

**LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL DERECHO AI INCREMENTO PENSIONAL EN  
COLOMBIA**

**DANIELA RODAS QUINTERO**

**VALENTINA ARENAS ARANGO**

**Monografía para optar por el título de Abogado**

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**MEDELLÍN**

**2019**

LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL DERECHO AL INCREMENTO PENSIONAL EN  
COLOMBIA

DANIELA RODAS QUINTERO

VALENTINA ARENAS ARANGO

Monografía para optar por el título de Abogado

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN

2019

Nota de aceptación

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

Firma del Presidente del Jurado

---

Firma del Jurado

---

Firma del Jurado

Medellín / 2019.

## Tabla de contenido

Tabla de contenido.....	4
Marco de referencia .....	1
Resumen.....	5
Palabras claves .....	6
Planteamiento del problema.....	7
Pregunta problematizadora .....	10
Objetivos.....	11
Justificación .....	12
Introducción .....	14
CAPÍTULO I .....	17
El derecho a la pensión en Colombia y el incremento pensional en el marco del derecho a la Seguridad Social.....	17
Estatus normativo del derecho a la Seguridad Social.....	17
Posición jurisprudencial reciente sobre la naturaleza del derecho a la seguridad social.....	22
Derecho a la Seguridad Social y Criterio de Sostenibilidad Fiscal: tensión entre el derecho subjetivo y el principio de progresividad .....	24
Contenido prestacional del derecho a la Seguridad Social.....	27
El derecho a la pensión en Colombia .....	29
El incremento pensional del Acuerdo 049 de 1990.....	33
CAPÍTULO II .....	36
Línea jurisprudencial dinámica sobre el incremento pensional: Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral y Corte Constitucional .....	36
Nicho citacional.....	36
Análisis de línea jurisprudencial.....	39
Interpretación restrictiva con base en la prescriptibilidad del derecho al incremento pensional.....	39
Interpretación amplificadora o extensiva sobre la imprescriptibilidad del derecho al incremento pensional.....	41
Indefinición de criterios: pronunciamientos simultáneos contradictorios.....	43
Sentencia de Unificación 310 de 2017 y su declaración de nulidad .....	45
Interpretación restrictiva: régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993.....	49

Sentencia SU/140 de 2019: replanteamiento del problema jurídico .....	51
CAPÍTULO III.....	60
El precedente constitucional y otras herramientas constitucionales ante la inexistencia de un criterio uniforme sobre el incremento pensional del Acuerdo 049. ....	60
Precedente Judicial .....	62
Clasificación del precedente judicial de acuerdo con la autoridad que emite el pronunciamiento .....	64
Precedente Constitucional y Doctrina Constitucional .....	67
El precedente constitucional contradictorio ante la inexistencia de la sentencia de unificación. ....	69
Reconocimiento del incremento pensional a través de la acción de tutela.....	75
Desconocimiento del precedente constitucional como causal específica de procedencia de acción de tutela contra providencia judicial .....	79
Violación directa de la Constitución como causal específica de procedencia de acción de tutela contra providencia judicial .....	82
Excepción de inconstitucionalidad .....	93
Conclusiones.....	96
Referencias.....	100

## Marco de referencia

El marco de referencia de este trabajo de investigación se centra primordialmente en la actividad jurisprudencial de la Corte Constitucional, aunque no se limita a ella, pues además se consultan otras fuentes, como las bibliográficas, documentales, legales, etcétera. Por otra parte, la jurisprudencia consultada no desarrolla exclusivamente el tema del derecho al incremento pensional, sino que aborda otros múltiples temas tangenciales y medulares de esta investigación. Por esta razón este trabajo no constituye estrictamente una línea jurisprudencial, puesto que no está restringido al análisis cronológico y categorial de la jurisprudencia en torno a un centro temático, aunque orbite alrededor de una pregunta problematizadora cuyo epicentro es el derecho al incremento pensional y su interpretación jurisprudencial.

Desde su aprobación por el Decreto 758 de 1990, el derecho al incremento pensional del Acuerdo 049 de 1990 ha sido tratado principalmente por la Corte Constitucional mediante su jurisprudencia. En especial, los pronunciamientos de la Corporación han tenido lugar con ocasión de su función constitucional de Revisión de Tutelas, pues el asunto ha tenido tal trascendencia constitucional que obligó a la expedición de una sentencia de unificación para zanjar las disputas entre las Salas de Revisión por la cuestión de la prescriptibilidad o imprescriptibilidad de este derecho. La polémica al interior de la Corte Constitucional surge en el año 2007, a partir de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral del 12 de diciembre de ese año, con Rad. No. 27923 y ponencia de la magistrada Elsy Del Pilar Cuello Calderón. Desde entonces, la Corte Constitucional ha sostenido diferentes posturas sobre el derecho al incremento pensional, identificándose dos líneas jurisprudenciales:

i) Restrictiva;

Rad. No. 27923 Corte Suprema de Justicia. 12 de diciembre de 2007 Elsy Del Pilar Cuello Calderón.
Sentencia T-791 de 2013. Corte Constitucional 12 de noviembre de 2013 Luis Guillermo Guerrero Pérez
Sentencia T-541 de 2015. Corte Constitucional 21 de agosto de 2015. Mauricio González Cuervo
Sentencia T-395 de 2016. Corte Constitucional 28 de julio de 2016 Alejandro Linares Cantillo
Sentencia T-748 de 2014. Corte Constitucional 08 de octubre de 2014 Mauricio González Cuervo
Sentencia T-038 de 2016. Corte Constitucional 09 de febrero de 2016 Alejandro Linares Cantillo

y ii) Amplificadora o más favorable.

Salvamento de voto de la Sentencia T-791 de 2013. Corte Constitucional 12 de noviembre de 2013 Jorge Iván Palacio Palacio.
Sentencia T-217 de 2013. Corte Constitucional 17 de abril de 2013. Alexei Julio Estrada.
Sentencia T- 831 de 2014. Corte Constitucional 11 de noviembre de 2014 Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Sentencia T- 369 de 2015. Corte Constitucional 18 de junio de 2015. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
Sentencia T-332 de 2016. Corte Constitucional 27 de junio de 2016 Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
Sentencia SU-310 de 2017. Corte Constitucional 10 de mayo de 2017 Aquiles Arrieta Gómez
Sentencia T-499 de 2017. Corte Constitucional 04 de agosto de 2017 Alberto Rojas Ríos

Para el año 2017, la sentencia SU/310 se vislumbró la solución a la polémica jurisprudencial, pues en ella se definió una línea jurisprudencial unificada como precedente constitucional para los operadores jurídicos. No obstante, esta fue declarada nula mediante Auto 320 de 2018, y se profirió una nueva sentencia SU/140 de 2019. De modo que las sentencias anteriores son el principal marco de referencia para abordar el tema de prescriptibilidad del derecho al incremento pensional, en especial ante la escasa producción bibliográfica en torno a este tema, lo cual ha obligado a la consulta de material académico digital, como trabajos de grado o artículos académicos.

Por otra parte, dado que el derecho al incremento pensional pertenece a un universo superior de normas y principios regidos por la Constitución Política, es necesario acudir a la propia Carta Superior y a la jurisprudencia de la Corte Constitucional que la interpreta, para desentrañar el significado y alcance de figuras como el Estado Social de Derecho, la Seguridad Social, el derecho a la pensión, el precedente constitucional, la Doctrina Constitucional, etcétera. A este efecto también resultan de insoslayable importancia los tratados internacionales relativos a derechos fundamentales que integran el Bloque de Constitucionalidad, en especial aquellos como

el Pacto Internacional de Derechos, Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) y su protocolo facultativo, en el marco de los derechos de segunda generación.

## Resumen

El Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, dispuso a favor de los pensionados de origen común un incremento porcentual sobre su mesada pensional en los casos en que aquellos reciban una pensión mínima y tengan una persona a su cargo que dependa económicamente de ellos. No obstante, el reconocimiento de este derecho se ha visto comprometido con ocasión de una duda interpretativa sobre la prescriptibilidad del mismo, generando una disputa jurisprudencial que ha escalado hasta la propia Corte Constitucional, cuyas Salas de Revisión se han debatido entre posturas restrictivas y amplificadoras o de interpretación más favorable al justiciable. En 2017, a través de la sentencia SU/310, la Corporación Superior se decantó por la imprescriptibilidad del derecho al incremento pensional, lectura más favorable para el afiliado. Sin embargo, la posterior declaración de nulidad de esta sentencia unificadora por parte de la misma Corte Constitucional, en razón de sus defectos procesales, revivió el escenario de incertidumbre anterior, hasta proferir la sentencia SU/140 de 2019, frente a la cual se analizan las posibles herramientas constitucionales que tienen el operador jurídico para no verse obligado a declarar, en sentido restrictivo, la prescriptibilidad y por ende la pérdida del derecho al incremento pensional, cuando este se reclama por fuera del término de prescripción ordinaria laboral y a pesar del fallo más reciente de la Corte Constitucional.

### **Palabras claves**

- Seguridad Social
- Pensión
- Incremento pensional
- Prescripción ordinaria laboral
- Bloque de constitucionalidad

## Planteamiento del problema

El incremento pensional consagrado en los artículos 21 y ss del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, ha sido objeto de dos tipos de interpretaciones por parte de la Corte Constitucional, una restrictiva y otra amplificadora o favorable. Lo cierto es que, a la fecha, mediante un pronunciamiento jurisprudencial reciente, la Corte Constitucional formó un criterio uniforme y unívoco que permite a los operadores jurídicos ceñirse a un precedente constitucional definitivo a partir del cual motivar su sentencia o su acto administrativo, pues el funcionario también debe acogerse al precedente cuando este le resulte vinculante y obligatorio. Sin embargo, la solución de la Corporación a este problema jurídico no parece la más adecuada a la luz de nuestro ordenamiento constitucional, como incluso lo señalan dos salvamentos de voto sobre la sentencia SU/140 de 2019.

El derecho al incremento pensional comporta un aumento porcentual sobre la mesada del pensionado de origen común, cuando se configuren los siguientes supuestos: i) recibir una pensión mínima, ii) tener una persona a cargo y, iii) que ésta depende económica de aquel. Lo debatido en su momento por la Corte Constitucional era si esta prestación reconocida por el Acuerdo 049 de 1990 está sometida a la prescripción ordinaria laboral, de suerte que pueda perderse el derecho a acceder a ella cuando su reclamación se hace extemporáneamente, es decir, por fuera del término de 3 años, conforme al 448 del Código Sustantivo de Trabajo, o, si por el contrario, al ser esta una prestación derivada del derecho a la pensión e integrante del derecho fundamental a la Seguridad Social, le son comunicables los atributos de irrenunciabilidad e imprescriptibilidad, de acuerdo con el artículo 48 superior, y por ende no puede oponerse para su reconocimiento ningún término de prescripción, el cual sí es operativo frente a las mesadas

dejadas de percibir los tres años anteriores a su reclamación. Sin embargo, tras la más reciente sentencia de la Corte Constitucional, este debate medular sobre la prescriptibilidad del derecho pasó a un segundo plano, toda vez que esta Corporación unificó el criterio en torno a la insubsistencia o pérdida de vigencia del Decreto 758 de 1990, aprobatorio del referido Acuerdo 049.

Aunque la Corporación profirió la sentencia SU/310 de 2017 con el ánimo de unificar el criterio en torno a la segunda postura, aplicando una lectura de la Constitución Política y en especial de los principios de favorabilidad, pro homine e in dubio pro operario, posteriormente dicho fallo se declaró nulo mediante el Auto/320 de 2018. De suerte que el operador jurídico quedó nuevamente sin el respaldo jurisprudencial que esta sentencia le brindaba, y por supuesto que el justiciable quedó igualmente en una situación de desconcierto, porque su expectativa legítima frene al derecho queda al arbitrio de la decisión un juez debatido entre ambas posturas con respaldo constitucional, lo cual, sobra decirlo, genera desigualdad e inseguridad jurídica entre los asociados. La reciente sentencia, SU/140 de 2019, desvió la atención del operador jurídico hacia la vigencia del Decreto 758 de 1990, desechando la discusión sobre la prescriptibilidad de un derecho que “no existe”.

Este panorama de incertidumbre es precisamente el punto de partida para formular la pregunta de investigación que orienta este trabajo, pues, ante la existencia reciente de un precedente constitucional uniforme, uno de los caminos que puede tomar el juez o la autoridad administrativa, es precisamente cuestionar la sentencia que le obliga a fallar el desconocimiento del derecho conforme la interpretación restrictiva, como efectivamente lo hizo la propia Corte Constitucional en su última sentencia.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la negativa a reconocer el incremento pensional del acuerdo 049 puede vulnerar o poner en peligro los derechos fundamentales de sus reclamantes y que la Constitución Política es norma de normas, se pregunta:

**Pregunta problematizadora**

¿Están obligados los jueces y funcionarios a negar el derecho al incremento pensional del Acuerdo 049 de 1990, ante la existencia de un precedente constitucional uniforme, conforme al ordenamiento jurídico, la Constitución Política y los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado desde 2007 hasta la actualidad?

## Objetivos

### **General:**

Determinar con base en el estudio del ordenamiento jurídico colombiano, la Constitución Política y la jurisprudencia la Corte Constitucional desde 2007 hasta la actualidad, si frente al incremento pensional del Acuerdo 049 de 1990, los jueces y funcionarios tienen alguna alternativa constitucional para no negar el derecho conforme a la sentencia unificadora SU/140 de 2019.

### **Específicos:**

Desarrollar el contenido y alcance del derecho al incremento pensional del Acuerdo 049 de 1990 en el marco de la normativa constitucional y legal sobre Seguridad Social.

Elaborar una línea jurisprudencial que desarrolle las diferentes posturas adoptadas por la Corte Constitucional respecto a la prescriptibilidad o imprescriptibilidad del derecho al incremento pensional consagrado por el Acuerdo 049 de 1990 y sobre la vigencia de éste al interior del ordenamiento jurídico.

Analizar críticamente la jurisprudencia constitucional y la regulación normativa sobre el derecho al incremento pensional, a fin de identificar si éste puede reconocerse como un derecho imprescriptible asociado a la pensión y la Seguridad Social, mediante alternativas constitucionales que permitan al ordenador jurídico inaplicar el criterio unificador de la sentencia SU/140 de 2019.

## Justificación

Este trabajo de investigación monográfica encuentra justificación en sentido doble, puesto que además del natural y primordial interés académico por los temas desarrollados, se propone contribuir a una realidad social necesitada de respuestas jurídicas e institucionales. El incremento pensional consagrado en el Acuerdo 049 de 1990, no es en todos los casos, y de acuerdo con la realidad socioeconómica y pensional puede decirse que no lo es en la mayoría, una simple bonificación o aumento económico a favor del ciudadano pensionado, considerando que en el país hay un número aproximado 1.263.000 pensionados, de los cuales el 52% recibe una mesada mínima. En muchos casos, este aumento puede impedir que el pensionado y sus familiares a cargo vean vulnerado o puesto en peligro su mínimo vital, su vida digna y los demás derechos asociados a la calidad de vida. La responsabilidad social de quienes pertenecemos a la comunidad académica debe empezar por focalizar nuestros conocimientos en la solución de conflictos sociales, máxime cuando las alternativas de los ciudadanos inmersos en el conflicto son escasas, o requieren de un acompañamiento técnico o especializado.

Este caso como ningún otro refleja la importancia de la intervención de la academia en las problemáticas sociales, pues, el afiliado solicitante, a quien se le niega el derecho al incremento pensional, debe tener herramientas para buscar por todos los medios legales su reconocimiento, más todavía cuando las instituciones encargadas no aplican el principio de celeridad en sus actuaciones para definir cuál es la naturaleza y el alcance de su derecho. Los conflictos jurisprudenciales por la interpretación correcta y ajustada del derecho al incremento pensional tienen lugar desde los primeros años de aplicación de la norma, es decir, desde la década del noventa. De acuerdo con la línea jurisprudencial realizada la Corte Constitucional debate el tema

desde el 2007 en adelante. Por mucho que se pretende excusar la actitud displicente de la administración de justicia, no es razonable que un problema jurídico que pronto cumplirá 30 años no tenga todavía una respuesta definitiva por el órgano de cierre constitucional, máximo garante de la salvaguarda del texto constitucional y su interpretación, una de cuyas principales funciones es buscar la unificación del ordenamiento jurídico.

Pero además de las consecuencias inconmensurables que pueda tener sobre la calidad de vida de un ciudadano la indiferencia de la administración de justicia, lo cierto es que también esta situación plantea retos académicos que justifican la presente investigación. La seguridad jurídica, el derecho a la igualdad, el debido proceso, o bien el alcance de la Seguridad Social, el derecho a la pensión, el incremento pensional, la acción de tutela, son todos temas de sumo interés académico, en especial cuando se desarrollan alrededor de un problema jurídico de interpretación constitucional de la norma, cuya resolución no puede ser otra que la identificación de herramientas que permitan el acceso a una administración de justicia armónica con los principios y postulados constitucionales.

## Introducción

Antes de abordar con detalle la figura del derecho a la pensión en Colombia y el incremento pensional como uno de sus apéndices, conviene desarrollar el marco jurídico en el que esta institución jurídica se desarrolla, tanto a nivel constitucional como legal, puesto que sólo a partir de la comprensión del contexto normativo es posible dimensionar su entidad y alcance como derecho de los asociados. El primer punto de referencia a tales efectos es la Constitución Política de 1991, precisamente porque la carta política define el modelo de Estado adoptado por la Asamblea Nacional constituyente y además alberga la principalística y axiomática que orienta e irradia todo el ordenamiento jurídico. En abierto contraste con la Constitución Nacional de 1886, derogada precisamente por la carta de 1991, esta última propone un tipo de Estado que no se limita al respeto de las libertades individuales sino que busca la materialización en un sentido positivo de los derechos ciudadanos, incluyendo aquellos que no están revestidos de carácter fundamental. Este modelo estatal se conoce como Estado Social de Derecho, surgido tras las guerras mundiales como respuesta a la crisis del Estado de Derecho liberal y bajo el canon económico del Estado de Bienestar (Gómez, 2006, pp. 77 – 78). En sentencia SU/747 de 1998, la Corte Constitucional hace énfasis en la dimensión social del Estado colombiano, pronunciamiento hito que traza la principal diferencia entre el anterior modelo y el adoptado en la Constitución Política de 1991:

[...] así, mientras que el primero (*Estado de Derecho Liberal*) busca ante todo limitar el poder, de tal manera que no pueda amenazar los derechos y libertades de los ciudadanos, el segundo (*Estado Social de Derecho*) acoge esa limitación del poder, pero también precisa que el Estado debe cumplir con unos fines en la

sociedad, lo cual implica que intervenga en ella. La Constitución dentro de este último modelo de Estado representa un cuerpo armónico de valores - acerca de cómo debe configurarse la comunidad social y política -, que debe encontrar su aplicación práctica, y ello produce tanto deberes para el Estado como para los asociados (Corte Constitucional, 1998, SU/747) (Cursiva y paréntesis fuera de texto).

Esos deberes a los que se refiere la Corporación, en cabeza del Estado y de sus asociados, surgen precisamente de la necesidad de materializar los principios, derechos y garantías contenidos en la propia Constitución y de desarrollar los fines esenciales del Estado, contemplados en el artículo segundo de la carta en armonía con todo articulado constitucional. De modo que el Estado colombiano debe garantizar a sus asociados el goce y disfrute de sus derechos fundamentales, pero también aquellos otros derechos necesarios para “promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución” (Constitución Política, 1991, art. 2). Para este propósito, además de la observancia de los enunciados constitucionales, el Estado colombiano debe velar por el cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos mediante la ratificación de los tratados y declaraciones vinculantes que comprendan derechos y garantías fundamentales a favor de los ciudadanos, conforme la lectura armónica de los artículos superiores 4 y 93, que da lugar al Bloque de Constitucionalidad, bien en *strictu o lato sensu*. Esta figura del bloque constitucional, en palabras de Suelst-Cock (2016):

[...] supuso, en este sentido, una nueva visión sobre la garantía de los derechos humanos en la legislación interna y la necesidad de que la normativa sea coherente con ese cuerpo internacional, pero también la introducción del discurso

internacional en el contexto colombiano de los derechos humanos y de derecho internacional humanitario y la necesidad de coherencia entre la legislación interna y estos para garantizar su protección (p. 310).

La armonía del ordenamiento jurídico interno o nacional con el universo normativo convencional ratificado por el Estado, permite que se reconozcan por esa vía algunos derechos fundamentales (derechos humanos) que no están expresamente reconocidos en la carta política (Corte Constitucional, 1992, T/406), así como otros derechos cuya entidad no es fundamental, pero que tienen un gran impacto en el desarrollo de los derechos fundamentales o jurisprudencialmente son tratados como tales de acuerdo con los criterios de la Corporación de cierre (Corte Constitucional, 2001, T/958).

La Seguridad Social es uno de estos derechos que, sin ser de plano considerado un derecho fundamental por el legislador o la jurisprudencia, ha venido siendo matizado por la Corte Constitucional, no sólo porque su contenido prestacional es de suyo amplio, sino porque su delimitación constitucional está intrínsecamente relacionada con el contenido normativo y teórico de los tratados internacionales que obligan a su protección y que Colombia ha ratificado, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su protocolo adicional, la Declaración Americana de los Derechos de la Persona, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, entre otros.

## CAPÍTULO I

### **El derecho a la pensión en Colombia y el incremento pensional en el marco del derecho a la Seguridad Social**

El origen de la Seguridad Social en Colombia no se remonta a la Constitución Política de 1991, pero sólo hasta la promulgación de esta, ese derecho adquiere un rango constitucional (Acevedo, 2010, p. 193). La dispersión de las normas relativas a la Seguridad Social bajo la vigencia de la Constitución Nacional de 1886 dificultaba la implementación de una política integral en los términos que demandan los tratados internacionales, mientras que a partir de la actual carta constitucional se ha tratado de unificar normativamente la regulación de este derecho, mediante normas estructurales como la ley 100 de 1993, y por supuesto, a través de la lectura unificada del bloque de constitucionalidad, que incluye algunos tratados internacionales. Además de lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido protagonista en la tarea de delimitación del concepto de Seguridad Social y su completa dimensión como derecho de contenido multiprestacional.

#### ***Estatus normativo del derecho a la Seguridad Social***

Precisamente, a la luz del ordenamiento jurídico colombiano, no existe un sentido unívoco del concepto de Seguridad Social, razón por la cual ha sido indispensable que la máxima corporación, en ejercicio de sus competencias, establezca algunos criterios para ubicar este derecho dentro del sistema jurídico. En primer lugar, la Constitución Política de 1991 no es clara a la hora de delimitar el contenido y la entidad del derecho a la Seguridad Social, aunque sea ella, precisamente, la llamada a orientar y ordenar todo el ordenamiento jurídico. En el artículo

48, sometido a una gran cantidad de adiciones a través del Acto legislativo 01 de 2005, el constituyente ofrece un texto normativo que genera más inquietudes que certezas sobre el tema en cuestión:

**Artículo 48.** La Seguridad Social es un *servicio público de carácter obligatorio* que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Se garantiza a todos los habitantes el *derecho irrenunciable* a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley (Constitución Política, 1991) (Cursiva fuera de texto).

Como puede leerse, la carta constitucional se refiere a la Seguridad Social como un “servicio público de carácter obligatorio” y, a continuación, en el inciso segundo, dispone que como tal es un derecho “irrenunciable”, es decir, un derecho constitucional (Corte Constitucional, 2007, T/468). Sumado a lo anterior, la lectura del artículo 56 superior en comunión con el artículo 4 de la ley 100 de 1993, señala que la Seguridad Social es un “servicio público esencial”. Es decir, la Constitución Política, siguiendo la literalidad de su articulado, no esclarece cuál es el alcance de la Seguridad Social como bien jurídico, o al menos no ofrece dicha claridad al operador jurídico, obligando a la Corte Constitucional a intervenir en su delimitación. Pues bien, la Máxima Corporación se ha manifestado al respecto en diferentes sentidos con el paso del tiempo, en especial, tratando de identificar si la Seguridad Social es un derecho fundamental o un derecho

de segundo orden o generación, perteneciente a la categoría de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Puede decirse que en un principio, la Corte Constitucional sostuvo que la Seguridad Social pertenecía a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su contenido prestacional estaba sometido al principio de progresividad que rige sobre estos derechos (Corte Constitucional, 2003, T/727). Es decir que como tal, la Seguridad Social comportaría la entidad de un derecho de segunda generación y no la de un derecho fundamental, razón por la cual la vía tutelar constitucional no estaría habilitada para rogar su protección, a menos que, excepcionalmente, la vulneración o negación de alguna de las prestaciones que engloba el derecho a la seguridad social amenazara la conculcación de un derecho fundamental, bien por la vía de la “transmutación del derecho”, “la conexidad” o la “afectación al mínimo vital”. Así lo explicaba la Corte Constitucional en sentencia T/958 de 2001:

En reiterada jurisprudencia, esta corporación ha señalado que los derechos sociales no son susceptibles de protección mediante la tutela. La posición de la Corte se ha basado en la idea de que in abstracto, tales derechos no confieren derechos subjetivos a los asociados [1]. Empero, ha distinguido situaciones bajo las cuales existe un derecho subjetivo sea por la transmutación [2], por la conexidad con un derecho fundamental [3] o por la afectación del mínimo vital [4], casos en los cuales es posible que se brinde la protección mediante la acción de tutela. Con todo, también ha de admitirse que, conforme la interpretación oficial internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, obligatoria en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución, tales derechos contienen elementos que son de inmediata exigibilidad, como ocurre respecto de las obligaciones estatales de respeto

y protección que se derivan de los derechos en cuestión [5]. En este orden de ideas, no puede asumirse que por el mero hecho de que está en juego un derecho económico, social o cultural, la tutela no sea procedente. Será necesario siempre que se establezca si el caso cae bajo alguna de las categorías fijadas por la Corte (transmutación, conexidad o mínimo vital) o responde a las obligaciones estatales de protección o respeto. (Corte Constitucional, 2001, T/958).

Esta postura fue matizada por la misma Corte Constitucional, en el sentido de precisar cuándo podría otorgarse protección constitucional al derecho a la Seguridad Social, concluyendo que dicho amparo podría concederse solamente en la medida en que el contenido prestacional de dicho derecho fuera traducible en un derecho subjetivo. En palabras de la Corte Constitucional, la Seguridad Social, a propósito de una de sus prestaciones como lo es la vivienda digna, tiene en principio un carácter prestacional y progresivo y *“una vez definidas tales (las) políticas públicas (definitorias) por los órganos con competencia en esta esfera [...] se pueden constituir derechos subjetivos de carácter iusfundamental susceptibles de protección por intermedio de la acción de tutela”* (Corte Constitucional, 2005, T/1318). Esto supuso un avance garantista sobre la materia, en la medida en que la Corte Constitucional se decantó por darle una entidad iusfundamental al bien jurídico Seguridad Social sin que fuera necesario establecer una relación o vínculo con un derecho fundamental del catálogo constitucional, como se concibió en otro momento, sino verificar la existencia de un sistema prestacional para garantizarlo:

En lo que se refiere al derecho a la seguridad social, como fue señalado por la Sala Plena de la Corte en sentencia C-623 de 2004, su configuración como derecho subjetivo, esto es, la viabilidad de su reclamación efectiva, exige en la mayoría de los casos la expedición de normas presupuestales, procesales y de

organización que, en conjunto, permita reconocer con claridad las prestaciones exigibles y los destinatarios de tales obligaciones (Corte Constitucional, 2007, T/468).

Siguiendo esta misma línea de otorgar cierta autonomía al derecho a la Seguridad Social para que sea tutelable sin necesidad de acudir a criterios como el de transmutación (en un derecho fundamental) o conexidad (con un derecho fundamental), la Corte Constitucional arguye que como tal, este derecho tiene un carácter constitucional aunque a priori no pueda ser considerado fundamental, a menos que la prestación o derecho subjetivo que se deniegue amenace la dignidad humana como principio rector del orden constitucional:

“(…) el concepto de dignidad humana que ha recogido la Corte Constitucional únicamente se explica dentro del sistema axiológico de la Constitución y en función del mismo sistema. Así las cosas, la elevación a rango constitucional de la “libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle” y de “la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y de ciertos servicios que le permiten a todo ser humano funcionar en la sociedad según sus especiales condiciones y calidades, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad de desarrollar un papel activo en la sociedad”, definen los contornos de lo que se considera esencial, inherente y, por lo mismo inalienable para la persona, razón por la cual se traduce en derechos subjetivos (entendidos como expectativas positivas (prestaciones) o negativas) cuyos contenidos esenciales están sustraídos de las mayorías transitorias.

En este orden de ideas, **será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo.** (...) (Corte Constitucional, 2008, T/760) (Negrilla fuera de texto).

### *Posición jurisprudencial reciente sobre la naturaleza del derecho a la seguridad social*

Finalmente, de acuerdo con los pronunciamientos recientes de la Corte Constitucional, el asunto sobre la naturaleza y alcance del derecho a la Seguridad Social parece haber cerrado filas en torno a la tesis de que este es en toda regla un derecho fundamental. Así lo manifiesta la misma Corporación en sentencias como la T/327 y T/028 de 2017, aludiendo a anteriores pronunciamientos suyos como T-742 o C-1141 de 2008. En la primera sentencia se lee la siguiente consideración de los togados:

[...] “la seguridad social **es un verdadero derecho fundamental autónomo** –calificado como “derecho irrenunciable” según el inciso 2° del artículo 48 constitucional; consagrado como “derecho de toda persona” de acuerdo al artículo 9° del PIDESC, el cual hace parte del bloque de constitucionalidad; y, finalmente, **definido como “derecho humano” por parte del CDESC** en la observación general número 19-. Por tal razón, si bien hasta ahora la Corte ha empleado la figura de la conexidad al momento de resolver este tipo de controversias, la Sala estima que la acreditación de este vínculo con otro derecho fundamental resulta redundante y, en consecuencia, innecesario toda vez que **el derecho a la seguridad social recoge per se una garantía iusfundamental independiente,**

razón por la cual su eventual vulneración ocurrida de manera autónoma puede ser enmendada por vía de tutela (Corte Constitucional, 2008, T/742).

Por otra parte, en Sala Plena, los magistrados de la Corte Constitucional enfatizan en la precitada sentencia C-1141 de 2008:

[...] **el derecho a la seguridad social, en la medida en que es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana es un verdadero derecho fundamental** cuyo desarrollo, si bien ha sido confiado a entidades específicas que participan en el sistema general de seguridad social fundado por la Ley 100 de 1993, **encuentra una configuración normativa preestablecida en el texto constitucional (artículo 49 superior) y en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad;** cuerpos normativos que dan cuenta de una **categoría iusfundamental íntimamente arraigada al principio de dignidad humana**, razón por la cual su especificación en el nivel legislativo se encuentra sometida a contenidos sustanciales preestablecidos (Corte Constitucional, 2008, C-1141).

Visto lo anterior, queda claro que la Seguridad Social como bien jurídico comporta un carácter iusfundamental, en la medida en que las prestaciones sociales que de él se derivan tengan un vínculo con la dignidad humana como principio máximo constitucional. Sin embargo, para garantizar su protección constitucional, es menester que el Estado colombiano haya adoptado medidas legislativas, presupuestales y administrativas que permitan que dicho derecho a la Seguridad Social sea traducible en un derecho subjetivo concreto, cuya exigibilidad sea viable jurídicamente.

*Derecho a la Seguridad Social y Criterio de Sostenibilidad Fiscal: tensión entre el derecho subjetivo y el principio de progresividad*

Por supuesto, existe una tensión entre el carácter iusfundamental de la Seguridad Social y la necesidad de que el Estado colombiano cree las condiciones para que pueda garantizarse como un derecho subjetivo, pues, evidentemente, su protección estaría supeditada a la capacidad de cobertura que el mismo Estado, llamado a garantizarlo, ofrezca. Para ejemplificar dicha tensión problemática basta con analizar someramente el Acto legislativo 01 de 2005, aditivo del artículo 48 superior, en especial en lo que respecta al criterio de sostenibilidad fiscal o financiera frente a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El texto adicionado como inciso séptimo es el siguiente:

**Artículo 48.** La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

[...]

**Inciso séptimo.** El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. **Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas** (Constitución Política, 1991, art. 48) (Negrillas fuera de texto).

El criterio de sostenibilidad fiscal presente desde el año 2005 como adición al artículo 48 de la Constitución Política, posteriormente fue introducido por el legislador como figura jurídica que orienta toda la actividad del Estado, a través del acto legislativo 03 de 2011, modificatorio de los artículos superiores 334, 339 y 346. La introducción en nuestro ordenamiento jurídico del criterio de sostenibilidad fiscal mediante el Acto legislativo 03 de 2011, cuya exequibilidad declaró la Corte Constitucional en sentencias C/288 y C/332 de 2012, trajo consigo un serio debate sobre el alcance del Estado Social de Derecho y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales - DESC. Si bien la sostenibilidad fiscal tiene un impacto sobre casi toda la actividad del Estado (económica, administrativa, judicial, etcétera), fungiendo como criterio orientador en materia de gasto y endeudamiento público con miras a la progresividad de las políticas públicas y las sostenibilidad del Estado a largo plazo, las voces críticas se manifiestan principalmente contra su impacto sobre, precisamente, la garantía de cumplimiento y avance en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, pues algunos autores consideran que en realidad es una puerta abierta para el desconocimiento de esos derechos, bajo el argumento de insostenibilidad fiscal del Estado para materializarlos a favor de los ciudadanos.

Esta polémica en torno al criterio de sostenibilidad fiscal fue abordada inicialmente por la Corte Constitucional, a partir de las demandas de inconstitucionalidad presentadas en contra del acto legislativo que introduce dicho principio en nuestro ordenamiento (expediente D-8690; D-8762, D- 8763; D- 8764; D- 8765; D- 8766; D-8767 y D- 8768), la cual analizó principalmente, con base en los cargos expuestos, la capacidad de la sostenibilidad fiscal para suplantar la Constitución Política, toda vez que, si esta opera a modo de límite arbitrario contra la cláusula de Estado Social de Derecho (en tanto supedita la realización de los derechos a la capacidad presupuestal del Estado), se desconocen los postulados esenciales de la Carta Política (artículos 1

y 2) que conminan a la realización de los derechos fundamentales y demás derechos basados en los principios de solidaridad, igualdad, vida digna, entre otros.

La Corte Constitucional, sin embargo, desechó los argumentos propuestos por los demandantes en el sentido de que dicho acto legislativo pudiera suplantar o anular la Constitución Política y sus fines esenciales, arguyendo entonces que dicha figura jurídica, como tal, revestía un mero carácter instrumental, es decir, orientador, de la actividad institucional encaminada al cumplimiento progresivo de los objetivos del Estado Social de Derecho, razón por la cual, no estaría por encima de los principios constitucionales ni alcanzaría dicha entidad (Corte Constitucional, C/228 de 2012), como si la tiene, por ejemplo, el principio de progresividad de los derechos, como mandato constitucional que ordena “seguir hacia adelante” en la materialización de las garantías y los derechos.

En todo caso, no cabe duda que la Seguridad Social como bien jurídico protegido por el Estado colombiano reviste una entidad mucho más importante que el que pudiera sugerir de su clasificación como un Derecho Económicos, Social y Cultural, pues las prestaciones sociales que comprende están frecuentemente relacionadas con la dignidad humana, lo cual, en consecuencia motivó acertadamente a la Corte Constitucional a su reconocimiento como derecho fundamental autónomo, condicionando su tutela al avance del Estado en la construcción de estructuras institucionales, normativas y presupuestales bajo el principio de progresividad y el criterio instrumental de la sostenibilidad fiscal que permita la expansión geográfica y prestacional progresiva. El hecho de que el contenido subjetivo prestacional emanado de la Seguridad Social sea reconocido como un derecho fundamental obliga al Estado colombiano a respetar la progresividad en materia de derechos que, si bien aparecen en el escenario normativo como de segunda generación, se convierten por su importancia en verdaderos derechos iusfundamentales:

Una vez ha sido provista la estructura básica sobre la cual ha de descansar el sistema de seguridad social, lo cual, además de los elementos ya anotados – prestaciones y autoridades responsables -; a su vez supone el establecimiento de una ecuación constante de asignación de recursos en la cual están llamados a participar los beneficiarios del sistema y el Estado como último responsable de su efectiva prestación; la seguridad social adquiere el carácter de derecho fundamental, lo cual hace procedente su exigibilidad por vía de tutela (Corte Constitucional, 2017, T/327).

No obstante, como se explicará más adelante, la Corte Constitucional, haciendo una ponderación del derecho a la Seguridad Social y el principio de sostenibilidad financiera, sobre el incremento pensional del Acuerdo 049, aprobado por el decreto 758 de 1990, se inclinó por el principio, con una motivación ciertamente cuestionable a la luz de los compromisos del Estado colombiano frente a sus obligaciones constitucionales y convencionales.

### ***Contenido prestacional del derecho a la Seguridad Social***

Claro está que dicha exigibilidad está relacionada con el tipo de prestación jurídica en que se traduzca el derecho a la Seguridad Social, pues, a propósito de su contenido prestacional, tan amplio como cabe esperar de un derecho que cubre un vasto espectro de situaciones, la Observación No. 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales interpreta precisamente el artículo 9 y siguientes del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para desarrollar el contenido de este derecho:

1. El artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (el Pacto) dispone que "los Estados Partes en el presente Pacto

reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social". El derecho a la seguridad social **es de importancia fundamental** para **garantizar a todas las personas su dignidad humana** cuando hacen frente a **circunstancias que les privan de su capacidad para ejercer plenamente los derechos reconocidos en el Pacto.**

2. El derecho a la seguridad social **incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección**, en particular contra: a) la **falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar**; b) gastos excesivos de atención de salud; c) **apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo** (Comité PIDESC, 2008, s.p.) (Negrillas fuera de texto).

Por su parte, en el ámbito nacional, la ley 100 de 1993 contempla su propia definición de la Seguridad Social como bien jurídico, como se extrae de la lectura del preámbulo de esta norma y sus artículos 1, 3 y 4. Así, el legislador comprende que la Seguridad Social tiene una doble connotación como figura jurídica: i) como sistema institucional que garantiza la calidad de vida de los asociados y, ii) como derecho irrenunciable y servicio público obligatorio y esencial. Esta norma busca garantizar la Seguridad Social a través de: a) Sistema general de pensiones, b) Sistema general en salud, c) Sistema general de riesgos profesionales y d) Servicios sociales complementarios (Corte Constitucional, 2017, T/327).

La doctrina jurídica también ha realizado sus apuntes en torno al contenido esencial de la Seguridad Social como derecho, entendiéndolo, siguiendo a Acevedo (2010), como “un derecho

que obliga al Estado a procurarle a la colectividad vivienda, atención médica y educación, entre otros elementos básicos para combatir la miseria en todas sus formas y manifestaciones” (p. 194):

La Seguridad Social también podría definirse como “el sistema de previsiones adoptado por el Estado para conjurar los diversos riesgos que asedian a los integrantes de la colectividad y atenuar las consecuencias derivadas de la realización de tales riesgos”. **El mejor sistema de Seguridad Social implica medidas preventivas en la higiene, la medicina y la seguridad laboral, al igual que medidas reparadoras y rehabilitadoras que se concretan en las prestaciones en dinero, especie y servicios** (Acevedo, 2010, p. 195).

Como puede deducirse, existe un amplio universo de servicios y prestaciones que integran la Seguridad Social en Colombia, a partir principalmente de los tratados internacionales, la Constitución Política y la ley 100 de 1993, como norma estructurante del Sistema General de Seguridad Social, aunque en adelante se dará desarrollo exclusivamente a la pensiones de vejez, invalidez o muerte, como manifestaciones prestacionales del derecho en comento.

### ***El derecho a la pensión en Colombia***

La pensión por vejez, invalidez o muerte en Colombia tiene una larga tradición, pues antes de la adopción de la ley 100 de 1993 tuvieron vigencia otros regímenes pensionales, y fue precisamente este instrumento legal el que dispuso las directrices para unificar la normatividad anterior mediante la creación de regímenes transicionales y la creación del Sistema General de Pensiones. De acuerdo con el artículo 12 de la ley 100 de 1993, el Sistema General de Pensiones está integrado por dos tipos de regímenes, incompatibles entre sí: i) Régimen Solidario de Prima

Media con Prestación Definida, ii) Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, iii) regímenes especiales, siendo obligatoria la afiliación a uno de estos dos regímenes generales por parte de los trabajadores dependientes o independientes (personas naturales, contratistas, etcétera).

Cada uno de estos regímenes establece unos requisitos especiales para acceder a la prestaciones que la ley reconoce a favor de los asociados, tanto en el caso de la pensión de vejez, la pensión por muerte (pensión de sobreviviente) y la pensión de invalidez de origen común, distinta a la pensión de invalidez de origen laboral, regulada por la ley 776 de 2002. En síntesis, estos requisitos son:

#### **Pensión de vejez**

- Cumplir con la edad requerida, 57 años para las mujeres y 62 años para los hombres.
- Haber cotizado durante su vida laboral, al menos 1300 semanas.

#### **Pensión de invalidez de origen común**

- Invalidez causada por enfermedad calificada como pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 50%: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.
- Invalidez causada por accidente como pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 50%: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.

- En caso de que el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo necesitará haber cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.

### **Pensión de Sobreviviente**

#### **Requisitos de tiempo:**

1. Si el fallecido es pensionado, el derecho pensional que se deja causado al grupo familiar.
2. Si el fallecido es un afiliado, se debe acreditar si la muerte es por enfermedad (incluye el suicidio) o por accidente (incluye el homicidio), cincuenta (50) semanas de cotización antes de la fecha de estructuración.

#### **Beneficiarios:**

##### **1. Cónyuge o Compañero permanente:**

- Recibirá en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente, siempre y cuando tenga a la fecha del fallecimiento del causante 30 o más años de edad. Si la pensión se causa por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera(o) permanente deberá acreditar que hizo vida marital con el causante hasta su muerte y por lo menos cinco (5) años continuos anteriores a la muerte.
- Recibirá la pensión en forma temporal, siempre cuando dicho beneficiario a la fecha del fallecimiento del causante tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá

una duración máxima de 20 años; si el beneficiario tiene hijos con el causante, recibirá pensión vitalicia.

- En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la pensión la percibirán ambas a prorrata del tiempo convivido con el fallecido; igual situación cuando no se presente convivencia simultánea y el fallecido tenga una sociedad conyugal vigente.

**2. Hijos:** Tendrán derecho a acceder a ésta pensión los hijos del cotizante menores de 18 años o hasta los 25 años siempre y cuando se encuentren imposibilitados por el estudio, razón por la cual deberán acreditar esta condición; por otra parte, tienen derecho a pensión los hijos que se encuentren en estado de invalidez y que dependían económicamente del causante, hasta cuando subsista el estado de invalidez.

**3. Padres:** A falta de cónyuge, compañera o compañero permanente, e hijos con derecho, serán beneficiarios de la pensión los padres del causante, siempre y cuando dependiesen económicamente de este.

**4. Hermanos:** A falta de cónyuge, compañera o compañero permanente, padres e hijos con derecho, podrán acceder a esta pensión los hermanos del causante que se encuentren en un estado de invalidez y que dependan económicamente de este.

Pues bien, una vez reunidos en cabeza del titular o los destinatarios los requisitos anteriormente citados, el Sistema de Seguridad Social en Pensiones ofrece un portafolio de prestaciones como son la pensión de vejez, la pensión de invalidez, la pensión de sobrevivientes, la indemnización sustitutiva (devolución de aportes) y el auxilio funerario. Es oportuno señalar

que el valor de la mesada pensional en las diferentes modalidades pensionales, varía de acuerdo con criterios predefinidos en la norma, como la base gravable y el monto del aporte al Sistema de cada cotizante.

### ***El incremento pensional del Acuerdo 049 de 1990***

Una de las prestaciones en materia de Seguridad Social que afecta el monto de la mesada pensional, es precisamente el incremento pensional, figura introducida en el ordenamiento jurídico mediante el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 del mismo año. La figura se regula en los artículos 21 y ss de dicho acuerdo:

**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 (Congreso de la República, 1990, Acuerdo 049).

De la lectura del articulado, sería posible concluir que los destinatarios del incremento pensional, siguiendo la síntesis de Herrera (2015):

[...] solamente son beneficiarios aquellos pensionados a los cuales se les reconoce su derecho con base en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en virtud de la aplicación del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo cual excluye la posibilidad de que se apliquen a pensionados en virtud de otros regímenes, tales como la Ley 33 de 1985, la Ley 71 de 1988 o de regímenes especiales como los docentes, Ecopetrol o la fuerza pública o normas posteriores como la Ley 100 de 1993, la Ley 797 de 2003 y la Ley 860 de 2003, incluso, para pensiones reconocidas en virtud de convenciones colectivas de trabajo o de manera voluntaria por el empleado (p. 5).

El destinatario, además, debe cumplir con los requisitos de i) recibir una pensión mínima, ii) tener una persona a cargo y, ii) que ésta depende económica de aquel. Y en el evento de pensión de invalidez, esta debe ser de origen común, pues el Acuerdo 049 no comprende la invalidez de origen laboral, conforme la expresión excluyente del artículo 21 de esa norma, cuyo título literalmente es: “Incrementos de las pensiones **de invalidez por riesgo común** y vejez.

Por su parte, también resulta de sumo interés el artículo 22 de la normativa aludida, pues, refiriéndose a la naturaleza del incremento pensional, aclara que estos incrementos “*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*” (Congreso de la República, 1990, Acuerdo 049).

A simple vista, esta prestación que complementa la mesada del titular del derecho a la pensión, en el sentido de que incrementa el monto de la mesada con ocasión de situaciones de vulnerabilidad específicas que el legislador considera conveniente cobijar como un auxilio, no resulta problemática. Sin embargo, la interpretación de estos artículos, a la luz de la ley 100 de 1993, posterior al Acuerdo 049 referido, ha propiciado una verdadera disputa de criterios al interior del ordenamiento jurídico, obligando a los órganos de cierre en material laboral y constitucional a pronunciarse mediante su jurisprudencia sobre la naturaleza del incremento pensional, su relación con el derecho a la pensión, su lugar en el universo prestacional de la Seguridad Social, la prescriptibilidad o imprescriptibilidad como derecho prestacional, la axiomática y principalística constitucional, etcétera. Y, como puede advertirse, estos asuntos han propiciado un verdadero enfrentamiento de criterios entre la Corte Constitucional y la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia, generando inseguridad jurídica y conculcando el derecho a la igualdad de los justiciables. En el próximo capítulo, mediante la elaboración de una línea jurisprudencial dinámica, se examinarán las posiciones respectivas de dichas corporaciones para identificar sus tesis respecto a la aplicabilidad del derecho al incremento pensional dentro del marco normativo colombiano, discriminando entre sentencias.

## CAPÍTULO II

### Línea jurisprudencial dinámica sobre el incremento pensional: Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral y Corte Constitucional

#### *Nicho citacional*

Como parte del ejercicio investigativo se propone en el siguiente cuadro un nicho citacional a partir del cual se establece un diálogo entre los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. En el cuadro, además de la información relativa a la identificación de la sentencia y el año de expedición, se clasifican las providencias conforme su lugar e importancia dentro de la línea cronológica jurisprudencial, discriminando entre sentencias fundadoras de línea, confirmadoras de línea, reconceptualizadoras de línea, sentencias dominantes y sentencias inconcluyentes. Además, se especifica si la sentencia en cuestión amplía o restringe el derecho debatido, entendiendo por ampliación la mayor cobertura y protección del derecho y por restricción la denegación o condicionamiento del mismo:

SENTENCIA	FECHA	AMPLÍA	RESTRINGE	FECHA	SENTENCIA
			<b>Sentencia fundadora de línea</b>	2007	Rad. No. 27923 Corte Suprema de Justicia. 12 de diciembre de 2007 Elsy Del Pilar Cuello Calderón.
			<b>Sentencia dominante</b>	2013	Sentencia T-791 de 2013. Corte Constitucional 12 de noviembre de 2013 Luis Guillermo Guerrero Pérez

Salvamento de voto de la Sentencia T-791 de 2013. Corte Constitucional 12 de noviembre de 2013 Jorge Iván Palacio Palacio.	2013	<b>Sentencia fundadora de línea</b>			
Sentencia T-217 de 2013. Corte Constitucional 17 de abril de 2013. Alexei Julio Estrada.	2013	<b>Sentencia confirmatoria de línea</b>			
Sentencia T-831 de 2014. Corte Constitucional 11 de noviembre de 2014 Jorge Ignacio Pretelt Chaljub	2014	<b>Sentencia reconceptualizadora de línea</b>			
Sentencia T-369 de 2015. Corte Constitucional 18 de junio de 2015. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub	2014	<b>Sentencia confirmatoria de línea</b>			
Sentencia T-332 de 2016. Corte Constitucional 27 de junio de 2016 Jorge Ignacio Pretelt Chaljub	2015	<b>Sentencia confirmatoria de línea</b>			
			<b>Sentencia inconcluyente</b>	2015	Sentencia T-541 de 2015. Corte Constitucional 21 de agosto de 2015. Mauricio González Cuervo

			<b>Sentencia inconcluyente</b>	2016	Sentencia T-395 de 2016. Corte Constitucional 28 de julio de 2016 Alejandro Linares Cantillo
			<b>Sentencia inconcluyente</b>	2014	Sentencia T-748 de 2014. Corte Constitucional 08 de octubre de 2014 Mauricio González Cuervo
			<b>Sentencia inconcluyente</b>	2016	Sentencia T-038 de 2016. Corte Constitucional 09 de febrero de 2016 Alejandro Linares Cantillo
Sentencia SU-310 de 2017. Corte Constitucional 10 de mayo de 2017 Aquiles Arrieta Gómez	2017	<b>Sentencia consolidadora de línea</b>			
Sentencia T-499 de 2017. Corte Constitucional 04 de agosto de 2017 Alberto Rojas Ríos	2017	<b>Sentencia Confirmatoria</b>			
Sentencia 2741-08 de 2017. Consejo de Estado 16 de noviembre de 2017. Gabriel Valbuena Hernández	2017	<b>Sentencia fundadora de línea</b>			
			<b>Sentencia fundadora de línea</b>	2019	Sentencia SU/140 de 2019. Corte Constitucional 28 de marzo de 2019. Cristina Pardo Schelsinger

### ***Análisis de línea jurisprudencial***

Antes de comenzar con la exposición de las tesis que ambas corporaciones sostienen y se recogen en la línea jurisprudencial, conviene aclarar que, principalmente, lo que se debate en estas providencias es la prescriptibilidad o imprescriptibilidad del derecho al incremento pensional, desde una perspectiva dogmática pero también constitucional, con observancia de las normas, en especial el Acuerdo 049 de 1990 y la ley 100 de 1993. Sin embargo, algunos otros argumentos para la denegación o reconocimiento del derecho también son incluidos dentro de las consideraciones de los fallos, como por ejemplo la denegación del derecho con base en la aplicación excluyente del régimen de transición regulado por el artículo 36 de la ley 100 de 1993, que de algún modo sería recogido por la reciente sentencia SU/140 de 2019, dentro de su disertación sobre la vigencia del Decreto 758 y el Acuerdo 049 de 1990. Este último argumento, como explica Herrera (2015) y como se expone en este documento, fue ampliamente utilizado por los falladores en todo el país.

### ***Interpretación restrictiva con base en la prescriptibilidad del derecho al incremento pensional***

En primer lugar, pues, es necesario centrarse en los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral y la Corte Constitucional que avalan la interpretación restrictiva del derecho al incremento pensional. La sentencia de radicado 27923 de 2007, M.P. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, sostiene como postura principal la prescriptibilidad ordinaria laboral de tres años frente al incremento pensional, razón por la cual el afiliado pensionado que la reclame extemporáneamente ha perdido el derecho, porque este se encontraría prescrito, conforme la cláusula de prescripción laboral ordinaria del artículo 448 del Código Sustantivo de Trabajo:

[...] considerar prescritos los incrementos por personas a cargo es acertado, pues si precisamente el artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990 prevé que los incrementos por persona a cargo “no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales” es lógico que no pueden participar de los atributos y ventajas que el legislador ha señalado para éstas, entre ellas el de la imprescriptibilidad del estado jurídico del pensionado y que se justifican justamente por el carácter fundamental y vital de la prestación, reafirmado por la Constitución de 1991, y además por el hecho de ser de tracto sucesivo, por regla general, y de carácter vitalicio.

No puede negarse que los incrementos nacen del reconocimiento de la pensión de vejez, pero ello no quiere decir que formen parte integrante de la prestación, ni mucho menos del estado jurídico del pensionado, no sólo por la expresa disposición normativa, como ya se apuntó, sino porque se trata de una prerrogativa cuyo surgimiento no es automático frente a dicho estado, pues está condicionado al cumplimiento de unos requisitos, que pueden presentarse o no. (Corte Suprema de Justicia, 2007, R. 27923)

Argumenta el sentenciador que, además de lo anterior, la literalidad del artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990 favorece la interpretación que contempla el incremento pensional como un derecho sometido a la regla de prescriptibilidad. La Sala Laboral afirma en este sentido:

La alusión normativa atinente a que el derecho a los incrementos “*subsiste mientras perduren las causas que le dieron origen*”, antes que favorecer la imprescriptibilidad, obran en su contra por cuanto implícitamente parte de la

hipótesis de que se trata de un derecho que no es vitalicio en tanto su persistencia requiere que se sigan dando las causas que le dieron origen, de modo que aunque, parezca redundante, la desaparición de estas provoca su extinción (Corte Suprema de Justicia, 2007, R. 27923) (Cursiva dentro de texto).

Esta línea argumentativa fue acogida en algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional, como en la sentencia T/791 de 2013. En esa oportunidad, la Sala de Decisión adoptó la postura de la Corte Suprema de Justicia por simpatía con los argumentos del fallador ordinario, pero también arguyendo que la Sala Laboral de esa corporación de cierre era la especialista sobre el asunto ventilado:

[...] el precedente de la imprescriptibilidad en materia pensional debe responder y guardar coherencia con el alcance que de los derechos y asuntos laborales y de la seguridad social fije la jurisdicción ordinaria, toda vez que es esta la encargada de establecer los límites y las pautas de interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico legal en los conflictos de tipo laboral, entre otros (Corte Constitucional, 2013, T/791)

***Interpretación amplificadora o extensiva sobre la imprescriptibilidad del derecho al incremento pensional***

Sin embargo, esta invocación de autoridad de la Sala de Decisión fue rebatida por el magistrado Jorge Iván Palacio Palacio en su salvamento de voto a la sentencia en comento. El togado señaló en esa oportunidad que la Sala desconoció los artículos 48, 49 y 53 de la carta superior, pues no aplicó el principio de favorabilidad que como pilar fundamental en la interpretación y aplicación de las normas relativas a la Seguridad Social. En ese sentido, Palacio

se acoge a lo considerado por la misma Corte Constitucional en sentencia T/217 de 2013 y concluye:

[...] la imprescriptibilidad del referido derecho se encuentra en armonía con el principio de favorabilidad, por lo que establecer en este caso el fenómeno de la prescripción contraría este principio y, por lo tanto, implica una violación directa de la Constitución, así como (i) la solidaridad que debe regir el sistema de seguridad social en pensiones; (ii) la protección y asistencia especial a las personas de la tercera edad para mantener unas condiciones de vida digna; y (iii) el derecho irrenunciable a la seguridad social (Corte Constitucional, 2013, T/791).

Arguye el salvamento de voto que, existiendo dos interpretaciones posibles respecto a la prescriptibilidad o imprescriptibilidad del derecho al incremento pensional, es decir, i) la aplicación de la prescripción ordinaria laboral de tres años, o ii) la imprescriptibilidad del derecho con base en la irrenunciabilidad del derecho a la Seguridad Social, el fallador debe aplicar sin excusas el principio de favorabilidad con miras a extender la protección del derecho a favor del afiliado.

Esta posición mantenida en la sentencia T/217 de 2013 y en el salvamento de voto a la sentencia T/791 del mismo año, fue posteriormente reconceptualizada en sentencia T/831 de 2014, con ponencia del magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En esa oportunidad, la Sala de Decisión deslindó dos figuras que en los anteriores pronunciamientos aparecen confundidos: el derecho a la pensión y la mesada pensional. Esta distinción le permitió a la Sala de Decisión reafirmar la imprescriptibilidad del derecho a la pensión sin desconocer que las mesadas pensionales sí están sujetas a la prescripción ordinaria laboral de tres años, desde el momento en

que están reconocidas pero no pagadas. Siguiendo esta línea expositiva y recordando lo considerado en la precitada sentencia T/217 de 2013, la Corte Constitucional frente al incremento pensional afirma:

*[...] el derecho a la pensión o los incrementos que por ley se desprendan de éste son imprescriptibles, en esa medida la prescripción solo es aplicable a las mesadas no reclamadas con anterioridad a los 3 años de solicitadas, por lo tanto, de acoger la tesis que al reajuste a la pensión de vejez del 14%, en relación con el cónyuge o compañero o compañera permanente del beneficiario de dicha pensión, que dependiese económicamente de éste y que no esté disfrutando de una pensión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 del Acuerdo 49 de 1990, se le puede aplicar prescripción, equivale a perder una fracción de recursos de este derecho o parte del mismo. (Corte Constitucional, 2013, T/217)*  
(Cursiva dentro de texto).

### ***Indefinición de criterios: pronunciamientos simultáneos contradictorios***

Esta interpretación más favorable que comunica la imprescriptibilidad del derecho a la pensión a sus derechos accesorios es adoptada por la Corte Constitucional en algunos de sus pronunciamientos ulteriores, como las sentencias T- 369 de 2015 y T-332 de 2016, a pesar de los pronunciamientos de la misma Corporación en contra de esta interpretación más favorable y amplificadora:

Para esta Sala es claro que jurisprudencia de la Corte Constitucional relativa al incremento del 14% sobre la pensión por tener cónyuge a cargo ha variado, frente a los asuntos relativos a su naturaleza y la prescriptibilidad de la

prerrogativa, no obstante, la Sala considera pertinente la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral. teniendo en cuenta que las personas involucradas (el accionante y su cónyuge) son personas de la tercera edad, cuyo único ingreso para solventar sus necesidades básicas, es la pensión mínima del pensionario, y en aplicación del principio de favorabilidad, precepto constitucional, que debe ser utilizado para dirimir conflicto de interpretaciones sobre una mista norma, y así aplicar al caso concreto la que sea más beneficiosa para el trabajador o pensionado, se acogerá la postura de la Sentencia T-831 de 2014 (Corte Constitucional, 2016, T/332).

Sin embargo, en las sentencias T-541 de 2015, T-395 de 2016, T-748 de 2014 y T-038 de 2016, la misma Corte Constitucional aduce que la heterogeneidad de criterios al interior de la Corporación, cuando se invoca la protección constitucional a través de la tutela contra fallo judicial, antes que obligar al juez a decantarse por la interpretación más favorable, impide que nazca un precedente judicial para los jueces que deban aplicar uniformemente, so pena de incurrir en una violación directa a la Constitución Política. Con base en este último argumento, la corporación se abstuvo de pronunciarse de fondo sobre el asunto de la prescriptibilidad del derecho al incremento pensional, profiriendo lo que se conoce como fallos o sentencias inconcluyentes. Así lo expuso la Sala de Decisión:

El tema de la imprescriptibilidad del incremento pensional del 14%, por cónyuge o compañera permanente a cargo, se enmarca en la hipótesis expuesta, en la medida que, como se puso de presente, las Salas de Revisión de esta Corporación se han pronunciado de distinta manera sobre el asunto en cuestión, además, de que no existe sentencia de la Sala Plena que unifique los criterios encontrados [50]. En ese

contexto, estima la Sala que no se puede hablar de que exista en esta materia un precedente uniforme, unívoco o consolidado, que vincule al operador jurídico para que resuelva en determinado sentido, toda vez que es un hecho irrefutable y objetivo, que en el tema bajo estudio el precedente de la Corte se encuentra dividido, entre las decisiones que consideran imprescriptible el incremento pensional y las que estiman que la prestación aludida está sometida a la regla de prescripción.

Por las mismas razones, tampoco es admisible afirmar que exista en materia de la imprescriptibilidad del incremento pensional del 14%, una decisión o una serie de decisiones adoptadas por la Sala Plena, o las Salas de Revisión que constituyan un precedente de obligatorio acatamiento [51] o, en otros términos, una jurisprudencia en vigor, cuyo desconocimiento conlleve a una violación del debido proceso (Corte Constitucional, 2016, T-038).

Como se ha visto, las decisiones de la Corte Constitucional sobre la materia resultan equívocas y contradictorias, generando inseguridad jurídica, desconociendo el derecho a la igualdad de los asociados y vulnerando derechos como la Seguridad Social, el mínimo vital, la vida digna, etcétera.

### ***Sentencia de Unificación 310 de 2017 y su declaración de nulidad***

Pues bien, con el ánimo de poner fin a las discusiones sobre prescriptibilidad o imprescriptibilidad del derecho al incremento pensional como apéndice complementario del derecho a la pensión, la Corte Constitucional se reunió en Sala Plena para dictar la sentencia unificadora 310 de 2017, con ponencia del magistrado Aquiles Arrieta Torres. El fallo comienza por reiterar el carácter imprescriptible del derecho a la pensión como elemento prestacional del

derecho irrenunciable a la Seguridad Social, insistiendo en la diferenciación entre el derecho a la pensión y las mesadas pensionales:

Así las cosas, 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”. [64] Lo cual no ocurre con las mesadas pensionales, cuyo reconocimiento sí está sujeto a su reclamación oportuna (Corte Constitucional, 2017, SU/310).

A continuación, la Sala Plena discurre sobre la valoración más racional del artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990 a la luz de la principalística constitucional, señalando la existencia de una duda interpretativa que debe resolverse con base en el principio de favorabilidad, pero también en el principio de “in dubio pro-operario”. El texto definitorio, aunque extenso, no deja deuda del criterio unificador adoptado por la Corte Constitucional:

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) (Corte Constitucional, 2017, SU/310) (Negrillas fuera de texto)

Una quinta y última razón expuesta por la Sala Plena es la desprotección de los sujetos de especial protección que se encuentran en estado de debilidad manifiesta económica o física y que esperan la protección constitucional reforzada a través del reconocimiento del incremento pensional a favor de su responsable, razón por la cual el fallador y las autoridades administrativas desconocerían los artículos 1, 48 y 95.2 superiores.

El mismo sentido del fallo, puede argumentarse, rebate implícitamente la otra tesis que emplearon los falladores para resolver negativamente las solicitudes de amparo al derecho del incremento pensional, a saber: la relacionada con un supuesto régimen transicional excluyente con base en el artículo 36 de la ley 100 de 1993. Ello, por cuanto si en realidad el derecho al incremento pensional estuviera condicionado al reconocimiento del derecho pensional bajo la vigencia del Acuerdo 049 de 1990, la Corte Constitucional no estudiaría ni decidiría sobre el incremento pensional para pensionados bajo la vigencia de la ley 100 de 1993 o regímenes posteriores compatibles con esa prestación, como en todas las sentencias precitadas, incluida la sentencia de unificación 310 de 2017.

Ahora bien, esta providencia de unificación, sin embargo, fue declarada nula por la misma Corporación, mediante Auto 320 de fecha 23 de mayo del 2018. El motivo principal por el que fue declarada la nulidad de la sentencia se basa en la omisión que la Sala Plena hizo, en su aplicación del principio “in dubio pro operario” sobre la duda interpretativa que suscita el

artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990, del acto legislativo 01 del año 2005, citado en el primer capítulo de este trabajo. Además, la Corte Constitucional omitió el análisis en la providencia de lo alegado por Colpensiones. La Corporación Superior explica:

La sentencia SU-310 de 2017 de la Corte Constitucional viola el debido proceso por: i) haber fundado su decisión en aplicación del principio in dubio pro operario sin haber analizado su compaginación con el artículo 48 de la Constitución Política, tal como el mismo quedó luego de proferido el Acto Legislativo 01 de 2005; y ii) haber omitido de su análisis los argumentos presentados por Colpensiones dentro del trámite de revisión de tutela de los expedientes acumulados para el efecto (Corte Constitucional, 2018, Auto/320).

Esta situación, es decir, la declaración de nulidad, dejó otra vez una incertidumbre sobre cuál es la línea jurisprudencial que debe aplicar el fallador ordinario, así como el constitucional, a la hora de decidir sobre pretensiones relacionadas con el reconocimiento y pago del incremento pensional, pues el operador jurídico y los justiciables nuevamente carecieron de un criterio unificador que le indicara cuál podría ser la expectativa legítima y jurídicamente razonable.

***Interpretación restrictiva: régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993***

En su momento, los falladores del país recurrieron a otro argumento para desconocer el derecho al incremento pensional, aunque este no ha sido objeto de debate entre ambas corporaciones: el régimen transicional del artículo 36 de la ley 100 de 1993. A juicio de algunos jueces y cuerpos colegiados, con base en el precitado artículo, el incremento pensional no hace parte de las prestaciones a favor de los pensionados con posterioridad a la ley 100 de 1993 ni tampoco para aquellos bajo el respectivo régimen de transición.

[...] los usuarios que tienen derecho a que se les aplique el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, y en tal virtud, pueden pensionarse con base en la edad, el tiempo de servicio, el número de semanas y el monto de pensión establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados al momento de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, es necesario aclarar frente a la aplicación del decreto 758 de 1990 que en efecto, el mismo se aplica exclusivamente respecto a los factores mencionados, sin que sea posible que dicho beneficio se extienda a factores diferentes y mucho menos a otras prestaciones, por lo que teniendo en cuenta que en los términos del artículo 22 del decreto 758 de 1990 los incrementos son una prestación diferente a la pensión de vejez, tampoco es procedente concederla para los beneficiarios del régimen de transición” (Colpensiones, 2012, citado por Herrera, 2015, p. 7).

Incluso este mismo argumento venía siendo utilizado con anterioridad por los falladores del país, pues como se lee a continuación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín alegaba la inexistencia de un régimen de transición que permitiera reconocer el incremento pensional a un afiliado cuya pensión fue reconocida en 1997:

“De conformidad con lo anteriormente expresado, encontramos que en el caso que nos ocupa, el ISS reconoció al actor la pensión de invalidez con fundamento en la ley 100 de 1993, **sin que este tipo de prestación genere el derecho a un régimen de transición que le permitiera la aplicación de las normas contenidas en el Acuerdo 049 de 1990** (Tribunal Superior de Medellín, 2010, R. 12394) (Negrilla fuera de texto)

En el año 2011, el Tribunal Superior de Manizales, comenta Herrera (2015), también argumentaba en este sentido, mediante sentencia con radicación No. 9715 2009-00458-01:

Sin embargo, como de vieja data lo ha venido explicando esta Colegiatura, **el denominado régimen de tránsito pensional del esquema legal anterior a la ley 100 de 1993 al establecido por esta normativa, no impacta a los aumentos pensionales sub judice, pues los supuestos de hecho del artículo 36 ib., solamente se aplican, como la misma norma rigurosamente lo establece, a la edad para pensionarse, las semanas de cotización o el tiempo de servicios, y al monto de la mesada pensional del afiliado** (Tribunal Superior de Manizales, 2011, R. 9715 2009-00458-01)

En síntesis, el derecho al incremento pensional sólo cobijaría a aquellos pensionados que hayan obtenido el reconocimiento de su derecho pensional bajo la vigencia del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 de ese mismo año, por lo cual quienes hayan sido pensionados bajo la vigencia de la ley 100 de 1993 o las normas posteriores en materia pensional.

### ***Sentencia SU/140 de 2019: replanteamiento del problema jurídico***

Ahora bien, la Corte Constitucional, con base en auto anulatorio de la sentencia SU/310 de 2017, expidió una nueva sentencia que, no obstante, lejos de ceñirse al problema jurídico planteado en aquella, resolvió centrar su atención en la insubsistencia o no vigencia del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, argumentando que sobre este operó

una derogatoria orgánica, conforme los siguientes argumentos sobre la reforma estructural y orgánica introducida por la ley 100 de 1993:

“cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior”, cuestión esta última que se presenta en dos hipótesis que, como explicó esta Corporación, se configuran “por incompatibilidad con el contenido de una nueva norma (lex posteriori derogat priori) o ante la existencia de una regulación integral que la subsume.”(Énfasis fuera de texto)<sup>[137]</sup> Cuando la derogatoria tácita se configura con ocasión de la referida situación de regulación integral, la jurisprudencia ha convenido en denominarla como ‘**derogatoria orgánica**’. (Corte Constitucional, 2019, SU/140).

De acuerdo con la Corporación, la ley 100 de 1993 comprende un nuevo universo normativo que no sólo no se refiere a los incrementos pensionales, sino que los excluye. Para esto, busca el espíritu de la norma, siguiendo el pronunciamiento del 28 de marzo de 1984 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia:

El determinar si una materia está o no enteramente regulada por la ley posterior, depende, no tanto del mayor o menor número de disposiciones que contenga en relación con la antigua, sino 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. (...) 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. (Corte Constitucional, 2019, SU/140) (Negrilla fuera de texto).

Alude también, entre otras, a la sentencia C/823 de 2006, donde se disponen como criterios para identificar la derogatoria tácita de una norma: (i) cuando una norma jurídica posterior resulta incompatible con una anterior, o (ii) **cuando se produce una nueva regulación integral de la materia** (Corte Constitucional, 2016, C/823). Comprende la Corte Constitucional que la ley 100 de 1993, consagran dentro su principalística la unidad (art. 2), la organización (art. 5) y la unificación de normatividad y la planeación de la Seguridad Social (art. 6):

[...] **para la Corte es claro que de la anterior enunciación de principios de articulación, organización y unificación normativa se desprende la derogación orgánica de todas las normas que integraban el régimen de seguridad social anterior a dicha ley.** De hecho, inclusive limitando el análisis al referido principio de unificación, la doctrina especializada <sup>[143]</sup> explica que este “tiene importantes consecuencias jurídicas, pues significa que desaparecen las regulaciones anteriores y se crea una nueva, en forma integral, sin perjuicio de lo que disponga el nuevo sistema respecto de los derechos adquiridos y los regímenes de transición normativa (Corte Constitucional, 2019, SU/140) (Negrilla fuera de texto).

Para reforzar su postura respecto a este punto, la Corporación traza una línea jurisprudencial que da cuenta de la articulación, organización y unificación que trae aparejada la ley 100 de 1993, respecto a la Seguridad Social y el derecho a la pensión. Así, recuerda que la sentencia C/258 de 2013 (régimen de pensiones congresistas) y C/415 de 2014 (sobre régimen de transición), excluyen la posibilidad de que existan regímenes por fuera de la órbita de la citada ley 100 de 1993. También, enfatiza en que en la sentencia T/844 de 2014 se establece frente a los servidores públicos que: **(a)l entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, el legislador derogó la multiplicidad de modelos de seguridad social que existían para los servidores públicos y los particulares** (Corte Constitucional, 2014, T/844). En SU/230 de 2015, también se dijo:

El propósito original del legislador al introducir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 fue crear un **régimen de transición que beneficiara a las personas que tenían una expectativa legítima de pensionarse bajo la normativa que sería derogada con la entrada en vigencia de la ley 100**. (Corte Constitucional, 2015, SU/230) (Negrilla original).

Pues bien, la Corte Constitucional concluye su disertación sobre la vigencia de los incrementos pensionales a la luz de la introducción de un nuevo sistema normativo sobre la materia a partir de la ley 100 de 1993, haciendo referencia a los derechos adquiridos y las expectativas legítimas de quienes pudieron acceder a los incrementos cumpliendo los requisitos para pensionarse por vejez o invalidez antes de 1994:

Para la Corte es innegable entonces que el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 no produce efecto alguno respecto de quienes hayan adquirido el derecho a pensión con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993; todo ello sin perjuicio de que, con arreglo al respeto que la Carta Política exige para los

derechos adquiridos, quienes se hayan pensionado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 y hayan en ese momento cumplido con los presupuestos de la norma, conserven el derecho de incremento pensional que se les llegó a reconocer y de que ya venían disfrutando, siempre y cuando mantengan las condiciones requeridas por el referido artículo 21.

[...] Finalmente, ha de indicarse que los incrementos pensionales previstos por el literal b) del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 –esto es, los incrementos “por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión”- **corresponden a uno de los aspectos del antiguo sistema de seguridad social que el Legislador abandonó por no adecuarse a los ideales de justicia contemporáneos (ver jurisprudencia citada en supra 3.1.3.), a que sí pertenece la noción de economía de cuidado** (Corte Constitucional, 2019, SU/140) (Negrilla fuera de texto).

Sin embargo, intentando despejar toda duda, la Corte Constitucional hecha mano de otros argumentos, por demás invocados por Colpensiones en la acción pública de nulidad que esa entidad incoó ante el Consejo de Estado, como la incompatibilidad de los incrementos y el acto legislativo 01 de 2005, aditivo del artículo 48 superior. En este sentido, la Corporación razonó lo siguiente:

Así, tras considerar que los incrementos previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 no son unos elementos del régimen de prima media creado por la Ley 100 **ni, mucho menos, unos de los beneficios periódicos de que trata el inciso 11 del Acto Legislativo 01 de 2005, para la Corte es claro que**

**Colpensiones no tendría la facultad de administrar y reconocer unos beneficios que, se reitera, al no estar dentro de su ámbito de administración, su reconocimiento sería violatorio del principio de legalidad;** todo ello, se insiste, **aún si en gracia de discusión se llegara a pensar que tales incrementos no hubieran sido materia de derogatoria orgánica por parte de la Ley 100 de 1993** (Corte Constitucional, 2019, SU/140) (Negrilla fuera de texto).

si aún a pesar de todo lo atrás expuesto, todavía se estimara que el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 **no hubiera sido objeto de derogatoria alguna, sería entonces menester inaplicarlo por inconstitucional en casos concretos pues su eventual reconocimiento violaría el inciso 11 del artículo 48 superior, según la reforma introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005.** Ciertamente, **tal reconocimiento se haría en expresa violación de la norma superior conforme a la cual la liquidación de las pensiones debe hacerse teniendo en cuenta las cotizaciones correspondientes.** Y respecto de los incrementos del 14% y/o del 7% que prevé el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 **no existe norma alguna que imponga cotizaciones para soportar dichos porcentajes.** (Corte Constitucional, 2019, SU/140) (Negrilla fuera de texto).

Ahora bien, por último, la Corte Constitucional realizó una ponderación entre el derecho a la seguridad social y la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, como principio introducido precisamente por el acto legislativo 01 de 2005. De acuerdo con la Corporación, el actual sistema pensional refleja una crisis importante a causa de la i) la inversión de la pirámide poblacional, ii) la informalidad laboral, iii) agotamiento de reservas, iv) subsidios y v) baja cobertura. Ahora bien, discurre la Corporación indicando que, frente a una crisis de

sostenibilidad financiera, el derecho fundamental (como lo es la seguridad social) debe ceder mientras no se lastime o conculque su núcleo esencial, que en el caso de seguridad social “está dado por la instrumentalidad que esta tiene para la garantía de la dignidad humana” (Corte Constitucional, 2011, C/372). En síntesis, la Corte considera que:

**[...] toda vez que tal incremento no forma parte del núcleo esencial de la seguridad social en tanto no está relacionado con la dignidad de persona alguna y, por ende, debe ceder ante la necesidad de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional** en tanto que es mediante ésta que el Estado puede sostener una política diseñada para permitir que otras personas accedan a la posibilidad de tener una vida digna según ésta se concibió en el numeral 4.5.6 supra.

**(i) no puede decirse que su no otorgamiento afecte la dignidad humana pues éstos se aplicarían sobre una pensión que ya le ha sido reconocida y viene siéndole pagada al respectivo cónyuge o compañero(a) permanente o progenitor;** pensión ésta respecto de la cual el cónyuge o compañero(a) permanente o hijos sin acceso a pensión tienen el derecho de usufructuar con ocasión de la solidaridad que debe existir con la pareja[259] y la responsabilidad que se tiene para con los hijos[260]; y (ii) tales beneficios extra pensionales, de todos modos, no se le otorgan directamente al cónyuge o a los hijos sin acceso a pensión sino que es, simplemente, un incremento a la pensión que se le reconoció a quien efectivamente adquirió el respectivo derecho prestacional[

(ii) En tal orden, ante el complejo panorama económico que se explicó en el numeral 4.5.1 infra - en donde se evidencia la lejana universalidad en la

cobertura del sistema de seguridad social; la situación marginal de niños y personas de la tercera edad; [...] el principio de solidaridad obliga a que el Estado destine los recursos públicos a los sectores más desfavorecidos de la sociedad y no a los sectores que pueden sufragar su subsistencia con ocasión de la pensión a que se hicieron acreedores. **Se trata, en últimas, de un problema de asignación presupuestal constitucionalmente admisible** (Corte Constitucional, 2019, SU/140) (Negrilla fuera de texto).

Termina su exposición motiva señalando dos cosas, a saber: i) que frente al dilema de los principios de favorabilidad e in dubio pro operario, al no subsistir, es decir, al perder su vigencia el Decreto 758 de 1990, no hay lugar a ninguna duda interpretativa sobre la prescriptibilidad, razón por la cual no hay necesidad de aplicar estos principios, ni siquiera para determinar la existencia de un supuesto régimen de transición, pues para la Corte en esta sentencia sólo son acreedores del derecho al incremento quienes acrediten haber cumplido los requisitos con anterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993, es decir, a partir del 1 de enero de 1994, lo cual quiere decir ni más ni menos que quienes hayan causado su pensión antes de la fecha señalada y cumplieren los requisitos del Acuerdo 049 de 1990. Aquellos que no cumplían los requisitos no pueden exigir el reconocimiento del incremento pensional, en virtud del régimen de transición que sí les respeta algunos factores como la edad, el tiempo de cotización o servicio y el monto pensional.

Bajo este panorama, es claro que el acceso al incremento pensional por parte de los justiciables se reduciría notoriamente, y no deja de resultar cuestionable que la Corte Constitucional adopte estos criterios, siguiendo casi al pie de la letra los argumentos de Colpensiones dentro del proceso de unificación de criterios y el proceso de acción pública de

nulidad ante el Consejo de Estado. Por ende, como es lo propio del ejercicio académico, en el capítulo siguiente se cuestiona la decisión de la Corte y se averigua por posibles alternativas constitucionales para solicitar el reconocimiento del derecho al incremento pensional.

### CAPÍTULO III

#### **El precedente constitucional y otras herramientas constitucionales ante la inexistencia de un criterio uniforme sobre el incremento pensional del Acuerdo 049.**

Como se expuso en el capítulo anterior, las posturas encontradas al interior de la misma Corte Constitucional con relación a la prescriptibilidad del derecho al incremento pensional del acuerdo 049 de 1990 no pudieron ser reconciliadas por la Máxima Corporación, pese al proferimiento de la sentencia de unificación 310 de 2017, la cual fue declarada nula conforme al Auto/320 de 2018. El tema pasó a un segundo plano con ocasión del nuevo enfoque sobre el problema jurídico propuso la Corte Constitucional en sentencia SU/140 de 2019. Esta situación cambió todo el panorama, obligando a los jueces y operadores a acatar este pronunciamiento, como un precedente constitucional identificable sobre el asunto. Sin embargo, el propósito de esta investigación es cuestionar críticamente el fallo a partir del constitucionalismo colombiano y el control de convencionalidad que con base en el bloque de constitucionalidad debió realizar la Corporación. En este sentido, se hace imperioso la búsqueda de posibilidad al interior del ordenamiento para apartarse del criterio reciente de la Corte.

En este punto cobran total relevancia, por ejemplo, los desarrollos jurisprudenciales y dogmáticos en torno al precedente judicial, la doctrina probable, el bloque de constitucionalidad, la excepción de inconstitucionalidad, etcétera, pues a partir de estas figuras el operador jurídico puede tomar una decisión frente a las solicitudes de reconocimiento de los incrementos pensionales, bien en calidad de funcionario administrativo de entidades llamadas a reconocer o negar el derecho, ora como juez ordinario de la especialidad laboral con competencia sobre el

asunto, o bien sea como juez constitucional en sede de tutela, cuando se invoque el reconocimiento a través de este medio frente a decisiones administrativas o judiciales atacadas.

Lo cierto es que desde los primeros años de custodia de la Corte Constitucional sobre la Constitución Política, esa corporación ha remarcado la importancia de unificar la jurisprudencia, pues *“la interpretación constitucional fijada por la Corte determina el contenido y alcance de los preceptos de la Carta y hace parte, a su vez, del "imperio de la ley" a que están sujetos los jueces según lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución”* (Corte Constitucional, 1993, C/104). La Corte Constitucional en ese momento también destacó como beneficios de la unificación jurisprudencial:

- 1) Asegurar la efectividad de los derechos y colabora así en la realización de la justicia material -art. 2° CP-.
- 2) Procurar exactitud.
- 3) Conferir confianza y credibilidad de la sociedad civil en el Estado, a partir del principio de la buena fe de los jueces -art- 83 CP-.
- 4) Unificar la interpretación razonable y disminuye la arbitrariedad.
- 5) Permitir estabilidad.
- 6) Otorgar seguridad jurídica materialmente justa.
- 7) Llenar el vacío generado por la ausencia de mecanismos tutelares contra providencias judiciales (Corte Constitucional, 1993, C/104).

Por supuesto que todas estas bondades que trae aparejadas consigo la unificación de la jurisprudencia no eran las esperadas por los justiciables que reclaman el reconocimiento del incremento pensional como prestación accesoria a su derecho a la pensión como parte del derecho a la Seguridad Social. Sin embargo, frente a este escenario jurisprudencial, los operadores jurídicos no deben olvidar la posibilidad de buscar en el ordenamiento alternativas les para fundamentar sus decisiones respecto a estas solicitudes o los justiciables de exigirla.

### ***Precedente Judicial***

Precisamente, una de esas herramientas es el precedente judicial, figura ampliamente desarrollada por la doctrina y la Corte Constitucional. En términos generales, esta Corporación lo define como:

[...] aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver, que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia”. [29] Igualmente, ha precisado que la pertinencia de un precedente, se predica de una sentencia previa, cuando: “(i) la ratio decidendi de la sentencia que se evalúa como precedente, presenta una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente;[30] (ii) se trata de un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho semejante al que se debe resolver posteriormente (Corte Constitucional, 2011, T/762).

La discusión sobre el lugar del precedente judicial en el ordenamiento jurídico, su alcance y las diferentes formas de manifestación de éste, así como su grado de vinculatoriedad u obligatoriedad, han sido objeto también de desarrollo constitucional, distinguiéndose entre el precedente vertical y horizontal, el precedente constitucional, la doctrina constitucional, la doctrina probable, etcétera. Para tener mayor claridad al respecto, en adelante se hace una exposición somera de la forma como se ha comprendido al interior del ordenamiento la figura del precedente judicial.

De acuerdo con la exposición de Bernal (2008), Colombia adoptó el sistema de Derecho Continental desde su nacimiento como República (p. 83), acogiendo el criterio según el cual la jurisprudencia es una “fuente auxiliar del derecho” (art. 4, ley 169 de 1896). Este criterio fue reiterado por la Constitución Política de 1991 en su artículo 230:

**Art. 230.** Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

**La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.** (Constitución Política, 1991, art. 230) (Negrillas fuera de texto)

No obstante, a partir de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, la interpretación de la jurisprudencia como criterio auxiliar dentro de las fuentes del derecho ha sido replanteada, logrando un alcance mucho mayor dentro del ordenamiento y revistiendo una mayor complejidad, con base en el principio *stare decisis* o estar a lo decidido, “el cual consiste en la aplicación de criterios adoptados en decisiones anteriores a casos que se presenten en situaciones posteriores y con circunstancias similares” (Corte Constitucional, 2017, SU/354).

Esta nueva visión acerca de la jurisprudencia obliga a considerar los pronunciamientos judiciales como verdaderas fuentes del derecho, en especial cuando el precedente emana de la propia Corte Constitucional, Corporación Superior a cuyo cargo está la interpretación de las normas del sistema jurídico desarrollado a partir de la Constitución Política, aunque el precedente, técnicamente, no se limite al pronunciamiento de la Corte Constitucional o un órgano de cierre jurisdiccional, como se desprende de la clasificación del precedente en vertical y horizontal.

***Clasificación del precedente judicial de acuerdo con la autoridad que emite el pronunciamiento***

Según se manifiesta en sentencia SU/354 de 2017, se puede clasificar el precedente en dos categorías:

- (i) el precedente horizontal, el cual hace referencia a las decisiones proferidas por autoridades del mismo nivel jerárquico o, incluso, por el mismo funcionario; y
- (ii) el precedente vertical, que se refiere a las decisiones adoptadas por el superior jerárquico o la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia [7]. El precedente horizontal tiene fuerza vinculante, atendiendo no solo a los principios de buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima [8], sino al derecho a la igualdad que rige en nuestra Constitución. Asimismo, el precedente vertical, al provenir de la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia dentro de cada una de las jurisdicciones, limita la autonomía judicial del juez, en tanto debe respetar la postura del superior, ya sea de las altas cortes o de los tribunales. (Corte Constitucional, 2017, SU/354).

Por supuesto, el debate sobre la distinción entre ambos precedentes (vertical y horizontal) se centra en el grado de obligatoriedad o vinculatoriedad de los mismos, pues si bien el precedente horizontal es vinculante, es decir, debe ser tenido en cuenta por el mismo funcionario o sus pares jerárquico-funcionales, no obliga al funcionario a decidir en el mismo sentido, como si lo hace la decisión o precedente del superior jerárquico funcional:

En ese sentido, si bien los jueces de inferior jerarquía al ejercer su función deben hacer interpretaciones que hagan compatible su decisión con los valores, principios y derechos que consagra la Constitución en razón del carácter normativo y vinculante de esta, ello no significa que estos, como sí sucede con los Altos Tribunales, tengan la facultad para crear interpretaciones vinculantes -sub reglas- que tengan la vocación de integrar el orden jurídico junto a la ley –en sentido formal-, es decir, normas en sentido material que, por tanto, generen el deber de garantizar su aplicación uniforme a efectos de preservar el principio de igualdad, garantizar la certeza –fin del derecho- y la seguridad jurídica, que permitan, por demás, mantener la coherencia en el ordenamiento.

En otros términos, el precedente es obligatorio porque proviene de los Altos Tribunales u órganos de cierre en Alto Tribunal como para los jueces de inferior jerarquía, quienes conociendo el precedente vertical están obligados a su aplicación. (Consejo de Estado, 2015, Rad 02690-01).

Es particularmente el precedente judicial emanado de un superior jerárquico, en especial de cierre, como los Tribunales de Distrito, la Corte Suprema de Justicia o la Corte Constitucional, el que cobra mayor importancia en términos de obligatoriedad, pues para apartarse de ellos los

jueces deben someterse al cumplimiento de requisitos que la propia Corte Constitucional ha decantado:

Según lo establecido en su larga jurisprudencia por este tribunal, una vez identificada la jurisprudencia aplicable al caso, la autoridad judicial sólo puede apartarse de la misma mediante un proceso expreso de contraargumentación que explique las razones del apartamiento, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto; (ii) desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente; (iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial. De este modo, la posibilidad de apartamiento del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente, de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga (Corte Constitucional, 2015, C/621).

Visto lo anterior, resta decir que, dentro de los precedentes judiciales de corporaciones judiciales de cierre, también existe uno que está sobre todos los demás, cual es naturalmente el emanado de la Corte Constitucional, cuya función de salvaguarda de la Constitución Política le confiere un poder superior de interpretación de la propia Constitución y demás normas jurídicas:

Esto se refuerza a partir de las consideraciones expuestas en la sentencia C-816 de 2011 en la que la Corte declaró exequibles los incisos primero y séptimo del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, luego de indicar que las autoridades al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de

Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, **deben observar de preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia.**

De igual forma, lo expresó en la sentencia C-539 de 2011, oportunidad en la que declaró exequible la expresión “que en materia ordinaria o contenciosa administrativa” contenida en el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, bajo el argumento de que los precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, **deben respetar la interpretación vinculante que realice la Corte Constitucional, la cual es prevalente en materia de interpretación de los derechos fundamentales y de la Constitución en general** (Corte Constitucional, 2017, SU/354) (Negrilla fuera de texto).

### ***Precedente Constitucional y Doctrina Constitucional***

Respecto al precedente constitucional, concretamente, cabe hacer una reflexión sobre su alcance y su diferenciación frente a lo que constitucionalmente se conoce como Doctrina Constitucional. La institución de la Doctrina Constitucional fue abordada por el Tribunal Constitucional en sentencia C/083 de 1995. A decir de la Corporación Superior, la Constitución Política es una «modalidad de derecho legislado», en el sentido de que su aplicación directa a un caso concreto no está prohibida, sino que al contrario puede resultar necesaria:

Las normas de la Constitución política, y ésta no es una característica privativa de ellas, tienen una vocación irrevocable hacia la individualización, tal

como lo ha subrayado Kelsen [4] al tratar del ordenamiento jurídico. De ordinario pasan por una fase previa consistente en su desarrollo legal. Pero no todas alcanzan dicho desarrollo, bien porque no lo requieren, bien porque, requiriéndolo, el legislador lo omite. Pero tal omisión no desvirtúa su carácter normativo, si ya lo tienen. **Pueden, entonces, ser aplicadas a situaciones específicas subsumibles en ellas, que no están explícitamente contempladas en la ley** (Corte Constitucional, 1995, C/083) (Negrilla fuera de texto).

En un escenario tal, la aplicación directa de la Constitución Política en un caso concreto requiere una cualificación adicional, puesto que al fallador se le exige en la fundamentación de su decisión el respaldo interpretativo de la Corte Constitucional, institución democrática encargada de la custodia de la carta política (art. 241):

Parece razonable entonces **que al señalar a las normas constitucionales como fundamento de los fallos, a falta de ley**, se agregue una cualificación adicional, consistente en que el sentido de dichas normas, **su alcance y pertinencia, hayan sido fijados por quien haga las veces de intérprete autorizado de la Constitución**. Que, de ese modo, la aplicación de las normas superiores esté tamizada por la elaboración doctrinaria que de ellas haya hecho su intérprete supremo (Corte Constitucional, 1995, C/083) (Negrilla fuera de texto)

Nótese que el Tribunal Constitucional hace hincapié en la aplicación directa de la Constitución Política cuando no exista una ley determinada para un caso específico, pero además señala la importancia de que la Carta Superior sea aplicada conforme la interpretación que de ella hace la Corte Constitucional. Estas consideraciones son producto del control de

constitucionalidad abstracto realizado sobre el artículo 8 de la ley 157 de 1887, cuyo texto es el siguiente:

**Art. 8.** Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, **y en su defecto la doctrina constitucional** y las reglas generales de derecho. (Congreso de la República, 1887, Ley 157).

Pues es necesario atender a la situación fáctica que el mismo artículo 8 de la Ley 157 de 1887 describe, es decir, **cuando no haya ley exactamente aplicable al caso**, para que le juez constitucional pueda motivar una sentencia directamente desde el articulado constitucional, pues de lo contrario, no se requiere una aplicación directa de la Constitución Política interpretada a través de la jurisprudencia, como ocurre cuando existe duda sobre el sentido de la ley aplicable, en cuyo caso lo que se usa es la interpretación de dicha norma con base en la principalística y el articulado constitucional a partir de la jurisprudencia superior, es decir, del precedente constitucional. Esta distinción entre precedente constitucional y Doctrina Constitucional es clave para dimensionar la situación en a que se halla el operador jurídico respecto al tema de los incrementos pensionales.

***El precedente constitucional contradictorio ante la inexistencia de la sentencia de unificación.***

En el caso concreto de la prescriptibilidad o imprescriptibilidad del incremento pensional del artículo 049 de 1990, el juez u operador jurídico no se vio en una situación en la que careciera de norma aplicable, pudiendo en ese evento optar por aplicar la Doctrina Constitucional, sino que se debatió entre interpretaciones contradictorias que emanaban del máximo órgano de

interpretación de las normas, sin que fuera posible atenerse a un precedente constitucional definitivo, ante la ausencia de una sentencia unificadora. Mas esta situación no es óbice de ninguna manera para que el fallador tome una decisión atendiendo el precedente constitucional, pues como bien afirma el Consejo de Estado en su línea jurisprudencial sobre el precedente judicial:

[...] el carácter vinculante de las sentencias de la Corte se predica tanto de las que profiere en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, como de las que dicta en el trámite de la revisión eventual de los fallos de tutela. Por ende, no se puede aceptar que solo es vinculante la ratio contenida en una sentencia de unificación proferida por la Sala Plena del Tribunal Constitucional. (Consejo de Estado, 2015, Rad 02690-01).

¿Cómo podían entonces interpretarse los precedentes constitucionales existentes respecto a la prescriptibilidad o imprescriptibilidad del derecho al incremento pensional consagrado en el Acuerdo 049 de 1990 ante la ausencia de una sentencia de unificación que zanjara las contradicciones al interior de la Corte Constitucional?

Como se explicó atrás, el precedente constitucional está por encima del precedente judicial proveniente de otros operadores jurídicos, incluso cuando se trata de corporaciones de cierre jurisdiccional como la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Esta prevalencia resulta insoslayable frente al tema de los incrementos pensionales, puesto que, si bien la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia o algunas Salas Laborales de Tribunales Superiores de Distrito han sentado precedentes sobre el incremento pensional en el sentido de que este se sujeta a la regla ordinaria de prescripción laboral, lo cierto es que los operadores jurídicos deben

atender en primer lugar los pronunciamientos de la Corporación Superior, debido a que ella es la voz más autorizada para indicar el sentido o alcance de las normas constitucionales y legales.

Bajo esta línea de argumentación, no es le era permitido a los jueces ordinarios ni constitucionales acoger la tesis de que el derecho aplicable, en tratándose de incrementos pensionales, es aquel informado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, argumento que incluso, contradictoriamente, se contempló por la Corte Constitucional en sentencia T/791 de 2013. El operador jurídico debía considerar en primer lugar, conforme la Constitución Política y la Corporación que la salvaguarda, la interpretación de la norma realizada por esta, pues su función constitucional es precisamente delimitar el alcance constitucional de las normas y los derechos fundamentales.

No obstante, cuando el precedente no es claro o se encuentran pronunciamientos contradictorios, como era el escenario anterior a la sentencia SU/140 de 2019, el operador debe acudir a la propia Carta Constitucional para determinar cuál de los dos aplicar. Recuérdese que en sentencia T/038 de 2016, la Sala de Revisión concluyó que, ante la manifestación contradictoria del Tribunal Constitucional, no podía afirmarse que existiera un precedente constitucional que obligase a una interpretación favorable o amplificadora del artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990:

En ese contexto, estima la Sala que no se puede hablar de que exista en esta materia un precedente uniforme, unívoco o consolidado, que vincule al operador jurídico para que resuelva en determinado sentido, toda vez que es un hecho irrefutable y objetivo, que en el tema bajo estudio el precedente de la Corte se encuentra dividido, entre las decisiones que consideran imprescriptible el

incremento pensional y las que estiman que la prestación aludida está sometida a la regla de prescripción.

Por las mismas razones, tampoco es admisible afirmar que exista en materia de la imprescriptibilidad del incremento pensional del 14%, una decisión o una serie de decisiones adoptadas por la Sala Plena, o las Salas de Revisión que constituyan un precedente de obligatorio acatamiento [51] o, en otros términos, una jurisprudencia en vigor, cuyo desconocimiento conlleve a una violación del debido proceso (Corte Constitucional, 2016, T-038).

Pero ese mismo argumento podía utilizarse para justificar lo contrario, es decir, que al no existir precedente que obligara a una interpretación restrictiva, o lo que es lo mismo, que declarara la prescriptibilidad ordinaria del derecho al incremento pensional, el operador jurídico era libre de fallar lo contrario, a favor de la imprescriptibilidad de la prestación, conforme a su interpretación constitucional.

Es precisamente en esa vía en que se cree deben interpretarse los actuales precedentes judiciales, aunque así no lo considere la Corte Constitucional a partir de la sentencia SU/140 de 2019, pues la Constitución Política, conforme a su artículo 4, es “norma de normas”, y aunque la sentencia unificadora SU/310 de 2017 haya sido declarada nula, los argumentos que en ella se esbozan a favor de los principios de *favorabilidad*, *pro homine* e *in dubio pro operario* siguen siendo aplicables, en tanto dichos principios pertenecen a la Constitución Política y las convenciones internacionales, al margen de la declaratoria de nulidad que afectó dicha sentencia y del pronunciamiento reciente.

La aplicación del precedente constitucional en esta dirección podía hacerla tanto el juez constitucional como el juez ordinario, con base en los argumentos de la sentencia declarada nula, pues ambos están sometidos al imperio de la ley y la interpretación que de esta haga la Máxima Corporación en la ratio decidendi de sus controles abstractos de constitucionalidad, sus revisiones de fallos de tutela o en las sentencias de unificación. Aunque no sólo ellos están obligados a acatarlo, puesto que las autoridades administrativas también se encuentran sometidos al imperio de la ley en esos términos:

**La jurisprudencia de esta Corte ha precisado que el respeto del precedente judicial por parte de las autoridades administrativas hace parte del respeto del debido proceso y del principio de legalidad en materia administrativa –art. 29, 121 y 122 Superiores-, en cuanto (i) las autoridades están sometidas al imperio de la Constitución y de la ley, y por tanto se encuentran obligadas a aplicar en todas sus actuaciones y decisiones administrativas la Constitución y la ley; (ii) el contenido y alcance de la Constitución y la ley es fijado por las altas Cortes, cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante; (iii) las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben fundamentarse de manera objetiva y razonable; (iv) el desconocimiento del principio de legalidad implica la responsabilidad de los servidores públicos (art. 6 y 90 C.P.-; (v) las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley –art. 13 C.P (Corte Constitucional, 2011, C/539).**

De modo que si bien no existía un precedente constitucional unívoco y uniforme, ello no quería decir que no existiera un precedente constitucional, al cual puede acudir el operador para fundamentar sus decisiones, siendo más ajustado a la Constitución Política aquel entre ambos precedentes en disputa que desarrollaba los principios antes mencionados en favor del justiciable, de quien también puede predicarse, en razón del requisito de dependencia económica para optar al incremento, que se halla en un estado de indefensión económica, con lo cual se hace acreedor de una tutela reforzada como sujeto de especial protección constitucional.

Por supuesto que para fundamentar esta postura amplificadora o favorable el fallador o el funcionario administrativo, con ocasión del conflicto entre precedentes, debía seguir las reglas que se imponen al operador que pretende apartarse del precedente judicial, no porque existiera uno claro y definitivo del cual deba justificar su apartamiento, sino porque de esa manera construye su decisión de decantarse por la aplicación de la línea jurisprudencial contraria. En ese sentido, el operario debía invocar la segunda regla consagrada por la Corte Constitucional para efectuar el apartamiento:

[...] una vez identificada la jurisprudencia aplicable al caso, la autoridad judicial sólo puede apartarse de la misma mediante un proceso expreso de contraargumentación que explique las razones del apartamiento, bien por:

ii) desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente (Corte Constitucional, 2015, C/621).

Visto lo anterior, es claro que aunque no estuviera vigente dentro del ordenamiento jurídico una sentencia unificadora que indicara cuál es la interpretación correcta sobre la prescriptibilidad o imprescriptibilidad de los incrementos pensionales del acuerdo 049 de 1990, sí existían

precedentes constitucionales al respecto, frente a los cuales el operador jurídico tenía la tarea constitucional de argumentar por qué los seguía o los rechazaba, siempre con base en la Constitución Política y la interpretación que la Corte Constitucional hace de ella y de los derechos fundamentales, pues no puede soslayarlos, ni siquiera bajo el razonamiento equivocado de que la corporación judicial de cierre, es decir, la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, se manifestó en sentido diferente.

Se considera que, antes de la aparición de la sentencia SU/140 de 2019, el precedente constitucional más ajustado a la Carta Superior era precisamente aquel que mejor desarrollaba los derechos y principios consagrados en ella, máxime cuando una interpretación restrictiva contraria antes que desarrollarlos, los pone en peligro o de plano los vulnera, como ocurre con la respuesta nugatoria frente a la expectativa legítima de reconocimiento del incremento pensional por tener personas a cargo, como actualmente, paradójicamente, dispone la Corte Constitucional, cercenando el derecho al declarar su insubsistencia.. Esto obliga a plantear alternativas para apartarse de la decisión unificadora.

### ***Reconocimiento del incremento pensional a través de la acción de tutela***

Así las cosas, en vista de que de que el operador jurídico está supeditado al precedente constitucional que constituye la sentencia SU/140 de 2019, cabe preguntarse si el justiciable podría recurrir a la acción de tutela para censurar el fallo que acoja una postura restrictiva sobre el derecho al incremento pensional. La acción de tutela tiene un origen constitucional a partir de su consagración en el artículo 86 de la Carta Política de 1991:

**Art. 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y**

sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, **la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.** (Constitución Política, 1991, art. 86).

La acción pública de amparo así definida se encuentra reglamentada por el Decreto 2591 de 1991, en el que, entre otras cosas, se consagró la posibilidad de admitir la tutela contra providencias judiciales que pongan fin a un proceso “cuando amenacen o vulneren un derecho fundamental”. Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia C/543 de 1992 declaró la inexequibilidad de dicho apartado, supeditando la revisión de las decisiones ante actuaciones o vías de hecho imputables al funcionario (Henoa, 2010, p.10). En todo caso, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha desarrollado unos parámetros que debe cumplir el accionante para invocar la acción de tutela contra fallo judicial. En primer lugar, el tutelante debe acreditar el cumplimiento de los requisitos comunes o esenciales para la procedibilidad de la acción de tutela, cuales son:

- i) Que el asunto sometido a estudio del juez de tutela tenga relevancia constitucional, es decir, que plantee una confrontación de la situación suscitada por la parte accionada con derechos de carácter constitucional fundamental, por cuanto los debates de orden exclusivamente legal son ajenos a esta acción pública.
- ii) Que el actor haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios antes de acudir al juez de tutela;
- iii) Que la petición cumpla con el requisito de inmediatez atendiendo a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

iv) Que en el evento de fundamentarse la solicitud de tutela en una irregularidad procesal, ésta tenga incidencia directa en la decisión de fondo que se estima violatoria de los derechos fundamentales del actor;

v) Que el ciudadano identifique en forma razonable los hechos que generan la vulneración de sus derechos y que, de ser posible, hayan sido cuestionados al interior del proceso judicial;

vi) Que el fallo censurado no sea de tutela. (Corte Constitucional, 2015, SU/659).

Por otra parte, además, la acción de tutela contra fallo judicial requiere la adecuación típica de las situación o vía de hecho alegada por el accionante frente al listado taxativo y cerrado que la propia Corte Constitucional ha confeccionado por la vía jurisprudencial, conocido como **«causales específicas de procedencia de acción de tutela contra providencia judicial»:**

Cuando se trata de acciones de tutela contra providencias judiciales, con el fin de preservar la seguridad jurídica y respetar la independencia de los funcionarios que administran justicia, además de establecer la procedibilidad de la acción de tutela conforme a los presupuestos antes indicados, es necesario examinar si la decisión judicial cuestionada está afectada por alguna de las causales específicas de procedencia:

a- **Defecto orgánico** por carencia absoluta de competencia del funcionario judicial que dicta la providencia judicial;

b- **Defecto sustantivo**, se presenta cuando se: (i) se aplican disposiciones legales que han sido declaradas inexequibles por sentencias de control de constitucionalidad, (ii) se contraría la ratio decidendi de sentencias de control de constitucionalidad, especialmente la interpretación de un precepto que la Corte ha señalado es la que debe acogerse a la luz del texto superior, (iii) se desconoce la parte resolutive de una sentencia de exequibilidad condicionada, o (iv) se desconoce el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la ratio decidendi de sus sentencias de control de constitucionalidad[19]

c- **Defecto procedimental**, cuando el funcionario judicial en el trámite de la actuación judicial desconoce la ritualidad previamente establecida para el efecto [20];

d- **Defecto fáctico**, que se presenta cuando el funcionario judicial carece del apoyo probatorio necesario "para aplicar el supuesto legal en el que se sustenta la decisión. Supone fallas sustanciales en la decisión atribuibles a deficiencias probatorias del proceso [21]

e- **Error inducido**, que se configura cuando la decisión judicial adoptada resulta equivocada y causa un daño iusfundamental como consecuencia del engaño u ocultamiento al funcionario judicial de elementos esenciales para adoptar la decisión, o por fallas estructurales de la Administración de Justicia por ausencia de colaboración entre las ramas del poder público. Anteriormente denominado vía de hecho por consecuencia [22]

f- **Decisión sin motivación**, es decir, cuando las determinaciones adoptadas en la parte resolutive de la providencia y mediante las cuales se resuelve de fondo el

asunto no encuentran en la parte motiva el fundamento o ratio decidendi, que permita a los destinatarios de las mismas ejercer un control sobre la razón de dichas decisiones y eventualmente controvertirlas;

**g- Desconocimiento del precedente constitucional**, *que se configura por ejemplo cuando la Corte Constitucional ha establecido el alcance de un derecho fundamental, y éste es ignorado por el juez al dictar una decisión judicial en contra de ese contenido y alcance fijado en el precedente [23];*

**h- Violación directa de la Constitución**, *defecto que se produce cuando el juez da alcance a una disposición normativa de forma abiertamente contraria a la Constitución, o cuando no se aplica la excepción de inconstitucionalidad debiendo hacerlo y así lo ha solicitado alguna de las partes en el proceso. (Corte Constitucional, 2015, SU/659) (Negrilla y cursiva fuera de texto)*

Visto lo anterior, es menester descartar las causales del literal defecto orgánico, defecto sustantivo, defecto procedimental, defecto fáctico, error inducido y decisión sin motivación, puesto que, a pesar de que dichas situaciones o vías de hecho puedan presentarse dentro del proceso ordinario o constitucional, lo debatido en el Tribunal Constitucional gira en torno al precedente constitucional y la violación directa a la constitución, casuales estas expresamente tratadas en los diferentes fallos expuestos en la línea jurisprudencial del segundo capítulo.

***Desconocimiento del precedente constitucional como causal específica de procedencia de acción de tutela contra providencia judicial***

Una vez acreditado por parte del accionante el cumplimiento de los requisitos generales para la interposición de la acción pública de amparo contra providencias judiciales, concierne al juez constitucional u ordinario identificar si pudo presentarse un desconocimiento del precedente constitucional, pues dicho precedente, al emanar de la máxima autoridad en materia de interpretación de la Constitución Política y las normas en general, es insoslayable.

Sin embargo, en el caso del incremento pensional del artículo 049 de 1990, no existía un único e inequívoco precedente, razón por la cual el accionante no podía argüir el desconocimiento de cualquiera de las líneas jurisprudenciales desarrolladas por el Tribunal Constitucional. En este sentido falló la propia Corte Constitucional en sentencias T-541 de 2015, T-395 de 2016, T-748 de 2014 y T-038 de 2016, aunque lo hizo para acogerse a la postura restrictiva sobre la prescriptibilidad del incremento pensional como prestación accesoria al derecho a la pensión, cuyos atributos de irrenunciabilidad e imprescriptibilidad, según se dejó dicho, no le son comunicables. En sentencia T-748 de 2014 la Corporación se manifestó frente a la inexistencia de un precedente constitucional favorable o amplificador en materia de incremento pensional que obligara a su acogimiento por parte del juez constitucional:

De lo visto en las consideraciones, la **Sentencia T-217 del 17 de abril de 2013 no caracteriza un antecedente trascendental para consolidar la causal específica de vulneración del debido proceso por desconocimiento del precedente constitucional, en tanto que, no fue relevante para resolver un caso idéntico fallado con posterioridad.**

De acuerdo con los postulados indicados, una decisión en sede de revisión es relevante cuando:

(i) **su ratio decidendi contiene una regla relacionada con el caso posterior.** Si bien, la razón de la decisión en ambos casos se centró en la imprescriptibilidad de los derechos a la seguridad social, la sentencia ulterior se apartó de la vinculación del incremento como un derecho principal, definiéndolo como una acreencia meramente patrimonial, que no forma parte integrante de la pensión.

(ii) **Esa ratio debió servir de base para resolver un problema jurídico semejante.** Aunado a lo anterior, la Sala Tercera especificó que la tesis adoptada en la T-217 de 2013 pertenecía a una posición minoritaria.

(iii) **Los hechos del caso o las normas juzgadas son semejantes o plantean un punto de derecho semejante al que debe resolverse en el caso posterior.**

La situación fáctica –pensionado bajo la transición del D-758/90 y con sociedad conyugal vigente- y la norma jurídica juzgada –Art. 21 D-758/90- son idénticas al caso resuelto con posterioridad en Sentencia T-791 del 12 de noviembre de 2013. (Corte Constitucional, 2014, T/748). (Negrilla fuera de texto)

Tenía razón la Corte Constitucional en señalar la inexistencia de un precedente consolidado para este caso, pues claramente el precedente amplificador “**no fue relevante para resolver un caso idéntico fallado con posterioridad**” y viceversa, porque **tampoco la postura restrictiva fue trascendente para impedir posteriores pronunciamientos bajo una perspectiva amplificadora.** Así las cosas, aunque, como se explicó atrás, el juez oficiosamente debía atender al carácter vinculante de los precedentes constitucionales en disputa para decantarse por uno de ellos conforme su lectura de Constitución Política y sus principios, no estaba obligado a

adscribirse a una de estas líneas jurisprudenciales, o lo que es lo mismo, no incurría en la causal específica de «desconocimiento del precedente constitucional» cuando toma una postura, resultando improcedente solicitar el reconocimiento del incremento pensional por la vía de la acción de tutela contra providencia judicial desde la causal mencionada.

Ahora bien, con la aparición del fallo SU/140 de 2019, el panorama es abiertamente distinto, puesto que el operador jurídico y los falladores sí tienen un precedente en firme a partir del cual deben motivar sus decisiones en torno a los incrementos pensionales, en especial cuando este fallo niega la vigencia del decreto 758 de 1990 y sólo considera acreedores del derecho a quienes se pensionaron y cumplieron los requisitos del artículo 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 con anterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993. El precedente constitucional que constituye la sentencia de unificación en comentario, se erige como una camisa de fuerza para los operadores jurídicos, obligándole a indagar sobre otras alternativas si es que pretende, en Derecho y con base en la Constitución Política, apartarse de esa decisión y reconocer el derecho al incremento pensional a quienes participaron del régimen de transición (bajo el argumento de que este cobija a los incrementos pensionales) o incluso, quienes se pensionaran durante la vigencia de la ley 100, contradiciendo el argumento de que ésta derogó el decreto aprobatorio del Acuerdo 049.

***Violación directa de la Constitución como causal específica de procedencia de acción de tutela contra providencia judicial***

Ahora bien, otra causal específica de procedencia de acción de tutela contra providencia judicial debatible en el actual escenario sobre incremento pensional, es precisamente la «violación directa de la Constitución», como aquel defecto que se produce “cuando el juez da alcance a una disposición normativa de forma abiertamente contraria a la Constitución, o

*cuando no se aplica la excepción de inconstitucionalidad debiendo hacerlo y así lo ha solicitado alguna de las partes en el proceso”* (Corte Constitucional, 2015, SU/659). Y esta causal cobra toda la relevancia cuando el propio Tribunal Constitucional reconoce que sobre ella se ha basado su disertación acerca de aplicar el principio de favorabilidad sobre el asunto de incremento pensional en la primera sentencia de unificación 310 de 2017, anulada posteriormente. En el Auto/320 de 2018, la Corte Constitucional señala en ese sentido:

Más concretamente, en palabras de la misma sentencia SU-310/17, el sentido del fallo consistió en amparar los derechos fundamentales de los accionantes pues

**“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).” (El énfasis no es del texto original)

**Es decir, la causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales que la Corte verificó para amparar los derechos fundamentales de los accionantes fue la violación directa de la Constitución por parte de las autoridades demandadas** (Corte Constitucional, 2018, Auto/320) (Negrilla fuera de texto).

Tal cual como lo plantea la misma Corte Constitucional, desconocer la Constitución, o lo que es lo mismo, el bloque de constitucionalidad (incluyendo el bloque de convencionalidad), es

una casual suficiente para la procedencia de la acción de tutela contra fallo judicial, máxime cuando están en juego derechos fundamentales, como el mínimo vital o la Seguridad Social. Sin embargo, en este punto resulta sumamente paradójico que sea la misma Corte Constitucional quien, incluso contradiciéndose respecto a pronunciamientos anteriores, desconozca el principio de progresividad de origen convencional y haga una lectura del problema jurídico mucho más lesiva que las mismas que venía discutiendo durante cerca de 15 años mediante sus Salas de Revisión. Como lo expone el magistrado Alberto Rojas Ríos en su salvamento de voto a la sentencia SU/140 de 2019:

[...] la sentencia SU-140 de 2019 dio un viraje a la jurisprudencia que se había consolidado a partir de las sentencias T-217 de 2013, T-831 de 2014, T-319 de 2015, T-369 del 2015, T-395 de 2016 y T-460 de 2016, en las cuales se acató el mandato de favorabilidad laboral emanado de la Constitución – el cual había sido también el eje central de la SU-310 de 2017– , **para desmontar la protección que este mismo Tribunal había venido desarrollando al abordar la materia de la imprescriptibilidad del incremento pensional a que se alude, en franca oposición al principio de progresividad que es connatural a los derechos sociales.**

De este modo salió avante la tesis más lesiva para los pensionados, pues, en lugar de examinar cuál interpretación de la normatividad era más favorable a esta población, de acuerdo con lo que exigían los postulados constitucionales contenidos en el artículo 53 superior, **prefirió realizar una lectura según la cual los incrementos pensionales no integraban la pensión y no afectaban el núcleo esencial del derecho a la seguridad social, desconociendo por esa vía el**

**principio general del derecho conforme al cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal, a partir del cual se habría logrado inferir sin mayores esfuerzos que la persona que disfrutaba de la pensión mínima legal bajo el régimen del Acuerdo 049 de 1990, también podía solicitar el incremento de su mesada pensional en los eventos allí previstos (Corte Constitucional, 2019, SU/140) (Negrilla fuera de texto).**

Una crítica más mordaz la enerva el magistrado José Fernando Reyes Cuartas en su respectivo salvamento de voto a esta sentencia, pues encuentra que, en el fondo, la discusión planteada no versó sobre los derechos de los justiciables ni la salvaguarda de los mandatos constitucionales ni el desarrollo de los fines esenciales del Estado de acuerdo a la carta, sino sobre la inconveniencia financiera que representa para el Estado la concesión de estos incrementos:

**La Corte en su jurisprudencia<sup>[380]</sup> ha patentizado que con el instituto jurídico de la pensión se plasman los objetivos trazados por el constituyente de 1991, entre los cuales puede destacarse: la defensa de la familia como núcleo fundamental de la sociedad<sup>[381]</sup>, el derecho irrenunciable a la seguridad social de los habitantes del país<sup>[382]</sup>, la obligación del Estado de proteger a los menores de edad<sup>[383]</sup>, la protección de los adultos mayores<sup>[384]</sup> y las personas vulnerables<sup>[385]</sup>, la garantía del mínimo vital y móvil<sup>[386]</sup>, etc. Además, nada se opone a que el Estado pueda consagrar normativamente, sin contraprestación alguna, otro tipo de beneficios o prestaciones que ligadas a la pensión busquen hacer realizables los deberes sociales del Estado<sup>[387]</sup>,**

como el mejoramiento de la calidad de vida de la población <sup>[388]</sup>, especialmente cuando fungen como complemento de montos irrisorios para la subsistencia

**No era evidente la derogatoria orgánica y más cuando tal declaración se da en sede de control concreto de constitucionalidad -efectos inter partes-. La instancia constitucional correspondiente <sup>[389]</sup>, como lo es el Consejo de Estado, en sentencia de 16 de noviembre de 2017<sup>[390]</sup> había determinado que al no haberse regulado 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 de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, era evidente que no se producía la derogatoria orgánica.**

En cuanto a la regresividad en materia de pensión y prestaciones conexas (concepto amplio de seguridad social) **operaba la regla de la presunción de inconstitucionalidad prima facie, que involucraba efectuar un control estricto al comprometer un derecho de contenido social, mediante la verificación de la proporcionalidad utilizando el test de no regresividad <sup>[391]</sup>**, que la Corte en ejercicio de sus competencias ha realizado esencialmente en control abstracto <sup>[392]</sup>. (Corte Constitucional, 2019, SU/140) (Negrilla fuera de texto).

El magistrado Reyes Cuartas hace una interpretación que se considera más próxima al contenido y alcance del texto constitucional, siempre que reconoce la importancia del derecho a la pensión y los derechos que le son complementarios y no simplemente accesorios, como remarca la Corte en la sentencia SU/140 de 2019. Además, refiriéndose a la vigencia del decreto 758 de 1990 y considerando, de la mano del Consejo de Estado, que sobre el mismo no operó

ninguna derogatoria tácita orgánica, el salvamento de voto reviste un peso mayor, por cuanto, al desestimar estos argumentos, deja en evidencia – o trata de hacerlo – que la Corporación tomó esa decisión con base exclusivamente en la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, interpretando ad hoc el acto legislativo 01 de 2005.

A propósito de la referencia que hace Reyes Cuartas de la sentencia del Consejo de Estado del 16 de noviembre de 2017, posterior a la sentencia SU/310 del mismo año y anterior al Auto 320 de 2018 que declara la nulidad de aquella, con ponencia del consejero Gabriel Valbuena Hernández y radicación 2741-08, es lo cierto que dicha sentencia, proferida con ocasión de una acción pública de nulidad adelantada por Colpensiones, y que es anterior a la sentencia SU/140 de 2019, ya había tomado una decisión de fondo sobre la vigencia del decreto 758 de 1990, con base en la competencia que para tal efecto le otorga el artículo 149, numerales 1 y 2, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA (ley 1437 de 2011), en consonancia con el artículo 10 de la misma codificación y los artículos 29 y 237, numeral 2. En esa oportunidad, el Consejo de Estado se manifestó de la siguiente manera:

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.

**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 (Consejo de Estado, 2017, Rad. 2741-08) (Negrilla fuera de texto).

Como puede leerse, a diferencia de lo razonado por la Corte Constitucional en la ratio decidendi de la sentencia SU/140 de 2019, el Consejo de Estado advierte que el decreto 758 de 1990 no puede estar derogado de forma orgánica por la ley 100 de 1993, toda vez que este sigue operando a favor de los jubilados bajo su vigencia, a lo cual cabe preguntarse, ¿cómo puede producir efectos una norma que se encuentra derogada del ordenamiento jurídico? Y el Consejo de Estado va más allá, señalando que también participan de los incrementos del Acuerdo 049 aquellos afectados por el régimen de transición, frente a los cuales opera una expectativa

legítima sobre el derecho, todo esto contrario a lo propuesto por la Corte Constitucional, que se refiere a derechos adquiridos exclusivamente en cabeza de los jubilados con anterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993 y bajo la vigencia del decreto 758 de 1990.

Ahora bien, dentro de este escenario también cabe preguntarse cuál de estos criterios enfrentados, el de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, tiene primacía en el ordenamiento jurídico. Al respecto, la sentencia C/634 de 2011, refiriéndose al artículo 10 de la ley 1437 de 2011 – CPACA – explica:

La interpretación adecuada del imperio de la ley a que se refiere el artículo 230 constitucional, significa para la jurisprudencia constitucional que la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico.

Los fallos de la Corte Constitucional, tanto en ejercicio del control concreto como abstracto de constitucionalidad, hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante, tanto en su parte resolutive (erga omnes en el caso de los fallos de control de constitucionalidad de leyes, e inter partes para los fallos de revisión de tutela) y, en ambos casos, las consideraciones de la ratio decidendi, tienen fuerza vinculante para todas las autoridades públicas. Esto en razón de la jerarquía del sistema de fuentes formales de derecho y el principio de supremacía

constitucional, que obligan a la aplicación preferente de las disposiciones de la Carta Política y, en consecuencia, de los contenidos normativos identificados por la jurisprudencia constitucional, en ejercicio de su labor de intérprete autorizado del Texto Superior.

[..] las autoridades tendrán en cuenta, junto con las decisiones de unificación del Consejo de Estado y manera preferente, en razón de la jerarquía del sistema de fuentes previsto en la Carta y la vigencia del principio de supremacía constitucional, las decisiones de la Corte que interpreten las normas superiores aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto, por supuesto, sin perjuicio de las sentencias que adopta esta Corporación en el marco del control abstracto de constitucionalidad, las cuales tienen efectos obligatorios erga omnes, según lo prescribe el artículo 243 C.P. y, por lo tanto, no pueden ser ignoradas o sobreseídas por ninguna autoridad del Estado, ni por los particulares. (Corte Constitucional, 2011, C/634).

Así las cosas, frente al problema concreto de contradicción entre los criterios de unificación de la Corte Constitucional (sentencia SU/140) y el Consejo de Estado (Rad. 2741-08) no es fácil determinar cuál de las dos Corporaciones tiene la primacía constitucional sobre la otra, aunque siguiendo la exposición de la sentencia C/634 de 2011, habría que concluir que la sentencia SU/140 de 2019, por ser posterior y pretender la unificación de criterios constitucionales, reviste el protagonismo.

Sin embargo, una interpretación del universo constitucional colombiano permite fundamentar una interpretación contraria, a saber: también con base en jurisprudencia

constitucional, como la sentencia C/168 de 1995, y el artículo superior 53, en cuyo inciso se contempla como un principio mínimo la aplicación de la “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho” (en consonancia con el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo), es posible pensar en que, siendo ambas sentencias, la de la Corte Constitucional y la del Consejo de Estado, fuentes formales de derecho, debe dársele aplicación a la más favorable al trabajador. No resulta de ningún modo descabellado, porque más que decantarse arbitrariamente por una de las posturas, este fundamento desarrolla esencialmente la carta constitucional.

No queda duda de que a diferencia de la causal de desconocimiento del precedente constitucional, esta causal sí tiene una vocación de prosperidad en instancias constitucionales, pues como se mencionó atrás, los principios de favorabilidad, pro homine e in dubio pro operario son, como su nombre lo indica, principios integrantes de la Constitución Política, ante a los cuales todos los operadores jurídicos tienen el deber de sujeción y observancia y cuya interpretación y alcance si ha sido delimitada por el Tribunal Constitución en abundante jurisprudencia.

En este sentido, aunque las autoridades administrativas difícilmente puedan apartarse de la jurisprudencia constitucional como se deja claro en la sentencia precitada C/634 de 2011, los jueces amparados por su autonomía (de origen también constitucional), sí pueden apartarse con argumentos suficientes de la decisión restrictiva del derecho que la Corte ha adoptado, máxime teniendo en cuenta que esta es inter partes y aunque su ratio decidendi es vinculante no obliga en los términos de las sentencias de control de constitucionalidad, siguiendo esta línea de interpretación, la cual debe ser esgrimida por la parte actora que pretenda el reconocimiento del derecho por la vía de la acción de tutela contra fallo judicial, invocando la violación directa de la

Constitución como causal especial de procedencia, aún contra la sentencia de unificación de la propia Corte Constitucional.

Para reforzar este argumento, cabe señalar que la Constitución como norma de normas, también comprende el bloque de constitucionalidad, a partir de este debe ejercerse sobre el texto constitucional un control de convencionalidad, que con base en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, respecto a la Seguridad Social como derecho comprende los siguientes instrumentos normativos: la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador; la cidh; y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador (Barona, 2017, p. 58). A partir de estas normas, especialmente el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos:

**Art. 26 Desarrollo progresivo.**

Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Desde un control de convencionalidad, es claro que como reparó en su salvamento de voto a la sentencia SU/140 de 2019 el magistrado Reyes Cuartas, la Corte debió aplicar un test de no regresividad, con miras a identificar si el Estado podía desatender el principio de progresividad

en materia de DESC, y con mayor razón cuando estos DESC se traduzcan en prestaciones subjetivas tutelables como derechos fundamentales, como la pensión y sus derechos complementarios.

### ***Excepción de inconstitucionalidad***

La citada causal de violación directa de la Constitución alude también a la excepción de inconstitucionalidad, en el sentido de que cuando esta no se aplica debiendo el juez hacerlo o habiendo sido solicitado por alguna de las partes, se incurre en la causal en comento (Corte Constitucional, 2015, SU/659). Concretamente, la excepción de inconstitucionalidad se funda en el artículo 4 de la Constitución Política, pues la carta es “norma de normas”. La Corte Constitucional la define como sigue:

[...] es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; **pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales**”. En consecuencia, esta herramienta **se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política.** (Corte Constitucional, 2016, T/681).

Esta facultad puede ser ejercida en las siguientes circunstancias, a petición de parte u oficiosamente:

(i) **La norma es contraria a las cánones superiores y no se ha producido un pronunciamiento sobre su constitucionalidad**, toda vez que “de ya existir un pronunciamiento judicial de carácter abstracto y concreto y con efectos erga omnes, la aplicación de tal excepción de inconstitucionalidad se hace inviable por los efectos que dicha decisión genera, con lo cual cualquier providencia judicial, incluidas las de las acciones de tutela deberán acompasarse a la luz de la sentencia de control abstracto que ya se hubiere dictado [74];

(ii) **La regla formalmente válida y vigente reproduce en su contenido otra que haya sido objeto de una declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional o de nulidad por parte del Consejo de Estado**, en respuesta a una acción pública de inconstitucionalidad o nulidad por inconstitucionalidad según sea el caso [75]; o,

(iii) En virtud, de la especificidad de las condiciones del caso particular, **la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento iusfundamental [76]**. En otras palabras, “puede ocurrir también que se esté en presencia de **una norma que, en abstracto, resulte conforme a la Constitución, pero no pueda ser utilizada en un caso concreto sin vulnerar disposiciones constitucionales**” [77] (Corte Constitucional, 2016, T/681).

Para el asunto en específico de los incrementos pensionales y el tratamiento que la jurisprudencia le ha dado a este tema, parece claro que el juez constitucional pueda acudir a la excepción de inconstitucionalidad para motivar una decisión que reconozca incremento pensional a la luz de los principios constitucionales, al menos para los jubilados bajo el Acuerdo

049 de 1990 (SU/140 de 2019, Corte Constitucional) y los partícipes del régimen de transición en los términos del artículo 36 de la ley 100 de 1993 (Rad 2741-08, Consejo de Estado). Lo anterior, puesto que puede justificarse esa postura aduciendo una aplicación directa de los principios constitucionales, y que para excepcionar la inconstitucionalidad del Acuerdo 049 podría ser:

a) alegar que la norma es contraria a los cánones superiores y no hay pronunciamiento de control de constitucionalidad abstracto, dado que la sentencia SU/140 de 2019 es inter partes, como muy bien lo señala Reyes Cuartas en su salvamento de voto a la misma.

b) aducir que la aplicación del acuerdo 049 en sus artículos relativos al incremento pensional, como norma abstracta, puede suponer la vulneración de un derecho fundamental en un caso concreto, lo que es factible teniendo en cuenta que bajo la interpretación de la sentencia SU/140 de 2019, la norma interpretada, es decir, la norma y su interpretación conjuntamente, sí vulneraría la carta constitucional y sus principios y mandatos superiores, en los términos explicados arriba.

## Conclusiones

La declaración de nulidad de la sentencia 310 de 2017, unificadora del criterio aplicable sobre la prescriptibilidad del incremento pensional del acuerdo 049 de 1990, pese a haberse proferido en su momento aplicar la interpretación más favorable, el principio de in dubio pro operario sobre la duda interpretativa en torno a la prescriptibilidad del incremento pensional, dio lugar a la expedición de una sentencia de unificación que replanteó el problema jurídico, poniendo el foco de la discusión en la insubsistencia o no vigencia del decreto 758 de 1990, aprobatorio de esos incrementos pensionales.

Mediante el Auto 320 de 2018 la Corte Constitucional resuelve declarar la nulidad de la sentencia referida por omitir la garantía del debido proceso a Colpensiones como actor del proceso de revisión, y por soslayar la valoración de normas de interés constitucional para decidir sobre la duda interpretativa manifiesta en los diferentes pronunciamientos de esa Corporación. En su emplazo fue proferida la sentencia SU/140 de 1990, la cual acogió los argumentos de Colpensiones sobre la insubsistencia del decreto 758, aduciendo no sólo la derogatoria orgánica amén de la expedición e la ley 100 de 1993, sino también la incompatibilidad de dicho acuerdo 049 de 1990 con el contenido aditivo del acto legislativo 01 de 2005 sobre el artículo 48 superior. A este respecto, la Corte encuentra que ante la crisis de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, el derecho fundamental a la Seguridad Social, en tanto instrumento para alcanzar la dignidad humana, no se ve afectado en su núcleo esencial, por cuanto existen otras vías constitucionales para la asignación presupuestal que pretenda proteger la población vulnerable a la cual hace alusión el acuerdo 049 de 1990, es decir, los cónyuges e hijos (en los términos del acuerdo, económicamente a cargo de los pensionados).

No obstante, la Seguridad Social en Colombia en tanto derecho fundamental, protegido como tal en la medida en que se configura como un derecho subjetivo con contenido prestacional, exigible de acuerdo con los principios de progresividad y sostenibilidad fiscal, se ve ciertamente lesionada con esta decisión de la Corte, máxime cuando, como se manifiesta en los salvamentos de voto a la misma, el trasfondo de la decisión está más relacionado con la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones y no tanto con los derechos protegidos por la constitución, el desarrollo del texto constitucional o la aplicación de principios y normas constitucionales y convencionales, sin que, como expresó el magistrado Reyes Cuartas, se aplicara un test de no regresividad cuando era evidente la necesidad de su aplicación.

Así las cosas, se cuestiona que la Corte Constitucional establezca dentro de la ratio decidendi de la sentencia SU/140 de 2019, criterios involutivos en materia de Seguridad Social, echando mano a argumentos que antes de su decisión fueron desechados por el Consejo de Estado en sentencia de acción pública de inconstitucionalidad interpuesta por Colpensiones. Para esta Corporación el decreto 758 de 1990 no fue derogado orgánicamente por la ley 100 de 1993, pues esta ni siquiera hace mención expresa a los incrementos pensionales, razón por la cual no puede entenderse a partir de la principalística de la ley 100 que estos fueron derogados, y por el contrario, para el Consejo de Estado, estos incrementos son extensibles para quienes participan del régimen de transición del artículo 36 de esa misma ley.

Sin embargo, a la luz de la sentencia SU/140 de 2019, sólo podrían acceder a los incrementos pensionales los jubilados bajo el acuerdo 049 de 1990 que acrediten los requisitos para su reclamación, como consecuencia de su derecho adquirido, pero los mismos no serían otorgables por la vía del régimen de transición aludido ni mucho menos a quienes se pensionaran en vigencia de la ley 100 de 1993.

Ahora bien, esta investigación, una vez realizado un análisis concienzudo sobre la problemática, arribó a la conclusión de que, a pesar de la expedición de la sentencia SU/140 de 2019, los justiciables, al menos los que participan del régimen de transición, con base en la sentencia del Consejo de Estado con radicado 2741-08 de 2017, y por supuesto los jubilados bajo el Acuerdo 049, pueden acceder a los incrementos por dos vías, a saber:

1. La acción de tutela contra fallo judicial con base en la causal especial de procedibilidad de violación directa de Constitución, por los argumentos expuestos arriba, relativos a la primacía del bloque de constitucionalidad, el efecto inter partes y no erga omnes de las sentencias unificadoras de tutela, la Constitución como norma de normas, la interpretación favorable para la aplicación de la fuente formal de derecho que constituye el precedente del Consejo de Estado y el control de convencionalidad.
2. Por las mismas razones, a petición de parte o de oficio, el juez, con base en su autonomía, puede también aplicar la excepción de inconstitucionalidad, pudiendo hacerlo de dos formas:

a) alegar que la norma es contraria a los cánones superiores y no hay pronunciamiento de control de constitucionalidad abstracto, dado que la sentencia SU/140 de 2019 es inter partes, como muy bien lo señala Reyes Cuartas en su salvamento de voto a la misma.

b) aducir que la aplicación del acuerdo 049 en sus artículos relativos al incremento pensional, como norma abstracta, puede suponer la vulneración de un derecho fundamental en un caso concreto, lo que es factible teniendo en cuenta que bajo la interpretación de la sentencia SU/140 de 2019, la norma interpretada, es decir, la norma y

su interpretación conjuntamente, sí vulneraría la carta constitucional y sus principios y mandatos superiores, en los términos explicados arriba.

Por último se manifiesta que al tenor del texto constitucional, la sentencia SU/140 de 2019 constituye un retroceso en materia de DESC, en especial la seguridad social, protegida como derecho fundamental en Colombia, pues sacrificó el texto constitucional y los principios y normas convencionales para tratar de mantener un equilibrio financiero del sistema de pensiones, sin que los demás argumentos, como el de la derogatoria tácita orgánica del decreto 758 de 1990, revistan la mayor armonía con el ordenamiento, como se desprende la sentencia referida del Consejo de Estado. Esta decisión de la Corta Constitucional deja sin piso las expectativas de quienes se pensionaron y se pensionarán en vigencia de la ley 100 de 1993, sin que repose un argumento constitucional incuestionables para tomar dicha posición, como lo manifestaron en su salvamento de voto los magistrados apartados.

## Referencias

- Constitución Política de Colombia [Const] (1991) [Recuperado de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)]
- Constitución Política de Colombia (1886) [Recuperado de <http://americo.usal.es/oir/legislatura/normasyreglamentos/constituciones/colombia1886.pdf>]
- Gómez I., M. C., (2006). La Historia del Estado Social de Derecho. Universidad de Antioquia. Medellín, Colombia. Pp. 77 – 78.
- Acevedo T., A., (2010). La seguridad social. Historia, marco normativo, principios y vislumbres de un Estado de derecho en Colombia. Anuario de Historia Regional y de las Fronteras, Volumen 15, Octubre, pp. 191 – 204.
- Suelt-Cock, V., (2016) El bloque de constitucionalidad como mecanismo de interpretación constitucional. Aproximación a los contenidos del bloque en derechos en Colombia, 133 Universitas, pp. 301-382.
- Herrera M., A., (2015) Aplicabilidad de los incrementos pensionales por personas a cargo: cónyuge, compañeros permanentes e hijos menores o con discapacidad superior al 50% para laborar. [Trabajo para optar al título de Especialista en Seguridad Social]. Universidad de Manizales. Manizales, Colombia.
- Organización de Naciones Unidas (ONU) (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. París, Francia.
- Organización de Naciones Unidas (ONU) (1966) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Nueva York, Estados Unidos de América.
- Organización de Naciones Unidas (ONU) (2008) Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Nueva York, Estados Unidos de América.

Organización de Estados Americanos (OEA) (1948) Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Bogotá, Colombia.

Organización de Naciones Unidas (ONU) (1978) Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Nueva York, Estados Unidos de América.

Organización de Naciones Unidas (ONU) (2006) Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Nueva York, Estados Unidos de América.

Congreso de la República de Colombia. (23 de diciembre) Ley sobre el Sistema de Seguridad Social Integral [Ley 100 de 1993]. DO: 41.148.

Congreso de la República de Colombia. (01 de julio) Reforma constitucional sobre el principio de sostenibilidad fiscal [Acto legislativo 3 de 2011]. DO: 48.117.

Congreso de la República de Colombia. (22 de julio) Adición al artículo 48 constitucional [Acto legislativo 01 de 2005]. DO: 45.980.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) (2007) Observación General No. 19. Ginebra, Suiza.

Congreso de la República de Colombia. (17 de diciembre) Sistema General de Riesgos Profesionales [Ley 776 de 2002]. DO: 45.037.

Congreso de la República de Colombia. (17 de diciembre) Sistema General de Riesgos Profesionales [Ley 776 de 2002]. DO: 45.037.

Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios (01 de febrero) Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte [Acuerdo 049 de 1990].

Presidencia de la República de Colombia (11 de abril) Decreto aprobatorio del Acuerdo 049 de 1990 [Decreto 758 de 1990] DO: 39303.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión. (06 de septiembre de 2001) Sentencia T958/01. [MP Eduardo Montealegre Lynett].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (02 de diciembre de 1998) Sentencia SU747/98. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión. (12 de junio de 2007) Sentencia T468/07. [MP Humberto Antonio Sierra Porto].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena de Revisión. (20 de agosto de 2003) Sentencia T727/03. [MP Clara Inés Vargas Hernández].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión. (14 de diciembre de 2005) Sentencia T1318/05. [MP Humberto Antonio Sierra Porto].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión. (31 de julio de 2008) Sentencia T760/08. [MP Manuel José Cepeda Espinosa].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Sexta de Revisión. (15 de mayo de 2017) Sentencia T327/17. [MP Iván Humberto Escruería Mayolo].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava de Revisión. (24 de enero de 2017) Sentencia T028/17. [MP Alberto Rojas Ríos].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión. (24 de julio de 2008) Sentencia T742/08. [MP Manuel José Cepeda Espinosa].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (19 de noviembre de 2008) Sentencia C1141/08. [MP Humberto Antonio Sierra Porto].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (18 de abril de 2012) Sentencia C288/12. [MP Luis Ernesto Vargas Silva].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (18 de abril de 2012) Sentencia C288/12. [MP Luis Ernesto Vargas Silva].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (09 de mayo de 2012) Sentencia C332/12. [MP Humberto Antonio Sierra Porto].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión. (12 de noviembre de 2013) Sentencia T791/13. [MP Luis Guillermo Guerrero Pérez].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión. (12 de noviembre de 2013) Salvamento de voto de Sentencia T791/13. [MP Jorge Iván Palacio Palacio].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava de Revisión. (17 de abril de 2013) Sentencia T217/13. [MP Alexei Julio Estrada].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión. (11 de noviembre de 2014) Sentencia T831/14. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión. (18 de junio de 2015) Sentencia T369/15. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión. (27 de junio de 2016) Sentencia T332/16. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión. (21 de junio de 2015) Sentencia T541/15. [MP Mauricio González Cuervo].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión. (28 de julio de 2016) Sentencia T395/16. [MP Alejandro Linares Cantillo].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión. (08 de octubre de 2014) Sentencia T748/14. [MP Mauricio González Cuervo].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión. (09 de Febrero de 2016) Sentencia T038/16. [MP Alejandro Linares Cantillo].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (10 de mayo de 2017) Sentencia SU310/17. [MP Aquiles Arrieta Gómez].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava de Revisión. (04 de agosto de 2017) Sentencia T499/17. [MP Alberto Rojas Ríos].

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Laboral (12 de diciembre de 2007) Rad. No. 27923. [MP Elsy Del Pilar Cuello Calderón].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión. (08 de octubre de 2014) Sentencia T748/14. [MP Mauricio González Cuervo].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Sexta de Revisión. (05 de diciembre de 2016) Sentencia T681/16. [MP Jorge Iván Palacio Palacio].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión. (07 de octubre de 2011) Sentencia T762/11. [MP María Victoria Calle Correa].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión. (07 de octubre de 2016) Sentencia T762/11. [MP María Victoria Calle Correa].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (06 de julio de 2011) Sentencia C539/11. [MP Luís Ernesto Vargas Silva].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (30 de septiembre de 2015) Sentencia C621/15. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (11 de marzo de 1993) Sentencia C104/93. [MP Alejandro Martínez Caballero].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (01 de octubre de 1992) Sentencia C543/92. [MP José Gregorio Hernández Galindo].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (01 de marzo de 1995) Sentencia C083/95. [MP Carlos Gaviria Díaz].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (25 de mayo de 2017) Sentencia SU354/17. [MP Iván Humberto Escrucería Mayolo].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (22 de octubre de 2015) Sentencia SU659/15. [MP Alberto Rojas Ríos].

Consejo de Estado, Sala de Sección (19 de diciembre de 2015) Rad. No. 11001-03-15-000-2013-02690-01 [CP Alberto Yepes Barreiro].

Congreso de la República de Colombia. (15 de agosto) Adición y reforma a Códigos Nacionales [Ley 157 de 1887]. DO: No registra.

Congreso de la República de Colombia. (04 de noviembre) Sobre el Recurso de Casación [Ley 169 de 1896]. DO: 10235.

Henao H., J., (2010). Derecho Procesal Constitucional (3o edición). Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

Bernal P., C., (2008) El precedente en Colombia. Revista Derecho del Estado [en línea]: [Fecha de consulta: 10 de febrero de 2019] [Recuperado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337630230004>]

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (28 de marzo de 2019) Sentencia SU140/2019. [Cristina Pardo Schlesinger].

Consejo de Estado, Sección Segunda (16 de noviembre de 2017) Rad. 2741-08 [CP Gabriel Valbuena Hernández].

Barona Betancourt, R. (2017). Protección de la seguridad social en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Páginas De Seguridad Social, 1(1), 31-59. <https://doi.org/10.18601/25390406.n1.02>