pensionales a través de los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, fue claro en determinar, tal como se explicó en acápite precedente, todo lo relacionado en cuanto a: su naturaleza, referida a que no forman parte de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce dicho instituto; a sus destinatarios, que son las personas jubiladas de conformidad con dicho acuerdo, siempre que tengan familiares en condiciones especiales que los hacen vulnerables y por tanto merecedores al reconocimiento y pago de esos incrementos; y a los porcentajes en los que se deben reconocer.

Por manera, que si la nueva ley, en este caso la Ley 100 de 1993, regula en forma integral esta misma materia referente a los incrementos, es decir que la comprende en su totalidad, entonces ha de entenderse que de conformidad con lo dispuesto por la Ley 153 de 1887 en su artículo 3 y según lo considerado por la Corte Constitucional, esos incrementos fueron derogados.

LA LEY 100 DE 1993 Y LOS INCREMENTOS DEL ACUERDO 049 DE 1990

Con la Constitución Política de 1991 la seguridad social adquirió las dimensiones de derecho de carácter irrenunciable³⁴ y de servicio público³⁵ a

³⁴ Constitución Política. Artículo 3. «Del derecho a la seguridad social. El Estado garantiza a todos los habitantes del territorio nacional, el derecho irrenunciable a la seguridad social. // Este servicio será prestado por el sistema de seguridad social integral, en orden a la ampliación progresiva de la cobertura a todos los sectores de la población, en los términos establecidos por la presente ley».

³⁵ Constitución Política. Artículo 4. «Del servicio público de seguridad social. La seguridad social es un servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control está a cargo del Estado y que será

Radicación: 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08)
Actor: Instituto de Seguros Sociales (ISS)
Demandado: Nación, Ministerio de la Protección Social

cargo del Estado social de derecho, que dieron lugar al surgimiento de la Ley 100 de 1993 «Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones»³⁶.

Esta ley fue expedida por el Congreso de la República con el fin de cumplir los objetivos que establece en su artículo 6, entre los que se encuentran, el de garantizar las prestaciones económicas y de salud a los afiliados al igual que los servicios sociales complementarios, como también lograr la ampliación de la cobertura a fin de que toda la población acceda a este sistema en desarrollo del principio constitucional de solidaridad.

Y expresamente determina, que «El sistema de seguridad social integral está instituido para unificar la normatividad y la planeación de la seguridad social, así como para coordinar a las entidades prestatarias de las mismas, para obtener las finalidades propuestas en la presente ley».

Este propósito unificador, se traduce en el ocaso de las anteriores regulaciones, que de manera dispersa regían hasta el momento de la creación del naciente sistema de seguridad social, propias de un modelo de Estado diferente, para dar paso a una nueva normativa que debía revestir la característica de ser integral, sin perjuicio, claro está, del respeto por los derechos adquiridos y por el régimen de transición pensional.

La integralidad a la que alude esta ley comprende el sistema general de pensiones, el sistema general de seguridad social en salud y el sistema general de riesgos profesionales³⁷. El sistema general de pensiones, tal como lo preceptúa su artículo 10, tiene por objeto «garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la

prestado por las entidades públicas o privadas en los términos y condiciones establecidos en la presente ley. // Este servicio público es esencial en lo relacionado con el sistema general de seguridad social en salud. Con respecto al sistema general de pensiones es esencial sólo en aquellas actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones».

³⁶ Ley 100 de 1993. «Preámbulo. El sistema de seguridad social integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad».

³⁷ También comprende los servicios sociales complementarios y el sistema de subsidio familiar.

Radicación: 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08)
Actor: Instituto de Seguros Sociales (ISS)
Demandado: Nación, Ministerio de la Protección Social

muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones».

En concordancia con la anterior disposición, en el artículo 11³⁸ en cuanto a su campo de aplicación, ordenó que sus destinatarios fueran todos los habitantes del territorio nacional, con las excepciones contempladas en el artículo 279³⁹, que desaparecieron con la modificación de este artículo 11, por cuenta del artículo 1 de la Ley 797 de 2003⁴⁰.

De otro lado, el artículo 31 definió el régimen de prima media con prestación definida⁴¹ como «aquél mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas, de acuerdo con lo previsto en el presente título». Agregó que «Serán aplicables a este régimen las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo

³⁸ Ley 100 de 1993. **Artículo 11. «Campo de aplicación. El sistema general de pensiones, con las excepciones previstas en el artículo 279 de la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional**, conservando adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general. // Para efectos de este artículo se respetarán y por tanto mantendrán su vigencia los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, pacto o convención colectiva de trabajo.// Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes».

³⁹ Las excepciones en mención aludían a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vinculara a partir de la vigencia de esta Ley, y a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

⁴⁰ Ley 797 de 2003. Artículo 1. «El artículo 11 de la Ley 100 de 1993 quedará así: **Artículo 11. Campo de aplicación. El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional**, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general. Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes».

⁴¹ Tal como lo establece el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, este régimen se caracteriza porque los aportes de los afiliados y sus rendimientos, constituyen un fondo común que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia.

Radicación: 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08)
Actor: Instituto de Seguros Sociales (ISS)
Demandado: Nación, Ministerio de la Protección Social

del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley».

Por su parte, el artículo 36 previó el régimen de transición, que habilita la obtención de la pensión de vejez de conformidad con las normas anteriores a su vigencia, que tuvo lugar el 1 de abril de 1994; por manera, que se es beneficiario de dicha prestación conforme al régimen anterior, en relación con la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y el monto de la pensión, si para esta última fecha los hombres contaban con 40 años de edad, las mujeres tenían 35 años de edad o se habían acumulado 15 o más años de servicios cotizados.

Los artículos 34⁴² y 40⁴³, respectivamente, determinaron los montos de las pensiones de vejez y de invalidez, de conformidad con las semanas cotizadas y el ingreso base de liquidación del beneficiario; montos o valores que se incrementan según las semanas adicionales de cotización, y en el caso de la pensión de invalidez, se agrega el componente referido a la disminución de la capacidad laboral.

El artículo 151 ordenó, tal como se dijo, que el sistema general de pensiones previsto en esta ley «regirá a partir del 1o. de abril de 1.994». Su párrafo señaló, que este sistema para los servidores públicos del nivel

⁴² Ley 100 de 1993. Artículo. 34 «Monto de la pensión de vejez. El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización el 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación. El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente». Este artículo fue modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, en cuanto estableció la fórmula matemática para determinar esos porcentajes.

⁴³ Ley 100 de 1993. Artículo 40. «Monto de la pensión de invalidez. El monto mensual de la pensión de invalidez será equivalente a: a) El 45% del ingreso base de liquidación, más el 1.5% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50% e inferior al 66%, y b) El 54% del ingreso base de liquidación, más el 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras ochocientas (800) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66%. La pensión por invalidez no podrá ser superior al 75% del ingreso base de liquidación. En ningún caso la pensión de invalidez podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual. La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado». Esta norma fue reglamentada parcialmente por el Decreto 832 de 1996.

Radicación: 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08)
Actor: Instituto de Seguros Sociales (ISS)
Demandado: Nación, Ministerio de la Protección Social

departamental, municipal y distrital, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1.995, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental.

Y su artículo 289, que reguló lo concerniente a su vigencia y derogatorias, expresamente prescribió, que «La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación, **salvaguarda los derechos adquiridos** y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 2º de la Ley 4ª de 1966⁴⁴, el artículo 5º de la Ley 33 de 1985⁴⁵, el párrafo del artículo 7º de la Ley 71 de 1988⁴⁶, los artículos 260, 268, 269, 270, 271 y 272⁴⁷ del Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que los modifiquen o adicionen».

Con lo anterior, es evidente que la Ley 100 de 1993 estableció un nuevo sistema de seguridad social integral con el fin de unificar la normativa concerniente a las pensiones, a la seguridad social en salud y a los riesgos profesionales, y creó el régimen de prima media con prestación definida a través del cual se puede obtener el reconocimiento de las pensiones de vejez y de invalidez; régimen, al que son aplicables las disposiciones que venían rigiendo relacionadas con los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y

⁴⁴ Ley 4 de 1966. Artículo 2º. «Los afiliados forzosos o facultativos de la Caja Nacional de Previsión Social, cotizarán con destino a la misma así: a) Con la tercera parte del primer sueldo y de todo aumento, como cuota de afiliación, y b) Con el cinco por ciento (5%) del salario correspondiente a cada mes. Párrafo.- Los pensionados cotizarán mensualmente con el cinco por ciento (5%) de su mesada pensional».

⁴⁵ Ley 33 de 1985. Artículo 5º. «El valor del impuesto de que trata el artículo 1 de la Ley 4 de 1966, será del cinco por mil si se trata de nóminas de personal, y del diez por mil en los demás casos, con las excepciones allí establecidas». El referido impuesto era de diez centavos (\$0.10) moneda corriente, por cada cien pesos o fracción con destino a las cajas de previsión respectivas, o, en su defecto, para la entidad pagadora, que debía cancelar toda cuenta o nómina que por cualquier concepto pagara la nación, departamentos, intendencias, comisarías, Distrito Especial de Bogotá, municipios, corregimientos, inspecciones de Policía e institutos descentralizados.

⁴⁶ Ley 71 de 1988. Párrafo. «Para el reconocimiento de la pensión de que trata este artículo, a las personas que a la fecha de vigencia de la presente ley, tengan diez (10) años o más de afiliación en una o varias de las entidades y cincuenta (50) años o más de edad si es varón o cuarenta y cinco (45) años o más si es mujer, continuarán aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes». Este párrafo aludía a la pensión de jubilación y fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-012 de 1994.

⁴⁷ Estas disposiciones respectivamente hacían alusión a los requisitos y monto de la pensión de jubilación de quienes prestaran sus servicios a una misma empresa de capital de \$ 800.000 o superior, y a la regulación pensional especial de los trabajadores ferroviarios, radioperadores, aviadores y profesionales dedicados al tratamiento de la tuberculosis.

excepciones contenidas en esta naciente ley, pero sin que en esta nueva ley se regule la materia concerniente a los incrementos pensionales por personas a cargo.

Además si bien es cierto, la Ley 100 de 1993 determinó que derogaba todas las disposiciones que le fueran contrarias o que la modificaran, así mismo es preciso tener en cuenta, que también determinó acerca de la salvaguarda de los derechos adquiridos y del régimen de transición; lo que significa, que se constituye en deber legal el respeto por el derecho adquirido, que le asiste a los jubilados por invalidez o por vejez al amparo el Acuerdo 49 de 1990, al reconocimiento y pago de los incrementos por familiares a cargo, siempre que se presenten esas especiales circunstancias en estos últimos, que se determinan expresamente en dicho acuerdo.

Y, sin que se pueda pasar por alto que los incrementos fueron regulados con suficiencia por el Acuerdo 049 de 1990, en tanto que como quedó visto en el anterior acápite, estableció lo concerniente a su naturaleza, a sus destinatarios, a los porcentajes en los que se deben reconocer, y aún más a su control, mientras que la Ley 100 de 1993 no hizo alusión a los mismos ni a sus aspectos característicos y determinantes.

Por manera, que al no haber sido regulada en forma integral por la Ley 100 de 1993, la materia referida a los incrementos, y por el respeto a los derechos adquiridos de quienes se jubilaron por invalidez o por vejez de conformidad con lo ordenado por el Acuerdo 049 de 1990, es evidente que no se produjo su derogatoria orgánica.

DE LOS CARGOS DE NULIDAD

De conformidad con lo analizado en precedencia, se procede a desatar los reparos que el Instituto de Seguros Sociales formuló en contra de los artículos 21 y 22 del Acuerdo 49 de 1990, que se sintetizan en los siguientes:

El primero cargo se funda en que los incrementos que dichas normas consagran desaparecieron con la expedición de la Ley 100 de 1993, porque de conformidad con el artículo 3 de la Ley 153 de 1887 se produjo su derogatoria orgánica, lo que implica que no posible reconocerlos al amparo del régimen de transición que consagra dicha ley ni acudiendo al principio de favorabilidad.

Para desatar esta inconformidad se señala, que tal como quedó dilucidado en párrafos precedentes, es evidente que la materia concerniente a los incrementos por personas a cargo fue regulada en forma integral por el Acuerdo 049 de 1990 mientras que la Ley 100 de 1993 nada determinó al respecto; de manera, que en salvaguarda por los derechos adquiridos de los jubilados con sujeción al referido acuerdo y de conformidad con el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, legalmente no se pueden entender como derogados en forma orgánica, figura que tendría lugar, si la materia relacionada con los incrementos hubiera sido en efecto contemplada de manera integral por esta nueva ley tal como lo hizo el acuerdo.

Además de que no se puede afirmar válidamente, que los pensionados por cuenta del Instituto de Seguros Sociales en vigencia de la Ley 100 de 1993 tienen un trato diferenciado frente a los jubilados de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 por aplicación del régimen de transición; porque en efecto se está ante la presencia de dos situaciones completamente diferentes, en tanto que están regidas por normas distintas.

En otras palabras, los jubilados del Seguro Social por aplicación del régimen de transición ven regulada su situación pensional según lo estipulado por la norma anterior, es decir por el Acuerdo 49 de 1990, que les otorga el derecho al reconocimiento y pago a los incrementos, siempre que cumplan con los requisitos que este acuerdo estipula.

Situación que indudablemente difiere de quienes son jubilados por el Seguro Social en vigencia de la Ley 100 de 1993, quienes indefectiblemente se tienen que someter a la misma, siempre que no sean beneficiarios del régimen de transición, porque no tienen el derecho adquirido a jubilarse

conforme al régimen anterior, y por lo tanto su situación pensional se regula exclusivamente por la Ley 100 de 1993.

Y en cuanto a la aplicación del principio de favorabilidad es evidente que tal como lo consideró la Corte Constitucional en la Sentencia SU 310 de 2017, tiene absoluta aplicación en el caso de los incrementos de la mano del principio de *in dubio pro operario*, en la medida en que siempre se ha de preferir la situación o el estado de cosas más favorable a los trabajadores.

Sin que además se pueda afirmar válidamente, tal como se explicó, que se está ante la presencia de un conflicto entre la aplicación de la Ley 100 de 1993 que está vigencia y del Acuerdo 49 de 1990 que no lo está, porque como se indicó este último sigue produciendo efectos por virtud del régimen de transición.

El segundo cargo se cimentó en que el régimen de transición que contempla la Ley 100 de 1993, ordenó que sus beneficiarios tienen derecho al amparo del régimen anterior solo en en cuanto a la edad, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión, y no en relación con los restantes requisitos.

Para desatar esta inconformidad hay que señalar que, en efecto, tal como se manifestó en apartados precedentes, no queda la menor duda de que la Ley 100 de 1993 en su artículo 36 estableció el régimen de transición, como mecanismo para proteger los derechos de quienes se jubilan por cuenta del Instituto de Seguros Sociales por invalidez o vejez bajo el amparo del Acuerdo 049 de 1990, y en tal razón se les deben respetar los requisitos de edad, de tiempo y monto de la pensión fijados por este último.

Aspecto que es totalmente diferente al contemplado por el artículo 22 de este acuerdo, en el que de forma expresa se ordena, que los incrementos por personas a cargo no forman parte de la pensión de vejez o de invalidez, en razón a que claramente son independientes de cada una de estas jubilaciones, en la medida en que el derecho al reconocimiento de los mismos surge para el pensionado, pero siempre que sus familiares se

Radicación: 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08)
Actor: Instituto de Seguros Sociales (ISS)
Demandado: Nación, Ministerio de la Protección Social

encuentren en las especiales circunstancias de edad o discapacidad que habiliten su reclamo por parte del beneficiario de la pensión, tal como la Corte Constitucional lo determinó en la sentencia SU 310 de 2017.

Entonces, siendo la pensión de vejez y la de invalidez figuras totalmente diferentes a los incrementos por personas a cargo, es indudable que no existe conexión entre el reconocimiento del derecho pensional en razón del Acuerdo 049 de 1990 y esos aumentos que tienen relación directa con los familiares del pensionado.

El tercer cargo se hizo consistir en que en la actualidad al Instituto de los Seguros Sociales no se le puede imponer el pago de los incrementos, porque con ello se encuentra en desigualdad frente a las demás entidades administradoras del régimen de prima media con prestación definida, quienes no tienen esa obligación a su cargo.

Al respecto se debe indicar que si la Ley 100 de 1993 consagró el régimen de transición para salvaguardar los derechos pensionales de los individuos que reunieron los requisitos para obtener el reconocimiento de la jubilación por invalidez o por vejez al amparo del Acuerdo 049 de 1990, y en este acuerdo se le impuso al instituto, la obligación de pago de esas pensiones y de los incrementos correspondientes por personas a cargo, siempre que se cumplan los requisitos por parte de sus beneficiarios para el efecto, no cabe la menor duda que es a esta entidad a la que le asiste la obligación de pago por dichos conceptos. Deber que difiere del impuesto por la Ley 100 de 1993 en lo que concierne al régimen de prima media con prestación definida, que por supuesto igualmente debe asumir de acuerdo con lo dispuesto por este nuevo régimen pensional.

Es decir, que se está ante la presencia de dos obligaciones completamente diferentes en tanto que están regidas por normas distintas, pero que ambas corren por cuenta del Instituto de Seguros Sociales y son: de un lado, la que le corresponde frente a los jubilados según el Acuerdo 049 de 1990 en razón del régimen de transición que está contemplado por el artículo 36 de la Ley

100 de 1993, y de otro, la que le fue impuesta por el régimen de prima media con prestación definida de que trata su artículo 31.

Además de que esta última norma fue explícita al ordenar que a este régimen de prima media con prestación definida le son aplicables «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».

El cuarto cargo se esgrime con base en que en la actualidad los incrementos son innecesarios e injustificados ante el desarrollo constitucional de los derechos relacionados con la protección asistencial y prestacional del núcleo familiar y generan desequilibrio económico en el sistema pensional.

Esta crítica a las normas acusadas se desata con base en lo analizado anteriormente, en el sentido de que el incremento por persona a cargo es una figura jurídica que se constituyó por el mismo Instituto de Seguros Sociales y que aún pervive para los beneficiarios del régimen de transición que cumplen con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990 para jubilarse por invalidez y de vejez al igual que con los requerimientos para ser destinatario de los incrementos respectivos en cuanto a sus familiares. Por lo que no se pueden comparar con los beneficios establecidos por el núcleo familiar por cuenta de la Ley 100 de 1993, regulatoria de un nuevo régimen pensional, que en ningún momento contempló aquellos incrementos en forma total como para entender que están derogados.

Y en lo que concierne al desequilibrio pensional, la Corte Constitucional fue clara en la sentencia SU 310 de 2017 al ordenar, que Colpensiones, antes Instituto de Seguros Sociales, debe reconocer los incrementos pensionales cuando se cumplan con las condiciones previstas en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 para acceder a ellos, y sin que en ningún caso se puedan negar la prestación bajo el pretexto de que el derecho prescribió.

Radicación: 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08)
Actor: Instituto de Seguros Sociales (ISS)
Demandado: Nación, Ministerio de la Protección Social

«La finalidad de esta orden es reducir la litigiosidad innecesaria en la materia, lo cual conllevará a reducir las violaciones a los derechos fundamentales de los pensionados así como la necesidad de iniciar trámites burocráticos y judiciales que generan a la administración y a la justicia costos reales (manifestados en los trámites procesales), costos de oportunidad (por los trámites burocráticos y judiciales que se dejan de adelantar) y costos simbólicos (al dar la impresión de que la administración no respeta los derechos fundamentales)».

Además, el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Ministerio del Trabajo, debe tomar «las medidas adecuadas y necesarias para asegurar que la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, cuente con la capacidad financiera necesaria para asumir los costos derivados de la protección efectiva de los derechos fundamentales analizados. Para el efecto, deberá identificar los impactos reales que puedan poner en riesgo la inclusión de este u otros derechos fundamentales y, si esto ocurre, tomar las medidas para proveer a Colpensiones de las herramientas necesarias para que pueda cumplir con las órdenes aquí proferidas [...]».

En conclusión, de conformidad con los derechos y los principios que consagra la Constitución Política en lo que atañe a los derechos laborales, que están orientados a que no se desconozcan o lesionen las situaciones jurídicas consolidadas conforme a la normativa anterior, con el fin de que impere el respeto por los derechos adquiridos; se debe tener en cuenta, que los incrementos por personas a cargo que en el pasado fueron establecidos por el Consejo Nacional del Instituto de los Seguros Sociales a través de los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, aún permanecen vigentes como parte integrante del régimen de transición que estableció la Ley 100 de 1993 en su artículo 36.

Lo anterior implica que quien es beneficiario de la pensión de invalidez o de la pensión de vejez conforme al régimen anterior consagrado en el Acuerdo 049 de 1990, tiene derecho al reconocimiento y pago de los incrementos siempre y cuando reúna los requisitos para el efecto, que son los

Radicación: 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08)
Actor: Instituto de Seguros Sociales (ISS)
Demandado: Nación, Ministerio de la Protección Social

contemplados en su artículo 21, y sin que sea posible aplicar el término de prescripción trienal a las peticiones que se presenten en torno a este reconocimiento, aunque si se debe aplicar dicha prescripción a las mesadas correspondientes, tal como lo consideró la Corte Constitucional en la sentencia SU 310 de 2017.

En otras palabras, a quienes les asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación o de invalidez antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, tienen derecho al incremento de las mismas, siempre que sus familiares, es decir sus hijos o su cónyuge o compañero o compañera permanente, se encuentren en las precisas condiciones que el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 determina, esto es, que se trate de hijos menores de 16 años, o de hijos de 18 años que se encuentren estudiando, o hijos de cualquier edad en condición de invalidez y que dependan económicamente del beneficiario de la pensión, o cónyuge o compañero o compañera permanente que dependa económicamente del jubilado y que además no disfrute de ninguna pensión.

Incrementos que tal como el referido artículo lo estipuló, corresponderán al 7%, en el caso de los hijos, y al 14%, en si se trata de cónyuge o compañero o compañera permanente del beneficiario de la pensión de vejez o invalidez, con derecho a percibirlos, tal como lo señaló el mencionado acuerdo, mientras esas especiales condiciones de dependencia de sus familiares perduren.

Y es a Colpensiones hoy Unidad (UGPP), entidad que en la actualidad hace las veces del extinto Instituto de Seguros Sociales, o a la que en el futuro asuma sus funciones, a quien le asiste la obligación de reconocer los incrementos pensionales a favor de quienes cumplan con las condiciones previstas en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 para acceder a ellos.

En cuanto a su pago, según lo ordenado por la Corte Constitucional en la Sentencia SU 310 de 2017, es al Gobierno Nacional a través de los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y del Trabajo, a quien le

Radicación: 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08)
Actor: Instituto de Seguros Sociales (ISS)
Demandado: Nación, Ministerio de la Protección Social

corresponde adoptar las medidas adecuadas y necesarias para asegurar que Colpensiones, cuente con la capacidad financiera necesaria para asumir los costos derivados de la protección efectiva de los derechos fundamentales.

Lo anterior no sin antes precisar que a quienes les asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación o de invalidez a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir quienes son beneficiarios de la misma, no tienen derecho a los incrementos de que trata el Acuerdo 049 de 1990, de conformidad con lo expuesto en párrafos precedentes.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A

DENIÉGANSE las súplicas de la demanda de nulidad de los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por medio del Decreto No. 758 de 1990, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

Se reconoce personería a la Doctora Lucila María Calderón Guacaneme, como apoderada del Ministerio de la Protección Social de conformidad con poder que obra a folios 240 y al Doctor Mauricio Ricardo Guevara Dib como apoderado del Instituto de Seguros Sociales según poder que reposa a folios 215.

Radicación: 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08)
Actor: Instituto de Seguros Sociales (ISS)
Demandado: Nación, Ministerio de la Protección Social

Se accede a la solicitud de expedición de copias simples, que Colpensiones presentó a folios 266 y 270.

En firme esta sentencia archívese el expediente.

PÚBLIQUENSE, CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Radicación: 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08)
Actor: Instituto de Seguros Sociales (ISS)
Demandado: Nación, Ministerio de la Protección Social