COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia SU/140/19

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de unificación
Referencia	SU/140/19
Expediente	T.5.647.921
Fecha	2014-08-07
Sala	Sala Plena
Magistrado ponente	Cristina Pardo Schlesinger
Partes	la UGPP contra el Juzgado Veintiséis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de

Temas que titula la Corte Constitucional

- Accion De Tutela Contra Providencias Judiciales Para Indexacion De La Primera Mesada Pensional
- Regimen De Prima Media Con Prestacion Definida Y Regimen De Ahorro Individual Con Solidaridad
- Acto Legislativo 01 De 2005
- Derogatoria Expresa, Tacita Y Organica
- Derecho Al Regimen De Transicion En Materia Pensional
- Regimen De Transicion

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Salvo las mesadas no reclamadas a tiempo conforme artículo 488 del Código expectativas legítimas de quienes estaban cerca a pensionarse bajo el régimen anterior sin que ello se predicara de otros derechos extra pensionales

Texto completo

SU140-19 Sentencia SU140/19 UNIFICACION DE JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE IMPRESCRIPTIBILIDAD RESPECTO DEL INCREMENTO PENSIONAL DEL 14% EN RELACION CON EL CONYUGE O COMPAÑERO (A) PERMANENTE A CARGO ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Requisitos generales y especiales de procedibilidad ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES PARA INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL- Cambio jurisprudencial en relación con el requisito de inmediatez DERECHO AL MINIMO VITAL- Reiteración de jurisprudencia IMPRESCRIPTIBILIDAD EN MATERIA PENSIONAL- Incrementos de la pensión son imprescriptibles salvo las mesadas no reclamadas a tiempo conforme artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo PRESCRIPTIBILIDAD DE LOS INCREMENTOS PENSIONALES- Precedente jurisprudencial sentado por la Corte Suprema de Justicia DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL- Concepto, naturaleza y protección constitucional REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA Y REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD- Características según la ley 100 de 1993 ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005- Finalidades DEROGATORIA EXPRESA, TACITA Y ORGANICA- Jurisprudencia constitucional DERECHO AL REGIMEN DE TRANSICION EN MATERIA PENSIONAL- Articulo 36 de la Ley 100 de 1993 REGIMEN DE TRANSICION- Protección de expectativas legítimas de quienes estaban cerca a pensionarse bajo el régimen anterior sin que ello se predicara de otros derechos extra pensionales Para la Corte es claro que el Legislador actuó con apego a la Constitución, cuando a través del régimen de transición que previo el artículo 36 de la

ley 100 de 1993, protegió las expectativas legitimas de quienes estaban cerca de hacerse a una pensión en las condiciones en que esperaban que esta tuviera bajo el antiguo régimen, sin que tal protección se predicara de otros derechos extra pensionales que, como los que en su momento previo el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, carecen de ineludible incidencia en la protección del derecho fundamental a la seguridad social pensional. De lo anterior se desprende que una persona que venía cotizando bajo el régimen pensional anterior a la vigencia de la ley 100 pero que no llego a cumplir con los requisitos necesarios para pensionarse en la vigencia de aquel régimen, si bien pudo tener derecho a una pensión en las condiciones del régimen antiguo, definitivamente no tuvo derecho a que aquella fuera favorecida con beneficios extra pensionales que el nuevo régimen definitivamente no contempla ACTUACIONES DE LAS ENTIDADES ADMINISTRATIVAS Y JUDICIALES- Obligación de adoptar la perspectiva de género respecto a incrementos pensionales previstos en el literal b) del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 Los incrementos previstos en el literal b) del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fueron diseñados para ser mayoritariamente aplicables a las pensiones de los miembros masculinos de la pareja familiar, sin que existiera norma alguna efectivamente le permitiera a los integrantes femeninos de dicha pareja el directo usufructo, incidencia o inversión de los recursos provenientes de dicha pensión, mas gravemente, cuando la economía del cuidado requiere de recursos efectivos para funcionar. Es decir, el diseño legislativo de los incrementos pensionales de marras favorece la discriminación de la mujer que, con su aporte a la economía del cuidado, tuvo una participación más que relevante en el sostenimiento del hogar; razón más que suficiente para que la Corte considere que tal norma debe ceder ante otras más acordes a la vida social contemporánea como parcialmente lo regula la pensión familiar que consagra la ley 1580 de 2009 o, eventualmente, puede desarrollar el Legislativo con fundamento en la última parte del inciso 11 del artículo 48 superior ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005- Derogatoria orgánica del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 ante incompatibilidad con norma constitucional CRITERIO DE SOSTENIBILIDAD FISCAL- No puede ser invocado para menoscabar derechos fundamentales, ni restringir su alcance o negar su protección efectiva SOSTENIBILIDAD FISCAL Y SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA PENSIONAL- Distinción La sostenibilidad fiscal que consagra el artículo 334 de la Carta se erige como un criterio jurídico general y orientador en tanto se refiere a las pautas que deben guiar al Estado en desarrollo de su función de director general de la economía nacional, de manera tal que se cuente con la efectiva posibilidad de cumplir con los cometidos estatales; la sostenibilidad financiera del sistema pensional, más allá de un principio, es una norma jurídica que establece en cabeza del operador judicial un mandato hermenéutico encaminado a lograr una relación de medio a fin entre esta última sostenibilidad y los propósitos de universalidad, solidaridad e integridad que rigen el sistema de la seguridad social SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA PENSIONAL- Ponderación a la luz de los derechos fundamentales, en especial el derecho a la seguridad social en su esfera pensional PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD- Jurisprudencia constitucional DEROGATORIA ORGANICA- Beneficios extra pensionales de los incrementos previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 no son parte integrante del derecho fundamental a la seguridad social La naturaleza no fundamental de los incrementos que consagro el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 se explica teniendo en cuenta que: (i) no puede decirse que su no otorgamiento afecte la dignidad humana pues estos 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 esta 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 y la responsabilidad que se tiene para con los hijos; 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 PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL E IN DUBIO PRO OPERARIO- Distinción PRINCIPIO INDUBIO PRO OPERARIO- Duda no existe como requisito sine qua non para su aplicación cuando norma art. 21 del Decreto 758 de 1990 ha perdido vigencia en el ordenamiento jurídico PRESCRIPCION EXTINTIVA- No se justifica que opere cuando ya no existe un derecho

susceptible de prescribir IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL INCREMENTO PENSIONAL DEL 14% EN RELACION CON EL CONYUGE O COMPAÑERO(A) PERMANENTE A CARGO- No prescribe para quienes completaron los requisitos de pensión antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL INCREMENTO PENSIONAL DEL 14% EN RELACION CON EL CONYUGE O COMPAÑERO(A) PERMANENTE A CARGO- Orden a Colpensiones reconocer incremento pensional y pagos de retroactivos no prescritos Referencia: Expedientes T-5.647.921, T-5.647.925, T-5.725.986, T-5.755.285, T-5.766.246, T-5.840.729, T-5.841.624, T-5.844.421, T-5.856.779, T-5.856.793 y T-5.870.489, acumulados [1] .

Magistrada Sustanciadora: CRISTINA PARDO SCHLESINGER [2] Bogotá D.C., veintiocho (28) de marzo de dos mil diecinueve (2019). La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, y conforme a lo dispuesto por la Sala Plena en el Auto 320 del veintitrés (23) de mayo de 2018, que declaró la nulidad de la sentencia SU-310 del diez (10) de mayo de 2017, procede a proferir la siguiente SENTENCIA DE REEMPLAZO En el proceso de revisión de los fallos proferidos por las autoridades judiciales de instancia, dentro del trámite de las acciones de tutela acumuladas.

[3] I. ANTECEDENTES Los once expedientes de la referencia fueron seleccionados para su revisión por las Salas de Selección de Tutelas Números Uno, Siete, Nueve y Once, respectivamente, disponiendo además su acumulación para que fueran fallados en una sola sentencia, por presentar unidad de materia.

[4] Los antecedentes, en extenso, y pruebas correspondientes de cada uno de los expedientes bajo estudio, así como las actuaciones surtidas en sede de revisión, se encuentran recogidos en un anexo a la presente sentencia, el cual forma parte integral de la misma [5] .

A continuación, la Sala dará una explicación breve de cada caso, con lo cual ya se advierte el patrón fáctico común: 1. Expediente T-5.647.921.

El señor Mardoqueo Silva Alfonso presentó acción de tutela contra la providencia judicial que declaró prescrito el derecho al incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, por considerar que se desconoció el precedente jurisprudencial aplicable. Como juez de instancia, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia negó el amparo constitucional solicitado tras considerar que la decisión dictada dentro de la vía ordinaria, según la cual el fenómeno prescriptivo opera de forma total sobre el incremento pensional cuando este derecho no se reclama dentro de los tres años siguientes a la fecha de reconocimiento de la pensión, era una decisión que se encontraba dentro de la órbita el juez ordinario.

2. Expediente T-5.647.925. Los señores Samuel Vargas Vargas y David Hernández Olaya consideraron que en el marco de un proceso ordinario laboral contra Colpensiones, los jueces de conocimiento desconocieron el precedente jurisprudencial aplicable al declarar prescrito el derecho al incremento pensional del 14% por persona a cargo.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia negó el amparo constitucional tras considerar que las autoridades judiciales acusadas acogieron el precedente sentado por el órgano de cierre en materia laboral; esto es, la Sal de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

3. Expediente T-5.725.986. El señor Urias Carrillo Parejo consideró que en el marco de un proceso ordinario laboral contra Colpensiones, los jueces de conocimiento desconocieron el precedente jurisprudencial aplicable al declarar prescrito el derecho al incremento pensional del 14% por persona a cargo. El juez de primera instancia tuteló los derechos fundamentales invocados por el actor y ordenó el reconocimiento del incremento pensional. El juez de segunda instancia revocó esa decisión porque el precedente del tribunal de cierre en materia laboral, Corte Suprema de Justicia, predica que los incrementos pensionales por persona a cargo sí prescriben.

4. Expediente T-5.755.285. El señor Mario Ernesto Velasco, hombre de 83 años de edad al momento de presentar la acción de tutela, solicitó el reconocimiento del incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo . El accionante no agotó la vía judicial ordinaria y puso de manifiesto su situación de vulnerabilidad por ser una persona de la tercera edad cuyo único ingreso para solventar las necesidades de él y de su esposa deviene de la pensión de vejez.

El Juzgado 3º Penal del Circuito de Popayán, Cauca, en su condición de juez constitucional de instancia, declaró improcedente la acción de tutela al considerar que el actor no agotó los medios ordinarios de defensa judicial a su alcance, desconociendo el requisito de subsidiariedad.

5. Expediente T-5.766.246. El señor Jorge Enrique Farías Castañeda consideró que en el marco de un proceso ordinario laboral contra Colpensiones, los jueces de conocimiento desconocieron el precedente jurisprudencial al declarar prescrito el derecho al incremento pensional del 14% por compañera permanente a cargo. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia negó el amparo constitucional invocado al considerar que las autoridades judiciales accionadas expusieron con suficiencia los motivos de la decisión adoptada. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo de primera instancia señalando que además, no se cumplió con el requisito de inmediatez propio de la acción de tutela, pues fue interpuesta luego de diez meses de haberse proferido la sentencia acusada.

6. Expediente T-5.840.729. El señor José Eugenio Flautero Torres, hombre diagnosticado con enfermedad pulmonar que requiere suministro permanente de oxígeno, interpuso acción de tutela contra Colpensiones, solicitando el reconocimiento del incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, tras haber agotado la vía judicial ordinaria ante la jurisdicción laboral y haber anteriormente interpuesto una acción de tutela contra las providencias judiciales proferidas por los jueces laborales.

[6] El juez de primera instancia denegó el amparo constitucional porque consideró que no se probó afectación alguna al mínimo vital del accionante. El juez de segunda instancia confirmó el fallo y agregó que, dado el choque de criterios jurídicos de las Salas de Revisión de la Corte Constitucional sobre la imprescriptibilidad de los incrementos pensionales, no puede el juez constitucional imponer criterios que a la fecha no han sido unificados por el máximo tribunal de la jurisdicción.

7. Expediente T-5.841.624. El señor Miguel Ángel Alayon Cotrino considera que en el marco de un proceso ordinario laboral contra Colpensiones, los jueces de conocimiento desconocieron el precedente jurisprudencial al declarar prescrito el derecho al incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo. En primera instancia de tutela, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá negó el amparo argumentando que no puede afirmarse que hubiera existido desconocimiento del precedente jurisprudencial en cuanto a los incrementos pensionales, si se tiene en cuenta que el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria ha admitido que estos prescriben con el paso del tiempo. Como juez constitucional de segunda instancia, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia confirmó esa decisión y agregó que el precedente jurisprudencial traído a colación por el accionante deviene de las sentencias de tutela proferidas por la Corte Constitucional en sede de revisión las cuales tienen efectos inter partes , es decir, que tienen efectos frente a las partes involucradas en los trámites correspondientes.

8. Expediente T-5.844.421. Los señores Luis Carlos León Díaz, Sara María Velasco, Fausto Perea y Emérito Mera consideran que en el marco de un proceso ordinario laboral contra Colpensiones, los jueces de conocimiento desconocieron el precedente jurisprudencial al declarar prescrito el derecho al incremento pensional del 14% por cónyuge o compañero(a) permanente a cargo.

[7] Como juez constitucional de primera instancia, el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Popayán, Cauca, declaró improcedente la acción de tutela al considerar que la decisión de negar el reconocimiento de los incrementos pensionales se sustentó en la cosa juzgada, ya que la misma pretensión había sido resuelta por otro juez ordinario. La Sala Laboral

del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Popayán, Cauca, confirmó la anterior decisión agregando que no hubo desconocimiento del precedente jurisprudencial teniendo en cuenta que la Corte Constitucional no ha unificado su criterio frente a la prescripción de los incrementos pensionales.

9. Expediente T-5.856.779. El señor Julio Gómez Iglesias considera que en el marco de un proceso ordinario laboral contra Colpensiones, los jueces de conocimiento desconocieron el precedente jurisprudencial al declarar prescrito el derecho al incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo. Como juez constitucional de primera instancia, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia negó el amparo argumentando la falta de inmediatez en la acción de tutela tras indicar que esta fue interpuesta cerca de cinco años de haber ocurrido la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, obrando como juez constitucional de segunda instancia confirmó esa decisión reiterando los mismos argumentos.

10. Expediente T-5.856.793. La accionante, María Emma Rincón Loaiza, considera que en el marco de un proceso ordinario laboral contra Colpensiones, los jueces de conocimiento desconocieron el precedente jurisprudencial al declarar prescrito el derecho a los incrementos pensionales del 14% y del 7% por cónyuge e hija menor a cargo. Como juez constitucional de primera instancia, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia negó el amparo argumentando la falta de inmediatez en la acción de tutela, porque fue interpuesta después de dieciséis meses de haber ocurrido la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, obrando como juez constitucional de segunda instancia confirmó esa decisión reiterando los mismos argumentos.

11. Expediente T-5.870.489. El accionante, Carlos Vidal Segura Rodríguez, considera que en el marco de un proceso ordinario laboral contra Colpensiones, los jueces de conocimiento desconocieron el precedente jurisprudencial al declarar prescrito el derecho al incremento pensional del 14% por compañera permanente a cargo. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, obrando como juez de tutela de primera instancia, negó el amparo argumentando la falta de inmediatez en la acción de tutela, habida cuenta de que fue interpuesta luego de diez meses de haberse proferido la sentencia que denegó el reconocimiento de las prestaciones sociales solicitadas. Así mismo, el a quo alegó que la sentencia de los jueces de conocimiento no resultó caprichosa. Como juez de segunda instancia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó la decisión de la referida Sala de Casación laboral reiterando los argumentos del a quo y agregó que frente a la imprescriptibilidad de los incrementos pensionales no existe una postura uniforme de la Corte Constitucional.

Como se anunció desde el párrafo introductorio de esta providencia, con la presente sentencia se reemplaza la Sentencia SU-310 del diez (10) de mayo de 2017 que fue anulada mediante Auto 320 del veintitrés (23) de mayo de 2018. El referido reemplazo fue autorizado por la Sala Plena de esta Corporación en el numeral Cuarto de la parte resolutiva del mentado Auto 320 de 2018 [8] .

II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES A. Competencia Mediante Auto 320 de 2018 la Sala Plena de la Corte declaró la nulidad de la Sentencia SU-310 de 2017.

Las razones subyacentes a tal declaración de nulidad consistieron en que en la aludida sentencia (i) no se abordó el estudio del Acto Legislativo 01 de 2005; y (ii) no se analizaron los argumentos de Colpensiones dentro del trámite de la respectiva revisión por parte de la Corte.

Ante tal declaratoria de nulidad, la Sala Plena de la Corte Constitucional es competente para proferir la presente sentencia de reemplazo. Lo anterior, de conformidad con lo previsto en el inciso 2º del artículo 49 del Decreto 2067 de 1991, el artículo 134 del Código General del Proceso (CGP), que subrogó el artículo 142 del Código de Procedimiento

Civil (CPC), aplicable por remisión del artículo 4 del Decreto 306 de 1992, el artículo 106 del Reglamento de la Corte (Acuerdo 2 de 2015) y lo dispuesto en el Auto 320 de 2018, previamente citado.

B. Problemas jurídicos (i) ¿En caso de pensiones causadas después de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 o, en su defecto, del Acto Legislativo 01 de 2005, tienen éstas derecho a los incrementos del 14% y/o del 7% sobre la pensión mínima legal de que trata el artículo 21 del Decreto 758 de 1990? (ii) ¿En caso de que la respuesta al anterior problema jurídico sea positiva, está sujeto a prescripción el derecho pensional de incremento del 14% y/o del 7% de que trata el artículo 21 del Decreto 758 de 1990? (I) Análisis de procedibilidad 1.

Presentación general de los casos Preliminarmente, debe advertirse que en esta ocasión se revisan once acciones de tutela, de entre las cuales nueve (9) fueron instauradas contra providencias judiciales y dos (2) contra la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones por su negativa a reconocer y pagar a favor de los accionantes del caso los incrementos pensionales por cónyuge o compañero o compañera permanente a cargo, con fundamento en la prescripción del correspondiente derecho. En este sentido, a continuación la Sala abordará el análisis de procedibilidad de las acciones de tutela de la referencia, de la siguiente manera: (i) procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencia judicial, en los casos de Mardoqueo Silva Alfonso (T-5.647.921), Samuel Vargas Vargas y David Hernández Olaya (T-5.647.925), Urias Carrillo Parejo (T-5.725.986), Jorge Enrique Farías Castañeda (T-5.766.246), Miguel Ángel Alayon Cotrino (T-5.841.624), Luis Carlos León Díaz, Sara María Velasco, Fausto Perea y Emérito Mera (T-5.844.421), Julio Gómez Iglesias (T-5.856.779), María Emma Rincón Loaiza (T-5.856.793) y Carlos Vidal Segura Rodríguez (T-5.870.489) [9] ; (ii) evaluación de los requisitos de subsidiariedad e inmediatez frente de todos los expedientes; y (iii) finalmente se harán unas consideraciones generales de procedencia.

2. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencia judicial 2.1. La jurisprudencia constitucional, en protección de los principios de autonomía judicial y cosa juzgada, ha admitido excepcionalmente que mediante la acción de tutela se pueda controvertir una providencia judicial. Como sostuvo esta Corporación en Sentencia C-590 de 2005 [10] , para que el juez de tutela pueda acceder a la pretensión que subyace a la presentación de la correspondiente controversia debe primero verificar los denominados “ requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales ”. Así, en caso de cumplirse con tales requisitos , el juez podrá analizar el caso de fondo y determinar si se da o no alguna de las “ causales especiales de procedibilidad ”, las cuales determinan si, en efecto, se verificó o no una violación al derecho al debido proceso.

[11] 2.2. En esta ocasión, los señores Mardoqueo Silva Alfonso (T-5.647.921), Samuel Vargas Vargas y David Hernández Olaya (T-5.647.925), Urias Carrillo Parejo (T-5.725.986), Jorge Enrique Farías Castañeda (T-5.766.246), Miguel Ángel Alayon Cotrino (T-5.841.624), Luis Carlos León Díaz, Sara María Velasco, Fausto Perea y Emérito Mera (T-5.844.421), Julio Gómez Iglesias (T-5.856.779), María Emma Rincón Loaiza (T-5.856.793) y Carlos Vidal Segura Rodríguez (T-5.870.489) acusan distintas providencias judiciales de haber incurrido en desconocimiento del precedente jurisprudencial y en vulneración directa de la Constitución, por no admitir la imprescriptibilidad de los incrementos pensionales por persona a cargo de que trata el artículo 21 del Decreto 758 de 1990; decreto éste que aprobó el Acuerdo 049 de 1990 del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios (en adelante, la providencia se referirá al “Decreto 758 de 1990”).

La Sala considera que, en términos generales, las acciones de tutela atrás mencionadas cumplen con las condiciones necesarias para declarar su procedencia frente a las providencias judiciales acusadas, pues: (i) la cuestión relativa a la prescriptibilidad o imprescriptibilidad de los incrementos pensionales por persona a cargo es un asunto que goza de suficiente relevancia constitucional, al tener potencial incidencia en la materialización de los derechos fundamentales de los pensionados; (ii) cada uno de los accionantes identificó razonablemente los hechos causantes de una eventual vulneración o amenaza a sus derechos fundamentales; (iii) las sentencias impugnadas no son de tutela, sino que se trata de providencias judiciales proferidas en el marco de procesos ordinarios laborales; y (iv) los accionantes alegan como

causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial, el desconocimiento del precedente jurisprudencial y la vulneración directa de la Constitución.

3. Evaluación de los requisitos de subsidiariedad e inmediatez 3.1. En virtud de lo previsto en el artículo 86 Superior [12] , la acción de tutela se caracteriza por ser un mecanismo judicial inmediato y subsidiario, dada su naturaleza efectiva, actual y supletoria tendiente a proteger los derechos fundamentales contra toda acción u omisión que los amenace o afecte. Lo anterior se explica toda vez que: (i) "la acción de tutela ha sido instituida como remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza " (inmediatez) [13] ; y (ii) " (…) no es propio de la acción de tutela el sentido de medio o procedimiento llamado a reemplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes " (subsidiariedad) [14] .

3.2. La Sala evidencia que la condición de subsidiariedad propia de la acción de tutela se cumplió en los casos de los señores Mardoqueo Silva Alfonso (T-5.647.921), Samuel Vargas Vargas y David Hernández Olaya (T-5.647.925), Urias Carrillo Parejo (T-5.725.986), Jorge Enrique Farías Castañeda (T-5.766.246), José Eugenio Flautero Torres (T-5.840.729), Miguel Ángel Alayon Cotrino (T-5.841.624), Luis Carlos León Díaz, Sara María Velasco, Fausto Perea y Emérito Mera (T-5.844.421), Julio Gómez Iglesias (T-5.856.779), María Emma Rincón Loaiza (T-5.856.793) y Carlos Vidal Segura Rodríguez (T-5.870.489), pues tales personas agotaron los mecanismos judiciales de defensa ante la jurisdicción ordinaria laboral, antes de instaurar las acciones de tutela correspondientes. En efecto:

(i) El señor Mardoqueo Silva Alfonso instauró una demanda ordinaria laboral contra Colpensiones por la negativa a reconocer el incremento pensional solicitado, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en primera instancia y al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. en segunda instancia.

(ii) Los señores Samuel Vargas Vargas y David Hernández Olaya presentaron demandas ordinarias laborales contra Colpensiones, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. y al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. en sendas instancias.

(iii) El señor Urias Carrillo Parejo también agotó la vía judicial ordinaria, pues interpuso demanda laboral contra Colpensiones, frente a la cual asumió competencia el Juzgado 3º Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Barranquilla, Atlántico, en proceso de única instancia.

(iv) El señor Jorge Enrique Farías Castañeda agotó la vía judicial ordinaria, al haber demandado a Colpensiones ante la jurisdicción ordinaria. El Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. fungieron, respectivamente, como jueces de primera y segunda instancia.

(v) El señor José Eugenio Flautero Torres instauró demanda ordinaria laboral contra Colpensiones, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado 6º Laboral de Descongestión del Circuito de Bogotá D.C., en primera instancia, y a la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., en segunda instancia. Cabe precisar que en el año 2013, el accionante interpuso acción de tutela contra las providencias judiciales proferidas dentro del proceso ordinario laboral, siendo ésta denegada. Frente a la posible temeridad en que pudo incurrir el señor Flautero Torres tras interponer nuevamente una acción de tutela, se deben tener en cuenta cuatro situaciones: (a) De conformidad con los elementos probatorios obrantes en el expediente, el accionante instauró demanda ordinaria laboral contra Colpensiones por su negativa a reconocer el derecho al incremento pensional por persona a cargo, demanda que fue resuelta por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. en 2013, declarando probada la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada. (b) El accionante interpuso acción de tutela contra dicha decisión, cuyo conocimiento correspondió a las Salas de Casación Laboral y Penal de la Corte Suprema de Justicia, en primera instancia y en segunda instancia respectivamente, las cuales decidieron negar el amparo

constitucional al considerar que las decisiones acusadas fueron fruto de una interpretación razonada y ponderada. (c) Tras haberse proferido la sentencia T-369 de 2015 por parte de esta Corte, el accionante consideró que hubo un cambio de jurisprudencia frente a la imprescriptibilidad de los incrementos pensionales, por lo que solicitó nuevamente a Colpensiones su reconocimiento, lo que se le contestó en forma negativa. (d) El señor Flautero Torres, instauró acción de tutela contra Colpensiones al considerar que su reclamación no fue contestada de fondo, al no haberse mencionado "l a prescripción del derecho, sino que se ocupó de otras situaciones ". De conformidad con lo anterior, la Sala considera que no hubo temeridad en las actuaciones desplegadas por el señor José Eugenio Flautero Torres pues las dos acciones de tutela que interpuso no tuvieron como sustento los mismos hechos y pretensiones. En la primera oportunidad, el accionante pretendió la revocatoria de las providencias judiciales proferidas en el marco de un proceso ordinario laboral instaurado contra Colpensiones. En un segundo término, la acción de tutela fue dirigida directamente contra Colpensiones solicitando el reconocimiento del derecho al incremento pensional por persona a cargo.

(vi) El señor Miguel Ángel Alayon Cotrino también agotó los medios ordinarios de defensa judicial. El Juzgado 2º Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C. y el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. fueron los jueces en el proceso ordinario laboral que el señor Alayon Cotrino inició contra Colpensiones.

(vii) Los señores Luis Carlos León Díaz, Sara María Velasco, Fausto Perea y Emérito Mera formularon demandas ordinarias laborales contra Colpensiones, en dos oportunidades distintas, agotando así los medios ordinarios de defensa judicial que tenían a su alcance. La segunda instancia se tramitó ante la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Cauca, y la primera ante el Juzgado Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Popayán, Cauca.

(viii) El señor Julio Gómez Iglesias agotó la vía judicial ordinaria, al reclamar el reconocimiento y pago del incremento pensional por persona a cargo ante el Juzgado 3º Laboral del Circuito de Barranquilla, Atlántico, que conoció en primera instancia del proceso. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Atlántico , conoció del caso en segunda instancia.

(ix) La señora María Emma Rincón Loaiza agotó la vía judicial ordinaria al interponer demanda laboral contra Colpensiones, cuyo conocimiento correspondió a l Juzgado 11 Laboral del Circuito de Medellín, Antioquia, en primera instancia [15] , y al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Antioquia, en segunda instancia.

(x) El señor Carlos Vidal Segura Rodríguez agotó la vía judicial ordinaria al haber interpuesto demanda ordinaria laboral contra Colpensiones, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en primera instancia, y al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., en segunda instancia.

3.3. A diferencia de los casos anteriores, el señor Mario Ernesto Velasco (T-5.755.285) no agotó la vía judicial ordinaria, por lo que en principio no cumpliría con el requisito de subsidiariedad propio de la acción de tutela. Sin embargo, conforme a la fotocopia de la cédula de ciudadanía del accionante aportada al expediente, se observa que este es una persona de la tercera edad avanzada [16] .

Frente de tal situación, cabe mencionar que la Corte ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela aun cuando no se hayan agotado los medios ordinarios de defensa judicial para el reconocimiento de derechos pensionales, si se demuestra que los accionantes son personas de la tercera edad que: (i) hayan visto una afectación a su mínimo vital; (ii) hayan desplegado cierta actividad administrativa y judicial para obtener la protección de sus derechos; (iii) hayan acreditado, siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario era ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados.

[17] Si bien las acciones laborales son mecanismos eficaces para obtener el reconocimiento de las prestaciones sociales, en algunos casos y atendiendo las circunstancias fácticas del caso concreto o la situación personal del interesado, su trámite procesal puede no resultar idóneo para la obtención de los fines que se persiguen. La Corte ha reconocido que

ante situaciones de este tipo, “ (…) el conflicto planteado puede trascender el nivel legal para convertirse en un problema de rango constitucional, por lo que el juez de tutela está obligado a conocer de fondo la solicitud y a tomar las medidas necesarias para la protección del derecho vulnerado o amenazado ”.

[18] Debe recordarse que conforme al escrito de tutela, el único ingreso que percibe el señor Velasco para solventar sus necesidades básicas y las de su esposa, es la pensión de vejez que percibe. Así bien, ante la negativa de Colpensiones a reconocerle el incremento pensional por persona a cargo, su mínimo vital podría estar afectado. Aunque el actor no agotó las vías judiciales ordinarias que tenía a su alcance para el reclamo de sus derechos fundamentales, sí solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de sus prestaciones sociales y ante la negativa de esta, decidió instaurar acción de tutela. En estos términos dicho accionante sí desplegó cierta actividad administrativa para obtener la protección de sus derechos. Por otro lado, dada su avanzada edad, las acciones judiciales ordinarias resultan ineficaces, ya que existe una situación de desprotección actual que no da espera a la culminación de un proceso judicial ordinario. En este sentido, considerando que los adultos mayores son sujetos de especial protección constitucional, la acción de tutela resulta procedente en el caso concreto.

3.4. En cuanto al cumplimiento del requisito de inmediatez propio de la acción de tutela, debe hacerse una precisión frente a los casos de los señores Julio Gómez Iglesias (T-5.856.779), María Emma Rincón Loaiza (T-5.856.793), Carlos Vidal Segura Rodríguez (T-5.870,489) y Jorge Enrique Farías Castañeda (T-5.766.246). En efecto, a pesar del tiempo transcurrido desde que los jueces ordinarios laborales profirieron las sentencias acusadas [19] , podría considerarse que la eventual vulneración de los derechos a la seguridad social y al mínimo vital de tales accionantes permanecería en el tiempo, por lo que la intervención del juez de tutela sería necesaria a efectos de evitar la continua afectación de sus garantías fundamentales. En el pasado, la Corte ha explicado que es aceptable un extenso espacio de tiempo transcurrido entre el hecho que genera la vulneración y la presentación de la acción de tutela, bajo dos circunstancias específicas [20] :

“ (i) que se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual, (ii) que la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros ”.

[21] No obstante lo anterior, en reciente sentencia de unificación SU-108 de 2018 [22] la Corte consolidó su posición en torno al requisito de inmediatez cuando mediante tutela se atacan providencias judiciales que niegan la indexación de la pensión; sentencia ésta en donde para declarar la improcedencia de una acción de tutela de tal carácter se concluyó:

“Del análisis del asunto objeto de estudio, se derivan las siguientes conclusiones: - En aplicación del precedente constitucional establecido en la parte motiva de esta providencia, en cuanto a la procedencia de las tutelas que se interpongan en contra de sentencias judiciales, en las cuales se pretende la indexación de la primera mesada pensional, el análisis del requisito de inmediatez se flexibiliza en el medida en la que la controversia versa sobre el pago de prestaciones de tracto sucesivo.

- No obstante lo anterior, dicha flexibilización no aplica de manera absoluta , pues esta circunstancia podría afectar de manera desproporcionada el principio de cosa juzgada y de seguridad jurídica.

- Para acreditar el cumplimiento del requisito de inmediatez en estos casos, el juez de tutela debe tener en cuenta las circunstancias particulares del caso concreto que expliquen razonablemente la aparente tardanza por parte del accionante en presentar la acción de tutela. Así, el juzgador podrá tener en cuenta, entre otros, los siguientes elementos:

(i) Que exista una razón justificada que explique por qué el accionante no interpuso la acción de tutela dentro de un plazo razonable y justifique la tardanza en actuar, tal como podría ser (a) la ocurrencia de un evento que constituya fuerza mayor o caso fortuito , (b) la incapacidad o imposibilidad del actor para interponer la tutela en un término razonable, o (c) que sobrevenga un hecho nuevo que cambie de manera drástica las circunstancias del caso concreto y que, de justificar la tardanza en un hecho nuevo, la acción de tutela se interponga dentro de un plazo razonable frente a la ocurrencia del hecho nuevo;

(ii) Que durante el tiempo en el que se presentó la tardanza en la interposición de la acción de tutela, se evidencie que existió diligencia de parte del accionante en la gestión de la indexación de su mesada pensional, lo cual contribuye a demostrar, prima facie , el carácter actual y permanente del daño causado al accionante por la vulneración a sus derechos fundamentales.

Asimismo, en el que haya habido una ausencia de actividad por parte del accionante en el trámite de la indexación de la pensión, que se deba a circunstancias que constituyan un evento de fuerza mayor o caso fortuito, o que se presente debido a la incapacidad o imposibilidad del actor de realizar dichos trámites; el juez constitucional tendrá en cuenta estas circunstancias para analizar este criterio.

(iii) Que se acredite la existencia de circunstancias que pongan al accionante en una situación de debilidad manifiesta , por cuenta de la cual resulte desproporcionado solicitarle la interposición de la acción de tutela dentro de un plazo razonable .

Dicha debilidad manifiesta se acredita a partir de las condiciones particulares del actor, al igual que con la presencia de prácticas abusivas de las entidades encargadas de reconocer y pagar la respectiva pensión.” (Todo el énfasis es del texto citado) Aplicando la anterior jurisprudencia al sub examine , en donde las acciones de tutela se predican de un derecho de menor categoría al derecho de indexación de las mesadas propiamente pensionales, la Corte encuentra que:

3.4.1. En tratándose del accionante Julio Gómez Iglesias (T-5.856.779), la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla que confirmó la sentencia del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esa misma ciudad, en donde se declaró probada la excepción de prescripción de la acción tendiente a obtener el incremento pensional por cónyuge e hijos a cargo, data del 27 de julio de 2011 (fl 63, cuad. 1);

fecha ésta que dista en varios años del 25 de julio de 2016 , cuando se presentó la correspondiente acción de tutela ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (fl 82, cuad. 1). Así las cosas, al margen de que en la actualidad el accionante como su cónyuge puedan tener más de 70 años (fl. 64, cuad. 2), lo cierto es no se ha acreditado circunstancia alguna que amerite una flexibización del requisito de inmediatez.

3.4.2. En el caso de María Emma Rincón Loaiza (T-5.856.793), la sentencia del Tribunal Superior de Medellín que confirmó la sentencia del Juzgado Cuarto de Descongestión Laboral de dicha ciudad, la cual también declaró probada la excepción de prescripción de la acción dirigida a obtener el incremento pensional por cónyuge a cargo, data del 16 de diciembre de 2014 (fl. 81, cuad. 1); esto es, diecisiete (17) meses antes de que se presentara la respectiva acción de tutela el 16 de mayo de 2016 (fl. 1, cuad. 1). De este modo, aunque la accionante cumplió 70 años el pasado mes de abril de 2018 (fl. 13, cuad. 1), no acredito cualquier circunstancia que merezca flexibilizar el requisito de inmediatez.

3.4.3. En cuanto al accionante Carlos Vidal Segura Rodríguez (T-5.870.489), la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que confirmó la sentencia que dictó el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario laboral que presentó el accionante contra Colpensiones –sentencia ésta que declaró probada la excepción de prescripción de la acción dirigida a obtener el incremento pensional por cónyuge a cargo- data del 15 de octubre de 2015 (fls.

30-31, cuad. 1), poco menos de once meses antes de que se presentara la respectiva acción de tutela el 06 de septiembre de 2016 (fl. 1, cuad.

1), sin que se adujera justificación alguna para flexibilizar el principio de inmediatez. 3.4.4. Finalmente, en el caso de Jorge Enrique Farías Castañeda (T-5.766.246), mediante acción de tutela presentada el 20 de junio de 2016 (fl. 1, cuad. 1) se atacó una sentencia dictada el 30 de julio de 2015 (fls.

48-49, cuad. 1), casi once meses después de dictada dicha sentencia, sin que tampoco se adujera justificación alguna para flexibilizar el principio de inmediatez.

En el anterior orden, tras considerar que en ninguno de los casos que incorporan los expedientes que refieren a los casos de los señores Julio Gómez Iglesias (T-5.856.779), María Emma Rincón Loaiza (T-5.856.793), Carlos Vidal Segura Rodríguez (T-5.870.489) y Jorge Enrique Farías Castañeda (T-5.766.246) se verifican los requisitos previstos en la reciente sentencia de unificación SU-108 de 2018 para el cumplimiento del requisito de inmediatez, la Corte declarará la improcedencia de las respectivas acciones por ausencia de tal requisito, y así lo señalará en la parte resolutiva de la misma.

4. Consideraciones generales de procedencia 4.1. Con relación a los derechos de los señores Luis Carlos León Díaz, Sara María Velasco, Fausto Perea y Emérito Mera (T-5.844.421) cabe hacer una aclaración.

La Sala no puede desconocer que la misma autoridad judicial que fue accionada fungió como juez de tutela en segunda instancia. En efecto, la tutela se dirigió contra las providencias judiciales proferidas dentro de los procesos ordinarios laborales incoados contra Colpensiones por el Juzgado Municipal de Pequeñas Causas de Popayán, Cauca, y la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de esa misma ciudad y departamento. Es claro entonces que fue este último despacho el que tuvo conocimiento de la acción de tutela en segunda instancia. Si bien la acción fue radicada ante la Corte Suprema de Justicia, ésta, con fundamento en el Decreto 1382 del 2000 que establece las reglas de reparto entre todos los jueces competentes, [23] consideró que " no era competente " para conocerla. En lugar de entrar a resolver el asunto asumiendo la competencia a prevención [24] , como corresponde en estos casos según la regulación y la jurisprudencia respectiva, esa Corte ordenó la remisión del expediente a reparto de los juzgados laborales del circuito de Popayán, pues: " (…) aun cuando en los hechos narrados por el apoderado de los accionantes se menciona al Tribunal Superior de Popayán y las decisiones que tomó en los primeros procesos adelantados, lo cierto es que el quebranto de las garantías constitucionales no se endilga a esa autoridad judicial, pues en la realidad la inconformidad planteada radicada en las decisiones tomadas por el Juzgado Municipal de Pequeñas Causas Laborales de la citada ciudad ".

[25] El conocimiento del proceso entonces le correspondió a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Cauca, en segunda instancia.

[26] Teniendo en cuenta los hechos del caso y la normativa aplicable, en especial el artículo 39 del Decreto 2591 de 1991 [27] , es probable que la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Cauca, haya tenido que presentar algún impedimento para conocer sobre las acciones de tutela interpuestas por los señores Luis Carlos León Díaz, Sara María Velasco, Fausto Perea y Emérito Mera.

[28] No obstante la situación expuesta, en virtud del mandato de prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones judiciales [29] , la Sala reconoce su deber de conocer y resolver de fondo la acción de tutela. De lo contrario, se podría estar causando una afectación mayor a los derechos fundamentales de los cuatro referidos accionantes, al dilatar aún más el procedimiento.

Sin embargo, para que las autoridades competentes valoren la situación y procedan como corresponda, esta Sala remitirá copias de este expediente a la Sala Disciplinaria del Consejo de la Judicatura, para lo de su competencia, teniendo en

cuenta las actuaciones surtidas por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Cauca, dentro de la acción de tutela de la referencia.

[30] 4.2. Por último, debe agregarse que el criterio para que la tutela prospere en este tipo de contextos es la afectación al mínimo vital de los accionantes; esto es, la existencia de una vulneración o amenaza de un caro derecho fundamental. Esta circunstancia en principio se acreditaría en los casos bajo análisis. En efecto, los accionantes han explicado, en mayor o menor medida, de manera razonada y aportando elementos de prueba, que sus condiciones mínimas de vida se habrían visto mermadas como consecuencia de la negativa de Colpensiones, a reconocerles los incrementos pensionales por persona a cargo que han solicitado.

[31] En el pasado, a través de tutela, la Corte Constitucional ha protegido el derecho fundamental al mínimo vital, aclarando expresamente que es “ un aspecto cualitativo y no cuantitativo ”.

[32] L a valoración no puede ser una calificación discrecional, sino que depende de las situaciones concretas, así “ el concepto de mínimo vital no se identifica con el salario mínimo ni con una valoración numérica de las necesidades biológicas mínimas por satisfacer y para subsistir ”.

[33] El derecho al mínimo vital garantiza a toda persona una vida digna, ajena a la pobreza y más allá de la mera subsistencia. Esta posición, ha sido reiterada recientemente [34] , resaltando además que a partir de una valoración cualitativa del mínimo vital, es preciso concluir que éste “ (…) no está constituido, necesariamente, por el salario mínimo mensual legalmente establecido y se requiere una labor valorativa del juez constitucional en la cual entre a tomar en consideración las condiciones personales y familiares del peticionario, así como sus necesidades básicas y el monto mensual al que ellas ascienden” [35] .

Por supuesto, el mínimo vital y su relación con la dignidad humana es un concepto que ha jugado un papel central en casos relativos a la protección del derecho irrenunciable a la seguridad social de todos los habitantes, concretamente del derecho a la pensión en un sentido amplio.

[36] 5. Plan de la sentencia Corresponde entonces a la Corte estudiar si los incrementos previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 [37] son o no un derecho susceptible de prescriptibilidad o imprescriptibilidad para cada uno de los accionantes cuyos procesos fueron acumulados para ser resueltos en una sola sentencia.

Para el anterior efecto, la Corte comenzará por exponer las dos líneas jurisprudenciales que han sostenido diferentes salas de revisión de tutela de la Corte sobre el particular y que mediante la presente sentencia se buscan unificar (i). Posteriormente la Corte se referirá a las características generales del derecho a la seguridad social, así como a la evolución histórica de dicho derecho en su fase pensional (ii). A continuación, se pasará a estudiar si, con ocasión de la vigencia de la Ley 100 de 1993 y/o del Acto Legislativo 01 de 2005, operó la derogatoria del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 (iii). Después, independientemente del resultado de la cuestión relativa a la señalada derogatoria, se pasarán a estudiar los efectos que pudieran tener los incrementos previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 sobre la sostenibilidad financiera del sistema pensional que prevé el inciso 7º del artículo 48 de la Constitución Política, tal y como este quedó reformado por el Acto Legislativo 01 de 2005 (iv). Seguidamente se analizarán los efectos que, para el caso concreto, pudiera tener el principio de favorabilidad en materia laboral que contempla el artículo 53 de la Constitución Política (v). Después se hará una breve referencia a la institución de la prescripción y se estudiará la posibilidad de que los incrementos materia de esta sentencia sean o no susceptibles de extinguirse por virtud de tal institución (vi). Finalmente la Corte concluirá definiendo en concreto cada una de las acciones acumuladas al presente proceso (vii).

III. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA 1. Las líneas jurisprudenciales contrapuestas Con las sentencias de unificación (sentencias tipo SU) la Sala Plena de la Corte busca, entre otras, zanjar las diferentes posiciones

jurisprudenciales de sus distintas salas de revisión de tutela sobre un mismo tema [38] . En efecto, mediante Sentencia SU-913 de 2009 [39] , la Corte sostuvo que con tales sentencias se "[resuelven] las contradicciones creadas por las diferentes decisiones judiciales, encauzando la labor judicial dentro de los linderos de la Constitución Política en punto a garantizar los derechos fundamentales".

Para la presente sentencia, en sesión del 16 de noviembre de 2016, la Sala Plena aceptó la solicitud del entonces magistrado ponente para que el expediente T.5.647.921 fuera decidido mediante sentencia de unificación.

Posteriormente, al atrás referido expediente se acumularon los otros diez expedientes cuyos procesos también serán decididos en esta sentencia.

Con lo anterior en mente, ha de decirse que la jurisprudencia de la Corte no ha sido pacífica frente de la prescriptibilidad de los incrementos pensionales de que trata el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, según el cual:

"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." En efecto, esta Corporación, mediante sus distintas Salas de Revisión [40] , ha desarrollado dos líneas jurisprudenciales opuestas con relación a los efectos que, en la actualidad, surte la norma atrás citada: (i) según la primera, en virtud del principio de imprescriptibilidad del derecho a la seguridad social, los incrementos que por ley se desprenden de la pensión, serían imprescriptibles (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); (ii) de conformidad con la segunda, debería aplicarse el precedente sentado por el órgano de cierre en materia laboral (Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia), en virtud del cual, los incrementos pensionales no harían parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez, por lo que no gozan de sus atributos, entre esos, la imprescriptibilidad (sentencias T-791 de 2013, T-748 de 2014, T-123 de 2015, T-541 del 2015 y T-038 de 2016).

Con el propósito de enmarcar el alcance de la unificación jurisprudencial que con esta sentencia se busca, a continuación se recogen las referidas líneas jurisprudenciales contrapuestas que las distintas Salas de Revisión de Tutelas han adoptado.

1.1. En la sentencia T-217 de 2013 [41] , la Corte dio la primera respuesta al problema jurídico en cuestión. En aquella oportunidad, la Sala Octava de Revisión se ocupó de estudiar los fallos proferidos en el marco de dos procesos ordinarios laborales, en los que se reclamaba el reconocimiento del incremento pensional del 14% por cónyuge y/o compañero permanente a cargo. Los juzgados laborales de conocimiento habían decidido absolver al Fondo de Pensiones de los Seguros Sociales y al Instituto de Seguros Sociales de pagar dicha prestación, con fundamento en que operó la prescripción del derecho. Al respecto la Corte indicó que, en sede de control abstracto y concreto de constitucionalidad, se ha mantenido una posición uniforme en cuanto a considerar que los derechos a la seguridad social son imprescriptibles.

[42] Se precisó que el atributo de la imprescriptibilidad " (…) se predica del derecho considerado en sí mismo, pero no de las prestaciones periódicas o mesadas que él genera y que no han sido cobradas ".

[43] En este sentido, la Sala consideró que con las sentencias acusadas se incurrió en desconocimiento del precedente jurisprudencial. En tal ocasión la Sala agregó que dar aplicación a la prescripción prevista en los artículos 488 del

Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social a los incrementos pensionales por persona a cargo, " constituye una decisión que vulnera los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad con sujeción a los cuales el Estado tiene la obligación de prestar el servicio público de la seguridad social ", [44] pues equivale a perder una fracción de recursos del derecho a la pensión o parte del mismo. En consecuencia, la Sala resolvió, declarar que los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la seguridad social de los accionantes fueron vulnerados. La orden que se adoptó en ese caso fue la de dejar sin efectos las sentencias acusadas y proferir sentencias nuevas conforme a la parte motiva del fallo.

[45] 1.2. En la sentencia T-791 de 2013 [46] , se puso a consideración de la Corte un caso similar al fallado en la recién referida sentencia T-217 de 2013, en el que el accionante se dolía de la negativa de los jueces laborales a reconocer el incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, con fundamento en la prescripción del derecho. En aquella ocasión, la Sala Tercera de Revisión se dividió, fijando una nueva respuesta al problema jurídico, contraria a la desarrollada en la sentencia T-217 de 2013, por considerar que aquella: (i) no había sido una posición ampliamente desarrollada o reiterada en múltiples ocasiones por la Corte Constitucional; (ii) no era acertada, toda vez que a la luz del precedente del órgano de cierre en materia laboral (Corte Suprema de Justicia), el incremento pensional objeto de estudio sí prescribe con el paso del tiempo;

[47] (iii) resulta ceñido a la Constitución y a la jurisprudencia constitucional, " otorgar un trato disímil y consagrar la prescripción extintiva de un derecho patrimonial que surge del ejercicio de un derecho constitucional fundamental (como lo son el derecho pensional y la seguridad social) ".

[48] Lo anterior, no obstante que la misma Sala reconoció que, de forma consolidada, la jurisprudencia constitucional ha ratificado la regla de la imprescriptibilidad e irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social, con base en lo previsto en el artículo 48 Superior, constituyendo ello una interpretación, clara, unívoca, constante y uniforme.

[49] Sin embargo, y con respecto al incremento pensional del 14% por cónyuge o compañero permanente a cargo, consideró que en virtud de lo previsto en el artículo 22 del Decreto 758 de 1990, éste y los demás incrementos pensionales no hacen parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez, por lo que no gozan de los atributos que el ordenamiento jurídico ha señalado para las pensiones de vejez e invalidez, entre ellos la imprescriptibilidad.

[50] 1.3. En Sentencia T-748 de 2014 [51] la Sala Segunda de Revisión se pronunció nuevamente sobre la violación del precedente constitucional que consagra la imprescriptibilidad de los derechos de la seguridad social, por la negativa de las accionadas a reconocer el incremento adicional al monto de la mesada pensional con base en la prescripción del derecho. Los accionantes invocaron como precedente jurisprudencial vulnerado, el contenido en la Sentencia T-217 de 2013.

[52] La Sala Segunda de Revisión se separó de ese precedente al considerar que " no caracteriza un antecedente trascendental" , pues en una sentencia posterior (T-791 de 2013) no fue tenido en cuenta, a pesar de haberse reconocido expresamente que era "un caso idéntico fallado con posterioridad ". En efecto, como se señaló atrás en esta sentencia, en la sentencia T-791 de 2013 (posterior a la T-217 de 2013), no se acogió el precedente que para el momento existía y se falló de manera opuesta, pues se consideró que el incremento pensional no goza del atributo de la imprescriptibilidad. Conforme a lo expuesto, unánimemente, la Corte aplicó el precedente constitucional de la sentencia T-791 de 2013 y denegó el amparo solicitado.

[53] 1.4. En Sentencia T-831 de 2014 [54] , la Sala Séptima de Revisión estudió si en las providencias emitidas por las autoridades judiciales accionadas se desconoció el precedente constitucional, al sostener que los incrementos pensionales por persona a cargo de que trata el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, serían objeto de prescripción.

Al respecto, se consideró que existen dos interpretaciones normativas diferentes que conducen a conclusiones opuestas; la contenida en la sentencia T-217 de 2013 y la prevista en la sentencia T-791 de 2013. En virtud del principio de favorabilidad, la Sala consideró que " (…) la interpretación que mejor realiza los derechos fundamentales de los actores es aquella que se aplicó en la sentencia T- 217 de 2013 ", pues en esa oportunidad la Corte reconoció que el incremento pensional no se encuentra sometido a la regla de prescripción trienal de las acreencias laborales. Además, ni el artículo 21 ni el artículo 22 del Decreto 758 de 1990, en los cuales se regula el incremento bajo estudio, se establece que el derecho prescriba, " (…) pues al definirse la naturaleza del mismo, solo se señala que tal derecho subsiste mientras perduren las causas que le dieron origen al mismo ". En este sentido, unánimemente, se concedió el amparo constitucional solicitado y se concluyó que aceptar la prescripción del derecho a los incrementos pensionales, en perjuicio de los peticionarios, contraría el mandato de favorabilidad e implica una violación directa de la Constitución.

[55] 1.5. En Sentencia T-123 de 2015 [56] la Sala Tercera de Revisión analizó si el juzgado accionado incurrió en desconocimiento del precedente jurisprudencial al aplicar la prescripción trienal del derecho al incremento pensional del 14%. Sobre el asunto bajo análisis, se precisó que esta Corporación no ha proferido pronunciamientos constitucionales reiterados ni posturas uniformes al respecto, por lo que no podría considerarse que " (…) una providencia judicial desconoce el precedente constitucional cuando, de conformidad con la jurisprudencia reiterada por la Corte Suprema de Justicia, decide que el incremento del 14% por personas a cargo está sujeto a prescripción ".

[57] En mérito de lo expuesto, en aquella oportunidad se resolvió denegar el amparo constitucional solicitado. [58] 1.6. En Sentencia T-319 de 2015 [59] , la Sala Cuarta de Revisión se enfrentó a un caso parecido al que actualmente se analiza, y al respecto planteó el siguiente problema jurídico: " determinar si las providencias judiciales atacadas por los accionantes en sede de tutela, no solo desconocieron los lineamientos jurisprudenciales ya sentados por esta Corporación en torno al tema de la imprescriptibilidad en la reclamación de derechos pensionales, y además, si dichas decisiones judiciales vulneraron sus derechos fundamentales ". La Sala repasó la jurisprudencia constitucional en la materia y, atendiendo la similitud fáctica y jurídica de los expedientes objeto de revisión con los casos que fueron decididos en las sentencias T-217 de 2013 y T-831 de 2014, decidió atenerse a sus fundamentos jurídicos y a lo resuelto en tales precedentes. En este sentido, concluyó que el derecho a reclamar los ajustes, aumentos y/o reliquidación de la pensión está estrechamente vinculado con el derecho a la pensión en sí misma, por lo tanto también es imprescriptible.

[60] La Sala se dividió [61] , optando por amparar los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y a la seguridad social de los accionantes y por dejar sin efecto las providencias judiciales acusadas de desconocer el precedente jurisprudencial.

[62] 1.7. La Sala Séptima de Revisión de esta Corporación, en Sentencia T-369 de 2015 [63] , conoció sobre una acción de tutela interpuesta por el señor Omar Sánchez en virtud de la cual se alegó un defecto sustantivo por desconocimiento del precedente constitucional, en tanto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, desconoció la imprescriptibilidad del incremento del 14% de la mesada pensional. En aquella oportunidad, la Sala consideró, unánimemente, que existiendo dos posibles interpretaciones del artículo 22 del Decreto 758 de 1990, la que mejor realiza los derechos fundamentales del actor es aquella aplicada en la Sentencia T- 217 de 2013 y posteriormente reiterada en la Sentencia T-831 de 2014, que resulta más favorable al peticionario, por cuanto en esas oportunidades la Corte consideró que el derecho en mención no se encuentra sometido a la regla de prescripción de las acreencias laborales de tres años. Así pues, se ampararon los derechos fundamentales invocados y se dejó sin efecto la sentencia acusada, ordenándose al Tribunal proferir una nueva providencia conforme a las consideraciones expuestas.

[64] 1.8. En la sentencia T-541 de 2015 [65] , la Sala Segunda de Revisión de Tutelas revisó un caso similar al que se analiza en esta oportunidad. En esta ocasión la Sala se apartó del precedente adoptado en la sentencia T-217 de 2013 invocado por el actor, considerando que los incrementos pensionales por persona a cargo no gozan de la

imprescriptibilidad establecida para el derecho a la pensión, lo cual se fundamentó en que " (…) son pretensiones económicas y están sometidas a requisitos legales, cuyo cumplimiento genera su extinción inmediata, mientras que la pensión de vejez está destinada a asegurar de forma vitalicia y sucesiva el mínimo vital y la subsistencia digna del actor, por eso no puede considerarse que los mencionados incrementos hagan parte integral del derecho a la pensión ". En este sentido, y tras indicar que la decisión adoptada en la sentencia T-217 de 2013 no tiene la " (…) trascendencia necesaria para constituir un precedente cuyo desconocimiento genere la vulneración del derecho fundamental al debido proceso ", resolvió denegar el amparar los derechos fundamentales invocados por el actor y confirmar la sentencia acusada.

[66] 1.9. En la sentencia T-038 de 2016 [67] , y a propósito de un caso parecido a los anteriormente expuestos, la Sala Tercera de Revisión indicó que el juzgado accionado no incurrió en un defecto por desconocimiento del precedente constitucional.

[68] Ello teniendo en cuenta que el precedente de la Corte se encuentra dividido, en tanto no existe una "(…) línea jurisprudencial concordante, uniforme y, por ende, vinculante de las Salas de Revisión, como tampoco existe una jurisprudencia en vigor que resulte de obligatorio acatamiento para el operador jurídico demandado ".

[69] La Sala consideró que no se configura el desconocimiento del precedente constitucional cuando, al no existir un precedente único, la autoridad judicial resuelve un caso siguiendo una de las posiciones adoptadas por las Salas de Revisión de la Corte Constitucional, que además coincide con la jurisprudencia dictada por el tribunal de cierre de la jurisdicción ordinaria, en su especialidad laboral. Con fundamento en lo expuesto, la Sala resolvió negar la protección de los derechos fundamentales invocados, [70] pero la decisión no fue acogida unánimemente, precisamente porque no se hizo alusión a la posible configuración de la violación directa de la Constitución, como causal de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial.

[71] 1.10. A propósito de un caso similar al que se estudia en esta oportunidad, [72] la Sala Tercera de Revisión, en la sentencia T-395 de 2016 , [73] reiteró que las diferentes Salas de Revisión de esta Corporación se han venido pronunciando en dos sentidos diferentes respecto del tema de la prescripción del incremento pensional del 14% por cónyuge o compañero permanente a cargo:

(i) por un lado, se encuentran las sentencias en las que se sostiene que los incrementos pensionales son objeto de prescripción, y por otro, (ii) aquellas que defienden el carácter imprescriptible del mismo. En este sentido, la Sala consideró que: (i) aunque " (…) no se configuró la causal específica de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial por desconocimiento del precedente constitucional, ante la ausencia de una línea jurisprudencial clara y expresa, y de una postura reiterada y uniforme de esta Corporación sobre la prescripción del incremento pensional" , [74] (ii) si existió defecto por violación directa de la Constitución, puesto que, "(…) ante la existencia de dos interpretaciones razonables de la Corte Constitucional sobre una misma norma de seguridad social, el tribunal tenía la obligación de considerar lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, en lo relacionado con el principio de favorabilidad laboral y, por consiguiente, motivar la postura adoptada en el caso concreto ".

De manera que resolvió amparar los derechos fundamentales invocados por el accionante y ordenó a la autoridad judicial accionada proferir nueva sentencia aplicando el principio de favorabilidad laboral.

[75] 1.11. En la sentencia T-460 de 2016 [76] , en virtud de una acción de tutela muy similar a la que se estudia en esta oportunidad, la Sala Sexta de Revisión explicó que la Corte se encuentra dividida en dos posiciones antagónicas frente a los incrementos pensionales por persona a cargo: (i) algunos fallos señalan que el incremento es un derecho patrimonial, no fundamental, pues no está orientado a satisfacer necesidades del actor, por lo que no hace parte de la pensión; (ii) la otra tesis considera que el incremento pensional es un aspecto de la seguridad social y, en esas condiciones, es un derecho de carácter imprescriptible. En aquella ocasión, la Sala se acogió a la segunda teoría, argumentando que " (…) si

bien el precepto contenido en el artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990 señala que el incremento no hace parte de la pensión, no es menos cierto que a renglón seguido, como ya se indicó, expresa que `el derecho a ellos subsiste mientras perduren las causas que le dieron origen`. Es decir, se trata de un mandato posterior, que prevalece sobre el anterior, de acuerdo con las reglas de aplicación de la ley, contenidas en la Ley 153 de 1887 ".

[77] En ese orden de ideas, la Corte decidió, unánimemente, que la interpretación que mejor materializa los fines del Estado, como el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta, es la última, pues acoge la máxima de la favorabilidad en materia laboral.

[78] *** En síntesis, la primera respuesta jurisprudencial que dio la Corte al problema que se analiza, se encuentra en las sentencias T-217 de 2013 [79] , T-831 de 2014 [80] , T-319 de 2015 [81] , T-369 del 2015 [82] , T-395 de 2016 [83] y T-460 de 2016 [84] .

En tales sentencias se consideró que en virtud del principio de imprescriptibilidad del derecho a la seguridad social, los incrementos que por ley se desprenden de la pensión son imprescriptibles, salvo las mesadas no reclamadas en tiempo conforme a la regla general de prescripción de las acreencias laborales contenida en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo. Igualmente, en algunas de estas sentencias se sostuvo que la prescripción del incremento pensional del 14%, es una interpretación contraria y violatoria del artículo 53 de la Constitución Política, pues al existir dos interpretaciones posibles de una misma norma jurídica, debe acogerse aquella que resulta más favorable al trabajador (principio de duda en favor del trabajador o in dubio pro operario). Se consideró que la anterior conclsión se impondría con más fuerza, pues se trataría de garantías que comprometen el mínimo vital en dignidad de las personas.

Por otra parte, en las sentencias T-791 de 2013 [85] , T-748 de 2014 [86] , T-123 de 2015 [87] , T-541 del 2015 [88] , y T-038 de 2016 [89] se indicó que, conforme al precedente jurisprudencial sentado por la Corte Suprema de Justicia, si bien los incrementos pensionales nacen del reconocimiento de la prestación, estos no formarían parte integrante de ella ni del estado jurídico de la persona pensionada, por lo que no gozarían del atributo de la imprescriptibilidad. Además, en dichas sentencias se precisó que aunque el precedente constitucional " tiene la fuerza de instituir interpretaciones que ciñan la aplicación del ordenamiento legal a lo consagrado por la Carta Política " [90] , la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia tendría fuerza de precedente y sería una garantía para que las decisiones de los jueces estuvieran apoyadas en una interpretación uniforme y sólida del ordenamiento jurídico, por lo que no sería posible afirmar que las autoridades judiciales accionadas hubieran incurrido en desconocimiento del precedente constitucional.

En suma, la divergencia de posiciones que las distintas salas de revisión de tutela de esta Corporación han sostenido en torno a la prescriptibilidad o imprescriptibilidad de los incrementos pensionales previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, exige que la Sala Plena resuelva tal antagonismo mediante una sentencia de unificación que, en adelante, sirva para resolver las controversias que sobre tal problema se presenten.

2. Génesis y crisis de la seguridad social pensional en Colombia. La transición hacia un nuevo régimen pensional 2.1. En la evolución de los sistemas jurídicos de Occidente, particularmente de aquellos europeos, la segunda mitad del siglo XIX estuvo marcada por la incorporación constitucional de normas relativas a derechos sociales como el social welfare o derechos de seguridad social [91] . Tal innovación fue el resultado tanto de la respuesta del canciller Otto Von Bismarck a las presiones de los movimientos socialdemócratas y obreros [92] que surgieron a raíz de las revoluciones sociales de mitad de siglo, como del pensamiento católico contenido la encíclica papal Rerum Novarum [93] .

2.2. En Colombia, luego de un dispendioso transcurrir a lo largo de siglo XX, a cuyos inicios la seguridad social se llegó a concebir como una mera 'gracia o recompensa gratuita' [94] y en donde sólo hasta la reforma constitucional de 1936 se constitucionalizó una función estatal de asistencia pública para ciertas personas en condición de vulnerabilidad [95] , con

la Constitución de 1991 la seguridad social se elevó a rango de derecho constitucional ubicado dentro del aparte correspondiente a los derechos sociales, económicos y culturales o de 'segunda generación'.

2.3. En un inicio, la recién creada Corte Constitucional negó que los mentados derechos de segunda generación tuvieran un carácter autónomo, susceptible de ser directamente amparado a través de la entonces novedosa acción constitucional de tutela. De hecho, en aquel momento esta Corporación condicionó tal posibilidad de amparo a la relación de conexidad que puntualmente existiera entre tales derechos de segunda generación y la efectiva protección de alguno de aquellos que originalmente se consideraron como derechos fundamentales per se [96] .

[97] La jurisprudencia entonces habló de derechos fundamentales en sí mismos, diferenciándolos de aquellos que alcanzarían tal connotación por la circunstancial conexidad que eventualmente tuvieran con los primeros.

2.4. El estado actual de la jurisprudencia constitucional nacional, sin embargo, es el de que derechos que antes se concibieron como de segunda generación y de desarrollo gradual, hoy se aceptan como derechos fundamentales [98] . Así, derechos que antes fueron vistos como ocasionalmente susceptibles de ser judicialmente amparados a través de la acción constitucional de tutela, actualmente son objeto de amparo autónomo a través de tal procedimiento [99] .

2.5. Dentro de estos últimos derechos, el derecho a la seguridad social cobra especial importancia, erigiéndose como un derecho irrenunciable, garantizado a través de la prestación de un servicio público obligatorio bajo la dirección, coordinación y control del Estado y con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Estas características sitúan a la seguridad social como un significativo instrumento para el desarrollo de los valores del Estado Social de Derecho. Justamente, con el derecho a la seguridad social se persigue la protección de la persona humana sin distinción de género, raza, edad, condición social, etc., contribuyendo a su desarrollo y bienestar y " con especial énfasis a las personas marginadas y a las de los sectores más vulnerables de la población" [100] , propendiendo así por alcanzar la igualdad material que defiende el modelo de estado que se anuncia desde el artículo 1º de la Carta Política.

2.6. En su carácter de fundamental, la jurisprudencia hoy concibe la seguridad social como un derecho instrumental que permite garantizar los principios y derechos inherentes al Estado Social de Derecho. En reciente Sentencia SU-057 de 2018 [101] sobre el derecho a la seguridad social, la Corte señaló que "(…) el carácter fundamental de este derecho encuentra sustento con el principio de dignidad humana y en la satisfacción real de los derechos humanos, pues, a través de éste, resulta posible que las personas afronten dignamente las circunstancias difíciles que les obstaculizan o impiden el normal desarrollo de sus actividades laborales y la consecuente recepción de los recursos que les permitan ejercer sus derechos subjetivos [102] .

(…) En suma, resulta claro que la garantía del derecho a la seguridad social, entendida como el mecanismo a partir del cual es posible asegurar la efectividad de los demás derechos de un individuo, en los eventos en los que éste se ha visto afectado por ciertas contingencias -en especial su bienestar y dignidad -, se constituye en uno de los institutos jurídicos fundantes de la fórmula del Estado social de derecho, que el Estado debe asegurar a sus asociados." (Énfasis fuera de texto) 2.7.

Más aún, de acuerdo con la regla hermenéutica que incorpora el inciso 2º del artículo 93 de la Constitución [103] es oportuno señalar cómo, en su trigésimo noveno periodo de sesiones, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) en su condición de órgano encargado de la supervisión del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) [104] , además de destacar la importancia que tiene la seguridad social para la completa satisfacción de los derechos humanos , también llama la atención sobre el carácter "redistributivo"

que caracteriza a este derecho; condición de la cual parten las consecuencias de disminución de la pobreza y promoción de la inclusión social que este derecho incorpora [105] , propendiendo de esta manera por alcanzar la igualdad material que defiende el Estado Social de Derecho.

2.8. En la actualidad, el sistema de seguridad social colombiano consta de diferentes servicios dirigidos a lograr una cobertura en pensiones, salud, riesgos profesionales y otros servicios sociales complementarios, todos ellos regulados en la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes [106] . Con la expedición de la Ley 100 el Estado intentó enfrentar un arcaico sistema de seguridad social que ya se manifestaba como financieramente inviable, con baja cobertura y con problemas de inequidad. Por ello, particularmente en tratándose de la insostenibilidad del sistema pensional [107] , a través de la Ley 100 el Legislador concibió una reforma estructural del sistema buscando " (i) lograr el equilibrio fiscal;

(ii) aumentar la cobertura, especialmente para los más vulnerables y mejorar la equidad; (iii) fortalecer el sistema financiero de ahorro; y (iv) mejorar la eficiencia en el manejo de los recursos. (…) En síntesis, la Ley 100 buscó "ampliar la cobertura, adecuar la edad de retiro a las nuevas condiciones demográficas y de esperanza de vida del país, equilibrar la relación entre contribuciones y beneficios, reducir costos de administración y mejorar los rendimientos de los aportes para garantizar la sostenibilidad futura del sistema" [83 [108]]." [109] 2.9.

Fue así como, entre otras reformas, la Ley 100 modificó el sistema de pensiones [110] permitiendo la coexistencia de dos regímenes pensionales distintamente estructurados y mutuamente excluyentes; estos son: (i) el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPM) [111] y (ii) el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

[112] En términos generales, mientras que en el primero estos sistemas el Estado –a través del Instituto de Seguros Sociales (actualmente "Colpensiones")- administra una bolsa común que garantiza, a quienes cumplan con los requisitos de ley, una pensión o una indemnización, el segundo sistema opera a través de un sistema competitivo entre diferentes entidades administradoras de fondos de pensiones (AFP) que administran cuentas individuales para cada afiliado. Mediante Sentencia C-401 de 2016 [113] , la Corte resumió las características de los dos regímenes de pensión de vejez previsto en la Ley 100 de 1993 de la siguiente manera:

" Según el artículo 31 de la Ley 100 de 1993 el régimen solidario de prima media con prestación definida es "aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas".

En este régimen los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen "un fondo común de naturaleza pública", que garantiza el pago de las prestaciones a quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la ley [10 [114]] .

Las personas afiliadas a este régimen obtendrán el derecho a la pensión de vejez, previamente establecida por la ley, cuando cumplan con los requisitos legales de edad y semanas de cotización. De conformidad con el inciso primero del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el régimen de ahorro individual con solidaridad "es el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados". En este régimen los aportes no ingresan a un fondo común como en el régimen de prima media, sino que son depositados en una cuenta individual de ahorro pensional constituida a título personal [11 [115]] .

Por lo anterior, existe una relación directa entre el capital ahorrado en la cuenta individual de los afiliados y la pensión, lo cual determina que el valor de la pensión sea variable y no previamente definido como en el régimen de prima media. El sistema garantiza la pensión de vejez únicamente a condición de haber reunido en la cuenta individual el capital necesario para financiarla, sin que sea necesario el cumplimiento de una edad determinada o de un número mínimo de semanas de cotización, requisitos propios del sistema de prima media con prestación definida [12 [116]] ." El RPM es el que ahora ocupa la atención de la Corte;

atención ésta que, en lo general, se centrará en las reglas que el legislador previó para gobernar la transición entre el anterior y el nuevo régimen pensional de tal naturaleza. Más particularmente, la Corte abordará los efectos de dichas

reglas sobre los beneficios pensionales que contemplaba el antiguo sistema, como lo son los previstos en los dos literales del artículo 21 del Decreto 758 de 1990; esto es: (a) el incremento del 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; y (b) el incremento del siete por ciento (7%), también 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.

2.10. Con la promulgación de la Ley 100 de 1993, el sistema de pensiones hasta entonces vigente [117] sufrió una transformación estructural cuya dimensión ameritó el establecimiento de un régimen que regulara la transición del anterior al nuevo sistema. Esta transición legislativa, principalmente regulada en el artículo 36 de la citada ley [118] , partió de la base de que si bien el legislador tenía la facultad de transformar el sistema general de pensiones, el cambio inherente a tal mutación no podía afectar desproporcionadamente a aquellas personas que ya se hubieren hecho a derechos pensionales (derechos adquiridos) o, inclusive, tuvieran una expectativa legítima sobre los requisitos que debían cumplir para acceder a dicha pensión en las condiciones previstas por el régimen anterior [119] .

2.11. Con dicho propósito, la Ley 100 dispuso la ultractividad de unos determinados aspectos del sistema pensional anterior, para ciertas personas y por cierto tiempo. Tal conservación normativa se limitó estrictamente a tres asuntos: (i) la edad para acceder a la pensión, (ii) el tiempo de servicios cotizado y (iii) el monto de la pensión / tasa de reemplazo , previendo que todos los demás aspectos relacionados con el acceso a la pensión de vejez se rigieran por lo previsto en la nueva ley [120] .

Esto es lo que literalmente se desprende del inciso 2º del citado artículo 36 de la Ley 100 cuando estableció que: “La [i] edad para acceder a la pensión de vejez, el [ii] tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas , y el [iii] monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.” De hecho, sin perjuicio de la discusión jurisprudencial que -en torno a los efectos del inciso 3º de dicho artículo 36 de la Ley 100 [121] - finalmente se solucionó con lo previsto en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2105 [122] , la ultractividad de los mentados requisitos de edad y tiempo de servicio o de cotización y monto de pensión, así como la regulación que para los demás aspectos cubrió la Ley 100 de 1993 a partir del 1º de abril de 1994 [123] , ha sido reiteradamente ratificada por la Corte a través del tiempo. (ver infra 3.2.10.) 2.12.

No obstante la reforma que incorporó la Ley 100 sobre el sistema pensional, la crisis de éste persistió. Por tal razón, el Gobierno Nacional presentó ante el Legislativo sendos proyectos de ley destinados a atacar algunos aspectos que servían al desequilibrio del sistema.

Tales proyectos, respectivamente aprobados por el Congreso, fueron plasmados en las leyes 797 y 860 de 2003, cuya suerte se explica brevemente a continuación:

2.12.1. Entre otros aspectos, la Ley 797 de 2003 previó la modificación del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993. Además de otras reformas, el artículo 18 esta ley previó la eliminación de la ultractividad de los aspectos de tiempo de cotización y monto de la pensión que previó originalmente el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100, limitando la ultractividad normativa al requisito de edad para acceder a la pensión.

[124] No obstante, mediante Sentencia C-1056 de 2003 [125] , la Corte declaró la inexequibilidad de dicho artículo 18 por vicios de forma en su producción legislativa [126] .

2.12.2. Por su parte, con el artículo 4º de la Ley 860 de 2003 igualmente se pretendió la modificación del inciso 2º del mentado artículo 36 referente al régimen de transición de la Ley 100, pero circunscribiendo la eliminación de la ultractividad de los aspectos de tiempo de cotización y monto de la pensión sólo para aquellas personas que cumplieran con el requisito de edad a partir del 1º de enero de 2008 [127] . Sin embargo, igual a como aconteció con la Ley 797 de 2003, mediante Sentencia C-754 de 2004 [128] , la Corte resolvió declarar la inexequibilidad del mentado artículo 4º por vicios en su formación [129] .

Cabe, sin embargo, resaltar que en tal providencia tres magistrados de la Sala Plena salvaron su voto [130] e indicaron que la posición mayoritaria no reparó en que “d el texto de la disposición acusada se deduce que hasta el 31 de Diciembre de 2007 se mantenían las condiciones básicas del régimen de transición creado en 1993:

edad, tiempos de servicios o semanas cotizadas, y monto de la pensión” y que por ello “las expectativas próximas de quienes estaban a cuatro años de pensionarse estaban siendo respetadas”.

2.13. Ante el anterior panorama de control judicial, el Gobierno inició los trámites de ley para lograr una transformación constitucional del sistema pensional. Así, desde la presentación del correspondiente proyecto de acto legislativo, el entonces Ministro de Hacienda y Crédito Público explicó que considerando la “ [disponibilidad] de recursos limitados que deben ser distribuidos de acuerdo con las necesidades de la población , para lo cual se deben establecer los mecanismos que logren su suficiencia con el fin de que realmente se dé la efectividad del derecho” se hacía necesario introducir criterios de equidad y sostenibilidad financiera en el sistema. En lo fundamental, el referido ministro sostuvo que el sistema pensional peligraba por cuanto que “(l)as medidas tomadas con la Ley 100 de 1993 no fueron suficientes para solucionar los grandes desequilibrios que ya en ese momento se presentaban en el sistema, como eran el proceso demográfico y la maduración del Régimen de Prima Media”;

que “(l)os altos niveles de desempleo e informalidad derivados de la crisis no han permitido que los afiliados cumplan con el pago de sus aportes”;

y que “con posterioridad a la Ley 100 de 1993 se produce una situación insostenible porque se estaba generando una transferencia intergeneracional de pasivos, en la medida en que serían los actuales y futuros contribuyentes, con sus aportes de impuestos y de cotizaciones, los que deberían financiar, no solo la deuda así causada que corresponde a las pensiones corrientes, sino además su propio gasto social y sus propias futuras pensiones”;

situación ésta que ameritaba la modificación constitucional del sistema [131] . 2.14. Atendiendo a lo atrás expuesto y luego de numerosos debates, el 22 de julio de 2005 el Congreso accedió a promulgar el Acto Legislativo 01 de 2005, ampliando de seis (6) a quince (15) los incisos del artículo 48 de la Constitución Política y adicionándolo con seis (6) nuevos parágrafos transitorios. El referido acto legislativo señaló:

“Artículo 1°. Se adicionan los siguientes incisos y parágrafos al artículo 48 de la Constitución Política: "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".

"Sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho".

"Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las

pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones".

"En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos". "Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido".

"Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión".

"A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los parágrafos del presente artículo".

"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento".

"La ley establecerá un procedimiento breve para la revisión de las pensiones reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley o en las convenciones y laudos arbitrales válidamente celebrados".

" Parágrafo 1º. A partir del 31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública".

" Parágrafo 2º. A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones".

" Parágrafo transitorio 1º. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta.

Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".

" Parágrafo transitorio 2º. Sin perjuicio de los derechos adquiridos, el régimen aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y al Presidente de la República, y lo establecido en los parágrafos del presente artículo, la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010".

" Parágrafo transitorio 3º. Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010".

" Parágrafo transitorio 4º . El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho

régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".

"Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen".

" Parágrafo transitorio 5º. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. A quienes ingresaron con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, este es el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes".

" Parágrafo transitorio 6º. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8° del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

Artículo 2°. El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su publicación.” 2.15. En palabras de la Corte, el atrás citado acto legislativo “ dispuso una serie de propósitos, los cuales se pueden sintetizar de la siguiente manera [151 [132]]:

(i) la finalización de los regímenes pensionales diferentes al régimen general; (ii) la obligatoriedad y uniformidad de los requisitos para acceder a la pensión de vejez (edad, tiempo de servicios, semanas de cotización o capital necesario y factores de liquidación de la pensión);

(iii) el reconocimiento de la importancia de la sostenibilidad financiera del sistema, encaminada a lograr la cobertura universal y el pago futuro de las pensiones a cargo del sistema;

(iv) el respeto por los derechos adquiridos, y el mandato legislativo de establecer un procedimiento breve para la revisión de las pensiones reconocidas con abuso del derecho o sin el lleno de los requisitos;

(v) el establecimiento de un tránsito progresivo para hacer compatible el régimen de transición con la terminación de los regímenes especiales; y (vi) la prohibición, a partir del 31 de julio de 2010, de causar pensiones superiores a 25 salarios mínimos.

Adicionalmente, la reforma constitucional dispuso la eliminación de la mesada 14, y que las semanas cotizadas necesarias para pensionarse irían en un incremento constante (de 25 semanas anuales), estableciéndose 1.200 semanas para el 2011, 1.225 para el 2012, 1.250 para el 2013, 1.275 en 2014, hasta llegar a las 1.300 semanas en 2015, equivalentes a 26 años de trabajo.

[133] Como se anotó, dentro de los diferentes aspectos de la reforma, el Acto Legislativo [134] también determinó que: en la liquidación de las pensiones, sólo se tendrían en cuenta para determinar la base, los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones; que ninguna pensión podría ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente;

y que a partir del 31 de julio de 2010 no se causarían pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública .

(…)” (El énfasis es del texto original) [135] Con el marco atrás expuesto, a continuación la Corte procederá a analizar el caso concreto. 3. Análisis sobre la vigencia de los incrementos previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 3.1.

La derogatoria tácita (y la orgánica) Al proferir la Ley 100 de 1993 el Legislador dispuso, en su artículo 289, que: “ La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación, salvaguarda los derechos adquiridos y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 2º de la Ley 4ª de 1966, el artículo 5º de la Ley 33 de 1985 , el parágrafo del artículo 7º de la Ley 71 de 1988 , los artículos 260, 268, 269, 270, 271 y 272 del Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que los modifiquen o adicionen” En otras palabras, además de fijar la fecha para su vigencia, con el artículo 289 de la Ley 100 el Legislador previó: i) el respeto de los derechos adquiridos bajo el régimen anterior a ella; ii) la derogatoria expresa de varias normas; y iii) la derogatoria tácita de todas las normas que le fueran contrarias.

Al no estar el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 dentro de las normas expresamente derogadas por el artículo 289 de la Ley 100, corresponde a la Corte verificar si dicha norma pertenece o no a las que fueron tácitamente derogadas por la ley o por otras normas que hayan modificado ésta última con posterioridad. Para el efecto, previa una sucinta caracterización de los distintos tipos de derogatoria tácita previstos en el ordenamiento, la Corte estudiará el mentado artículo 21 del Decreto 758 de 1990 a la luz de las distintas normas que pudieren eventualmente suponer su derogatoria tácita.

Veamos: 3.1.1. En términos generales la jurisprudencia ha explicado que la derogación normativa “ tiene como función “dejar sin efecto el deber ser de otra norma, expulsándola del ordenamiento. (…) es la cesación de la vigencia de una disposición como efecto de una norma posterior ”, que no se fundamenta en un cuestionamiento sobre la validez de la normas, por ejemplo, cuando es declarada inexequible, “sino en criterios de oportunidad libremente evaluados por las autoridades competentes , y en especial, en relación con las leyes por el Congreso. Así la derogación no deriva de conflictos entre normas de distinta jerarquía sino de la libertad política del legislador . La derogación no afecta tampoco ipso iure la eficacia de la norma derogada, pues en general las situaciones surgidas bajo su vigencia continúan rigiéndose por ella, por lo cual la norma derogada puede mantener su eficacia, la cual poco a poco se va extinguiendo.

(…)”. (Énfasis fuera de texto) [136] 3.1.2. Como institución destinada a la supresión o modificación de las normas jurídicas, el artículo 71 del Código Civil prevé dos tipos de derogatoria: (i) la derogatoria expresa, que ocurre “cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua” ;

y (ii) la derogatoria tácita, “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) [137] Cuando la derogatoria tácita se configura con ocasión de la referida situación de regulación integral, la jurisprudencia ha convenido en denominarla como ‘ derogatoria orgánica’ .

3.1.3. En emblemático pronunciamiento del 28 de marzo de 1984 que ha sido reiteradamente acogido por la Corte Constitucional [138] , la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia explicó que la derogatoria orgánica sucede cuando: “ la nueva ley "regule íntegramente la materia" que la anterior normación positiva disciplinaba. Empero, 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 ". (Todo el énfasis es fuera de texto) [139] 3.1.4.

Una breve síntesis de lo hasta ahora expuesto fue explicada en Sentencia C-823 de 2006 [140] , cuando –citando su propia jurisprudencia- la Corte recordó que:

“[La] derogatoria es aquel efecto de una ley, determinante de la pérdida de vigencia de otra ley anterior, la cual puede ser expresa o tácita. Este último evento tiene lugar al menos en dos hipótesis: (i) cuando una norma jurídica posterior resulta incompatible con una anterior, o (ii) cuando se produce una nueva regulación integral de la materia (L. 153/887, art. 3º). Así lo ha entendido la jurisprudencia de esta corporación al señalar que la derogatoria de una ley puede ser ‘expresa, tácita o por reglamentación integral (orgánica) de la materia, sucediendo la primera cuando la nueva ley suprime formal y específicamente la anterior; la segunda cuando la nueva ley contiene disposiciones incompatibles o contrarias a la de la antigua, y la tercera cuando una ley reglamenta toda la materia regulada por una o varias normas precedentes, aunque no haya incompatibilidad entre las disposiciones de éstas y las de la nueva ley’ (C-634/96) [141] ”.

(Énfasis fuera de texto) Vista la anterior caracterización legal y jurisprudencial de la derogatoria tácita en sus distintas modalidades, la Corte encuentra que son (2) los ordenamientos normativos que deben estudiarse a efectos de verificar si, por virtud de los mismos, el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fue o no objeto de derogatoria tácita; a saber (i) la Ley 100 de 1993 y su régimen de transición; y (ii) el Acto Legislativo 01 de 2005.

3.2. La Ley 100 de 1993 y su régimen de transición 3.2.1. Como se desprende del mismo título de la Ley 100 de 1993 [142] , mediante esta el Legislador creó el sistema de seguridad social integral . Es decir, mediante la referida ley se organizó un nuevo sistema que reguló de modo exhaustivo los diferentes componentes de la seguridad social en el ámbito nacional. Tal exhaustividad se advierte desde las primeras líneas de la Ley 100, relativas a sus principios generales. En efecto, en el artículo 2º de la ley en cita se señala que el principio de unidad bajo el cual se prestará el servicio público de la seguridad social remite a “la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social ” ; en el subsiguiente artículo 5º se indica que mediante la Ley 100 se ‘ organiza’ el sistema de seguridad social integral en desarrollo del artículo 48 de la Constitución Política; en el posterior artículo 6º se prevé que “(e)l sistema de seguridad social integral está instituido para unificar la normatividad y la planeación de la seguridad social ”;

y en el artículo 8º ibíd. se prevé que el sistema de seguridad social “ está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones , salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la presente ley .” 3.2.2.

Dejando de lado la derogatoria expresa de las normas que previó el artículo 289 de la Ley 100 de 1993 (ver supra 3.1), 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 [143] 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 ” (Énfasis fuera de texto).

3.2.3. La anterior conclusión ha sido así mismo reconocida por la Corte mediante de una sólida línea jurisprudencial que se sintetiza a continuación:

i) En Sentencia C-258 de 2013 [144] , en donde esta Corporación estudió el régimen especial de pensiones aplicable a los congresistas, magistrados de las altas cortes y otros altos funcionarios, la Corte manifestó que “ (l)a Ley 100 de 1993

derogó los regímenes pensionales que existían previamente a su expedición y creó un régimen unificado de seguridad social.

No obstante, en aras de proteger las expectativas de quienes se encontraban próximos a cumplir con los requisitos establecidos para acceder a la pensión de jubilación consagrados en el régimen anterior, el legislador estableció un régimen de transición." (Énfasis fuera de texto) ii) Al concretamente tratar sobre el objeto y características del sistema general de pensiones, el artículo 10 de la Ley 100 dispone que este "tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley (…)" . Con fundamento en lo anterior, luego de citar el texto del mentado artículo 10 de la Ley 100, en Sentencia C-415 de 2014 [145] que analizó la constitucionalidad del parágrafo del artículo 151 de la Ley 100, la Corte señaló que dicha ley " derogó los regímenes pensionales que existían antes de su expedición y consagró un régimen de transición previsto en su artículo 36, para acceder a la pensión de vejez" .

(Énfasis fuera de texto) iii) En Sentencia T-884 de 2014 [146] , mediante la cual la Corte estudió una acción de tutela dirigida al reconocimiento de una pensión de vejez, esta Corporación explicó 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" .

(Énfasis fuera de texto) iv) A través de la Sentencia SU-230 de 2015 [147] , la Corte analizó una acción de tutela entablada contra la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia con ocasión de las decisiones que tal corporación tomó al momento de liquidar una pensión de jubilación. En desarrollo de su sentencia, esta Corte manifestó que " 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." (Énfasis fuera de texto) v) En posterior Sentencia T-466 de 2015 [148] , en donde la Corte estudió una acción de tutela dirigida a obtener la sustitución pensional a favor de una persona en situación de interdicción, aludiendo al artículo 48 superior esta Corporación señaló que "(e) n desarrollo del mencionado artículo, el legislador diseñó el Sistema Integral de Seguridad Social, el cual se materializó en la expedición de la Ley 100 de 1993;

dicho cuerpo normativo derogó los regímenes pensionales existentes para ese momento, y los integró en uno sólo de carácter general". (Énfasis fuera de texto) vi) Mediante Sentencia T-657 de 2016 [149] , en donde la Corte negó por improcedente una acción de tutela encaminada a obtener el reconocimiento de una pensión de vejez por hijo en condición de incapacidad, la Corte dijo que "cuando entra en vigencia la Ley 100 de 1993, el legislador derogó las normas existentes sobre seguridad social para servidores públicos y particulares , sin embargo dejó establecido un régimen de transición para las personas que para ese momento estaban aportando a dichos regímenes, (…)" .

(Énfasis fuera de texto) vii) En Sentencia T-233 de 2017 [150] , en donde la Corte analizó una acción de tutela incoada contra el Consejo de Estado por cuenta de las decisiones que dicha corporación profirió dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho entablado para controvertir la liquidación de una pensión de vejez, esta Corporación señaló que "La Ley 100 de 1993 derogó los regímenes pensionales existentes para ese momento y los integró en un sistema general ." (Énfasis fuera de texto) 3.2.4.

Lo anterior debe ser suficiente para que la Corte concluya que los incrementos previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fueron orgánicamente derogados a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993. Ciertamente, ante la regulación integral y exhaustiva en materia pensional que hizo la Ley 100, no cabe sino concluir sobre la derogatoria orgánica del régimen anterior (ver supra 3.1.2.- 3.1.4.) dentro del cual cohabitaban los referidos incrementos.

3.2.5. 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.

3.2.6. Ahora bien, como ya se dijo, con la promulgación de la Ley 100 de 1993 el sistema de pensiones hasta entonces vigente sufrió una transformación sustancial cuyo carácter exigió el establecimiento de un régimen de transición que regulara la conversión del sistema anterior al nuevo que lo reemplazó (supra 2.10). Se insiste en que esta transición legislativa partió de la base de que si bien el legislador tenía la facultad de transformar el sistema de pensiones, el cambio inherente a tal mutación no podía afectar desproporcionadamente a aquellas personas que ya se hubieren hecho a derechos pensionales de vejez o, más especialmente, a una expectativa legítima , de corto plazo sobre los requisitos que debían cumplir para acceder a dicha pensión en las condiciones previstas por el régimen anterior.

3.2.7. Ciertamente, si no hubiera existido la derogatoria orgánica del sistema pensional anterior a la Ley 100, no habría existido la necesidad de prever un régimen de transición cuyo objeto consistió en establecer un mecanismo para valorar las expectativas de las personas que, no habiendo todavía llegado a adquirir el derecho de pensión bajo el sistema pensional anterior, se enfrentaban a un trascendental cambio normativo que podía afectar su proyecto de vida en el mediano plazo, en forma desproporcionada frente de la situación de aquellos que se hallaban al inicio de su vida. No sin razón, según la jurisprudencia, uno de los propósitos de los regímenes de transición legal es el de “ salvaguardar las aspiraciones de quienes están cerca de acceder a un derecho específico de conformidad con el régimen anterior” (Énfasis fuera de texto) [151] ; o, en palabras recientes de la Corte que refieren puntualmente al caso sub examine :

“ el régimen de transición busca primordialmente evitar que quienes tenían a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, una legítima expectativa de acceder en un corto plazo a la pensión de vejez , dejen de tener acceso a la misma por nuevas condiciones y requisitos consagrados en la normativa que entra a regir. Así que protege, en primer lugar, el acceso a la pensión manteniendo los requisitos previamente consagrados (edad y tiempo de servicios o semanas cotizadas) y, además, una garantía mínima de continuidad en lo que se esperaba recibir, esto es, el monto de la pensión.” [152] (Todo el énfasis es fuera de texto) 3.2.8.

Con dicho propósito, la Ley 100 de 1993 dispuso la ultractividad de unos determinados aspectos del sistema pensional anterior, para ciertas personas y por cierto tiempo, protegiendo las expectativas legítimas de tales personas en tanto éstas se refirieran exclusivamente a la adquisición del derecho a la pensión .

La Ley 100 previó entonces que algunas normas del sistema pensional anterior conservaran su vigencia, solamente para algunas personas que el legislador concibió como susceptibles de haber ya adquirido una expectativa legítima en cuanto a las características de la pensión que eventualmente adquirirían en un mediano plazo.

3.2.9. En el anterior orden, la subsistencia normativa que ordenó la Ley 100 se limitó estrictamente a tres asuntos: (i) la edad para acceder a la pensión, (ii) el tiempo de servicios cotizado y (iii) el monto de la pensión / tasa de reemplazo , previendo que todas los demás aspectos relacionados con el acceso a la pensión de vejez se rigieran por la nueva ley [153] . Eso es lo que literalmente se desprende del inciso 2º del citado artículo 36 cuando, se reitera, establece que:

“La [i] edad para acceder a la pensión de vejez, el [ii] tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas , y el [iii] monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.” 3.2.10.

La exclusiva ultractividad de los mentados requisitos de edad y tiempo de servicio o de cotización y monto de pensión, así como la aplicación de la Ley 100 de 1993 a partir del 1º de abril de 1994 [154] para todos los demás aspectos, ha sido materia de reiterado pronunciamiento por parte de la Corte a lo largo del tiempo. Veamos:

i) Desde la Sentencia C-168 de 1995 [155] que estudió una demanda contra, entre otros, los incisos 1º, 2º y 3º del artículo 36 que consagra el régimen de transición de la Ley 100, la Corte explicó que:

“(…) en la ley 100 de 1993 se modifican algunos de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, se establece en el inciso segundo del artículo 36, materia de acusación, un régimen de transición que da derecho a obtener ese beneficio mediante el cumplimiento de los requisitos de edad, tiempo de servicio, o semanas cotizadas estatuídas en la legislación anterior, (…).

Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para obtener tal derecho son los contenidos en las disposiciones de la nueva ley.” Y poco más adelante, en la misma sentencia, dijo:

“(…) el legislador con estas disposiciones legales va más allá de la protección de los derechos adquiridos, para salvaguardar las expectativas de quienes están próximos por edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas a adquirir el derecho a la pensión de vejez, lo que corresponde a una plausible política social que, en lugar de violar la Constitución, se adecua al artículo 25 que ordena dar especial protección al trabajo.” (Énfasis fuera de texto) ii) Poco después, con la Sentencia C-596 de 1997 [156] , al estudiar una demanda contra una determinada expresión del inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 [157] , la Corte señaló que “(e)l régimen de transición es un beneficio que la ley expresamente reconoce a los trabajadores del régimen de prima media con prestación definida que al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 tenían 35 o más años, si eran mujeres, o 40 o más, si se trataba de hombres , o 15 o más años de servicios cotizados, siempre y cuando, en ambos supuestos, estuviera vigente la relación laboral.

Dicho beneficio consiste en el derecho a acceder a la pensión de vejez o de jubilación, con el cumplimiento de los requisitos relativos a edad y tiempo de servicio o semanas de cotización que se exigían en el régimen pensional al que estuvieran afiliados en el momento de entrar a regir la ley mencionada.

Por lo tanto estas condiciones y las relativas al monto mismo de la pensión, no se rigen por la nueva ley (la Ley 100 de 1993), sino por las disposiciones que regulaban el régimen pensional al cual se encontraban afiliados en el momento de entrar a regir dicha ley.

Las demás condiciones y requisitos, distintos de los mencionados, si se rigen por la referida Ley 100.” (Énfasis fuera de texto). iii) Más adelante, en sentencia C-789 de 2002 [158] , la Corte analizó la constitucionalidad de limitar la aplicación del régimen de transición de la Ley 100 para quienes no hubieran renunciado al sistema de prima media con prestación definida. Así, tras discurrir sobre los diferentes estándares de protección que la Carta prevé para los derechos adquiridos y las simples expectativas, esta Corporación validó la protección razonable de las expectativas permitiendo la aplicación del régimen de transición para aquellas personas que, aun cuando todavía no cumplían con los requisitos para acceder a una pensión de vejez, ya tenían 15 años o más de trabajo cotizados para el momento de entrada en vigor del sistema de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993; todo ello sin perjuicio de recalcar que “ en relación con las condiciones de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, la protección constitucional a favor del trabajador, que le impide al legislador expedir normas que les permitan renunciar a ciertos beneficios considerados como mínimos no se refiere a las expectativas legítimas, sino a aquellos derechos que hayan sido adquiridos por sus titulares o a aquellas situaciones que se hayan consolidado definitivamente en cabeza de sus titulares.[16] [159] ” (Énfasis fuera de texto) iv) Varios años después, en Sentencia C-258 de 2013 [160] , la Corte reiteró que:

“(…) la Sala recuerda que el propósito original del Legislador al introducir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal como se desprende del texto de la disposición y de los antecedentes legislativos, fue crear un régimen de transición que beneficiara a quienes tenían una expectativa legítima de pensionarse conforme a las reglas especiales que serían derogadas. Para estas personas, el beneficio derivado del régimen de transición consistiría en una autorización de aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo.” (Énfasis fuera de texto) v) Luego, a través de la Sentencia SU-230 de 2015 [161] , la Corte insistió en que:

“ son tres los parámetros aplicables al reconocimiento de las pensiones regidas por normas anteriores a la Ley 100 de 1993, los que a su vez constituyen el régimen de transición: (i) La edad para consolidar el acceso al beneficio prestacional.(ii) El tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas para el efecto. (iii) El monto de la misma .” [162] .

(Énfasis fuera de texto) vi) Y más recientemente, mediante Sentencia SU-210 de 2017 [163] , se reiteró que: “(…) la jurisprudencia de la Corte ha determinado que el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, está circunscrito a los aspectos de la edad, tiempo de servicios o cotización, y el monto de la pensión .

Y que lo atinente a las demás condiciones y requisitos pensionales que no estén regulados por dicho artículo de la ley, como el ingreso base de liquidación, deben regirse por las normas contenidas en la ley, correspondientes al sistema general de pensione s.” (Énfasis fuera de texto) 3.2.11.

En suma, si cupiere duda sobre la derogatoria orgánica que, por virtud de la expedición de la Ley 100, sufrieron los incrementos que en su momento previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, tal derogatoria se encontraría confirmada con la consagración de un régimen de transición que se diseñó para proteger las expectativas legítimas exclusivamente respecto del derecho a la pensión , pero que no llegó a extenderse a derechos extra pensionales accesorios de dicha pensión, más aún cuando –como sucede con los incrementos que prevé el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 no fueron dotados de una naturaleza pensional por expresa disposición del subsiguiente artículo 22 ibíd [164] .

3.2.12. La claridad de lo atrás expuesto no se opone a que la Corte explique las razones por las cuales resulta inadmisible cualquier argumentación dirigida a apoyar la vigencia del referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990 con fundamento en que en el subsiguiente artículo 22 se señaló que el derecho a los incrementos previstos en el artículo 21 “subsiste mientras perduren las causas que les dieron origen” .

3.2.13. En efecto, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la vigencia de la Ley 100 –esto es, cuando se haya efectivamente cumplido con los requisitos para acceder a la pensión antes del 01 de abril de 1994- no puede predicarse la subsistencia de un derecho que no llegó siquiera a nacer a la vida jurídica. En otras palabras, el régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 únicamente protegió las expectativas legítimas que pudieren tenerse para adquirir el derecho principal de pensión pues los derechos accesorios a éste –además de no tener el carácter de derechos pensionales por expresa disposición de la ley [165] - no tuvieron efecto ultractivo alguno. Y si en gracia de discusión se admitiera que los referidos incrementos sí gozaban de dicha ultractividad, la expectativa de llegar a hacerse a ellos definitivamente desapareció para todos aquellos que no llegaron a efectivamente adquirirlos durante la vigencia del régimen anterior.

3.2.14. La referida desaparición de expectativas no se opone al ordenamiento jurídico pues, para ser amparadas por éste, aquellas debían ser expectativas legítimas .

Mejor dicho, debían ser expectativas que, además de estar fundadas en la posibilidad cercana “de acceder a un derecho específico de conformidad con el régimen anterior” [166] , su protección encontrara fuera indispensable para evitar la afectación grave de un derecho fundamental en cabeza del respectivo interesado. Así, siendo pacífico que la protección

de las expectativas legítimas no es tan robusta como cuando se trata de proteger derechos adquiridos [167] , aunque es claro que tales expectativas no puedan ser eliminadas arbitrariamente por el Legislador, estas sí pueden limitarse “ bajo parámetros de justicia y de equidad que la Constitución le fija [al legislador] para el cumplimiento cabal de sus funciones ” [48 [168]] , pues “su propósito es el de evitar que la subrogación, derogación o modificación del régimen anterior, impacte excesivamente las aspiraciones válidas de los asociados” (Énfasis fuera de texto) [169] .

La anterior conclusión es la única aceptable pues equiparar los derechos adquiridos con cualquier expectativa, por cercana que esta esté en el tiempo a su cristalización, equivaldría a que la Corte se apropiara de las facultades constituyentes derivadas que le pertenecen al Congreso (CP, artículo 374).

3.2.15. En fin, para la Corte es claro que el Legislador actuó con apego a la Constitución cuando, a través del régimen de transición que previó el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, protegió las expectativas legítimas de quienes estaban cerca de hacerse a una pensión en las condiciones en que esperaban que esta tuviera bajo el antiguo régimen, sin que tal protección se predicara de otros derechos extra pensionales que, como los que en su momento previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, carecen de ineludible incidencia en la protección del derecho fundamental a la seguridad social pensional.

De lo anterior se desprende que una persona que venía cotizando bajo el régimen pensional anterior a la vigencia de la Ley 100 pero que no llegó a cumplir con los requisitos necesarios para pensionarse en la vigencia de aquel régimen, si bien pudo tener derecho a una pensión en las condiciones del régimen antiguo [170] , definitivamente no tuvo derecho a que aquella fuera favorecida con beneficios extra pensionales que el nuevo régimen definitivamente no contempla.

3.2.16. 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.

En efecto, en desarrollo de la obligación de adoptar una perspectiva de género dentro de las actuaciones judiciales [171] , particularmente en procura de hacer efectiva la igualdad material de las mujeres , por ser un hecho socialmente notorio la Corte es consciente de que los cónyuges o compañeros permanentes de que trata el literal b) del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 mayoritariamente corresponden a los integrantes femeninos de la pareja familiar. Ciertamente, aunque en Colombia el acceso a un empleo formal por parte de las mujeres es relativamente bajo respecto de dicho acceso por parte de los hombres [172] , los niveles de empleo generales sí varían significativamente entre ambos sexos, favoreciendo a los hombres respecto de las mujeres en una relación de 74% a 51% para 2017 [173] .

La anterior situación es consecuencia de una pluralidad de factores que no están necesariamente asociados a la condición femenina pero que sí favorecen mayores índices de empleo formal por parte de la población masculina, con el consecuente mayor índice de cotización masculina al sistema de seguridad social pensional. Por el contrario, una gran parte de las mujeres se desempeña en labores asociadas a la economía del cuidado; esto es, según la definición del artículo 2º de la Ley 1413 de 2010, la economía que corresponde “al trabajo no remunerado que se realiza en el hogar, relacionado con mantenimiento de la vivienda, los cuidados a otras personas del hogar o la comunidad y el mantenimiento de la fuerza de trabajo remunerado. (…)”.

De hecho, de acuerdo con la Cuenta Satélite Economía del Cuidado elaborada por el DANE en cumplimiento de la referida Ley 1413 de 2010, para 2013 “la contribución no remunerada de las mujeres alcanza 16,3% del PIB y la de los hombres 4,1%, situación que refleja el aporte diferencial de unas y otros”.

En vista de lo anterior, se observa que los incrementos previstos en el literal b) del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fueron diseñados para ser mayoritariamente aplicables a las pensiones de los miembros masculinos de la pareja familiar, sin que existiera norma alguna que efectivamente le permitiera a los integrantes femeninos de dicha pareja el directo usufructo, incidencia o inversión de los recursos provenientes de dicha pensión, más gravemente, cuando la economía del cuidado requiere de recursos efectivos para funcionar . Es decir, el diseño legislativo de los incrementos pensionales de marras favorece la discriminación de la mujer que, con su aporte a la economía del cuidado, tuvo una participación más que relevante en el sostenimiento del hogar; razón más que suficiente para que la Corte considere que tal norma debe ceder ante otras más acordes a la vida social contemporánea como parcialmente lo regula la pensión familiar que consagra la Ley 1580 de 2009 o, eventualmente, puede desarrollar el Legislativo con fundamento en la última parte del inciso 11 del artículo 48 superior [174] .

Lo expuesto hasta el momento es suficiente para que la Corte no vacile en sostener que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico y sólo conservan efectos ultractivos para aquellos que se hicieron a ellos durante la vigencia de los mismos.

3.3. El Acto Legislativo 01 de 2005 Abundando en razones, la Corte recuerda que el Gobierno logró la aprobación del Acto Legislativo 01 de 2005, mediante el cual se adicionó el artículo 48 de la Carta Política (ver supra 2.14). Con arreglo a este acto legislativo se elevaron a rango constitucional, entre otros aspectos:

(i) la limitación de todos los requisitos y beneficios pensionales a los previstos en la Ley 100 de 1993 y demás leyes del sistema general de pensiones [175] ;

y (ii) la correlación entre la liquidación de cada pensión y los factores sobre los cuales, para acceder a ella, se hubieren efectuado cotizaciones al sistema pensional, de manera tal que el monto de la pensión que se adquiera esté relacionado con el ahorro de cada persona destinado para tal efecto [176] .

La consagración constitucional de estos dos aspectos debe ser suficiente para zanjar definitivamente cualquier vacilación en torno a la posibilidad de sostener o no la vigencia de los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990.

Veamos: 3.3.1. Conforme lo prevé el artículo 22 del Decreto 758 de 1990 [177] , los incrementos de que trata el artículo 21 ibídem no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez, cuestión que deriva en su naturaleza expresamente extra pensional . Se trata, entonces, de unos derechos accesorios a la pensión que se le haya reconocido a quien hubiera cumplido con los presupuestos previstos en cada uno de los literales del referido artículo 21, con la naturaleza de beneficios pensionales por fuera del sistema general de pensiones.

La aplicación de tales beneficios extra pensionales a una pensión causada con posterioridad a la expedición de la Ley 100 resulta incompatible con el inciso constitucional que predica que:

“ Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, (…) serán los establecidos en las leyes del sistema general de pensiones . No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido.” Mejor dicho, considerando que los incrementos de que trata el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 están incorporados en una norma anterior a la expedición de la Ley 100 de 1993, estos serían –por simples razones de vigencia en el tiempo- unos beneficios pensionales distintos de aquellos que, posteriormente, pudieron haber previsto y podrán prever las leyes del nuevo sistema general de pensiones; distinción ésta que explica la pérdida de eficacia de dichos incrementos por cuenta de su incompatibilidad con la regla constitucional atrás referida No obstante, si en gracia de discusión se admitiera que los incrementos de marras no hubieran sido orgánicamente derogados por la promulgación de la Ley 100 (ver supra 3.2.), tales incrementos solo podrían llegar a surtir efectos dentro del Régimen de Prima Media con prestación definida que creó la Ley 100 en sustitución del régimen anterior y que es administrado por Colpensiones. Esta solución,

sin embargo, tampoco sería viable dado que mediante el inciso 2º del artículo 155 de la Ley 1151 de 2007 (Plan de Desarrollo 2006-2010), al disponer la creación de Colpensiones y definir su objeto, el Legislador dispuso:

"(…) créase una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de la Protección Social, denominada Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida incluyendo la administración de los beneficios económicos periódicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005 , de acuerdo con lo que establezca la ley que los desarrolle." Así, siendo Colpensiones una empresa comercial e industrial del Estado del orden nacional, el principio de legalidad que prevén los artículos 6º [178] , 121 [179] y 122 [180] de la Constitución le impediría a dicha entidad ejercer actividades que no se encontraran previamente autorizadas por el ordenamiento jurídico [181] ; actividades éstas que, como se observa en la norma legal recién citada, limitan la actuación de Colpensiones a la administración del régimen de prima media que creó la Ley 100 y de los beneficios económicos periódicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005;

beneficios éstos últimos que no contemplan, siquiera por vía de analogía, incrementos como lo previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990.

Este último caso es una clara manifestación del "carácter secuencial y reglado de la actuación de los poderes públicos para la consecución de los fines legal y constitucionalmente establecidos" [182] .

No en vano , en palabras de la Corte " el principio de legalidad tiene importantes funciones reconocidas por la jurisprudencia: (1) de un lado, protege la libertad al garantizar su ejercicio restringiendo intervenciones que la limiten cuando no existe una norma que así lo autorice; (2) de otro lado protege la democracia, porque la ley a la que se somete el ejercicio de la función pública ha sido aprobada por órganos suficientemente representativos, por lo cual se asegura el carácter democrático del Estado; (3) además, garantiza el control y la atribución de responsabilidades al orientar las actividades de los organismos a los que les han sido asignadas funciones de control respecto del comportamiento de las autoridades públicas " [183] .

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.

3.3.2. Independientemente de lo atrás explicado, los incrementos que señala el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 tampoco respetan el inciso 11 del artículo 48 de la Constitución introducido por el Acto Legislativo 01 de 2005, según el cual:

" Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones . Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión." Este inciso del artículo 48 de la Constitución guarda una relación de medio a fin con la sostenibilidad del sistema de pensiones que se pretendió asegurar con el referido acto legislativo [184] . Además, es claro que, para ambos sistemas (el RMP y el RAIS), aunque de manera diferenciada, el referido inciso estableció la correspondencia que debe existir entre los aportes del cotizante y el monto de la pensión que a éste le sea asignado. Es decir, a diferencia de lo que ocurre en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) [185] , las cotizaciones de los afiliados al Régimen de Prima

Media con Prestación Definida (RPM) , al tiempo que van a una bolsa común administrada por Colpensiones , “hacen el papel de la prima de un seguro que garantiza la pensión” [186] .

Esta última situación no desentona con la correspondencia que exige el inciso constitucional atrás trascrito pues, como lo ha entendido la Corte al unificar la discrepancia jurisprudencial que existió en torno a, entre otras cuestiones, los factores salariales que han de ser tenidos en cuenta para calcular el monto de las pensiones [187] , la interpretación constitucionalmente admisible del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 (régimen de transición aplicable a quienes venían cotizando al régimen pensional anterior a la vigencia de la Ley 100) es aquella según la cual el monto de la pensión en éste régimen corresponde “al porcentaje aplicable al IBL”;

esto es, al porcentaje del promedio de lo devengado durante los diez (10) años previos a la adquisición del derecho pensional [188] . Con lo anterior en mente, para la Corte es claro que cualquier incremento a la pensión reconocida bajo el RPM que no se obtenga con arreglo a lo anteriormente establecido, abandonaría la correspondencia entre el monto de esta última y los factores utilizados para determinar el monto de las cotizaciones correspondientes. Ciertamente, el hecho de tener un cónyuge o compañero(a) y/o hijo económicamente dependiente no necesariamente implica una correspondencia entre lo cotizado y el monto pensional incrementado; correspondencia ésta que – contrario sensu - por ejemplo sí podría existir en desarrollo de la Ley 1580 de 2009, en donde se reconoce una pensión familiar con ocasión de “la suma de esfuerzos de cotización o aportes de cada uno de los cónyuges o cada uno de los compañeros permanentes, cuyo resultado es el cumplimiento de los requisitos establecidos para la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida o régimen de ahorro individual y de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993.” [189] No sobra insistir en que los beneficios económicos que prevé la parte final del inciso constitucional recién citado [190] no son en modo alguno equiparables a los incrementos que establece el artículo 21 del Decreto 758 de 1990. Ciertamente, mientras que éstos últimos asumen la forma de incrementos a una pensión de una persona que, independientemente de su situación económica, ya adquirió el derecho pensional correspondiente, los primeros refieren a ayudas cuyos beneficiarios directos son personas de escasos recursos sin posibilidad de acceder a una pensión.

Por lo expuesto bajo el presente numeral 3.3., la Corte encuentra que, en defecto de la derogatoria orgánica explicada bajo el numeral supra 3.2., la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 habría expulsado del ordenamiento al artículo 21 del Decreto 758 de 1990 por vía de su derogación tácita en estricto sentido. Justamente, como se acaba de explicar, los incrementos del artículo legal atrás mencionado son evidentemente incompatibles con una norma constitucional que, por una parte, restringe los beneficios pensionales a aquellos que cohabitan al interior del sistema pensional previsto integralmente por la Ley 100 y demás normas posteriores y concordantes; y por otra parte, prohíbe que su reconocimiento implique una alteración en la correspondencia que debe existir entre el monto pensional asignado y los factores que se utilizaron para cotizar al correspondiente sistema pensional.

No obstante, 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.

4. La sostenibilidad financiera del sistema pensional y los derechos fundamentales 4.1. Ahora bien, sin que prima facie se pueda concluir sobre la incompatibilidad jurídica entre el reconocimiento de los incrementos del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 y el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional por que clama el inciso 7º [191] del artículo 48 superior, resulta necesario escudriñar el alcance de esta figura a la luz del caso concreto.

4.2. La sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social general ha estado en el centro del debate macroeconómico desde el mismo diseño de la Ley 100 de 1993 [192] . Particularmente para la sostenibilidad del sistema pensional, Zuleta [193] advirtió desde 1992 que:

"(…) las pensiones, es uno de los mejores ejemplos de la ausencia de lógica y de racionalidad económica para decretar gastos. (…) Ninguna de las cajas de previsión social que responden por las pensiones de los funcionarios públicos tiene recursos propios para cumplir con esa obligación. Ninguna tiene cálculos actuariales que permitan conocer el valor real de las rentas en curso y futuras. Ninguna tiene un régimen financiero, cualquiera que él sea, que haga posible el pago de las obligaciones sin tener que acudir al presupuesto público.

Las pensiones de los funcionarios públicos, en teoría amparadas por entidades especializadas, son pagadas por los contribuyentes. Se dedica buena parte de los ingresos corrientes del Estado a este fin.

(…) Con referencia a las pensiones de los trabajadores del sector privado, conviene ver cómo el Instituto de Seguros Sociales no está preparado, y seguramente jamás lo ha estado, para atender las obligaciones que asumió a partir de 1967.

Para atender el pago de las obligaciones correspondientes a los riegos de invalidez, vejez y muerte, el ISS nunca ha cobrado una cotización adecuada. Si bien es cierto que desde 1985 se dio aviso sobre una situación deficitaria y que sólo ahora se presenta un déficit de caja, siempre ha existido un desequilibrio estructural entre los ingresos y los egresos. Las reservas que se han acumulado, son apenas una fracción insignificante de lo necesario. (…) [194] Si el sistema actual no se modifica, el ISS tendrá que llevar las cotizaciones a límites impensable o se convertirá en el primer causante del desajuste fiscal del país" Continuó señalando Zuleta , con base en estudio realizado ese mismo año [195] , que:

"*Las pensiones en curso, a valor presente, equivalen a cerca del 9% del Producto Interno Bruto de este año. De conformidad con estimativos hechos para el estudio mencionado atrás, las rentas actuales se extinguirán sólo en el año 2018. (…) *El valor presente, entre 1993 y 2020, de las rentas o pensiones de quienes tienen derecho a una pensión pero aún no la han reclamado, sobre pasa el billón de pesos y equivale al 3,3% del PIB de este año. Entre las pensiones en curso y aquellas que se han causado pero aún no han sido reclamadas, está comprometido más del 12% del PIB de este año.

*La deuda, por derechos adquiridos, que tiene el ISS con los afiliados actuales, que no tienen la edad requerida ni la densidad de cotizaciones para pensionarse se ha estimado entre el 8,5% y el 12% del PIB de 1992.

*Según la metodología que se use, el ISS tiene compromisos que están entre el 20% y el 24% del PIB de este año" Por su parte, López [196] –en intervención realizada en mayo en 1992 dentro del Seminario Internacional "Reformas al régimen pensional"- hizo referencia a que la cobertura del sistema "no se llega a más del 21%" 4.3.

Ante el anterior panorama, el Legislativo expidió la Ley 100 de 1993 que, como ya se explicó (ver supra 2.8. y ss.), reguló integralmente el sistema de seguridad social y creó un nuevo sistema pensional administrado a través de dos modelos excluyentes: RPM y el RAIS. No obstante que en la Ley 100 se previeron unos principios de universalidad, solidaridad e integralidad dirigidos a mejorar la cobertura, el sistema pensional siguió padeciendo de problemas de sostenibilidad, lo que dio lugar al trámite y aprobación del ya referido Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 superior (ver supra 2.13 y ss.). Sobre la necesidad y justificación de esta reforma constitucional la jurisprudencia sostuvo que para la fecha de promulgación del Acto Legislativo 01 de 2005, "Colombia tenía el cuarto pasivo pensional más alto del mundo con un 170 % del Producto Interno Bruto (PIB) con un nivel de cobertura muy bajo que correspondía al 23% de las personas mayores de 60 años. (…) las cifras macroeconómicas indicaban que en Colombia el número de afiliados era de 11.5 millones de personas, de los cuales solamente eran cotizantes activos 5,2 millones, frente a una población económicamente activa de 20,5 millones de personas. Estas cifras daban lugar a que el

número de pensionados en Colombia alcanzara solo a un millón de personas, frente a cuatro millones de personas en edad de jubilación.” [197] 4.4.

Entre otros aspectos y adicionalmente a los que se trataron en el anterior numeral 3.3 supra, el Acto Legislativo 01 de 2005 incorporó al artículo 48 superior el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional ; principio éste que no es plausible de asimilar al marco de sostenibilidad fiscal de que trata el artículo 334 de la Constitución tal y como quedó luego de expedido el Acto Legislativo 03 de 2011 [198] .

4.4.1. En efecto, según la jurisprudencia, al prever un marco de sostenibilidad fiscal en el artículo 334 de la Carta, el constituyente derivado optó por elevar a rango constitucional un marco general de política económica; esto es, un instrumento que:

(i) “ no es ni un derecho, ni un principio constitucional, ni representa un fin esencial del Estado” ; (ii) “ [no] persigue fines autónomos, ni establece mandatos particulares, por lo cual se define como un criterio que orienta a las autoridades de las diferentes ramas del poder para asegurar el cumplimiento de los fines del Estado [y que] (p)or lo anterior, no puede sobreponerse a la efectiva garantía de los derechos consagrados en la Constitución ni contradecir el núcleo dogmático de la misma ” ;

(iii) que más bien es “ una herramienta que se subordina al cumplimiento de dichos fines estatales y que carece de propósitos propios o independientes, es decir que no es fin en sí misma” [199] ; y (iv) que, so pretexto de aplicar dicha sostenibilidad fiscal, ésta no se puede utilizar para restringir o afectar derechos fundamentales [200] “pues ello significaría que un principio constitucional que otorga identidad a la Carta Política [fuera] desplazado por un marco o guía para la actuación estatal, lo que es manifiestamente erróneo desde la perspectiva de la interpretación constitucional” [201] , sin perjuicio de lo cual “ resulta válido afirmar que las autoridades administrativas, legislativas y judiciales deberán tener en cuenta el criterio de la sostenibilidad fiscal en sus actuaciones y decisiones que adopten para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, entre ellos, el logro progresivo del goce efectivo de los derechos fundamentales ” [202] .

4.4.2. Por el contrario, para la jurisprudencia la sostenibilidad financiera del sistema pensional: (i) es “una preocupación transversal a la [respectiva] reforma [constitucional]” [203] ;

(ii) “ es un principio constitucional que debe ser consultado en la dirección y control del sistema de seguridad social [y] las medidas que se adopten para alcanzar tal fin son necesarias, máxime si (…) no se evidencia la lesión de un derecho sino el límite para acceder a un eventual beneficio ” [204] ;

(iii) que “ no desvirtúa el mandato cuya realización incumbe al Legislador, [sino que] simplemente señala expresamente un factor que ha de ser ponderado por la ley, cuya importancia por otra parte ha sido puesta de relieve por la jurisprudencia constitucional de tiempo atrás ” [205] ; y (iv) que debe interpretarse “ como un mecanismo encaminado al logro del cometido de universalidad a través de la solidaridad del Estado y de las personas residentes en Colombia ” [206] (Todo el énfasis es fuera de texto).

4.4.3. En suma, puede afirmarse que mientras que la sostenibilidad fiscal que consagra el artículo 334 de la Carta se erige como un criterio jurídico general y orientador en tanto se refiere a las pautas que deben guiar al Estado en desarrollo de su función de director general de la economía nacional, de manera tal que se cuente con la efectiva posibilidad de cumplir con los cometidos estatales; la sostenibilidad financiera del sistema pensional , más allá de un principio, es una norma jurídica que establece en cabeza del operador judicial un mandato hermenéutico encaminado a lograr una relación de medio a fin entre esta última sostenibilidad y los propósitos de universalidad, solidaridad e integridad que rigen el sistema de la seguridad social.

4.4.4. No sobra señalar, sin embargo, que si bien uno de los propósitos de la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones es disponer que “ cualquier regulación futura que se haga del régimen pensional debe preservar el equilibrio financiero del sistema general de pensiones” [207] , tal precepto sólo es la consecuencia de la parte final del inciso 7º del artículo 48 superior; consecuencia ésta que, como se explicó inmediatamente atrás, no limita los efectos de dicho inciso a tal control de la regulación futura.

4.4.5. Con fundamento en lo atrás señalado, la Corte advierte la relevancia de ponderar la sostenibilidad financiera del sistema pensional a la luz de los derechos fundamentales para, de este modo, encontrar en cuál contexto se permitiría el favorecimiento de aquella. Para el efecto, la Corte preliminarmente entrará a definir el marco constitucional general que, a su juicio, surge como relevante para realizar la respectiva ponderación. Veamos:

4.4.5.1. El Estado Social de Derecho que consagra la Constitución Política de 1991 prevé la primacía de los derechos inalienables de las personas (CP, art. 5º) sobre cualquier otro principio o valor constitucional. Tales derechos corresponden a los derechos fundamentales que, en principio, consagra el Capítulo I del Título II de la Carta. No obstante, al margen del catálogo que emana del referido aparte constitucional [208] , la jurisprudencia ha entendido que el carácter de fundamental de algunos derechos “ [responde] a la idea de unos derechos que se radican en cabeza de toda persona, exclusivamente en razón de su condición como tal y como presupuesto para el desarrollo de la dignidad human a ” [209] .

Así mismo, de acuerdo con las normas que emanan de los acuerdos internacionales que por virtud del artículo 93 superior (bloque de constitucionalidad) [210] son criterios de interpretación en materia de derechos constitucionales, de conformidad con el Preámbulo de la Ley 16 de 1972 (Convención Americana sobre Derecho Humanos”) puede decirse que como derechos fundamentales deben entenderse aquellos ‘derechos esenciales’ de las personas; criterio éste último que fue revelado por la Corte cuando al preguntarse sobre ¿Qué es inalienable, inherente y esencial?, respondió:

“Podría responderse que inalienable es: "que no se puede enajenar, ceder ni transferir"; inherente: "que constituye un modo de ser intrínseco a este sujeto"; y esencial: "aquello por lo que un ser es lo que es, lo permanente e invariable de un ser"

[211] . 4.4.5.2. Como se explicó al inicio de esta sentencia, luego de ser considerada como un derecho social, ‘de segunda generación’ y únicamente susceptible de ser amparado en vía de tutela por razón de su eventual conexidad con algún derecho que fuera fundamental per se, el estado actual de la jurisprudencia reconoce que la seguridad social es un derecho fundamental de protección constitucional autónoma (ver supra 2.4).

4.4.5.3. Por otra parte, el concepto de núcleo esencial (o núcleo duro) de los derechos fundamentales ha sido utilizado por la Corte desde sus inicios a efectos de determinar el ámbito de un derecho fundamental ante el cual el Estado o los particulares deben ceder [212] . No hace mucho, en sentencias C-379 de 2016 [213] y C-007 de 2017 [214] , la Corte retomó la definición que de tal noción hizo la Corte en Sentencia C-766 de 2008 [215] , explicando que “el núcleo esencial se ha definido como el mínimo de contenido que el legislador debe respetar, es esa parte del derecho que lo identifica, que permite diferenciarlo de otros y que otorga un necesario grado de inmunidad respecto de la intervención de las autoridades públicas . Y, en sentido negativo debe entenderse el núcleo esencial de un derecho fundamental como aquel sin el cual un derecho deja de ser lo que es o lo convierte en otro derecho diferente o lo que caracteriza o tipifica al derecho fundamental y sin lo cual se le quita su esencia fundamental”.

(Subraya fuera de texto). 4.4.5.4. Dentro de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho se encuentra el principio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular (CP, arts. 1º) [216] . Esta prevalencia, que un sector de la doctrina asume como uno de los elementos que justifican la existencia y personalidad del Estado a la luz la responsabilidad intergeneracional que este tiene [217] , ha sido identificada por la jurisprudencia de la Corte como una

cláusula que requiere que " el operador jurídico analice minuciosamente las particularidades de cada caso, intente armonizar el interés general con los derechos de los particulares y, en caso de no ser posible, lo pondere teniendo en cuenta la jerarquía de valores propia de la Constitución." [218] Así , con arreglo a la primacía de los derechos fundamentales que prevé el artículo 5º superior, el Estado encuentra una barrera a su función de proteger el bien común pues la prevalencia del interés general no es absoluta al no poderse obtener a costa del sacrificio de dichos derechos [219] .

4.5. Con fundamento en el anterior marco que, por una parte, prevé la primacía de los derechos fundamentales y la inmunidad de su núcleo esencial respecto de valores o principios de distinta naturaleza; y que, por otra parte, predica el deber estatal de propender por la defensa del interés general sobre el particular, la Corte aborda la ponderación del principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional a la luz de los derechos fundamentales , particularmente del derecho fundamental a la seguridad social en su esfera pensional.

4.5.1. Antes de proceder al análisis propiamente constitucional del asunto que ahora ocupa la atención de la Corte, es preciso abordar el contexto económico que actualmente afronta el sistema de seguridad social pensional, como se ilustra a continuación:

4.5.1.1. Según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico - OCDE [220] , a pesar de que en Colombia " (e)ntre el 2002 y 2015 la tasa de pobreza cayó del 50% al 28% y la extrema pobreza cayó del 18% a un 8%.", la pobreza sigue siendo alta. De hecho, para dicha organización, " las tasas de pobreza relativa continúan figurando por encima del promedio de la OCDE y de otros países de América Latina. Además, las tasas de pobreza relativa entre niños y personas de la tercera edad están en torno al 30%, alrededor de una quinta parte más altas que en el promedio de la población y mucho más altas que en el promedio de la OCDE".

Más allá, se denuncia una baja cobertura del sistema de seguridad social, lo que "deja a muchas personas de la tercera edad sin ningún ingreso" así como que "(l)a pobreza infantil es un reflejo general de las grandes disparidades en los ingresos y sistemas de transferencia social aún muy débiles a pesar de varios programas nuevos introducidos".

Continúa afirmando la OCDE que "(l)a falta de equidad en la cobertura de la seguridad social y el acceso a servicios públicos son otras dimensiones importantes de la desigualdad. Únicamente los trabajadores formales ganando por lo menos el sueldo mínimo están cubiertos por el sistema de pensiones" y que "(e)l sistema Beneficios Económicos Periódicos (BEPS) introducido para ampliar la cobertura incluyendo a personas que trabajen en el sector informal no ha rendido aún resultados significativos. La cobertura del programa público de subsidio mínimo a la tercera edad (Colombia Mayor) ha sido extendida para alcanzar a un 62% de los 2.4 millones de beneficiarios potenciales. Es necesaria una reforma en profundidad del sistema pensional, como discutido en Estudios Económicos de la OCDE: Colombia 2015. Asimismo, la elegibilidad para el BEPS y el subsidio mínimo deberían ser expandidos para garantizar un ingreso mínimo en la tercera edad porque la tasa de pobreza relativa entre los adultos mayores es muy alta".

4.5.1.2. Para la Asociación Nacional de Instituciones Financieras - ANIF también es necesario realizar una reforma pensional estructural. En su informe [221] , el centro de estudios económicos de dicha organización indica que " el [valor presente neto] pensional de Colombia llega al 114% del PIB de 2017 ((…) Dicho cálculo se explica por los elevados subsidios del [régimen de prima media], aun bajo un horizonte fiscalmente conservador en el cual la cobertura pensional se mantiene tan baja como en el 30% actual, cifra muy inferior al 64% de cobertura que se observa en promedio en América Latina. Este escenario actual (statu quo) lo denominaremos "bomba social", debido a la gran amenaza que representa tener dos terceras partes de los ancianos con riesgos de caer en la indigencia.".

Y continúa diciendo que "(p)aradójicamente, bajo un escenario de este tipo, los pagos pensionales a cargo del fisco estarían descendiendo de sus niveles actuales del 4.1% del PIB hacia el 1.1% del PIB en 2050. Esto se explica por la baja

cobertura pensional de solo el 30%, lo cual representará todo un drama social, ya que la población mayor de 60 años se habrá prácticamente triplicado, pasando de 5.5 millones a 15 millones hacia 2050 (ver gráfico 3). Cabe recordar que el RPM actualmente cuenta con el 27% de los afiliados y atiende al 95% de los pensionados, pero debido a las altas exigencias de tiempo y densidad de cotización (mínimo 25 años) estas obligaciones pensionales se irán diluyendo en el tiempo, dejándonos con menor presión fiscal, pero con esa preocupante "bomba social" de gran cantidad de ancianos con riesgo de indigencia." 4.5.1.3.

Según el Centro de Investigación Económica y Social FEDESARROLLO [222] , " (e)l principal problema del sistema pensional colombiano es su baja cobertura. De acuerdo con las encuestas de hogares, solo el 24% de las personas mayores de 65 años recibe una pensión y solo el 35% de la población económicamente activa cotiza a pensiones (…). (…) suponiendo que los parámetros se mantienen inalterados y persiste la alta informalidad en el mercado laboral, para 2050 solo el 17% de los adultos mayores de 60 años tendrá una pensión contributiva." Continúa este centro afirmando que "(s)e estima que los subsidios asociados a los pagos pensionales del RPM se dirigen en un 86% al quintil de ingresos más altos, mientras el primer quintil solo recibe el 0,1% de los mismos (Comisión de Gasto, 2018);

así como que "(e)n cuanto a la sostenibilidad fiscal del sistema, en 2003 y 2005 se hicieron ajustes paramétricos y se impusieron límites a los pagos pensionales, lo que en una perspectiva de largo plazo va a permitir un alivio en la carga fiscal a cargo del gobierno. Sin embargo, desde 2003 se acabaron las reservas del RPM y las obligaciones pensionales deben cubrirse con recursos del Presupuesto General de la Nación, lo que actualmente representa cerca del 3,5% del PIB. En otros términos, la carga fiscal implica que cerca de una cuarta parte de los impuestos que percibe el Gobierno Nacional Central (GNC) debe destinarse anualmente a cubrir el déficit pensional (Comisión de Gasto, 2018)." 4.5.1.4.

Finalmente, en palabras del Centro de Estudios sobre Desarrollo Económico de la Facultad de Economía de la Universidad de los Andes - CEDE [223] , " los sistemas de reparto, o de prima media como lo llamamos en Colombia, son viables, pero solo a costa de un fuerte racionamiento. Es decir, una parte de la población trabajadora financia con sus cotizaciones a los trabajadores retirados, pero solo a una parte pequeña de ellos, mientras el resto de adultos mayores no accede a una mesada pensional. Los beneficiados son, en muchos casos, antiguos funcionarios del Estado, quienes obtuvieron su pensión bajo condiciones que, a ojos de hoy día, son extremadamente favorables y muy gravosas para el Estado y para las generaciones más jóvenes. (…) el déficit fiscal en pensiones ya ha alcanzado un nivel extremadamente alto, de un 4% del PIB, y varios estudios señalan que el régimen de reparto es extremadamente regresivo al subsidiar las pensiones de más altos ingresos, deteriorando así el Gini nacional";

para luego hacer referencia a las consecuencias de la gradual inversión de la pirámide poblacional que en la actualidad se experimenta globalmente, así como al escaso porcentaje de cotizantes al sistema, al señalar que "(e)l envejecimiento de la población se ha convertido en un riesgo para la sostenibilidad de los sistemas de seguridad social de reparto, en los que los jóvenes pagan las pensiones de los adultos mayores y/o una parte del presupuesto de una nación debe destinarse a contribuir al pago de pensiones.

Pero, no sólo la demografía es causante del urgente rediseño del sistema pensional. El mal funcionamiento de los mercados laborales que se caracterizan por tener una gran parte de la población que no cotiza a pensión, por el desempleo o la informalidad, hace que la cobertura sea muy baja, que los montos de pensiones sean reducidos, o que los sistemas sean inviables." 4.5.2.

En fin, son varias las conclusiones que se pueden extractar de los documentos recién referidos, entre ellas: (i) la inversión de la pirámide poblacional logra que cada vez haya menos cotizantes en edad laboral que puedan sostener las pensiones de los actuales pensionados en el RPM;

(ii) la gran informalidad del sector laboral colabora a que la base de cotizantes en edad laboral sea menor a la necesaria para el equilibrio del sistema;

(iii) los fenómenos atrás referidos hacen insostenible un régimen pensional que ha agotado sus reservas y exige cada vez más que el Estado lo intervenga aportando una parte significativa de su PIB;

(iv) el sistema RPM actualmente vigente tiene un notable componente de subsidios que no permite un reparto equitativo de los recursos públicos; y (v) el sistema tiene una cobertura muy baja que deja desprotegida a un relevante porcentaje de población dependiente como las personas de la tercera edad y los niños.

4.5.3. Con el anterior panorama en mente, una primera aproximación al derecho de la seguridad social permite vislumbrar cómo, entre otros, a éste le son inherentes los principios de universalidad y de solidaridad que desarrolla la Ley 100 en su artículo 2º [224] y el artículo 48 superior en su inciso 1º [225] .

4.5.3.1. La universalidad como instrumento de igualdad y desarrollo sostenible Entendida en la ley como “la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida” , la universalidad de la seguridad social es un principio que el artículo 48 superior prevé en su inciso 2º [226] y que desarrolla el principio de igualdad (CP, artículo 13) en tanto es reflejo del deber estatal de promover la igualdad real y efectiva y de protección especial a aquellas personas en condiciones de debilidad manifiesta.

No sin razón, en Sentencia C-828 de 2001 [227] , la Corte señaló que “ La seguridad social se ubica dentro de los principios constitucionales considerados como necesarios para la efectividad de la igualdad material.

(…).” A través del principio de universalidad también se desarrolla la garantía a la seguridad social de los niños que defiende el artículo 44 superior y que, en desarrollo del último inciso de dicha norma, es un derecho que prevalece sobre los derechos del resto de la población [228] . Sobre este último particular la Corte recuerda cómo en Sentencia T-640 de 1997 [229] , la jurisprudencia explicó que “l os niños se encuentran dentro del grupo de personas que requiere especial protección del Estado por su condición física y mental que los colocan en circunstancias de debilidad manifiesta y que dicha protección debe extenderse al máximo, de modo que se garantice su desarrollo armónico e integral (arts. 13 inciso final, 44 inciso 2º C.N.). Ello determina, que los programas de salud y de seguridad social no solamente deben asegurar:

la protección de su vida e integridad física, la creación de un estado óptimo de bienestar general que les proporcione una calidad existencial que les asegure dicho desarrollo, como condición para la realización de sus metas o proyectos de vida, y la rehabilitación funcional y la habilitación profesional que se requiera para que más tarde, cuando sean mayores, puedan ser personas útiles a la sociedad y estar en condiciones de acceder a las fuentes de trabajo que el Estado, según el artículo 54 de la Constitución, está en la obligación de garantizar .” Desde esta última perspectiva, la Corte considera que con el principio de universalidad, además de desarrollar el principio de igualdad, la prevalencia del interés general adquiere una especial relevancia si se considera que al garantizar la seguridad social de los niños, el Estado se compromete con las generaciones venideras (equidad intergeneracional) y asegura un “desarrollo sostenible , entendido este como “el modelo de desarrollo que permite satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las suyas propias”.

[230] Desde esta óptica del principio de universalidad el Estado se compromete con un modelo que contempla “las “tres dimensiones” o “tres pilares” del desarrollo sostenible (el económico, el social y el ambiental).” [231] ; modelo éste con el que ya se ha comprometido esta Corporación cuando, en tratando del desarrollo sostenible ha dicho que “para la satisfacción de las necesidades actuales, debe efectuarse un ejercicio de planificación económica y de asunción de responsabilidad en materia ambiental en el modelo de desarrollo.

[187] [232] Especial énfasis se ha puesto en la necesidad de garantizar las necesidades esenciales de los sectores menos favorecidos de la población; acento que, conforme lo ha establecido esta Corporación, “se hace más importante en países como los nuestros, donde la pobreza mayoritaria está unida a la escasez, pues no habrá desarrollo sostenible mientras casi la mitad de la población viva en niveles de extrema pobreza.” [188] [233] ” [234] 4.5.3.2.

La solidaridad como elemento constitutivo del Estado En cuanto a la solidaridad o, en términos de la Ley 100 , “la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil” y según la cual “Los recursos provenientes del erario público en el Sistema de Seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables” , se advierte que esta también corresponde a un principio fundante de la Carta de 1991 (CP, art. 1º).

Según la jurisprudencia, la consagración constitucional de la solidaridad “ tuvo su origen en el repudio a la injusticia social y en la convicción de que su gradual eliminación compromete a la sociedad entera y al Estado” y en la actualidad “ ha dejado de ser un imperativo ético para convertirse en norma constitucional vinculante para todas las personas que integran la comunidad (C.N., art. 1º)” [235] (Énfasis fuera de texto) .

En el anterior sentido, la solidaridad se erige como un principio que delimita el ámbito de interpretación jurídica al imponerse sobre las demás normas de inferior jerarquía y, en tal orden, restringe el espacio de discrecionalidad legislativa y judicial [236] .

El principio constitucional de solidaridad, además de estar consagrado en el artículo 2º de la Ley 100, se encuentra así mismo expresamente consagrado en el inciso 1º del artículo 48 superior [237] y en una relación de interdependencia con el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional. Ciertamente, sobre tal relación de interdependencia, en Recomendación R202 de 2012 para el “[establecimiento y manutención de] pisos de protección social [238] como un elemento fundamental de [los] sistemas nacionales de seguridad social” , para poner en práctica tales pisos “ en el marco de estrategias de extensión de la seguridad social que aseguren progresivamente niveles más elevados de seguridad social para el mayor número de personas posible, (…) ”, la Conferencia General de la OIT previó como principio de la misma, entre otros: h) “(l)a solidaridad en la financiación, asociada a la búsqueda de un equilibrio óptimo entre las responsabilidades y los intereses de aquellos que financian y se benefician de los regímenes de seguridad social” [239] .

Finalmente, más allá de que la solidaridad en la seguridad social “(implique) que todos los partícipes de este sistema deben contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual explica que sus miembros deban en general cotizar, no sólo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en su conjunto” [240] , su caracterización como una práctica de la mutua ayuda bajo el principio del más fuerte hacia el más débil y que se encuentra necesariamente relacionada con el deber del Estado de asegurar que los recursos provenientes del erario público en el sistema se apliquen siempre a los grupos de población más pobres y vulnerables, evidencia que dicho principio es uno de los pilares que justifican la existencia del Estado. Como lo ha dicho la jurisprudencia, “(e)l deber de solidaridad en cabeza del Estado Social de Derecho es inherente a su existencia y cualificación en la esfera de cumplimiento de sus fines esenciales, (…)” [241] .

Tal relevancia del principio de solidaridad y del papel del Estado en la administración de los recursos que a partir de ella se consiguen se hace patente en una multiplicidad de campos como, por ejemplo, el pensional -en donde un porcentaje de las pensiones más altas se destina al Fondo de Solidaridad Pensional que prevé la ley [242] , el impositivo a través de la progresividad como manifestación del principio de solidaridad [243] en materia tributaria [244] y en el sistema general de regalías previsto en el artículo 361 superior [245] 4.5.4.

De lo expuesto bajo el numeral 4.5.3. supra la Corte deduce que la sostenibilidad financiera del sistema pensional está enmarcada por una serie de principios constitucionales atados a la concepción misma del Estado Social de Derecho que

logran, nunca desplazar, pero sí reducir el alcance de los diversos derechos fundamentales, a través de un ejercicio de ponderación entre las garantías constitucionales enfrentadas.

4.5.5. En el anterior orden, en el campo de la seguridad social, si bien la jurisprudencia ha admitido el carácter fundamental de dicho derecho, la ponderación de esta frente al principio de sostenibilidad financiera del respectivo sistema permite señalar que, si el referido derecho no se afecta en su núcleo duro o esencial, este debe ceder ante la necesidad de garantizar un sistema financieramente sostenible fundado en la solidaridad y que garantice la universalidad a través de una mayor cobertura. Así, recordando que la jurisprudencia ha establecido que el núcleo esencial de un derecho fundamental está definido por " esa parte del derecho que lo identifica, que permite diferenciarlo de otros y que otorga un necesario grado de inmunidad respecto de la intervención de las autoridades públicas . Y, en sentido negativo debe entenderse el núcleo esencial de un derecho fundamental como aquel sin el cual un derecho deja de ser lo que es o lo convierte en otro derecho diferente o lo que caracteriza o tipifica al derecho fundamental y sin lo cual se le quita su esencia fundamental" (ver supra 4.4.5.3.), la Corte advierte que para definir el núcleo esencial de la seguridad social es necesario deslindar su dimensión meramente prestacional de su aspecto verdaderamente fundamental.

4.5.6. En aras de lo anterior la Corte comienza por encontrar que el carácter de fundamental de la seguridad social está dado por la instrumentalidad que esta tiene para la garantía de la dignidad humana como marco fundacional de los principios esenciales del Estado Social de Derecho. En efecto, en el entendido de que la dignidad es la eminencia especial del ser humano frente a otros seres vivientes, que le permite exigir un trato especial y que lo hace merecedor de un trato de sujeto y no de objeto por virtud de la racionalidad que le permite su autodeterminación y libertad [246] , la jurisprudencia ha reconocido que el papel que la seguridad social juega en su garantía es el que precisamente otorga el carácter de fundamental al respectivo derecho. Sobre este particular, mediante Sentencia C-372 de 2011 [247] , esta Corporación señaló que " reiterada jurisprudencia constitucional [53 [248]] se ha ocupado de definir los contornos que encuentra la seguridad social en nuestro ordenamiento constitucional y la ha considerado como uno de los instrumentos que garantiza la consecución de los fines a los cuales se compromete la organización estatal como consecuencia de la adopción de la cláusula del Estado Social de Derecho [54 [249]] (artículo 1° superior). Sobre su carácter fundamental, la Sentencia C-1141 de 2008 precisó: "Así las cosas, el derecho a la seguridad social, en la medida en que "es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana" [55] 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 [56 [250]] " (Él énfasis es del texto original). Este vínculo entre la seguridad social, particularmente en materia pensional, y la dignidad humana ha sido desarrollado por la jurisprudencia, según se ilustra a continuación.

4.5.6.1. Desde muy temprano, a menos de un año de expedida la Constitución Política de 1991, en épocas cuando la jurisprudencia aún no reconocía el carácter de derecho fundamental de la seguridad social, en Sentencia T-426 de 1992 [251] la Corte explicó que:

"El derecho a la seguridad social no está consagrado expresamente en la Constitución como un derecho fundamental. Sin embargo, este derecho establecido de forma genérica en el artículo 48 de la Constitución, y de manera específica respecto de las personas de la tercera edad (CP. art. 46 inc. 2º) adquiere el carácter de fundamental cuando, según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida (CP art. 11), la dignidad humana (CP art. 1º) (…)"

(Énfasis fuera de texto) 4.5.6.2. Mediante Sentencia T-378 de 1997 [252] , la Corte resolvió amparar el derecho a la sustitución pensional tras advertir que siendo la accionante una “persona que no cuenta con ninguna fuente de ingresos y que no tiene la capacidad de operar en el mercado laboral, negarle, injustificadamente, su derecho a la sustitución pensional, equivale a someter arbitrariamente, su bienestar a la voluntad o capacidad de terceras personas, lo que compromete seriamente la dignidad, la igualdad y la autonomía - en este caso, en grado reducido pero no inexistente - de la actora.

Al respecto, esta Corporación ha considerado que el principio de dignidad humana resulta vulnerado cuando se somete a una persona a vivir de la caridad ajena, existiendo la posibilidad de que tenga acceso a unos recursos económicos propios que le permitan subvenir algunas de sus necesidades básicas [9 [253]] .” (Énfasis fuera de texto) 4.5.6.3.

Apoyándose en la jurisprudencia atrás citada, mediante sentencia T-456 de 2004 [254] , la Corte nuevamente amparó el derecho a obtener la mesada pensional de sobreviviente a una mujer, tras considerar que existe una “ v ulneración grave a institutos constitucionales como el derecho a la dignidad, en la medida en que tratándose de una persona que no cuenta con ninguna fuente de ingresos y que no tiene la capacidad de operar en el mercado laboral, negarle una pensión de invalidez, equivale a someter arbitrariamente su bienestar a la voluntad o capacidad de terceras personas, lo que compromete seriamente la dignidad, la igualdad y la autonomía .” (Énfasis fuera de texto) 4.5.6.4.

También de la mano de la jurisprudencia inmediatamente atrás transcrita, en Sentencia T-219 de 2014 [255] , la Corte ordenó el pago del bono pensional de un hombre que se encontraba en imposibilidad de seguir aportando al sistema general de pensiones. En dicha oportunidad esta Corporación señaló que “ las administradoras de fondos de pensiones deben tener en cuenta elementos relevantes como la edad del solicitante, la ausencia de empleo o recursos económicos que le impidan continuar aportando al Sistema General de Pensiones, y los efectos que pueda tener esa decisión para que la persona pueda tener una vida en condiciones mínimas de dignidad. Así, si en un caso se concluye que una persona en las condiciones antes descritas está en imposibilidad material de aportar las quinientas (500) semanas al RAIS exigidas (…) y por esa circunstancia requiere la devolución de los aportes que hizo durante su vida laboral al Sistema para garantizarse una vida digna, negarle esa prestación y la redención del bono pensional constituye una decisión inequitativa que vulnera los derechos de una persona en situación de vulnerabilidad a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna.” (Énfasis fuera de texto) 4.5.6.5.

Mediante Sentencia T-613 de 2016 [256] , luego de recapitular la anterior jurisprudencia cuando señaló, por ejemplo, que con “ la sentencia T-295 de 1999 abarca el concepto de dignidad humana, llegando más allá de valorar el derecho al mínimo vital respecto a la protección del derecho a la seguridad social. En esta medida, dicho fallo reitera el postulado de obligatoriedad en la necesidad de mantener el concepto de dignidad en la vida del hombre de principio a fin [17 [257]] , indicando que esa dignidad del jubilado y el cúmulo de derechos adquiridos, a partir de su status de pensionado, no pueden estar ligados únicamente a la vida probable de los colombianos”, la Corte amparó los derechos a la vida digna, al mínimo vital y a la seguridad social de la accionante y le ordenó a Colpensiones que le reconociera la sustitución reclamada por una mujer en condiciones de invalidez respecto de la pensión de que gozaba su hermana antes de su fallecimiento.

4.5.6.6. Finalmente, a través de la Sentencia T-328 de 2017 [258] , previamente a ordenarle a la entidad accionada que le reconociera las mesadas pensionales a quien no pudo reclamarlas en tiempo por virtud de razones de fuerza mayor (desplazamiento forzado), la Corte fue tajante al establecer con notoria brevedad y, por ende, meridiana claridad que “ la garantía a la seguridad social y su fundamentalidad está unida a la satisfacción real de los derechos humanos, especialmente el relativo a la dignidad humana.” (Énfasis fuera de texto) 4.5.7.

Lo anteriormente dicho debe ser suficiente para concluir que, sin perjuicio de la derogatoria orgánica de los beneficios extra pensionales de que tratan los incrementos previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, el eventual derecho que pudiera tenerse respecto de éste no puede entenderse como parte integrante del derecho fundamental a la seguridad social. Lo anterior, 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 .

En efecto, la naturaleza no fundamental de los incrementos que consagró el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 se explica teniendo en cuenta que: (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 [261] . 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;

la alta tasa de informalidad laboral que, por una parte, genera una inequidad entre quienes se encuentran en la formalidad y quienes no y, por otra parte, afecta las finanzas de un sistema que tiene aspiraciones de universalidad; y los problemas de viabilidad de un sistema cuya financiación se estructuró con fundamento en una pirámide laboral que se viene invirtiendo por el envejecimiento de la población – 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.

5. El principio in dubio pro operario en el artículo 53 de la Constitución La Corte estima necesario referirse al principio del in dubio pro operario que, consagrado en el artículo 53 superior [262] , fue el principal fundamento de la sentencia anulada y que mediante esta providencia se reemplaza. Para ello, inicialmente debe distinguirse, en materia laboral, cuándo hay lugar a la aplicación del principio de favorabilidad (favorabilidad en sentido estricto) y/o cuándo debe acudirse al principio in dubio pro operario (favorabilidad en sentido amplio).

5.1. El principio de favorabilidad estricta en materia laboral exige que cuando el operador jurídico se encuentre frente a dos o más normas jurídicas que, prima facie , podrían aplicarse frente de una misma situación fáctica, debe optarse por la norma que favorezca mayormente al trabajador. Por otra parte, debe acudirse al principio in dubio pro operario o de favorabilidad en sentido amplio cuando el operador jurídico se encuentre ante la alternativa de escoger –no ya entre dos o más normas jurídicas de eventual aplicación a una misma situación jurídica- sino entre los efectos que de la interpretación una misma norma jurídica podrían derivarse para el trabajador, debiendo igualmente optarse por el criterio hermenéutico que más favorezca a este último. En palabras de la Corte:

“Mientras el principio de favorabilidad en sentido estricto recae sobre la selección de una determinada disposición jurídica, el principio in dubio pro operario lo hace sobre el ejercicio interpretativo efectuado por el juzgador al identificar el contenido normativo de una disposición jurídica.” [263] .

5.2. De lo recién expuesto se concluye que el artículo 53 superior incorpora tanto el principio de favorabilidad en sentido estricto como el principio in dubio pro operario . Ciertamente, de su lectura se desprende que mientras que el primero de dichos principios opera en caso de duda en la “aplicación” de las fuentes formales de derecho, el segundo ocurre cuando la duda surge de la “interpretación” de tales fuentes [264] .

5.3. Ahora bien, la jurisprudencia ha sido clara en establecer que la duda que antecede y presupone la aplicación tanto de la favorabilidad en sentido estricto como del principio in dubio pro operario debe ser una duda que “[revista] un carácter de seriedad y objetividad, pues no sería dable que ante una posición jurídicamente débil, deba ceder la más sólida bajo el argumento que la primera es la más favorable al trabajador. En ese orden, la seriedad y la objetividad de la duda dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones. En efecto, la fundamentación y solidez jurídica de las interpretaciones, es la que determina que la duda que se cierna sobre el operador jurídico, sea como tal una duda seria y objetiva’.

[36 [265]] Igualmente, la Sala precisa que la duda que surge en este contexto es de carácter normativo, por esa razón no es posible la utilización de estos principios en caso de incertidumbre sobre la ocurrencia de un aspecto fáctico, esto es, en el escenario de la prueba de los hechos [37 [266]] ’” [38 [267]] .

[268] 5.4. Visto lo anterior, la Corte coincide con la sentencia anulada en que la favorabilidad que en principio podría aplicarse en el sub lite sería la amplia que corresponde al principio in dubio pro operario . Justamente, en dicha Sentencia SU-310 de 2017 se señaló que “el problema jurídico bajo estudio, surge, entre otras razones, de las dos posibles interpretaciones que se pueden dar a la disposición contenida en el artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990, conforme al cual, los incrementos pensionales no forman parte integrante de la pensión y el derecho a ellos subsiste mientras perduren las causas que le dieron origen. En efecto, y como se explicará más adelante:

(i) algunos han considerado que el hecho de que los incrementos pensionales no formen parte integrante de la pensión, significa que no gozan de los atributos del derecho pensional, entre ellos, la imprescriptibilidad; (ii) otros han argumentado que al subsistir el derecho mientras perduren las causas que le dieron origen, este es imprescriptible, lo cual se refuerza con el principio de favorabilidad en materia laboral.” 5.5.

No obstante, para la Corte ahora es claro que, en realidad, la duda hermenéutica que surge del anterior planteamiento o bien no existe o, al menos, es lo suficientemente débil como para no dar lugar a la aplicación del principio in dubio pro operario .

En efecto, como se ha explicado a lo largo de esta providencia, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante el Decreto 758 de ese mismo año, dejó de existir con ocasión de la derogatoria tácita que sobre este implicó expedición de la Ley 100 de 1993. Como se señaló bajo el numeral 3 supra, con dicha Ley 100 el Legislador previó una nueva regulación integral de la generalidad del sistema de seguridad social, incluyendo para el caso que ahora ocupa a la Corte, dicho sistema en su dimensión pensional. Tal derogatoria, además de estar respaldada por la doctrina especializada (ver supra 3.2.2.), ha sido respaldada por la propia Corte a través de la línea jurisprudencial que se esbozó bajo el numeral 3.2.3 supra y suficientemente explicada a la luz del particular objeto del régimen de transición que previó el artículo 36 de la mentada Ley 100 (ver supra 3.2.8-3.2.11).

En dicho orden de ideas, la duda según la cual habría que escudriñar el sentido de los artículos 21 y 22 del Decreto 758 de 1990 sería evidentemente infundada pues no hay lugar a examinar la aplicación o el propósito de una norma que ha perdido vigencia en el ordenamiento jurídico, del cual ha sido expulsada ; todo ello, se reitera, sin perjuicio de la subsistencia de su eficacia para únicamente la conservación de los derechos que se hubieren adquirido bajo la vigencia de dicho artículo 21 del Decreto 758 de 1990, antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 [269] . No sin razón, en sentencia C-159 de 2004 [270] se rememoró cómo en la Sentencia C-443 de 1997 [271] la Corte explicó que “ se puede

decir que la derogación tiene como función, tal y como lo señala la doctrina y lo ha establecido esta Corporación, dejar sin efecto el deber ser de otra norma, expulsándola del ordenamiento [7 [272]] . (…) Esta Corte ya había precisado [que]:

“ Así, la derogación no deriva de conflictos entre normas de distinta jerarquía sino de la libertad política del Legislador, pues ese órgano político decide expulsar del ordenamiento una norma que hasta ese momento era totalmente válida, ya sea para sustituirla por otra disposición, ya sea para que la regulación de la materia quede sometida a los principios generales del ordenamiento . Es pues un acto de voluntad política pues el Legislador evalúa, conforme a criterios de conveniencia, cuando es oportuno derogar una determinada disposición (....) En síntesis, y tal y como esta Corporación ya lo había señalado, "

la derogatoria es un fenómeno de teoría legislativa donde no sólo juega lo jurídico sino la conveniencia político-social , (…) (Sentencia C-145/94. MP Alejandro Martínez Caballero, Fundamento Jurídico No 5)".

(Énfasis fuera de texto) Lo recién expuesto, particularmente en tratándose de la subsistencia de la eficacia del artículo 21 del Decreto 758 de1990 por virtud del derecho de conservar los derechos adquiridos, explica por qué lo sostenido en la anulada Sentencia SU-310 de 2017 y recién transcrito bajo el numeral 5.4 supra constituye un falso dilema. Ciertamente, contrario a lo que se sugirió en dicha providencia, es perfectamente armonioso que aunque los incrementos de que trató el referido artículo 21 no tuvieran naturaleza pensional, los derechos a tales hubieren subsistido mientras perduraran las causas que les dieron origen;

todo ello bajo el entendido de que los referidos derechos nacieron (y por ende, tienen la vocación de subsistir) mientras su fuente jurídica estuvo vigente dentro del ordenamiento. Situación distinta es la de quienes, sin pensionarse vinieren cotizando al antiguo sistema pensional pero no alcanzaron a pensionarse bajo el mismo, independientemente si para éste último momento tuvieren o no un cónyuge o compañero(a) permanente y/o hijo que dependiera económicamente de aquel.

Lo señalado es razón suficiente para negar la existencia de la duda que es requisito sine qua non para la aplicación del principio indubio pro operario.

En efecto , por una parte , aun cuando es cierto que tal principio ha servido para resolver problemas jurídicos que involucran derechos pensionales [273] , recuérdese que los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 carecen, por disposición expresa de la ley, de cualquier naturaleza pensional. Y por otra parte, las disposiciones que incluyó el Acto Legislativo 01 de 2005 sobre el artículo 48 superior no permiten pensar en siquiera la remota posibilidad de aplicar los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 sobre cualquier pensión que se hubiera causado después de expedida la Ley 100 de 1993. Sobre este último particular la Corte se remite a lo señalado bajo los numerales 3.3. y 4 supra de las consideraciones de esta providencia.

6. La prescripción en general y su imposibilidad respecto de derechos que no existen 6.1. Proveniente del derecho romano [274] y de recurrente aparición en los códigos de los sistemas jurídicos civiles [275] aunque también en el common law [276] , la institución de la prescripción surge como medio adecuado y eficaz para la consolidación de las relaciones jurídicas por el paso del tiempo. Definida en el artículo 2512 del Código Civil como “(…) un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo (…)”, la prescripción tiene una faceta adquisitiva (usucapión) y otra extintiva. Mediante esta última la ley prevé la extinción de la acción judicial mediante la cual el ordenamiento garantiza la satisfacción de una obligación privada, laboral o administrativa o la imposición de una sanción penal. Así, transcurrido el término previsto en las leyes para interponer la acción del caso, ésta pierde vigor al punto de

que salvo que el deudor o reo renuncien a ella [277] , el interés jurídico garantizado por la acción pierde la posibilidad de exigirse por la vía judicial.

6.2. En materia laboral, el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CPT) y el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo coinciden en establecer un término de tres (3) años para que opere la prescripción de las acciones previstas para la reclamación de los derechos que regulan las leyes laborales. No obstante, de la irrenunciabilidad de la seguridad social que señala el artículo 48 de la Constitución y de la garantía pensional por que reza el artículo 53 ibid, se desprende que la acción para reclamar la pensión no prescribe. Ciertamente, la Corte, en sede de control de constitucionalidad tanto abstracto como concreto, ha reiterado que " (…) el derecho a solicitar la pensión de jubilación es imprescriptible, con sujeción a los mandatos constitucionales consagrados en la Carta Política de 1991; basta con recordar el artículo 48 constitucional que garantiza el derecho irrenunciable a la seguridad social y el 53 que obliga al pago oportuno de las pensiones ".

[278] Distinto es que las mesadas pensionales ya causadas y que no se hayan reclamado en los tres años atrás anunciados sí prescriban; esto, en razón a que tales emolumentos, si bien surgen de la pensión, no son la pensión misma. Sobre lo recién dicho cabe resaltar cómo la jurisprudencia ha señalado que:

" si bien no existe discusión sobre la imprescriptibilidad e irrenunciabilidad del derecho a la pensión, una situación distinta ocurre con la reclamación de las distintas mesadas pensionales, las cuales si pueden extinguirse si no son reclamadas en los plazos fijados por la ley. Así lo ha determinado la Corte al señalar que la ley puede consagrar una prescripción extintiva para los derechos patrimoniales que surgen del ejercicio de un derecho constitucional (59) [279] " [280] .

6.3. Lo anterior, sin embargo, no justifica pensar que la prescripción extintiva opere cuando ya no existe un derecho susceptible de prescribir. Así, como de lo expuesto a lo largo de esta sentencia, particularmente de lo señalado bajo el numeral 3.2.

supra , se desprende que la causación de cualquier pensión después de la entrada en vigor de la Ley 100 no dio lugar a los incrementos que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 , la respuesta al problema jurídico número 1 planteado al inicio de esta providencia es necesariamente negativa, por lo cual no sería procedente pronunciarse sobre el segundo problema jurídico sino fuera por el caso del señor Mario Ernesto Velasco (Exp. T-5.755.285), que adquirió su derecho de pensión el 17 de enero de 1994, antes de que entrara en vigor la Ley 100, el 1º de abril de 1994 [281] .

6.4. En efecto, de todos los accionantes, el señor Mario Ernesto Velasco fue único que adquirió su derecho de pensión antes de que el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fuera orgánicamente derogado por la entrada en vigencia de la Ley 100. Tal hecho es suficiente para que, dicho sujeto haya adquirido el derecho de beneficiarse del incremento de su pensión en el 14% por la cónyuge que de él depende económicamente; derechos estos que, se reitera, desaparecieron para todos aquellos que adquirieron su derecho a pensionarse con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el 1º de abril de 1994.

6.5. En suma, el derecho de incremento pensional del 14% por cónyuge o compañera o compañero a cargo no prescribe para quienes completaron los requisitos de pensión antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993- lo cual, se reitera, sucedió el 1º de abril de 1994- como es el caso del señor Velasco. Lo que prescribe son las mesadas pensionales ya causadas, precisando de todos modos que, conforme a la ley, tal prescripción se interrumpe con la presentación de la demanda respectiva. Ciertamente, el incremento de 14% tiene una naturaleza sui generis tratándose de la pensión de jubilación y, por tanto, a pesar de no formar parte integrante de la pensión, le aplica la regla que indica que el derecho no prescribe sino las mesadas pensionales a reclamar, en tanto que el artículo 22 del Decreto 758 de 1990 dispone que "el derecho a ellos subsiste mientras perduren las causas que les dieron origen".

6.6. No sobra señalar que dicho derecho de incremento pensional al 14% para quienes cumplieron con los requisitos para acceder al derecho de pensión antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 se encuentra reservado para quienes, en el momento de cumplir con tales requisitos, tuvieren cónyuge o compañera o compañero a cargo y mientras continúen teniéndolo.

En el anterior orden y considerando que, como se señalara en la anulada Sentencia SU-310 de 2017 que mediante la presente providencia se reemplaza, " las mesadas causadas y no reclamadas oportunamente, sí prescriben conforme a la regla general de prescripción de las acreencias laborales contenida en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo" [282] , el derecho adquirido al incremento pensional del 14% a que tiene derecho el señor Velasco se predica de las mesadas pensionales que se causen a partir de la notificación de esta sentencia, así como de las que se hayan causado dentro de los tres años anteriores contados a partir de dicha notificación [283] .

7. Conclusiones De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto legislativo 01 de 2015.

Por ende, la discusión relativa a la prescriptibilidad de la acción tendiente a la obtención de dichos incrementos resulta inane pues la prescripción extintiva sólo puede operar cuando existe un derecho susceptible de prescribir.

Así las cosas, salvo en cuanto toca con el único caso en que un accionante se hizo al derecho al incremento pensional del 14% de que trata el artículo 21 del Decreto 758 por haber adquirido su derecho de pensión antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como salvo de los procesos en donde la acción de tutela presentada no cumplió con el requisito de inmediatez –en donde por tal defecto las sentencias revisadas se declararán improcedentes- la Corte revocará las sentencias en donde se hayan amparado los derechos de los accionantes a obtener cualquiera de los incrementos pensionales que señaló el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 y, en su lugar, negará el amparo por no ser la prescripción una institución aplicable a un derecho que ya había dejado de existir.

IV. DECISIÓN En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política, RESUELVE Primero.- CONFIRMAR los fallos que negaron las acciones de tutela presentadas por: (i) Mardoqueo Silva Alfonso (Exp. T-5.647.921) ; (ii) David Hernández Olaya y Samuel Vargas Vargas (Exp.T-5.647.925) ; (iii) Urias Carrillo Parejo (Exp.

T-5.725.986) ; (iv) José Eugenio Flautero Torres (Exp.T-5.840.729) ; y (v) Miguel Ángel Alayon Cotrino (Exp.T-5.841.624) ; confirmaciones éstas que para todos los anteriores casos, sin embargo, se fundamentan en las razones expuestas en esta sentencia.

Segundo: REVOCAR los fallos de tutela que negaron las acciones de tutela presentadas por (i) Julio Gómez Iglesias (Exp. T-5.856.779), (ii) María Emma Rincón Loaiza (Exp. T-5.856.793), (iii) Carlos Vidal Segura Rodríguez y (iv) Jorge Enrique Farías Castañeda (Exp.

T-5.766.246) y en su lugar RECHAZAR por improcedentes las acciones de tutela que culminaron con dichos fallos, por las razones expuestas en esta providencia.

Tercero: REVOCAR el fallo de tutela que declaró improcedente la acción de tutela presentada por Luis Carlos León Díaz, Sara María Velasco, Fausto Perea y Emérito Mera (Exp.

T-5.844.421) y en su lugar NEGAR la acción de tutela que culminó con dicho fallo, por las razones expuestas en esta providencia. Cuarto: REVOCAR el fallo de tutela que declaró improcedente la acción de tutela presentada por Mario

Ernesto Velasco (Exp.

T-5.755.285) y en su lugar CONCEDER la acción de tutela que culminó con dicho fallo, por las razones expuestas en esta providencia. Quinto: De acuerdo con lo señalado bajo el anterior numeral Cuarto, ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, que, en el plazo máximo de diez (10) días contados a partir de la notificación de esta sentencia, aplicando el orden constitucional y legal vigente, reconozca el incremento pensional a favor del señor Mario Ernesto Velasco (Exp.

T-5.755.285) . De igual manera, ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, realizar a favor del señor Mario Ernesto Velasco, los pagos retroactivos no prescritos, comprendidos en los tres años anteriores contados a partir de la notificación de la presente sentencia de unificación, siempre y cuando conserve la condición de cónyuge de quien tiene a su cargo.

Sexto.- REMITIR copias del expediente T-5.844.421 a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, para lo de su competencia, teniendo en cuenta las actuaciones surtidas por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Cauca, dentro de la acción de tutela de la referencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO Presidente Con salvamento de voto CARLOS BERNAL PULIDO Magistrado DIANA FAJARDO RIVERA Magistrada Con salvamento de voto LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ Magistrado ALEJANDRO LINARES CANTILLO Magistrado ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO Magistrado CRISTINA PARDO SCHLESINGER Magistrada JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS Magistrado Con salvamento de voto ALBERTO ROJAS RÍOS Magistrado Con salvamento de voto MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ Secretaria General Anexo A continuación se presentan los antecedentes de cada uno de los expedientes bajo estudio que han sido acumulados por presentar unidad de materia, además de las actuaciones surtidas en sede de revisión. Este anexo forma parte integral de la presente sentencia.

I. ANTECEDENTES Los accionantes solicitan el reconocimiento del incremento pensional del 14% por cónyuge o compañero o compañera permanente a cargo, el cual, en diez de los casos, les fue negado por las autoridades judiciales que conocieron de las demandas ordinarias laborales presentadas contra la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y en uno de ellos, directamente por esa administradora de pensiones. En uno de dichos once casos se solicitó, además, el reconocimiento del incremento pensional del 7% por hijo a cargo, todo ello en los términos del artículo 21 del Decreto 758 de 1990.

1. Expediente T-5.647.921 1.1. Hechos y solicitud 1.1.1. El señor Mardoqueo Silva Alfonso instauró demanda ordinaria laboral contra Colpensiones pretendiendo que le fuera reconocido y pagado el incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo.

[284] El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá que conoció del proceso en primera instancia, decidió reconocer los incrementos pensionales a partir del cuatro (04) de diciembre de dos mil diez (2010), debidamente indexados, declarando prescritos los anteriores a dicha fecha.

[285] La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. revocó la orden proferida por considerar que el derecho reclamado se encontraba prescrito.

[286] 1.1.2. El actor precisa que durante el trámite del proceso ordinario laboral, se logró demostrar que cumplió a cabalidad con los requisitos establecidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 para acceder a los incrementos pensionales solicitados, por lo que la decisión proferida en segunda instancia es contraria a derecho y vulnera sus derechos fundamentales. Aclara que en varios pronunciamientos la Corte Constitucional ha sostenido que los

incrementos pensionales por persona a cargo, no prescriben de manera total, sino parcial, por lo que debió el Tribunal confirmar la decisión del juez de primera instancia. Solicita el reconocimiento del incremento pensional.

1.2. Contestación de la entidad accionada Admitida la tutela el cinco (05) de mayo de dos mil dieciséis (2016), la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia corrió traslado a la parte accionada para que ejerciera su derecho de defensa y rindiera informe sobre los hechos expuestos en el escrito de tutela dentro de los dos días siguientes a la notificación del oficio. Asimismo vinculó a la actuación a los intervinientes dentro del proceso ordinario laboral controvertido, por tener interés en la acción constitucional.

Sin embargo, el término anterior venció, sin que la parte accionada ni los intervinientes rindieran el informe requerido. 1.3. Decisión judicial objeto de revisión La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia resolvió negar la acción de tutela de la referencia al considerar que la providencia censurada es el resultado de una labor de hermenéutica propia de la autoridad judicial que la profirió. Ello teniendo en cuenta que el juez de conocimiento actuó bajo criterios mínimos de razonabilidad, a la luz de lo que arrojaba la situación fáctica planteada al interior del proceso y de las normas legales y jurisprudenciales aplicables al asunto debatido. En relación con la prescripción del derecho a los incrementos pensionales por cónyuge a cargo, consideró acertados los argumentos expuestos por el Tribunal en la providencia acusada, conforme a los cuales el fenómeno prescriptivo opera de forma total sobre el incremento peticionado cuando este derecho no se reclama dentro de los tres años siguientes a la fecha de reconocimiento de la pensión.

[287] 2. Expediente T-5.647.925 2.1. Hechos y solicitud 2.1.1. Los señores Samuel Vargas Vargas y David Hernández Olaya indican que, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, les fue reconocida su pensión de vejez.

[288] Que m ediante derecho de petición le solicitaron a Colpensiones el reconocimiento y pago del incremento del 14% por cónyuge a cargo, y que en vista a que no recibieron respuesta de fondo a lo planteado en la solicitud, presentaron demanda ordinaria laboral en su contra, de la cual conoció el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá.

2.1.2. Sostienen que el Juzgado de conocimiento, ordenó a Colpensiones reconocer a su favor las sumas de $6.671.756 y $6.880.454, respectivamente, equivalente al 14% de la pensión mínima legal mensual, debidamente indexada.

[289] La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que conoció del proceso en segunda instancia, revocó la orden proferida para en su lugar negar el reconocimiento del incremento pensional solicitado, al considerar que dicha prestación estaba afectada por el fenómeno de la prescripción de los tres años.

[290] 2.1.3. Solicitan el reconocimiento del incremento pensional. Advierten que son personas de la tercera edad y que la reclamación del reconocimiento y pago del incremento pensional se mantiene en la actualidad, siendo la pensión que perciben el único ingreso con el que cuentan para solventar sus necesidades básicas y las de sus esposas.

[291] 2.2. Contestación de la entidad accionada Admitida la demanda el dieciocho (18) de mayo de dos mil dieciséis (2016), la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia corrió traslado a la parte accionada para que dentro del término de los dos días siguientes a la notificación del oficio, rindiera informe sobre los hechos expuestos en el escrito de tutela, asimismo vinculó a la actuación a los intervinientes dentro del proceso ordinario laboral controvertido, por tener interés en la acción constitucional. Sin embargo, el término venció sin que la parte accionada ni los intervinientes rindieran el informe requerido.

2.3. Decisión judicial objeto de revisión La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia resolvió denegar el amparo deprecado al considerar que el Tribunal accionado acogió los precedentes jurisprudenciales en la materia, por lo que no se puede tildar de arbitraria o caprichosa su decisión, “ ni si quiera por el hecho de que otras corporaciones judiciales tengan distinto criterio sobre el asunto ”. Sobre el particular, advirtió que los incrementos pensionales solicitados por los accionantes no forman parte de las pensiones de vejez. Asimismo citó jurisprudencia de la Corte

Suprema de Justicia conforme a la cual “ bien puede aplicarse para efectos de estos incrementos la tesis de que los mismos prescriben si no se reclaman dentro de los 3 años siguientes a su exigibilidad, debiendo entenderse que son exigibles desde el momento en que se produjo el reconocimiento de la pensión de vejez o de invalidez ” [292] .

[293] 3. Expediente T-5.725.986 3.1. Hechos y solicitud 3.1.1. El señor Urias Carrillo Parejo manifiesta que el Instituto de los Seguros Sociales reconoció a su favor la pensión de jubilación y que en consecuencia, elevó reclamación administrativa ante Colpensiones para obtener el reconocimiento del incremento del 14% correspondiente al auxilio de su esposa.

[294] La petición fue resuelta desfavorablemente a sus intereses, por lo que promovió demanda laboral de única instancia. El Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Barranquilla, Atlántico, que conoció de la demanda, absolvió a Colpensiones al declarar probada la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada.

[295] 3.1.2. Considera que la decisión proferida por la autoridad judicial accionada incurrió en desconocimiento del precedente constitucional, por lo que solicita el reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% de su mesada pensional a partir del doce (12) de septiembre de dos mil diez (2010).

3.2. Contestación de la entidad accionada 3.2.1. Admitida la demanda el día diecisiete (17) de julio de dos mil quince (2015), el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Barranquilla, Atlántico, corrió traslado a los accionados para que se pronunciaran sobre los hechos materia de tutela, dentro de los tres días siguientes a la notificación del proveído.

3.2.2. El Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas de Barranquilla, Atlántico, informó que no existió vulneración de ningún derecho fundamental en la sentencia proferida, pues se procedió respetando las prescripciones constitucionales, legales y jurisprudenciales aplicables al caso concreto. Al estudiar la excepción de prescripción propuesta oportunamente por la accionada, se observó que el término de tres años para reclamar los derechos pensionales derivados de su condición de pensionado por vejez, no fue interrumpido oportunamente, puesto que la reclamación administrativa fue presentada el doce (12) de septiembre de dos mil trece (2013), cuando ya habían transcurrido más de tres años desde la fecha del reconocimiento pensional. Asimismo, adujo que se separó del precedente sentado en la sentencia T-217 de 2013 para apegarse al precedente de la Corte Suprema de Justicia, conforme al cual, los incrementos pensionales no forman parte de la pensión, por lo que pueden quedar afectados por el fenómeno de la prescripción.

[296] 3.3. Decisiones judiciales objeto de revisión 3.3.1. El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Barranquilla, Atlántico decidió tutelar los derechos fundamentales invocados por el actor y ordenar a la autoridad judicial accionada proferir nueva sentencia dentro del proceso ordinario laboral de única instancia iniciado, reconociendo a su favor el incremento del 14% sobre la mesada pensional por cónyuge dependiente. Aclaró que de aplicar el fenómeno prescriptivo, lo sería por los incrementos pensionales no reclamados en el tiempo estipulado en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, [297] teniendo en cuenta el precedente sentado por la Corte Constitucional en la sentencia T-217 de 2013.

[298] 3.3.2. La Jueza Tercera Municipal de Pequeñas Causas Laborales, Sandra Margarita Rojas Agudelo, impugnó el fallo de primera instancia teniendo en cuenta que en virtud del artículo 230 Superior, los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley. En su concepto, la jurisprudencia es un criterio meramente auxiliar de la actividad judicial que no constituye una “camisa de fuerza” capaz de atar al juzgador de instancia. Sostuvo que la sentencia T-217 de 2013 invocada por el actor, al ser una sentencia de tutela, tiene carácter obligatorio únicamente para las partes (inter partes) y su motivación solo constituye un criterio auxiliar para la actividad de los jueces; a diferencia de aquellas sentencias proferidas en sede de control abstracto de constitucionalidad, cuyos efectos se extienden a todos (erga omnes). Por último, aclaró que el precedente referente a la prescripción de los incrementos pensionales previsto en esa

dependencia judicial desde el año 2007, ha sido el criterio reiterado desde que se creó el Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Barranquilla.

3.3.3. La Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Atlántico, revocó la sentencia de primera instancia para en su lugar denegar el amparo constitucional. Consideró que el precedente del Tribunal de cierre en materia laboral, Corte Suprema de Justicia, predica que los incrementos pensionales por personas a cargo sí prescriben. Por otra parte adujo que la acción de tutela no llena el requisito de la inmediatez, toda vez que la sentencia atacada fue proferida el siete (07) de agosto de dos mil catorce (2014) y la acción fue presentada hasta el dos (02) de marzo de dos mil quince (2015), después de seis meses y veinticinco días de haberse proferido el fallo acusado.

[299] 4. Expediente T-5.755.285 4.1. Hechos y solicitud 4.1.1. El señor Mario Ernesto Velasco manifiesta que Colpensiones le negó el reconocimiento del incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo que solicitó, con fundamento en que operó la prescripción del derecho, al haberse presentado la solicitud por fuera del periodo de tres años que concede la legislación laboral.

[300] 4.1.2. Aduce que conforme a la jurisprudencia constitucional, los derechos pensionales son imprescriptibles, por lo que existió una vulneración de sus derechos fundamentales. Además pone de presente que es una persona de la tercera edad cuyo único ingreso para solventar las necesidades básicas propias y de su esposa, es la pensión de vejez que percibe.

[301] Solicita el reconocimiento del incremento pensional. 4.2. Contestación de la entidad accionada 4.2.1. Admitida la demanda el día seis (06) de mayo de dos mil dieciséis (2016), el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Popayán, Cauca, vinculó al trámite de tutela a la Gerencia Nacional de Reconocimiento y a la Vicepresidencia de Beneficios y Prestaciones de la Administradora Colombiana de Pensiones y solicitó un informe sobre los hechos expuestos por el accionante.

4.2.2. Carlos Alberto Parra Aristizábal, Vicepresidente Jurídico y Secretario General de Colpensiones, informó que mediante Resolución GNR-358558 de 2015 se resolvió la solicitud presentada por el accionante sobre el reconocimiento del incremento pensional del 14% por persona a cargo. Además, en virtud de las Resoluciones GNR-4782 y VPB-15045 de 2016 se resolvieron los recursos de reposición y apelación interpuestos por el actor. Por lo que si todavía presenta desacuerdo frente a lo resuelto, debe agotar los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para tal fin y no reclamar su solicitud vía acción de tutela. En este sentido, consideró que no es competencia del juez de tutela realizar un análisis de fondo frente al reconocimiento de la prestación económica solicitada.

4.3. Decisión judicial objeto de revisión El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Popayán, Cauca, resolvió declarar improcedente el amparo constitucional invocado, manifestando que el accionante no ha acudido a los medios ordinarios que tiene a su alcance para lograr el reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por persona a cargo. Correspondiéndole al juez ordinario y no al juez de tutela determinar si la entidad tiene la obligación de reconocer o no la prestación económica solicitada. Además precisó que no existe en el expediente prueba alguna que demuestre la existencia de un perjuicio irremediable que sustente transitoriamente el amparo constitucional.

[302] 5. Expediente T-5.766.246 5.1. Hechos y solicitud 5.1.1. Jorge Enrique Farías Castañeda s ostiene que Colpensiones reconoció a su favor la pensión de vejez, por lo que solicitó el reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por persona a cargo, teniendo en cuenta que convive con la señora María Nayith Amaya Urueña, quien depende económicamente de él.

[303] Su solicitud fue negada con fundamento en que el derecho prescribió. [304] 5.1.2. Menciona que en consecuencia, acudió ante la jurisdicción ordinaria laboral a fin de obtener el reconocimiento del incremento pensional. El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C. resolvió declarar probada la excepción de prescripción propuesta por la parte

demandada y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. que conoció del asunto en segunda instancia, decidió confirmar el fallo apelado.

[305] Solicita el reconocimiento del incremento pensional. 5.2. Contestación de la entidad accionada 5.2.1. Admitida la demanda el veintidós (22) de junio de dos mil dieciséis (2016), la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia dispuso vincular a las partes, intervinientes y autoridades judiciales en el proceso controvertido, y se les corrió traslado para que, si lo estimaban pertinente, ejercieran el derecho de réplica.

5.2.2. Gustavo Adolfo Reyes Medina, apoderado judicial del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación, solicitó desvincular a su representado de la acción de tutela de la referencia, a raíz de la orden de supresión y liquidación de dicha entidad.

Siendo la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, la competente como nueva administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

[306] 5.2.3. Carlos Alberto Parra Satizábal, Vicepresidente Jurídico y Secretario General de Colpensiones, solicitó la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela, al considerar que ésta no es la vía adecuada para la reclamación que pretende el accionante.

5.3. Decisiones judiciales objeto de revisión 5.3.1. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia resolvió negar el amparo constitucional invocado al considerar que en las providencias acusadas no se configuró un yerro de entendimiento manifiesto u ostensible, que justifique la intervención del juez constitucional. Pues las autoridades judiciales accionadas expusieron con suficiencia los motivos de la decisión adoptada, con apoyo en la estimación que le dio al material probatorio recopilado.

[307] 5.3.2. El accionante impugnó el fallo argumentando que el Tribunal acusado desconoció el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional respecto de la imprescriptibilidad de los incrementos pensionales por persona a cargo, vulnerando así los derechos fundamentales invocados.

5.3.3. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió confirmar el fallo de primera instancia, indicando que además, no se cumplió con el requisito de inmediatez propio de la acción de tutela, pues la misma fue interpuesta diez meses después de haberse proferido la providencia acusada. Lo cual desconoce la esencia de ese mecanismo constitucional, que es la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando son objeto de violaciones inminentes.

[308] 6. Expediente T-5.840.729 6.1. Hechos y solicitud 6.1.1. El señor José Eugenio Flautero Torres, [309] casado con Leonor Romero desde hace cincuenta años, [310] solicitó el reajuste de su mesada pensional con su respectivo incremento por concepto de cónyuge a cargo ante Colpensiones, teniendo en cuenta que cuando fue reconocida la pensión de vejez a su favor, no tenía conocimiento de que tenía derecho a reclamarlo.

[311] Colpensiones negó el reajuste pensional considerando que operó la prescripción del derecho. 6.1.2. En consecuencia, instauró demanda ordinaria laboral contra Colpensiones, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Sexto Laboral de Descongestión del Circuito de Bogotá D.C., que resolvió declarar probada la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada;

[312] decisión confirmada en segunda instancia por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.

[313] 6.1.3. El actor interpuso acción de tutela en el año dos mil trece (2013) contra Colpensiones y las autoridades judiciales que resolvieron sobre el proceso ordinario laboral, cuyo conocimiento correspondió a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en primera instancia denegó el amparo constitucional invocado al

considerar que las providencias judiciales acusadas fueron fruto de una interpretación razonada y ponderada; en segunda instancia, la Sala de Casación Penal confirmó el fallo.

[314] 6.1.4. El accionante considera que hubo un cambio de jurisprudencia en torno a la imprescriptibilidad de los incrementos pensionales desde que la Corte Constitución profirió la sentencia T-369 de 2015, por lo que solicitó nuevamente ante Colpensiones el reconocimiento del incremento pensional con fundamento en dicho fallo.

[315] Colpensiones negó nuevamente el derecho pensional, pero " no mencionó la prescripción del derecho sino que se ocupó de otras situaciones, por lo que considero que no fue contestada la reclamación sobre mi petición pensional ".

Solicita el reconocimiento del incremento pensional. 6.2. Contestación de la entidad accionada 6.2.1. Admitida la tutela el veintiuno (21) de julio de dos mil dieciséis (2016), el Juzgado Octavo Penal para Adolescentes con Función de Conocimiento de Bogotá D.C., le corrió traslado de la demanda y sus anexos a Colpensiones, para que dicha entidad ejerciera su derecho de defensa.

6.2.2. El Vicepresidente Jurídico y Secretario General de Colpensiones, Carlos Alberto Parra Satizábal, sostuvo que la acción de tutela es improcedente teniendo en cuenta que la entidad ya dio respuesta a la petición del actor mediante oficio que es de su conocimiento, en el que se indicaron los motivos por los cuales no es procedente el incremento del 14% que reclama. Alegó también su improcedencia por falta de subsidiariedad.

6.3. Decisiones judiciales objeto de revisión 6.3.1. El Juzgado Octavo Penal para Adolescentes con Función de Conocimiento de Bogotá D.C. resolvió denegar el amparo constitucional deprecado, al considerar que: (i) el accionante no probó afectación alguna a su mínimo vital, porque ostenta la condición de pensionado y percibe una mesada pensional en forma permanente que le permite sufragar los gastos necesarios de manutención de su núcleo familiar;

(ii) la entidad accionada atendió el requerimiento del actor y resolvió de fondo su pretensión tendiente a obtener el reconocimiento del incremento pensional por cónyuge a cargo.

[316] 6.3.2. El accionante impugnó el fallo de instancia reiterando que la reclamación administrativa ante Colpensiones obedeció al cambio de jurisprudencia de la Corte Constitucional a partir de la sentencia T-369 de 2015, que permite la reclamación de los incrementos pensionales en cualquier tiempo. Adicionó que Colpensiones no dio respuesta de fondo a su petición, ya que no se refirió al tema de la imprescriptibilidad de los incrementos pensionales.

6.3.3. La Sala de Asuntos Penales para Adolescentes del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. resolvió confirmar el fallo de primera instancia, indicando que en virtud del " choque de criterios jurídicos de las Salas de Revisión de la Corte Constitucional " sobre la imprescriptibilidad de los incrementos pensionales, no puede el juez constitucional vía tutela imponer a los jueces naturales, ni a las entidades que administran el sistema de pensiones, criterios que a la fecha no han sido unificados por el máximo tribunal de la jurisdicción, pues ello atentaría contra los principios de autonomía e independencia judicial.

[317] 7. Expediente T-5.841.624 7.1. Hechos y solicitud 7.1.1. Una vez reconocida la pensión de vejez a favor del señor Miguel Ángel Alayon Cotrino, [318] éste procedió a solicitarle a Colpensiones el reconocimiento del incremento pensional por cónyuge a cargo;

[319] pretensión que fue denegada, por lo que instauró demanda ordinaria laboral en su contra. 7.1.2. El Juzgado Segundo Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C., que conoció en primera instancia sobre el asunto laboral, resolvió absolver a Colpensiones con fundamento en que encontró probada la excepción de prescripción alegada por la parte demandada.

[320] Esta decisión fue confirmada por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C. [321] 7.1.3. Alega que la Corte Constitucional se ha pronunciado frente a la imprescriptibilidad de los incrementos pensionales en

sede de revisión, por lo que solicita el acogimiento de dicho precedente y que en este sentido, se reconozca a su favor la prestación pensional en mención. Solicita el reconocimiento del incremento pensional.

7.2. Contestación de la entidad accionada 7.2.1. Admitida la tutela, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. vinculó a Colpensiones y corrió traslado a los accionados para que se pronunciaran sobre los hechos expuestos en la acción de tutela, además requirió al Juzgado Segundo Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C. para que remitiera, en calidad de préstamo, el expediente No. 2015-36000.

7.2.2. El Juzgado Segundo Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C. allegó el expediente solicitado en calidad de préstamo y se ratificó en todos los argumentos expuestos en la sentencia acusada, en donde se declaró probada la excepción de prescripción; indicó que el fallo se profirió con base en las pruebas allegadas oportuna y legalmente al proceso, siendo estas documentales, por lo que consideró que la decisión se encuentra suficientemente soportada jurídica y probatoriamente.

7.2.3. Carlos Alberto Parra Satizábal, Vicepresidente Jurídico y Secretario General de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, solicitó la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela de la referencia, en tanto existen otros mecanismos para solicitar el incremento pensional solicitado, por lo que no es competencia del juez constitucional realizar un análisis de fondo frente al reconocimiento del mismo.

7.3. Decisiones judiciales objeto de revisión 7.3.1. La Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. resolvió negar el amparo constitucional solicitado, al considerar que la sentencia objeto de reproche fue razonablemente motivada y que no adolece de vicios o errores que ameriten la intervención excepcional del juez de tutela.

No puede afirmarse que existió desconocimiento del precedente jurisprudencial, si se tiene en cuenta que el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria ha admitido que los incrementos pensionales sí prescriben con el paso del tiempo.

[322] 7.3.2. El accionante, por medio de su apoderada judicial, impugnó el fallo de primera instancia al considerar que las autoridades judiciales accionadas dieron prelación al precedente jurisprudencial sentado por la Corte Suprema de Justicia, sobre el de la Corte Constitucional, en materia de prescripción de incrementos pensionales.

Lo cual, en su concepto, resulta vulneratorio de sus derechos fundamentales, en especial el de igualdad, pues en sentencias T-217 de 2013, T-831 de 2014 y T-369 de 2015 la Corte manifestó que los incrementos pensionales son imprescriptibles.

7.3.3. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo de primera instancia, precisando que la decisión acusada fue acorde a los pronunciamientos que ha realizado esta Corte en asuntos de similares contornos, como máximo órgano de la jurisdicción laboral encargado por la Constitución Política de unificar la jurisprudencia en la especialidad normativa, en los cuales ha reiterado que los incrementos pensionales por cónyuge o compañero permanente prescriben en el término trienal establecido en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Además advirtió, sobre la aplicación del precedente jurisprudencial sentado por la Corte Constitucional en las sentencias traídas a colación en la impugnación, que por regla general, las sentencias proferidas por esa Corporación en sede de revisión, dentro de una acción de tutela, tienen efectos en el caso concreto respecto a las partes involucradas en el trámite; máxime si se tiene en cuenta que los juzgados accionados sí ofrecieron un mínimo razonable de argumentación para abstenerse de aplicar dicho precedente al caso sometido a su escrutinio.

[323] 8. Expediente T-5.844.421 8.1. Hechos y solicitud 8.1.1. Los señores Luis Carlos León Díaz, Sara María Velasco, Fausto Perea y Emérito Mera, pensionados del Instituto de Seguros Sociales, formularon demanda ordinaria laboral de

única instancia contra Colpensiones por la negativa a reconocerse a su favor el incremento pensional del 14% por persona a cargo.

[324] 8.1.2. El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán, Cauca, conoció de la demanda laboral en primera instancia, y en tres de los cuatro casos reconoció y ordenó el pago del incremento pensional del 14% por persona a cargo a favor de Sara María Velasco, Luis Carlos León Díaz y Fausto Perea. En el caso de Emérito Mera, el Juzgado negó las pretensiones de la demanda, pues para la época ya había cambiado de criterio jurídico y había acogido la tesis de la prescripción del derecho a los incrementos pensionales.

8.1.3. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Cauca, conoció de los cuatro procesos en segunda instancia. Frente a los casos de Sara María Velasco, Luis Carlos León Díaz y Fausto Perea resolvió revocar el fallo de primera instancia declarando probada la excepción de prescripción de la acción y de los derechos laborales de los pensionados. En el caso de Emérito Mera el Tribunal confirmó la providencia de primera instancia pero su fundamento para negar el reconocimiento de la prestación no fue la prescripción del derecho, sino el hecho de que no se acreditó la calidad de compañera permanente del pensionado.

[325] 8.1.4. Los accionantes afirman que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Cauca, cambió de criterio frente a la prescripción de los incrementos pensionales por persona a cargo a partir de la sentencia del dieciséis (16) de febrero de dos mil doce (2012), en la cual se consideró que en materia pensional, el derecho no prescribe, pues lo que prescribe son las mesadas pensionales. Esto los motivó a demandar nuevamente a Colpensiones.

8.1.5. Por último, el Juzgado Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Popayán, Cauca, que conoció de las demandas laborales en única instancia, en cada caso consideró probada la excepción previa de cosa juzgada, por lo que negó las pretensiones de los accionantes.

[326] 8.1.6. El apoderado judicial de los accionantes alega que éstos son personas mayores que padecen de enfermedades propias de la edad: (i) Luis Carlos León Díaz tiene 79 años de edad y su esposa tiene 80 años;

[327] (ii) Sara María Velasco tiene 79 años de edad y su compañero permanente tiene 67 años; [328] (iii) Fausto Perea tiene 72 años de edad y su esposa tiene 69 años;

[329] (iv) Emérito Mera tiene 76 años y su compañera permanente tiene 63 años. [330] 8.1.7. Solicita que se dejen sin efectos los autos interlocutorios proferidos por el Juzgado Municipal de Pequeñas Causas Laborales dentro de los procesos laborales respectivos, para que en su lugar sea reconocido el derecho al incremento pensional a favor de los accionantes.

8.2. Contestación de la entidad accionada 8.2.1. La demanda fue radicada en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la cual, mediante auto del dos (02) de junio de dos mil dieciséis (2016) consideró que “ (…) aun cuando en los hechos narrados por el apoderado de los accionantes se menciona al Tribunal Superior de Popayán y las decisiones que tomó en los primeros procesos adelantados, lo cierto es que el quebrando de las garantías constitucionales no se endilga a esa autoridad judicial, pues en la realidad la inconformidad planteada radicada en las decisiones tomadas por el Juzgado Municipal de Pequeñas Causas Laborales de la citada ciudad ”. En este sentido ordenó la remisión del expediente a reparto de los Juzgados Laborales del Circuito de Popayán, para que se tramite y se adopte el fallo a que haya lugar, ello por ser el superior funcional del despacho accionado.

8.2.2. Mediante auto interlocutorio No. 461 del veintiuno (21) de junio de dos mil dieciséis (2016), el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, Cauca, avocó conocimiento del asunto y admitió la acción de tutela. Vinculó como tercero interesado a Colpensiones y ordenó al Juzgado de Pequeñas Causas Laborales de Popayán remitir un informe sobre los hechos expuestos en el escrito de tutela y copia de los expedientes correspondientes.

8.2.3. La jueza de pequeñas causas laborales de Popayán, Doctora Diana Milena Merchán Hamon, consideró que la acción de tutela no comporta una alternativa procesal válida para controvertir aquellas sentencias judiciales sobre las cuales recae el efecto de la cosa juzgada material, salvo que por su intermedio el operador jurídico haya desconocido de manera flagrante y arbitraria alguno de los elementos constitutivos del derecho fundamental al debido proceso. Lo cual no ocurrió en el caso concreto, pues su despacho no incurrió en vía de hecho alguna. Explicó que en efecto hubo cosa juzgada sobre el asunto sometido a su conocimiento, en tanto:

"Los demandantes que interpusieron las demandas en este Despacho con antelación habían promovido un proceso en contra de la misma entidad en este caso COLPENSIONES, por lo tanto se puede hablar de una identidad de partes.

Lo que se pretendía era el reconocimiento pago del incremento del 14% por cónyuge, pretensiones que ya habían sido objeto de estudio por parte del Juzgado que conoció por primera vez de los procesos.

3. Los procesos se fundaban en la misma causa anterior es decir el hecho de ser beneficiarios del Art. 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año".

Por último argumentó que la acción no cumple con el principio de inmediatez que la caracteriza, pues " (…) las audiencias en las que se declaró probada la excepción de cosa juzgada se realizaron una el 20 de enero, dos el 28 de julio y la última el 04 de diciembre del año 2015, y solo hasta la fecha se interpone la presente tutela ".

[331] 8.2.4. El Vicepresidente de Financiamiento e Inversiones de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, solicitó su desvinculación del trámite de tutela por falta de legitimación en la causa por pasiva. Ello con fundamento en que la entidad " solo puede asumir asuntos relativos a la Administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida en materia pensional, ya que éste es el marco de su competencia y en consecuencia, no puede asumir otros temas diferentes, ya que COLPENSIONES no se encuentra legalmente facultada para ello ".

8.3. Decisiones judiciales objeto de revisión 8.3.1. El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, Cauca, resolvió declarar improcedente la acción de tutela de la referencia, al considerar que las decisiones acusadas fueron proferidas " (…) dentro del rigor que impone el procedimiento de trabajo y de la seguridad social, pero además las mismas se sustentan en argumentos serios y razonables por los cuales se declaró la cosa juzgada (…) ".

Indicó que la decisión de negar los incrementos pensionales no comporta un error caprichoso o contrario al ordenamiento jurídico, pues se sustentó en la cosa juzgada, ya que la misma pretensión había sido resuelta de manera definitiva por el juez ordinario, sin que el cambio de posición pueda considerarse una vía de hecho. Por otra parte indicó que no se cumplió con el principio de inmediatez propio de la acción de tutela.

[332] 8.3.2. El apoderado judicial de los accionantes impugnó el fallo de primera instancia reiterando los argumentos esgrimidos en el escrito de tutela. Frente al supuesto incumplimiento del requisito de inmediatez, arguyó que los cuatro casos " (…) tratan de una prestación periódica, imprescriptible e irrenunciable y si queda en firma la improcedente de la acción de tutela, a mis representados se les está quitando el derecho a solicitar esta prestación, lo cual es ilógico y absurdo en un estado social de derecho como el nuestro en el cual priman los derechos sustanciales sobre los formales, por lo cual esta es una excepción al requisito de procedibilidad de 6 meses para que pueda considerarse la viabilidad de la tutela ". En cuanto al caso de Emérito Mera, precisó que la tutela sí fue presentada dentro de los seis meses desde que se profirió la providencia acusada, ya que se radicó en la Corte Suprema de Justicia el veinticuatro (24) de mayo de dos mil dieciséis (2016).

8.3.3. La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Cauca, confirmó el fallo de primera instancia al considerar que la autoridad judicial accionada no incurrió en vía de hecho, pues hizo bien en declarar probada la excepción de cosa juzgada, al tener la nueva demanda los mismos hechos y pretensiones de las demandas de

instancia que fueron resueltas por este Tribunal. Precisó que no hubo desconocimiento del precedente jurisprudencial en tanto la Corte Constitucional no ha unificado su criterio frente a la prescripción de los incrementos pensionales.

[333] 9. Expediente T-5.856.779 9.1. Hechos y solicitud 9.1.1. El accionante, Julio Gómez Iglesias, formuló demanda ordinaria laboral contra Colpensiones por la negativa a reconocérsele el incremento pensional por cónyuge a cargo, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Barranquilla, Atlántico, en primera instancia. El juzgado resolvió declarar probada la excepción de prescripción formulada por la parte demandada; decisión confirmada en segunda instancia por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Atlántico.

[334] 9.1.2. Considera que los fallos acusados desconocieron el principio de favorabilidad y el precedente jurisprudencial sentado por la Corte Constitucional en la materia. En este sentido solicita el amparo de sus derechos fundamentales y en consecuencia, el reconocimiento del incremento pensional solicitado.

9.2. Contestación de la entidad accionada 9.2.1. Admitida la demanda el primero (1º) de agosto de dos mil dieciséis (2016), la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia vinculó al trámite al Juzgado Tercero Laboral del Circuito y al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Atlántico y a Colpensiones.

9.2.2. Heidi Cristina Guerrero y María Olga Henao Delgado, integrantes de la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Atlántico, solicitaron la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela teniendo en cuenta que: (i) la decisión judicial fue adoptada conforme los lineamientos trazados por la Corte Suprema de Justicia en cuanto a la prescripción de los incrementos pensionales; y (ii) no se cumple con el requisito de inmediatez, pues la acción de tutela fue interpuesta después de dos años y cuatro meses de haber sido proferida la sentencia objeto de reproche.

[335] 9.2.3. Carlos Alberto Parra Satizábal, Vicepresidente Jurídico y Secretario General de Colpensiones, consideró que el accionante desnaturaliza la acción de tutela al pretender el reconocimiento de un incremento pensional por medio de un proceso caracterizado por su inmediatez y subsidiariedad.

9.3. Decisiones judiciales objeto de revisión 9.3.1. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia resolvió negar el amparo constitucional al considerar que en el caso concreto no se cumplió con el requisito de inmediatez propio de la acción de tutela, pues esta fue interpuesta cerca de cinco años después de haberse proferido la providencia judicial acusada, sin que se hubiere ofrecido una razón objetiva para justificar la tardanza. Por otra parte, las sentencias acusadas se ajustan al precedente jurisprudencial sentado por esa Corte, en lo que tiene que ver con la prescripción de los incrementos pensionales.

[336] 9.3.2. El accionante impugnó el fallo de primera instancia indicando que las interpretaciones opuestas sobre una misma norma jurídica no pueden atentar contra el principio de favorabilidad en materia laboral. En cuanto a la inmediatez, precisó que la acción de tutela no cuenta con un término de caducidad, además la vulneración de sus derechos fundamentales continúa y es actual.

9.3.3. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió confirmar el fallo de instancia en consideración a que si bien no existe un plazo perentorio para el ejercicio de la acción de tutela, su finalidad es la protección inmediata de los derechos fundamentales, de manera que su interposición debe tener lugar dentro de un plazo razonable, oportuno y justo. En este sentido, y al haber transcurrido casi cinco años desde la presunta vulneración de los derechos fundamentales del actor, la acción de tutela es improcedente.

[337] 10. Expediente T-5.856.793 10.1. Hechos y solicitud 10.1.1. La accionante, María Emma Rincón Loaiza, [338] solicitó ante Colpensiones el reconocimiento del incremento pensional del 21% por cónyuge e hija menor de edad a cargo.

[339] Petición que fue negada por la entidad. [340] 10.1.2. En consecuencia, instauró demanda ordinaria laboral contra Colpensiones, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Cuarto de Descongestión Laboral del Circuito de Medellín, Antioquia, el cual resolvió declarar probada la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada;

[341] decisión confirmada en segunda instancia por la Sala Quinta Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Antioquia.

[342] 10.1.3. Considera que los juzgados accionados incurrieron en desconocimiento del precedente jurisprudencial, teniendo en cuenta que en el pasado, la Corte Constitucional ha reconocido el carácter imprescriptible de los incrementos pensionales.

Solicita el reconocimiento de los incrementos pensionales. 10.2. Contestación de la entidad accionada 10.2.1. Admitida la demanda mediante auto del diecisiete (17) de mayo de dos mil dieciséis (2016), la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia corrió traslado a las partes y terceros involucrados en el proceso ordinario laboral promovido por la accionante contra el ISS, para que se pronunciaran sobre los hechos materia de petición de amparo.

10.2.2. Gustavo Adolfo Reyes Medina, apoderado judicial del Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales, informó que a raíz de la supresión y liquidación del extinto Instituto de Seguros Sociales, dicha entidad perdió competencia para resolver peticiones relacionadas con la administración del régimen de prima media con prestación definida, por lo que solicitó su desvinculación del proceso de tutela. Asimismo indicó que el ISS, hoy liquidado, remitió la historia laboral de la accionante en donde se consolida la relación de los aportes por ella efectuados.

[343] 10.3. Decisiones judiciales objeto de revisión 10.3.1. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia resolvió negar el amparo constitucional solicitado al considerar que no se cumplió con el principio de inmediatez propio de la acción de tutela, pues ésta fue interpuesta luego de dieciséis (16) meses de haber ocurrido la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados, lo cual desvirtúa la existencia de un perjuicio irremediable.

[344] Agregó que no existe una línea jurisprudencial consistente y uniforme en cuanto a la imprescriptibilidad de los incrementos pensionales por personas a cargo.

[345] 10.3.2. La accionante impugnó el fallo de primera instancia reiterando los argumentos expuestos en el escrito de tutela. 10.3.3. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo de primera instancia al considerar que en efecto no se cumplió con el principio de inmediatez, ya que se interpuso la acción de tutela luego de diecisiete (17) meses de proferida la sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario laboral instaurado, sin haberse evidenciado ningún motivo válido para la inactividad de la actora.

[346] 11. Expediente T-5.870.489 11.1. Hechos y solicitud 11.1.1. El accionante, Carlos Vidal Segura Rodríguez, [347] solicitó ante Colpensiones el reconocimiento del incremento pensional por compañera permanente a cargo.

[348] Petición frente a la cual no obtuvo respuesta de fondo, por lo que instauró proceso ordinario laboral contra dicha entidad. 11.1.2. El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C. que conoció del proceso en primera instancia, resolvió absolver a Colpensiones de pagar la prestación social solicitada, pues en su concepto el derecho se encontraba prescrito;

[349] decisión confirmada en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. [350] 11.1.3. Considera que las autoridades judiciales accionadas incurrieron en defecto sustantivo por desconocimiento del precedente constitucional y solicita el amparo de sus derechos fundamentales.

11.2. Contestación de la entidad accionada 11.2.1. Admitida la demanda el ocho (08) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia vinculó al trámite de tutela a Colpensiones y corrió

traslado a las partes e intervinientes en el proceso ordinario laboral instaurado por el accionante, para que se pronunciaran sobre los hechos materia de petición de amparo.

11.2.2. Carlos Alberto Parra Satizábal, Vicepresidente Jurídico y Secretario General de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, solicitó la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela de la referencia al considerar que ésta no es la vía adecuada para la reclamación que se pretende, pues la tutela solo procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial.

11.3. Decisiones judiciales objeto de revisión 11.3.1. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia resolvió negar el amparo constitucional solicitado teniendo en cuenta que no se cumplió con el requisito de inmediatez, ya que la tutela fue interpuesta después de diez (10) meses de haberse proferido la sentencia de segunda instancia que denegó el reconocimiento de las prestaciones sociales solicitadas. Se aclaró que aun cuando la queja se hubiera formulado en tiempo, ésta no tiene la vocación de prosperar pues la providencia judicial acusada no es arbitraria ni caprichosa;

se evidenció que los incrementos solicitados quedaron afectados por la prescripción extintiva. [351] 11.3.2. El accionante impugnó el fallo de instancia al considerar que a pesar de que la acción de tutela fue interpuesta después de diez meses de proferido el fallo acusado, la afectación de sus derechos fundamentales se mantiene en el tiempo. Además reiteró que la Corte Constitucional ha admitido la imprescriptibilidad de los incrementos pensionales por persona a cargo.

11.3.3. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo de primera instancia al considerar que en el caso concreto no se cumplió con el requisito de inmediatez. Frente a la imprescriptibilidad de los incrementos pensionales por persona a cargo indicó que no existe una postura uniforme de la Corte Constitucional.

[352] 12. Actuaciones surtidas en sede de revisión 12.1. En cumplimiento de los dispuesto en el artículo 61 del Acuerdo 02 de 2015 “ Por medio del cual se unifica y actualiza el Reglamento de la Corte Constitucional ”, el suscrito Magistrado presentó informe ante la Sala Plena de esta Corporación, poniendo de manifiesto la necesidad de unificar jurisprudencia en el caso concreto, teniendo en cuenta que no existe una posición uniforme sobre la prescripción de los incrementos pensionales por persona a cargo. Por lo que sometió a consideración de la Sala, la posibilidad de que asumiera el conocimiento del caso.

12.2. La Sala Plena, en sesión llevada a cabo el día dieciséis (16) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), decidió asumir el conocimiento del expediente de la referencia, con fundamento en el artículo 61 del Reglamento Interno de esta Corporación.

[353] 12.3. Mediante Oficio BZ201612919040 del dos (02) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), la Gerente Nacional de Doctrina de Colpensiones, Edna Patricia Rodríguez Ballén, presentó escrito de intervención frente a las acciones de tutela contenidas en los expedientes T-5.647.921 y T-5.647.925, en el cual sostuvo que si bien los accionantes son sujetos de especial protección constitucional al ser personas de la tercera edad, esa circunstancia no es un principio de razón suficiente para que se les pueda excepcionar el requisito de la subsidiariedad propio de la acción de tutela, pues todos devengan mensualmente la pensión de vejez que les fue reconocida. Además, las decisiones judiciales objeto de reproche no desconocen el precedente jurisprudencial en vigor, ya que no existe una posición unificada de la Corte Constitucional sobre la prescripción de los incrementos pensionales. Por otra parte, no se ha desconocido el precedente reiterado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la materia. En este sentido, solicitó que se niegue el amparo constitucional deprecado por los accionantes y adjuntó los certificados expedidos por la Gerencia Nacional de Nómina de Pensionados de la entidad a favor de los señores Mardoqueo Silva Alfonso, David Hernández Olaya y Samuel Vargas Vargas.

12.4. Con respecto al expediente T-5.844.421, la Corte, mediante auto del primero (1°) de marzo de dos mil diecisiete (2017), resolvió darle la oportunidad al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Cauca, de pronunciarse sobre los hechos expuestos en el escrito de tutela y presentar los informes pertinentes, en su calidad de parte accionada. El Tribunal guardó silencio.

[354] 12.5. Mediante auto del diecisiete (17) de marzo de dos mil diecisiete (2017), la Corte suspendió los términos para proferir el respectivo fallo, de conformidad con lo establecido en el artículo 59 del Acuerdo 02 de 2015.

[355] Los términos se suspendieron desde el dieciséis (16) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), fecha en la que la Sala Plena de esta Corporación asumió conocimiento sobre el asunto.

12.6. Mediante Oficio BZ-2017-2732-463 recibido el veintiuno (21) de marzo de dos mil diecisiete (2017) en la Secretaría de esta Corporación, la Jefe de la Oficina de Asesoramiento Legal de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, presentó escrito de intervención frente a las solicitudes de amparo contenidas en los expedientes T-5.766.246, T-5.841.624, T-5.840.729, T-5.755.285, T-5.725.986, T-5.856.779, T-5.856.793 y T-5.870.489. Tras resumir los antecedentes de cada caso y exponer la situación actual de cada pensionado, precisó que:

"- Los incrementos pensionales no forman parte de la pensión de invalidez o de vejez, y el derecho persiste mientras perduren las causas que le dieron origen.

- No existe uniformidad en el precedente jurisprudencial de las altas cortes respecto al carácter imprescriptible de los incrementos pensionales, razón por la cual no existe una regla clara y única que pueda ser aplicada.

- Es claro que en este caso aplica la prescripción del incremento pensional, pues se trata de un beneficio económico que no forma parte de la pensión y su existencia depende de que persistan las causas que le dieron origen. Razón por la cual no pueden predicarse de los mismos características que son exclusivas de las pensiones de vejez o invalidez reconocidas dentro del régimen de prima media con prestación definida.

- El asunto objeto de debate no puede ser considerado como de relevancia constitucional, ya que los casos sometidos a la revisión de la Corte se reducen a una discusión meramente económica, sin que se verifique afectación de derecho fundamental alguno. Más aun cuando quienes persiguen el reconocimiento de los incrementos pensionales gozan de una prestación económica que se viene pagando mes a mes, con lo cual se desvirtúa la afectación al mínimo vital y a la seguridad social.

- No existe violación directa de la Constitución, toda vez que las decisiones judiciales adoptadas se emitieron a la luz del ordenamiento legal y constitucional vigente.

- No existe violación el precedente jurisprudencial, como quiera que las decisiones de los jueces se basaron en los pronunciamientos y tesis vigentes de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia que establecen la procedencia de la prescripción de los incrementos pensionales, si los mismos no se reclaman dentro de los tres años siguientes al reconocimiento de la pensión.

- El reconocimiento de incrementos pensionales viola directamente la Constitución, dada la prohibición expresa contenida en el Acto Legislativo 01 de 2005, incorporado a la Carta Política, en el sentido de no permitir el reconocimiento de prestaciones económicas o beneficios pensionales que no tengan respaldo en cotizaciones o aportes.

- A la fecha se encuentra en curso ante la Sección Segunda del Consejo de Estado una acción de nulidad por inconstitucionalidad en contra de los artículos 21 y 22 del Decreto 758 de 1990 por violación de preceptos constitucionales, por lo que resulta procedente que dicha Corporación en uso de las facultades legales y constitucionales, sea quien resuelva acerca de la constitucionalidad de las disposiciones demandadas.

- El reconocimiento de incrementos pensionales implica un aumento significativo y grave de las obligaciones pensionales para el sistema, afectándose la sostenibilidad financiera del mismo, en la medida en que dicho beneficio no encuentra respaldo alguno en cotizaciones y representa una grave afectación de derechos de los actuales afiliados, que a diferencia de los accionantes, no cuentan a la fecha con el reconocimiento de prestación económica. Lo anterior en casos en los que las personas gozan ya de un reconocimiento.

- La estimación financiera más conservadora en caso de que se llegaran a reconocer los incrementos pensionales, sería del orden de 3.2 billones de pesos.

- Es una obligación del Estado destinar los recursos no solo a una población que ya es beneficiaria de una prestación económica, sino que en virtud del principio de solidaridad, el Estado también debe atender aquella parte de la población que no tiene acceso a este tipo de garantías".

[356] En mérito de lo expuesto, la representante de Colpensiones solicitó, que previo a decidir de fondo la acción de tutela, se ordene la vinculación del Ministerio del Trabajo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Procuraduría General de la Nación, como quiera que el asunto les incumbe, por tratarse de la definición de derechos cuyo contenido económico y social tiende a repercutir en materias propias de su competencia.

12.7. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mediante escrito radicado en esta Corporación el veinticinco (25) de abril de dos mil diecisiete (2017) (después del registro de esta sentencia), presentó los siguientes argumentos en relación con los incrementos pensionales contemplados en los artículos 21 y 22 del Decreto 758 de 1990:

"- No hacen parte integral de la pensión de vejez. - Eran una prestación económica accesoria a la pensión de vejez, es decir, que buscaban incrementar, en unos porcentajes establecidos, el monto de la pensión por personas (cónyuge o compañero e hijos menores de edad o inválidos) a cargo.

- Desaparecieron de la vida jurídica en el momento en el cual entró a regir la Ley 100 de 1993, al no haber sido expresamente contemplados dentro de las disposiciones legales que de forma ultractiva se aplican en virtud del régimen de transición del artículo 36 ibídem.

- El esquema financiero del sistema pensional fue concebido sobre la base de que cada persona construye su pensión con los aportes que de su salario realmente realiza, razón por la cual, incorporar a su valor unos incrementos sobre los cuales no ha sido cotizado, afecta la estabilidad financiera del SGP y viola el derecho a la igualdad (Acto Legislativo 01 de 2005).

- El precedente judicial de la Corte Suprema de Justicia se encuentra conciliado en cuanto a que todos los derechos pensionales de un beneficiario del Régimen de Transición, son todos los que se derivan de la regulación vigente antes de entrar a regir las nuevas disposiciones, no obstante, no sucede lo mismo con el término de prescripción (…)".

La representante legal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público solicitó que al momento de fallar, se tengan en cuenta las anteriores consideraciones, y precisó que se debe defender la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones. Por último dispuso que en el caso concreto, lo que se pretende es el reconocimiento de unos incrementos pensionales que: " i) fueron derogados por la ley 100 de 1993;

ii) no hacen parte del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993; iii) no tienen respaldo alguno en cotizaciones al Sistema; iv) ninguno de los tutelantes ostenta el derecho porque sus pensiones exceden la pensión mínima legal; y v) en todos los casos ha ocurrido el fenómeno de la prescripción del derecho ".

13. Cuadro explicativo sobre el momento en que adquirieron el derecho de pensión los distintos accionantes a que refiere esta providencia En el siguiente cuadro se toma como requisito base para adquirir la pensión el cumplimiento de la edad teniendo en cuenta que a todos se les reconoció la pensión, lo supone que todos los accionantes habrían cumplido con las

semanas de cotización necesarias según el Acuerdo 049 de 1990 (500 semanas en los 20 años anteriores a cumplir la edad o 1000 semanas en cualquier momento).

Expediente Actor(es) Fecha en que se habría adquirido el derecho según cálculo Fecha de reconocimiento del derecho pensional T-5647921 Mardoqueo Silva Alfonso Cumplió los requisitos al parecer cuando cumplió 60 años, esto es el 22 de febrero de 2003 (beneficiario del régimen de transición) pero se la reconocen a partir del 1 de marzo de 2004 porque el requisito es pagarla a partir del día después del retiro efectivo*.

Resolución No. 002941 del 27 de febrero de 2004. Solicitó la pensión el 13 de agosto de 2003. T-5647925 David Hernández Olaya Cumplió los requisitos cuando cumplió 60 años, esto es el 28 de diciembre de 2005 (beneficiario del régimen de transición) y se la reconocen a partir del mismo día en que cumplió la edad, esto es 28 de diciembre de 2005.

Resolución No. 003878 del 30 de enero de 2006. Solicitó la pensión el 4 de enero de 2006. Samuel Vargas Cumplió los requisitos al parecer cuando cumplió 60 años, esto es el 06 de octubre de 2005 (beneficiario del régimen de transición) pero se la reconocen a partir del 01 de enero de 2006 al parecer porque el requisito es pagarla a partir del día después del retiro efectivo*.

Resolución No. 042727 del 19 de diciembre de 2005. Solicitó la pensión el 17 de noviembre de 2005. T-5725986 Urias Carrillo Parejo Cumplió los requisitos cuando cumplió 60 años, esto es el 7 de noviembre de 1995 (beneficiario del régimen de transición) y se la reconocen a partir del 16 de abril de 1996 al parecer cuando es su fecha de retiro*.

Resolución No. 001686 del 23 de abril de 1996. Solicitó pensión el 7 de noviembre de 1995. T-5755285 Mario Ernesto Velasco Cumplió los requisitos cuando cumplió 60 años, esto es el 17 de enero de 1994 y se la reconocen a partir del mismo día en que cumplió la edad, esto es 17 de enero de 1994 [357] .

Resolución No. 003702 del 17 de mayo de 1994. Solicitó la pensión el 14 de abril de 1994. T-5766246 Jorge Enrique Farías Castañeda Cumplió los requisitos al parecer 30 de julio de 2010 (en la resolución se señala que “ cotizó en forma interrumpida un total de 1005 semanas, desde su ingreso el 27 de marzo de 1972 hasta el 30 de julio de 2010 ” y que se concede la pensión “ toda vez que acredita los requisitos para acceder a ella, a partir del 01 de noviembre de 2010 (corte de nómina) por cuanto no existe novedad de retiro del Sistema de Pensiones ”. Cumplió 60 años el 23 de abril de 2007 (beneficiario del régimen de transición) y se la reconocen a partir del 01 de noviembre de 2010.

Resolución No. 127725 del 12 de noviembre de 2010. Solicitó la pensión el 11 de octubre de 2010. T-5840729 José Eugenio Flautero Torres Cumplió los requisitos cuando cumplió 60 años, esto es el 21 de septiembre de 1998 (beneficiario del régimen de transición) y se la reconocen a partir del mismo día en que cumplió la edad, es decir, del 21 de septiembre de 1998.

Resolución No. 015686 del 30 de noviembre de 1998. Solicitó la pensión el 20 de octubre de 1998. T-5841624 Miguel Ángel Alayon Cotrino Cumplió los requisitos cuando cumplió 60 años, esto es el 07 de febrero de 2011 (beneficiario del régimen de transición) y se la reconocen a partir del mismo día en que cumplió la edad, es decir, del 07 de febrero de 2011.

Resolución No. 106410 del 12 de abril de 2011. Solicitó la pensión el 11 de febrero de 2011. T-5844421 Luis Carlos León Díaz Cumplió los requisitos cuando cumplió 60 años, esto es el 17 de septiembre de 1996 (beneficiario del régimen de transición) y se la reconocen a partir del mismo día en que cumplió la edad, es decir, del 17 de septiembre de 1996.

Resolución No. 003673 del 23 de julio de 1997. Solicitó la pensión el 06 de septiembre de 1996. Sara María Velasco Cumplió los requisitos cuando cumplió 55 años, esto es el 25 de agosto de 2000 (beneficiario del régimen de transición) y se la reconocen a partir del mismo día en que cumplió la edad, es decir, del 25 de agosto de 2000.

Resolución No. 000033 del 26 de enero de 2001. Solicitó la pensión el 08 de septiembre de 2000. Fausto Perea Cumplió los requisitos cuando cumplió 60 años, esto es el 03 de octubre de 2003 (beneficiario del régimen de transición) y se la reconocen a partir del mismo día en que cumplió la edad, es decir, del 03 de octubre de 2003.

Resolución No. 000500 del 22 de abril de 2004. Solicitó la pensión el 02 de febrero de 2004. Emerito Mera Cumplió los requisitos al parecer cuando cumplió 60 años el 02 de mayo de 2000 (beneficiario del régimen de transición) pero se la reconocen posiblemente en su retiro definitivo a partir del 01 de abril de 2001*.

Resolución No. 000837 del 30 de marzo de 2001. Solicitó la pensión el 24 de abril de 2000. T-5856779 Julio Gómez Iglesias No está la resolución pero en las sentencias del proceso ordinario se dice que se le concedió la pensión con base en el Acuerdo 049 de 1990 porque es beneficiario del régimen de transición, pero se la reconocen a partir del 14 de octubre de 2001 [358] .

Resolución No. 000493 del 2003. T-5856793 María Emma Rincón Loaiza No está la resolución pero la primera instancia del ordinario señala que se le concedió a partir del 2 de diciembre de 2003. La accionante nació el 29 de abril de 1948, es decir que cumplió 55 años el 29 de abril de 2003. Es posible que su retiro definitivo haya sido el 2 de diciembre de 2003 pues para esa fecha ya tenía la edad*. (en la demanda se indica que es beneficiaria del régimen de transición) Resolución No. 14139 de 2004.

T-5870489 Carlos Vidal Segura Rodríguez Cumplió los requisitos cuando cumplió 60 años, esto es el 24 de mayo de 2009 (beneficiario del régimen de transición) y se la reconocen a partir del mismo día en que cumplió la edad, es decir, del 24 de mayo de 2009.

Resolución 029852 del 26 de junio de 2009. Solicitó la pensión el 27 de mayo de 2009. *Estos expedientes señalan que, aunque los beneficiarios de la pensión cumplieron la edad en determinada fecha, les fueron reconocidas las prestaciones en una fecha posterior que puede ser la de su retiro definitivo que se verificaba también con el reporte de novedad de retiro de la seguridad social.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ALBERTO ROJAS RÍOS A LA SENTENCIA SU140/19 IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL INCREMENTO PENSIONAL DEL 14% EN RELACION CON EL CONYUGE O COMPAÑERO (A) PERMANENTE A CARGO- Decisión adoptada constituye retroceso en el ámbito de los derechos sociales y está lejos de ajustarse a obligaciones del Estado, principio de progresividad y jurisprudencia constitucional (salvamento de voto) Referencia: Expedientes acumulados T-5.647.921, T-5.647.925, T-5.725.986, T-5.755.285, T-5.766.246, T-5.840.729, T-5.841.624, T-5.844.421, T-5.856.779, T-5.856.793 y T-5.870.489 Magistrada Ponente:

Cristina Pardo Schlesinger OTRO REVÉS A LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS PENSIONALES No puedo comulgar con lo decidido por la mayoría en la sentencia SU-140 de 2019, por cuanto, en mi criterio, se trata de otra oportunidad más en la que esta Sala Plena adopta medidas regresivas y ajenas a la propia jurisprudencia constitucional en torno a la protección del derecho a la seguridad social en el ámbito de las pensiones. Paso, enseguida, a exponer los argumentos que sustentan mi disenso:

En la sentencia SU-310 de 2017, este Tribunal aplicó acertadamente el principio constitucional in dubio pro operario y tuteló los derechos al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital de los accionantes, los cuales encontró vulnerados a partir de las decisiones judiciales y administrativas que les negaron a varios ciudadanos el incremento pensional por persona a cargo de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, bajo la premisa de que dicho beneficio era susceptible de la prescripción trienal contemplada en el artículo 188 del Código Sustantivo del Trabajo.

En dicha providencia, con respaldo en una sólida línea jurisprudencial decantada por las distintas Salas de Revisión, la Corte advirtió que las decisiones de las autoridades accionadas que negaron el incremento pensional en cuestión constituyeron una violación directa de la Constitución , en tanto soslayaron la interpretación que garantizaba en mayor medida los derechos a la vida digna y al mínimo vital de los pensionados.

Sin embargo, más tarde, por Auto 320 de 2018, la Sala Plena anuló la mencionada providencia con base en la causal de elusión arbitraria del análisis de asuntos de relevancia constitucional , sustentada en la supuesta omisión del análisis en torno al Acto Legislativo 01 de 2005. En su momento me aparté de dicha determinación, porque ya desde entonces anticipaba cuál sería el infortunado desenlace de esta controversia.

Y en efecto así ocurrió, pues 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.

En esta sentencia de remplazo nuevamente era imperativo analizar el debate a la luz del principio constitucional de favorabilidad para determinar que era válido que las personas pensionadas al amparo del Acuerdo 049 de 1990 tenían derecho a reclamar los incrementos del 14% por cónyuge/compañero(a) permanente a cargo y/o 7% por hijo(a) a cargo. Examinados los expedientes acumulados desde esa perspectiva, la conclusión forzosa habría sido la de conceder la tutela de los derechos al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital de los accionantes.

Lamentablemente, en esta ocasión la mayoría de la Sala Plena eludió el interrogante sobre si los incrementos pensionales eran susceptibles de prescripción, que fue lo que inicialmente originó las acciones de tutela, para adoptar una postura todavía más aciaga según la cual tales incrementos desaparecieron del ordenamiento jurídico por virtud del Acto Legislativo 01 de 2015, olvidando que dicha reforma constitucional determinó que en materia pensional se respetarían todos los derechos adquiridos. Por lo demás, en esta oportunidad la Corte se concentró en un estudio más propio de la doctrina sobre la vigencia de la ley, en lugar de enfocarse en la aplicación de las normas para resolver los casos sometidos a su conocimiento, que es su verdadera función.

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.

Era esta, justamente, la interpretación que de mejor manera propendía a asegurar una vida en condiciones dignas y un mínimo vital a personas que son en su mayoría sujetos de especial protección constitucional, en razón a su edad y/o condición de discapacidad, así como a sus familias, así que dicha protección tampoco tenía la virtualidad de afectar la sostenibilidad fiscal y, por el contrario, era una medida de justicia redistributiva.

En definitiva, la decisión adoptada por la Corte en la sentencia en la SU-140 de 2019 constituye un retroceso en el ámbito de los derechos sociales y, particularmente, de aquellas garantías de que es titular un sector vulnerable de la población, lo cual, valga reiterarlo, lejos está de acompasarse con las obligaciones del Estado en la materia, con el principio de progresividad y con la propia jurisprudencia constitucional.

Esta disidencia lleva, no obstante, el respeto que profeso hacia las decisiones mayoritarias de la Sala Plena. Fecha ut supra , ALBERTO ROJAS RÍOS Magistrado SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS A LA SENTENCIA SU140/19 IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL INCREMENTO PENSIONAL DEL 14% EN RELACION CON EL CONYUGE O COMPAÑERO (A) PERMANENTE A CARGO- No se producía derogatoria orgánica por cuanto tal declaración se da en sede de control abstracto de constitucionalidad (salvamento de voto) IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL INCREMENTO PENSIONAL DEL 14% EN RELACION CON EL CONYUGE O COMPAÑERO (A) PERMANENTE A CARGO- Operaba regla sobre presunción de inconstitucionalidad para efectuar control estricto respecto a derecho de contenido social mediante verificación de proporcionalidad utilizando test de no regresividad (salvamento de voto) Decisiones como la adoptada en esta oportunidad por la mayoría de esta Corporación parecieran encontrar fundamento esencial en la teoría del costo de los derechos sociales [359] , al compatibilizar con el supuesto de que los derechos siempre cuestan dinero y que requieren permanente inversión estatal, pues de lo contrario no podrían preservarse o decrecerían.

Esta hipótesis validada y a la vez cuestionada por muchos autores y decisiones judiciales, no se opone finalmente a que deban ser garantizados [360] y efectivizados [361] en democracias constitucionales como la colombiana, al determinarse por el constituyente de 1991 la forma organizativa de Estado social de derecho [362] , fundado en el respeto de la solidaridad, el pluralismo y la dignidad humana [363] .

Ello en la pretensión de una igualdad real y efectiva, y la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados, protegiendo especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o situación de discapacidad [364] se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta [365] .

De este modo, un culto ciego a una visión eminentemente economicista se constituye en un reto al poder judicial desde la exigibilidad de los derechos, y la senda por la disminución de las brechas económicas mediante el otorgamiento de prestaciones. En este contexto, los derechos de bienestar [366] , la inclusión social, la justicia distributiva, la igualdad de derechos y oportunidades [367] , entre otros, no tienen otro objetivo que revelar la primacía de los derechos inalienables de la persona [368] , reconociendo así al individuo como sujeto, razón de ser y fin último del poder público (Estado personalista) [369] .

Uno de los derechos sociales reconocidos por la Carta Política, también denominado de segunda generación o derecho social económico, es la seguridad social a la cual la Constitución le confiere directamente una doble connotación: derecho irrenunciable y servicio público obligatorio [370] .

Hoy es reconocida como un derecho fundamental [371] , autónomo [372] y justiciable, incluso en tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad estricto [373] .

De esta manera, este abreboca a la premisa que fundamenta el presente salvamento de voto, evidencia como la decisión acogida por la Sala Plena termina por anular derechos fundamentales, concretamente la seguridad social, bajo el prurito exclusivo y excluyente del eficientismo económico. Pareciera que el juez constitucional no fuere la herramienta de escucha, garante y expresión de la sintomatología de una sociedad, en un país reconocido en Latinoamérica por las grandes brechas sociales.

Con ello no pretendo desconocer la importancia constitucional del principio de eficiencia de la seguridad social o la sostenibilidad financiera del sistema pensional [374] , y de ahí que los argumentos económicos deban siempre valorarse o tenerse en cuenta. No obstante, como lo ha reclamado esta Corporación, no revisten carácter absoluto, toda vez que deben interpretarse y articularse con los demás principios que guían la seguridad social, como la universalización y la solidaridad [375] .

Economía y derecho pueden compaginarse en orden a la eficacia de los derechos humanos. E l neoconstitucionalismo “diseña un marco económico ontológicamente cualificado, que parte del reconocimiento de la desigualdad social existente (…), de la consagración de ciertos y determinados valores como el orden justo y la paz social, los principios como la igualdad y la solidaridad, y derechos y libertades civiles, sociales, económicos y culturales que conforman la razón de ser y los límites del quehacer estatal” [376] . También la Carta dota al Estado de instrumentos de intervención en la esfera privada y en el mundo social y económico, con el objeto de que a partir de la acción institucional se corrijan los desequilibrios que la propia Constitución reconoce y se pueda pretender, de forma real y efectiva, “el fin ontológicamente cualificado que da sentido a todo el ordenamiento” [377] .

Entonces, en el Estado social de derecho el juez de amparo también es portador de la visión del interés general al relacionar la Constitución con los hechos sociales, económicos, políticos y culturales [378] . Tratándose de derechos como la seguridad social en Colombia han empezado a ralentizarse o dar marcha atrás cuando más bien deben avanzar bajo la concepción amplia o el carácter inclusivo, que abarca por tanto un conjunto de prestaciones que compromete al Estado, la sociedad y la familia.

Hay que evitar pasar a una sociedad de malestar. En la relación costo -beneficio no va a resultar fructífero para el Estado el recortar y aplazar indefinidamente la garantía de los derechos sociales o fundamentales. L a faceta positiva de un derecho no siempre está sujeta a una protección gradual y progresiva, toda vez que existen unas obligaciones correlativas básicas que por su incumplimiento exponen al titular del derecho ante la inminencia de sufrir un daño injustificado.

Particularmente, el principio de progresividad de la seguridad social comporta : “ (i) la satisfacción inmediata de niveles mínimos de protección; (ii) el deber de observar el principio de no discriminación en todas las medidas o políticas destinadas a ampliar el rango de eficacia de un derecho; (iii) la obligación de adoptar medidas positivas, deliberadas, y en un plazo razonable para lograr una mayor realización de las dimensiones positivas de cada derecho, razón por la cual la progresividad es incompatible, por definición, con la inacción estatal; y (iv), la prohibición de retroceder por el camino iniciado para asegurar la plena vigencia de todos los derechos ” [379] .

La decisión en sede de control concreto que cuestiono trató sobre el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, que previo el incremento de la pensión mínima legal (vejez e invalidez) del 7 y 14% por hijo menor, mayor estudiante o en situación de discapacidad, o cónyuge a cargo, dependientes económicamente y que no gocen de una pensión, en el sentido de que: i) salvo se trate de derechos adquiridos, antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 el derecho al incremento pensional desapareció del ordenamiento jurídico por derogatoria orgánica, además de resultar incompatible con el artículo 48 superior, luego de que fuera reformado por el Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que la discusión sobre la prescriptibilidad de la acción resulta inane; y ii) no puede entenderse tal beneficio como parte integrante del derecho a la seguridad social, al no corresponder al núcleo esencial, principalmente por no estar relacionado con la dignidad, por lo que debe ceder ante la sostenibilidad financiera del sistema.

La Corte en su jurisprudencia [380] 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 [381] , el derecho irrenunciable a la seguridad social de los habitantes del país [382] , la obligación del Estado de proteger a los menores de edad [383] , la protección de los adultos mayores [384] y las personas vulnerables [385] , la garantía del mínimo vital y móvil [386] , 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 [387] , como el mejoramiento de la calidad de vida de la población [388] , 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 [389] , como lo es el Consejo de Estado, en sentencia de 16 de noviembre de 2017 [390] 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 [391] , que la Corte en ejercicio de sus competencias ha realizado esencialmente en control abstracto [392] .

Fundamentalmente este Tribunal terminó sustrayéndose a la problemática jurídica constitucional originalmente planteada en su labor de unificación de la jurisprudencia, que definitivamente imponía la aplicación de caros postulados constitucionales producto de luchas sociales, como la favorabilidad, in dubio pro operario y condición más beneficiosa [393] .

Sin embargo, la Corte al adentrarse en nuevas categorías terminó por anular el reconocimiento de un derecho social originado con anterioridad a la Constitución de 1991.

En los anteriores términos dejo sentado mi desacuerdo. Fecha ut supra, JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS Magistrado SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO A LA SENTENCIA SU140/19 Referencia:

Expedientes acumulados T-5.647.921, T-5.647.925, T-5.725.986, T-5.755.285, T-5.766.246, T-5.840.729, T-5.841.624, T-5.844.421, T-5.856.779, T-5.856.793 y T-5.870.489.

Magistrado Ponente: CRISTINA PARDO SCHLESINGER Con el acostumbrado respeto por las providencias de la Corte Constitucional, a continuación, expongo las razones que me conducen a salvar parcialmente mi voto en la Sentencia SU-140 de 2019 , proferida por la Sala Plena en sesión del 28 de marzo de ese mismo año.

1. En la decisión de la referencia –que reemplaza a la Sentencia SU-310 de 2017 [394] –, esta Corporación estudió, en sede de revisión, once acciones de tutela presentadas por pensionados beneficiarios del régimen de transición, que solicitaron la protección de sus derechos fundamentales mediante el reconocimiento del incremento del 14% por cónyuge, compañera o compañero permanente a cargo, previsto en los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 [395] (adoptado mediante Decreto 758 de 1990 [396]).

En la mayoría de los casos analizados [397] , la solicitud de amparo se formuló en contra de las providencias judiciales dictadas en procesos laborales ordinarios, que declararon prescrito el referido incremento [398] .

2. En un primer momento, la Sala Plena de la Corte Constitucional profirió la Sentencia SU-310 de 2017 [399] , en la cual concedió el amparo a los derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital de los accionantes. En consecuencia, dejó sin efectos las decisiones de la jurisdicción ordinaria que declararon la prescripción del incremento pensional del 14% y ordenó a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de dicha prestación.

En el citado fallo, este Tribunal identificó la existencia de dos interpretaciones distintas de las Salas de Revisión en torno a la imprescriptibilidad de los incrementos pensionales previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 [400] : (i) una postura mayoritaria, según la cual el derecho a percibir los incrementos es imprescriptible y subsiste mientras se mantengan las causas que los originan, aunque en el caso de las mesadas pensionales sí opere la prescripción; y (ii) una posición minoritaria, que sostiene que los incrementos prescriben por ser independientes del derecho a la pensión.

A partir de ello, en aplicación de los principios de favorabilidad e in dubio pro operario , así como debido a la imprescriptibilidad de los derechos pensionales, la Sala concluyó que la interpretación más favorable a los trabajadores era la postura mayoritaria.

Por consiguiente, unificó la jurisprudencia constitucional en torno a ese entendimiento. 3. No obstante, mediante Auto 320 de 2018 [401] la Corte declaró la nulidad [402] de la mencionada Sentencia SU-310 de 2017, a partir de solicitudes formuladas por COLPENSIONES y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado –ANDJE–, esta última de manera extemporánea [403] .

En dicha providencia, la Sala Plena consideró que la decisión de unificación referida incurrió en la causal de nulidad consistente en la omisión de asuntos de relevancia constitucional , por considerar, en criterio de la mayoría, que la Sala Plena se abstuvo de: (i) confrontar el principio in dubio pro operario con normas constitucionales, particularmente con el Acto Legislativo 01 de 2005, que consagra el principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones; y (ii) analizar los argumentos de COLPENSIONES dentro del trámite de revisión, entre los que se incluía la supuesta derogatoria del Acuerdo 049 de 1990, con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993.

4. Por lo anterior, esta Corporación profirió la Sentencia SU-140 de 2019 [404] , como fallo de reemplazo, con ocasión de la declaratoria de nulidad de la Sentencia SU-310 de 2017. En la decisión de la referencia, de la cual me aparto parcialmente, la Corte (i) “rechazó por improcedentes” las acciones de tutela contra providencias judiciales que no cumplieron con el requisito de inmediatez; (ii) negó la mayoría de las solicitudes de amparo, por considerar que “el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica” ; y (iii) en uno de los casos analizados, concedió la acción de tutela por estimar que el accionante adquirió “su derecho de pensión antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993” .

En primer lugar, la Sala Plena sostuvo que la Ley 100 de 1993 derogó orgánicamente los incrementos por persona a cargo previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, por cuanto dicha norma legal constituye una regulación integral y exhaustiva en materia pensional.

Igualmente, concluyó que el derecho a percibir dichos incrementos no forma parte del régimen de transición. Con todo, precisó que quienes hubieran adquirido el derecho a la pensión con anterioridad a la Ley 100 de 1993, conservan el derecho al incremento pensional, mientras mantengan las circunstancias previstas en dicha norma.

En segundo lugar, destacó que los incrementos previstos para el cónyuge a cargo 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 (…) a [los] que sí pertenece la noción de [la] economía de (sic) cuidado” [405] . Por lo tanto, consideró que, en desarrollo de la obligación de adoptar una perspectiva de género dentro de las actuaciones judiciales y para hacer efectiva la igualdad material de las mujeres, la Corte debía privilegiar normas pensionales que fuesen más afines a “la vida social contemporánea” .

En tercer lugar, estimó que no era viable reconocer los incrementos por persona a cargo, en la medida en que se oponen al Acto Legislativo 01 de 2005, el cual reformó la Carta para garantizar una correspondencia entre los factores utilizados para cotizar y el monto pensional incrementado. En tal sentido, incluso si se concluyera que el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 –adoptado mediante Decreto 758 del mismo año– no hubiera sido derogado, sería necesario “inaplicarlo por inconstitucional en casos concretos pues su eventual reconocimiento violaría el inciso 11 del artículo 48 superior” [406] .

Por último, la Sala se refirió a la sostenibilidad financiera del sistema pensional como principio constitucional y destacó que, en la medida en que los incrementos por persona a cargo “no forma[n] parte del núcleo esencial de la seguridad social en tanto no está[n] relacionado[s] con la dignidad de persona alguna (…) debe[n] ceder ante la necesidad de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional” .

Para fundamentar esta conclusión, explicó esa sentencia, que: (i) no se afecta la dignidad humana, por cuanto los incrementos se aplican sobre pensiones ya reconocidas; y (ii) estos beneficios “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” .

Para concluir, la mayoría estimó que “la discusión relativa a la prescriptibilidad de la acción tendiente a la obtención de dichos incrementos resulta inane pues la prescripción extintiva sólo puede operar cuando existe un derecho susceptible de prescribir” , lo cual no sucede en el asunto objeto de debate por cuanto operó una derogatoria orgánica del Decreto 758 de 1990 y, en todo caso, la aplicación de las normas relativas a los incrementos es incompatible con el artículo 48 superior, en los términos en los que fue modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005.

5. Ahora bien, aunque estoy de acuerdo con declarar la improcedencia de aquellas acciones de tutela acumuladas que no cumplen con el requisito de inmediatez, me aparto de los fundamentos que condujeron a la Corte a (i) eludir el análisis sobre la imprescriptibilidad de los incrementos por persona a cargo (que era el verdadero problema jurídico a estudiar) y (ii) a negar la protección de los derechos fundamentales de los accionantes, en contravía de importantes principios y valores constitucionales. En mi criterio, la Sentencia SU-140 de 2019 :

a) afectó la cosa juzgada de un fallo del Consejo de Estado, dictado en sede de control abstracto de legalidad, el cual estableció expresamente que los incrementos por persona a cargo, previstos en el Decreto 758 de 1990, no se encuentran derogados;

b) omitió presentar y confrontar los argumentos que sustentan la aplicación ultractiva del Decreto 758 de 1990. Particularmente, se abstuvo de referirse a la jurisprudencia reiterada y uniforme de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que ha descartado que los incrementos por persona a cargo fueran derogados orgánicamente por la Ley 100 de 1993;

c) realizó un análisis de conveniencia respecto del supuesto impacto de los incrementos por persona a cargo, fundado en la sostenibilidad financiera, el cual carece de elementos que demuestren la real afectación sobre los recursos pensionales;

d) perjudicó a un sector de la población claramente vulnerable, por cuanto los incrementos fueron diseñados para pensiones de un salario mínimo y para familias cuyo ingreso mínimo tiene un fuerte impacto en la soportabilidad de sus gastos;

e) desconoció que existen fuertes razones constitucionales para garantizar el reconocimiento de los incrementos pensionales por personas que dependen económicamente de su pareja o familiar; y, f) implicó una vulneración al debido proceso, por cuanto no existe evidencia de que COLPENSIONES hubiera alegado la derogatoria de las normas reglamentarias que establecen los incrementos por persona a cargo en los procesos laborales ordinarios que motivaron la interposición de las acciones de tutela contra providencias judiciales.

A continuación, me permito exponer detalladamente los argumentos que sustentan cada una estas razones que me motivan a salvar parcialmente mi voto.

Primer desacuerdo: La Sentencia SU-140 de 2019 afectó la cosa juzgada de un fallo del Consejo de Estado, dictado en sede de control abstracto de legalidad, que estableció expresamente que los incrementos por persona a cargo, previstos en el Decreto 758 de 1990, no se encuentran derogados 6.

Como fue expuesto anteriormente, la ratio decidendi de la sentencia de la cual me aparto se basó en la supuesta derogatoria orgánica del Decreto 758 de 1990, en los siguientes términos:

“(…) los incrementos previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fueron orgánicamente derogados a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993. Ciertamente, ante la regulación integral y exhaustiva en materia pensional que hizo la

Ley 100, no cabe sino concluir sobre la derogatoria orgánica del régimen anterior (…) dentro del cual cohabitaban los referidos incrementos" [407] .

7. Sin embargo, esta conclusión contradice directamente la Sentencia del 16 de noviembre de 2017 [408] , proferida por el Consejo de Estado en el marco del control abstracto de legalidad. En este fallo, la Sección Segunda conoció de una demanda de nulidad [409] formulada por el Instituto de Seguros Sociales (hoy COLPENSIONES) en contra de los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, adoptados mediante Decreto 758 de 1990 [410] .

En efecto, pese a que la entidad demandante sostenía que los incrementos por persona a cargo habían sido derogados orgánicamente por la Ley 100 de 1993, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo descartó expresamente esta posibilidad [411] .

Al respecto, concluyó que los artículos demandados "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" [412] .

Por una parte, estimó que "los incrementos fueron regulados con suficiencia por el Acuerdo 049 de 1990, en tanto que, como quedó visto en el anterior acápite, estableció lo concerniente a su naturaleza, a sus destinatarios, a los porcentajes en los que se deben reconocer, y aún más a su control, mientras que la Ley 100 de 1993 no hizo alusión a los mismos ni a sus aspectos característicos y determinantes" [413] . Por otra, insistió en que la nueva normativa determinó la salvaguarda de los derechos adquiridos e introdujo un régimen de transición, con lo cual el Acuerdo 049 de 1990 y el Decreto 758 de dicha anualidad continúan produciendo efectos jurídicos.

8. A su turno, en relación con el estudio de fondo de los cargos de nulidad formulados, el Consejo de Estado denegó las súplicas de la demanda, por considerar que las normas reglamentarias que contemplan los incrementos por persona a cargo:

(i) no desconocen el derecho a la igualdad, por cuanto la situación de los beneficiarios del régimen de transición no es comparable con la de aquellos que obtienen la pensión con fundamento exclusivamente en la Ley 100 de 1993 y sus reformas; (ii) desarrollan los principios de favorabilidad e in dubio pro operario ; y (iii) "permanecen vigentes como parte integrante del régimen de transición que estableció la Ley 100 de 1993 en su artículo 36" [414] .

9. Ahora bien, la acción pública de nulidad, se ejerce en defensa del orden jurídico abstracto, por lo cual el juez contencioso administrativo tiene la potestad de expulsar del ordenamiento jurídico los actos administrativos (generales o particulares) que desconozcan las normas legales y constitucionales en las que deben fundarse. Esta importante función implica que las demás autoridades públicas deben respetar y acatar sus decisiones, que hacen tránsito a cosa juzgada en virtud del artículo 183 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En ese marco, la sentencia que niegue la nulidad solicitada "producirá cosa juzgada erga omnes pero solo en relación con la causa petendi juzgada" .

10. A partir de los conceptos expuestos, resulta claro que la Sentencia del 16 de noviembre de 2017, hizo tránsito a cosa juzgada con efectos erga omnes , en relación con los cargos analizados que, precisamente, tenían relación con la supuesta derogatoria orgánica del Decreto 758 de 1990 y la infracción del principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional.

Por lo anterior, la Sentencia SU-140 de 2019 , al contradecir directamente la ratio decidendi del referido fallo del Consejo de Estado, desconoció la cosa juzgada de una decisión con efectos erga omnes y se apartó de ella, sin argumentar en forma alguna las razones que motivaron dicha separación.

11. Con todo, aún si en gracia de discusión se admitiera que operó la derogatoria orgánica respecto de los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, la sentencia de la cual me aparto debió, como mínimo, reconocer la existencia del fallo del Consejo de Estado que descartó expresamente tal derogatoria. De este modo, no cumplió con la carga de transparencia exigible a todas las decisiones judiciales, en virtud de la cual deben tener en cuenta la totalidad de las fuentes de derecho que sean relevantes para motivar adecuadamente la decisión [415] .

12. En contraste, la providencia en la cual salvo parcialmente mi voto omitió cualquier referencia a la Sentencia del 16 de noviembre de 2017, pese a que en el Auto 320 de 2018 (el cual dio origen a la sentencia de reemplazo de la referencia) se admitió expresamente la existencia y relevancia de dicho fallo . Sobre el particular, el proveído destacó:

"(…) cabe señalar que mediante sentencia del pasado 16 de noviembre de 2017 –más de seis meses luego de proferida la sentencia SU-310/17- la Sección Segunda Subsección "A" de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado denegó la nulidad de los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por medio del Decreto No.

758 de 1990 y negó su desaparición del ordenamiento jurídico con la expedición de la Ley 100/93" [416] . Incluso, en el trámite de revisión COLPENSIONES puso de presente que la Sección Segunda del Consejo de Estado adelantaba el trámite de una acción de nulidad en contra de los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990. En tal sentido, solicitó que la Corte Constitucional acogiera el fallo que dicha Corporación, en uso de sus competencias jurisdiccionales, dictara respecto de la constitucionalidad y legalidad de las mencionadas disposiciones. No obstante, dicha conclusión no fue acogida por la Sala Plena en la sentencia de la cual me aparto, toda vez que, como fue expuesto, se desconoció el fallo proferido en el marco de dicho trámite.

13. En ese orden de ideas, la Sala Plena en esta oportunidad, sin ningún pronunciamiento adicional y en desconocimiento de la necesidad de armonizar la interpretación constitucional dentro del ordenamiento jurídico, afectó la cosa juzgada de una sentencia del Consejo de Estado [417] en la cual, con efectos generales y en el marco del control de legalidad, se determinó que las normas que contemplan los incrementos por persona a cargo, contenidas en el Acuerdo 049 de 1990 y el Decreto 758 de 1990, no solo no fueron objeto de derogatoria orgánica sino que, de ninguna manera, son contrarias a la Carta .

Segundo desacuerdo: La Sentencia SU-140 de 2019 omitió presentar y confrontar los argumentos que sustentan la aplicación ultractiva del Decreto 758 de 1990. Particularmente, se abstuvo de referirse a la jurisprudencia reiterada y uniforme de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que ha descartado que los incrementos por persona a cargo fueran derogados orgánicamente por la Ley 100 de 1993 14.

Además del Consejo de Estado, tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional han considerado que resulta posible aplicar ultractivamente las normas reglamentarias que regulan los incrementos por persona a cargo, en el marco del régimen de transición. Sin embargo, la sentencia de la cual me aparto puntualmente, omitió referirse a la jurisprudencia de estas Corporaciones y a los fundamentos que, durante varios años, guiaron su aplicación.

15. En efecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia "en forma reiterada y constante ha fijado su línea de pensamiento sobre la viabilidad y procedencia de los incrementos pensionales por personas a cargo, aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993" [418] . Al respecto, esa Corporación ha aclarado que tales incrementos no desaparecieron ni fueron derogados orgánicamente [419] .

Así, ha destacado que "los incrementos de las pensiones no están involucrados en la mencionada Ley 100, pero ello no significa que pierdan su vigencia; por el contrario, si tal normatividad no los reguló, no quiere decir que los hubiera derogado, entonces en ese orden conservan su pleno vigor" [420] . En consecuencia, en relación con los incrementos por persona a cargo "no operó la supresión o derogatoria expresa o tácita de la ley (artículos 71 y 72 del Código Civil), por virtud a que sus efectos en verdad jurídicamente no fueron abolidos" [421] .

Por lo anterior, la Sala de Casación Laboral ha insistido en que, “al no disponer la Ley 100 de 1993 nada respecto de los incrementos de marras, los cuales de acuerdo a lo atrás expresado no pugnan con la nueva legislación, es razonable concluir como lo hizo el ad quem, que dicho beneficio se mantiene en vigor; se insiste, para el afiliado que se le aplique por derecho propio o por transición el aludido Acuerdo 049 de 1990” [422] .

16. Por otra parte, también las Salas de Revisión de la Corte Constitucional, además de haber reconocido en múltiples oportunidades la imprescriptibilidad y aplicabilidad de los incrementos por cónyuge, compañero o compañera permanente o hijo dependiente a cargo [423] , han descartado expresamente la derogatoria de las normas que los establecen.

Así, las Sentencias T-395 de 2016 [424] y T-460 de 2016 [425] analizaron la cuestión de la vigencia de los artículos del Acuerdo 049 de 1990 y del Decreto 758 de 1990 y, al respecto, concluyeron lo siguiente:

“(i) existe en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia una interpretación unánime sobre la vigencia de los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, interpretación sustentada, entre otras cosas, en la disposición constitucional que contempla la favorabilidad laboral, y la inescindibilidad que comportan las reglas laborales; (ii) la vigencia de las normas no fue objeto de debate en las instancias del proceso laboral ni en el proceso de tutela; y (iii) en los pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto de la prescripción del incremento pensional no se ha contemplado la derogatoria de las normas pertinentes para el asunto, acogiendo implícitamente la tesis de la Corte Suprema de Justicia” .

17. Como se evidencia de lo expuesto, tanto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional se han pronunciado reiteradamente en relación con la derogatoria de las normas que regulan los incrementos pensionales por persona a cargo y han concluido que permanecen vigentes. De esta manera, la jurisprudencia de estas Corporaciones, decantada en el tiempo, constituía un elemento de significativa relevancia que la Sala Plena debió tener en consideración para sustentar adecuadamente la decisión de la cual me aparto.

En contraste, la Sentencia SU-140 de 2019 omitió presentar y confrontar los argumentos que las Altas Cortes desarrollaron sobre el asunto objeto de análisis. Particularmente, se abstuvo de referirse a la jurisprudencia que durante años, el máximo tribunal de la jurisdicción laboral ordinaria estructuró, para fundamentar que los incrementos por persona a cargo no fueron derogados orgánicamente por la Ley 100 de 1993.

Sin duda, dicha ausencia de argumentación, debilita significativamente la motivación de la decisión mayoritaria. Tercer desacuerdo: La Sentencia SU-140 de 2019 realizó un análisis del supuesto impacto de los incrementos por persona a cargo en la sostenibilidad financiera del sistema pensional que se basa en juicios de simple conveniencia y carece de elementos que demuestren la eventual afectación sobre los recursos pensionales 18.

La postura mayoritaria se basó, primordialmente, en la derogatoria orgánica de las normas reglamentarias que regulan los incrementos por persona a cargo, para fundamentar la decisión de la sentencia. Sin embargo, dicho fallo también se cimentó en la supuesta incompatibilidad de dichos incrementos pensionales con el artículo 48 superior, que establece el principio de sostenibilidad financiera del sistema. En este sentido, estimó que los incrementos por cónyuge, compañero o compañera o hijo dependiente a cargo “debe[n] ceder ante la necesidad de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional (…)” [426] .

Para sustentar tal conclusión, la sentencia presentó extensas consideraciones acerca de la necesidad de una reforma pensional estructural en Colombia [427] , sin establecer una relación específica con el reconocimiento de los incrementos por persona a cargo, lo que implica un despliegue de argumentos impertinentes para dar cuenta del asunto objeto de debate.

19. Con todo, mi principal desacuerdo con el análisis sobre el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional expuesto en este fallo es que se basa en juicios abstractos de simple conveniencia y, por ende, carece de elementos y consideraciones que demuestren la supuesta afectación y el impacto real y concreto que el reconocimiento de los incrementos por persona a cargo puede tener en los recursos de la seguridad social; en especial, porque se trata, además, de una prestación que no es novedosa, sino que forma parte del debate legislativo desde mucho antes de la Ley 100 de 1993. En efecto, la sentencia de la cual me aparto afirmó que:

"(…) ante el complejo panorama económico que se explicó (…) 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; la alta tasa de informalidad laboral que, por una parte, genera una inequidad entre quienes se encuentran en la formalidad y quienes no y, por otra parte, afecta las finanzas de un sistema que tiene aspiraciones de universalidad; y los problemas de viabilidad de un sistema cuya financiación se estructuró con fundamento en una pirámide laboral que se viene invirtiendo por el envejecimiento de la población – 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" [428] .

20. Así, la supuesta afectación de la sostenibilidad financiera del sistema pensional, alegada en la providencia, se deriva de situaciones generales del contexto económico que no tienen relación específica con la pretensión de los accionantes de obtener el incremento del 14% por cónyuge, compañero o compañera permanente a cargo. De este modo, los problemas de cobertura del sistema y la "situación marginal de niños y personas de la tercera edad" no solo no tienen conexidad directa y real con el reconocimiento de los referidos incrementos o con su derogatoria, sino que, por el contrario, parecería que al desconocer dicho incremento precisamente se deja en situación marginal a toda una familia que, demostrada su condición de dependencia a la única fuente de ingresos representada en el salario mínimo, se la deja en situación de precariedad.

En tal sentido, los aspectos genéricos que la sentencia refiere como evidencia de un desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, en realidad no tienen una conexidad específica con la cuestión debatida . Incluso, algunas de las conclusiones formuladas en el fallo del cual me aparto pueden amenazar el reconocimiento de otros derechos prestacionales derivados de la seguridad social. A modo de ejemplo, podría concluirse que las reliquidaciones y pagos retroactivos de las pensiones afectan el señalado mandato constitucional por cuanto "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 " [429] .

21. Por ende, la sentencia de la cual disiento no debió soportarse en conjeturas, sino que debió aportar elementos de juicio tangibles y concretos que sustentaran el presunto impacto de los incrementos por persona a cargo en la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones como lo serían, por ejemplo: (i) informes que permitan establecer los costos que eventualmente se generarían para el Régimen de Prima Media con el reconocimiento de dicha prestación; o (ii) un número estimado de los pensionados que, además de ser beneficiarios del régimen de transición, pudieran tener derecho a percibir los incrementos tantas veces referidos; o, incluso, (iii) un cálculo acerca del porcentaje de los recursos del sistema que se comprometen, en la actualidad, en el pago de tales beneficios.

No obstante, en la medida en que el fallo no presentó tales evidencias y no partió de bases concretas para analizar el supuesto menoscabo a la viabilidad del sistema pensional, estimo que la valoración abstracta de presuntas afectaciones para los recursos pensionales implica un grave riesgo de arbitrariedad judicial , en la medida en que el juez podría considerar en cualquier momento, sin más, que una norma o institución afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional y, a partir de simples juicios de valor o afirmaciones que carecen de sustento o de evidencias concretas,

desestimar la aplicación de normas que pueden representar, para algunos sujetos de especial protección, el reconocimiento de derechos prestacionales específicos o, incluso, la aplicación de acciones afirmativas autorizadas en el artículo 13 superior.

22. Aunado a ello, la providencia debió considerar que el Acto Legislativo 01 de 2005 introdujo un límite temporal al régimen de transición, en tanto estableció que no puede extenderse más allá del 31 de julio de 2010, salvo para aquellos trabajadores que a la entrada en vigencia de dicha reforma constitucional, tuvieran 750 semanas cotizadas, los cuales conservarían el régimen hasta el 31 de diciembre de 2014.

En consecuencia, debido a tales límites temporales que redujeron el universo de los eventuales beneficiarios del régimen de transición, la Sentencia SU-140 de 2019 tenía la carga de analizar el impacto real del reconocimiento de los incrementos por persona a cargo , dado que esta circunstancia implica la posible disminución de un número significativo de potenciales titulares del derecho a percibir tales beneficios, lo cual debió ser considerado en la citada providencia.

23. Finalmente, los juicios de conveniencia sobre las alternativas más adecuadas para garantizar el derecho a la seguridad social, corresponden a los órganos políticos y, particularmente, al Legislador. En esa medida, considero que la decisión mayoritaria desconoció esta distribución de competencias, en tanto cuestionó y censuró [430] la institución misma de los incrementos por cónyuge, compañero o compañera o hijo dependiente a cargo que, en su momento, fue adoptada válidamente para garantizar el derecho a la seguridad social [431] .

Así mismo, conviene anotar que el fallo que profiere la Sala Plena en esta ocasión se presenta en sede de revisión de tutela, por lo cual no le correspondía a esta Corporación hacer un juicio de control abstracto sobre la vigencia de los incrementos por persona a cargo y su compatibilidad con la Constitución. En su lugar, la Sala debía ocuparse de la posible vulneración de los derechos fundamentales de los demandantes, ocasionada presuntamente por las providencias judiciales que declararon la prescripción de los referidos incrementos.

24. En suma, considero que la valoración del principio de sostenibilidad financiera del sistema no puede efectuarse mediante juicios abstractos y genéricos sobre las posibles afectaciones de la viabilidad económica. Por el contrario, estimo que el posible desconocimiento del citado principio debe evaluarse con pruebas técnicas eficientes y estudios concretos, que le permitan al juez contar con elementos de juicio para establecer si una determinada medida implica algún grado de amenaza a dicho mandato, que pueda implicar, a la postre, una afectación cierta para los recursos pensionales.

Cuarto desacuerdo: La Sentencia SU-140 de 2019 perjudicó a un sector de la población que recibe bajos ingresos, por cuanto los incrementos debatidos fueron diseñados para pensiones de un salario mínimo 25.

En mi criterio, la decisión de la mayoría de la Sala Plena afectó a un sector vulnerable de los pensionados, teniendo en cuenta que los incrementos por cónyuge, compañero o compañera permanente, o hijo dependiente a cargo, están previstos para las pensiones de salario mínimo. En efecto, de conformidad con el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990:

“Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así: a) En un siete por ciento (7%) sobre la pensión mínima legal , por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años o de dieciocho (18) años si son estudiantes o por cada uno de los hijos inválidos no pensionados de cualquier edad, siempre que dependan económicamente del beneficiario y, 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 ” Bajo ese entendimiento, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que “esos incrementos deben liquidarse sobre la “pensión mínima legal”, que equivale

al salario mínimo vigente para cada época" [432] , con lo cual no resulta viable que se calculen con base a ingresos superiores a dicho monto. De hecho, esa Corporación ha considerado procedente el recurso de extraordinario de casación cuando se calculan los incrementos por persona a cargo sobre una base superior al salario mínimo.

26. Por último, debe recordarse que el derecho a percibir los mencionados beneficios solo se conserva mientras subsistan las causas que les dieron origen, esto es, la dependencia de un cónyuge, compañero o compañera permanente o hijo. Por consiguiente, la decisión de la cual me aparto afecta el mínimo vital de estas personas , por cuanto desconoce que esta institución responde a la realidad de muchas familias vulnerables, cuya única fuente de ingresos es el dinero que proviene de la pensión de vejez de uno de los progenitores.

Quinto desacuerdo: la Sentencia SU-140 de 2019 desconoció que existen fuertes razones constitucionales para garantizar el reconocimiento de los incrementos pensionales por personas que dependen económicamente de su pareja o familiar [433] 27.

Adicionalmente, existen sólidos motivos constitucionales para asegurar el reconocimiento de los incrementos pensionales por personas que dependen económicamente de su pareja o familiar, entre las cuales se encuentran: (i) el carácter fundamental del derecho a la seguridad social; (ii) los principios de favorabilidad e in dubio pro operario ; (iii) el principio de imprescriptibilidad de los derechos derivados de la seguridad social, en la medida en que no prescribe el derecho a solicitar la reliquidación pensional; (iv) la protección de los derechos adquiridos; y (v) la especial protección constitucional de los destinatarios, que son personas de la tercera edad y en situación de discapacidad.

A continuación, se expondrán los fundamentos de cada una de estas razones. 28. En primer lugar, la decisión mayoritaria desconoció el carácter fundamental del derecho a la seguridad social , por cuanto afirmó que "(…) no forma[n] parte del núcleo esencial de la seguridad social en tanto no está[n] relacionado[s] con la dignidad de persona alguna" .

En este sentido, partió de la premisa según la cual la dimensión prestacional del derecho a la seguridad social no forma parte de su carácter fundamental, lo que implica un retroceso en la jurisprudencia constitucional que ha destacado que todos los derechos requieren, para asegurar su protección, el cumplimiento de mandatos de abstención y de prestación [434] .

27.1. En este sentido, la Corte ha establecido que todos los derechos fundamentales se componen de dos facetas. Por una parte, tienen una arista de exigibilidad inmediata , que implica (i) un deber de abstención para el Estado y los particulares, pues están obligados a no interferir en el ejercicio del derecho fundamental; y (ii) obligaciones positivas que pueden involucrar algunas de carácter prestacional y que son de cumplimiento inmediato, por cuanto hacen parte del núcleo esencial del derecho fundamental en cuestión. Por otra, existe una faceta prestacional , la cual supone que el Estado lleve a cabo acciones positivas para lograr su satisfacción. Este último componente se encuentra sujeto al principio de progresividad [435] .

27.2. En contraste, la decisión de la cual me aparto equipara el concepto de derecho fundamental al de núcleo esencial de tales derechos, con lo que se excluye del ámbito iusfundamental la faceta prestacional del derecho a la seguridad social; ello significa desnaturalizar esta garantía que, en buena medida, se asegura mediante prestaciones económicas que además de las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes en sí mismas incluyen, en ocasiones, indemnizaciones, pagos retroactivos, indexaciones, etc.

En otras palabras, considero que no es razonable sostener que los incrementos por persona a cargo, debido a su carácter prestacional, no forman parte del núcleo esencial del derecho a la seguridad social.

29. En segundo lugar, el reconocimiento de los incrementos por persona a cargo desarrolla los principios de favorabilidad e in dubio pro operario , como ha sido reconocido reiteradamente por la jurisprudencia de la Corte

Constitucional [436] .

Así, el artículo 53 de la Carta consagra, dentro de los principios del derecho laboral, “la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho” . De conformidad con la Constitución y la jurisprudencia de esta Corporación, quien interpreta un precepto debe dar aplicación al principio in dubio pro operario el cual supone que, en caso de duda, se debe optar por la interpretación que más favorezca al trabajador.

30. En tercer lugar, conforme a la jurisprudencia constitucional, el derecho a reclamar los ajustes, aumentos y/o reliquidación de la pensión están estrechamente vinculados con el derecho a la pensión en sí mismo. Por lo tanto, el derecho a percibir los incrementos por persona a cargo también es imprescriptible. Además, se ha determinado que resulta desproporcionado que los afectados con una incorrecta liquidación no puedan reclamar su derecho en cualquier tiempo.

De esta manera, en virtud del principio de imprescriptibilidad de los derechos derivados de la seguridad social , los incrementos que se desprenden de la pensión son también imprescriptibles, salvo las mesadas no reclamadas en tiempo conforme a la regla general de prescripción de las acreencias laborales contenida en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo.

31. En cuarto lugar, la ausencia de reconocimiento de los incrementos por persona a cargo, compromete la garantía de los derechos adquiridos y la protección de las expectativas legítimas, por cuanto tales incrementos forman parte del régimen de transición, el cual debe aplicarse con observancia del principio de inescindibilidad , de conformidad con lo establecido invariablemente por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional hasta la Sentencia SU-140 de 2019 .

32. Por último, los incrementos por persona a cargo garantizan la especial protección constitucional de la cual son destinatarias las personas de la tercera edad y en situación de discapacidad , por cuanto aumentan en el 7% o el 14% del salario mínimo el monto de la mesada pensional devengada en varias situaciones, dentro de las cuales se incluyen: (i) que el pensionado tenga un hijo menor de edad a cargo; (ii) que el titular del derecho tenga un hijo con discapacidad a cargo; o (iii) que tenga un cónyuge, compañero o compañera permanente a cargo, que en muchos casos será una persona de la tercera edad que carece de otra fuente de ingresos.

Sexto desacuerdo: La Sentencia SU-140 de 2019 vulneró el debido proceso, por cuanto no existe evidencia de que COLPENSIONES hubiera alegado la derogatoria de las normas reglamentarias que establecen los incrementos por persona a cargo en los procesos laborales ordinarios que motivaron la interposición de las acciones de tutela contra providencias judiciales 33.

Como fue expuesto anteriormente, en la mayoría de los casos analizados [437] , la Corte estudió acciones de tutela contra providencias judiciales dictadas en procesos laborales ordinarios, que declararon prescrito el derecho a percibir el incremento por persona a cargo, contemplado en el Decreto 758 de 1990.

Sin embargo, a partir de los antecedentes de la presente providencia y del análisis de los expedientes de tutela, se evidencia que el argumento de una posible derogatoria de los incrementos por persona a cargo no fue debatido al interior de los procesos laborales ordinarios que originaron las acciones de tutela acumuladas en el asunto de la referencia.

34. Además, la supuesta derogatoria orgánica de los incrementos por persona a cargo nunca fue alegada por COLPENSIONES en el proceso de tutela , ni en sede de instancia ni en el trámite de revisión. Como lo expliqué en el salvamento de voto que presenté al Auto 320 de 2018 [438] , el alcance de las intervenciones de COLPENSIONES durante el proceso de tutela fue el siguiente:

(i) En sede de instancia : En 7 de los 11 expedientes acumulados, COLPENSIONES concurrió a las primeras instancias y su defensa consistió en alegar la improcedencia de la acción de tutela por falta de subsidiariedad, inmediatez, por falta de legitimación por pasiva o por tratarse de una prestación económica. Por su parte, en tres de los procesos, omitió contestar la solicitud de amparo en la oportunidad dispuesta para tal fin. Por último, en el expediente restante, la contestación fue realizada por el extinto ISS, que alegó falta de legitimación en la causa por pasiva.

(ii) Primera intervención en sede de revisión: La entidad presentó una intervención dirigida a los expedientes T-5.647.921 y T-5.647.925, sobre los que previamente no se había pronunciado en instancias, en la que expuso varios argumentos que no se refieren a la derogatoria orgánica de los incrementos [439] :

(iii) Segunda intervención en sede de revisión: COLPENSIONES intervino nuevamente al momento del registro del proyecto de fallo y, en su momento, presentó varios argumentos sobre la improcedencia de las acciones de tutela y la ausencia de vulneración de los derechos fundamentales. En particular, puso de presente que la Sección Segunda del Consejo de Estado adelantaba el trámite de una acción de nulidad en contra de los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, por lo que resultaba procedente atenerse a lo que dicha Corporación, en uso de sus competencias jurisdiccionales resolviera sobre la constitucionalidad de las mencionadas disposiciones. Pese a esa petición particular, dicha conclusión tampoco fue acogida por la Sala Plena en la sentencia de la cual me aparto, toda vez que, como fue expuesto, se desconoció el fallo proferido en el marco de dicho trámite.

35. En consecuencia, los accionantes resultaron sorprendidos por un argumento que fue introducido únicamente en el fallo de reemplazo dictado en sede de revisión, lo cual desconoce evidentemente los derechos de defensa y contradicción de los involucrados, pues no pudieron debatir acerca de la supuesta derogatoria de las normas reglamentarias que prevén los incrementos por persona a cargo, ni ante el juez natural ni durante el proceso de tutela.

Conclusión 36. Por las razones expresadas, me aparto entonces de los fundamentos que la Sala Plena de la Corte Constitucional acogió en la Sentencia SU-140 de 2019 , fallo que reemplazó el dictado ante la declaratoria de nulidad de la Sentencia SU-310 de 2017.

En mi criterio, la providencia de la referencia: (i) desconoció la cosa juzgada de una decisión del Consejo de Estado que había declarado la vigencia en el ordenamiento, de los incrementos por persona a cargo y que expresamente la entidad demandada solicitó acoger en este proceso; (ii) omitió referirse a la jurisprudencia de las Altas Cortes que, no solo ha descartado reiteradamente que las normas reglamentarias que consagran los incrementos fueran derogadas, sino que también ha reconocido los fundamentos constitucionales de su aplicación;

(iii) analizó el impacto de los incrementos sobre la sostenibilidad financiera del sistema a partir de juicios de valor generales y de situaciones que carecen de relación con el asunto objeto de estudio; (iv) afectó a un sector de la población que recibe bajos ingresos, por cuanto los incrementos fueron diseñados para pensiones de salario mínimo y para grupos familiares que dependen de esa única fuente de ingresos; (v) desconoció los fuertes motivos constitucionales que sustentan la obligación de garantizar el reconocimiento de los incrementos pensionales por personas que dependen económicamente de su pareja o familiar; y, (vi) vulneró el debido proceso, pues el argumento sobre la derogatoria de los incrementos por persona a cargo resulta sorpresivo para los accionantes, quienes debatían sobre la prescriptibilidad o imprescriptibilidad de tales beneficios ante la jurisdicción laboral ordinaria.

De esta manera, expongo las razones que me conducen a salvar parcialmente el voto respecto de la Sentencia SU-140 de 2019 , adoptada por la Sala Plena de la Corte Constitucional.

Fecha ut supra , GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO Magistrada SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA DIANA FAJARDO RIVERA A LA SENTENCIA SU140/19 Referencia: Expedientes T-5.647.921, T-

5.647.925, T-5.725.986, T-5.755.285, T-5.766.246, T-5.840.729, T-5.841.624, T-5.844.421, T-5.856.779, T-5.856.793 y T-5.870.489, acumulados.

desunificando jurisprudencia Con el debido respeto por las providencias de la Sala Plena de la Corte Constitucional, salvo mi voto a la Sentencia SU-140 de 2019 [440] en la que se decidió no tutelar los derechos de las personas a las que no se les había reconocido su incremento pensional en razón a persona a cargo (según lo dispuesto por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990) por considerar que la Sala, antes que ocuparse de resolver las tutelas contra providencias judiciales que fueron sometidas a su consideración, se ocupó de plantear una suerte de juicio acerca de la vigencia y la constitucionalidad, en abstracto, de las reglas en cuestión sobre incrementos pensionales por persona a cargo.

Cuando la Corte Constitucional tomó la decisión de anular la primera sentencia de unificación que se había dictado para resolver las acciones de tutela de la referencia (SU-310 de 2017), salvé mi voto por considerar que no se habían cometido las supuestas violaciones al derecho constitucional al debido proceso. Como lo señalé en aquella oportunidad, toda decisión de la Corte Constitucional puede ser objeto de debate y crítica académica, jurídica o pública. No obstante, "[…] la protección de la cosa juzgada constitucional, la afectación de la seguridad jurídica, la erosión de la autoridad y peso de la jurisprudencia constitucional, así como la protección al goce efectivo del derecho a la igualdad y de los derechos fundamentales que hubiesen sido tutelados, son parámetros constitucionales de peso para exigir que se anule una sentencia de unificación, si y sólo si es evidente y claro que la Sala Plena de la Corte Constitucional expidió una sentencia de unificación contraria a derecho […]", lo cual no había ocurrido en esa providencia.

[441] La Sentencia SU-140 de 2019 parte de una interpretación distinta a la que la misma Corte, y el sistema jurídico en general, ha hecho sobre los efectos derogatorios que tuvo en el sistema pensional la expedición de la Ley 100 de 1993 y su aplicación a los incrementos pensionales analizados. Aunque es cierto que existían dos líneas jurisprudenciales en la materia cuando se dictó la primera sentencia de unificación en mayo de 2017, ahora, en el momento en que se profiere la sentencia de la cual me aparto, la posición garantista se había decantado en la jurisprudencia y en el sistema judicial en general.

La respuesta por la que opta la Corte ahora es la restrictiva que se conocía (los incrementos pensionales sí prescriben y no pueden ser reclamados), pero ahora con posiciones y afirmaciones más fuertes que las hechas hasta entonces por esa línea jurisprudencial. La sentencia se fundó en nuevas posiciones jurisprudenciales que se proponen acerca del impacto derogatorio que tuvo la Ley 100 de 1993 en el sistema de pensiones y acerca del sentido y alcance de la reforma constitucional en materia pensional que se hizo en el año 2005. No era un proceso sobre una cuestión teórica o conceptual, eran pensiones de personas, de seres humanos concretos cuya dignidad ha debido ser valorada, ponderada y protegida por la Corte.

La Sala no unificó la jurisprudencia que existía sobre el problema jurídico analizado en la sentencia. Interrumpió el proceso de unificación de la jurisprudencia sobre la materia que se había dado con mayor claridad desde el año 2017 y durante el año 2018. La Sentencia SU-140 de 2019 cambió los presupuestos de análisis que la jurisprudencia había tenido en la materia, y tomó una respuesta diferente a la que hasta este momento se había dado, cada vez de manera más reiterada. Se afectaron las expectativas legítimas que tenían las personas pensionadas en la aplicación de la jurisprudencia. El principio de seguridad jurídica se impactó, sobre todo en el caso de cada una de las personas concretas cuyos derechos fueron desprotegidos, a pesar de que ya habían sido tutelados por la Sala Plena de la Corte Constitucional dos años antes.

La mayoría de la Sala Plena dejó de lado una línea jurisprudencial garantista y protectora de los derechos, reciente y específicamente aplicable, para dar paso a una aplicación genérica y conceptual de antecedentes relacionados, pero no precisos a la cuestión. En otras palabras, parece que esta decisión desunificó la jurisprudencia.

Pero, ¿cómo fue posible que se tomara una decisión tan lejana a la línea protectora de los derechos que había trazado la jurisprudencia constitucional sobre esta materia? En un orden constitucional en el que los derechos sociales de los trabajadores y a la seguridad social son fundamentales, el sistema jurídico debe ser interpretado en favor de los trabajadores, sobre todo en los casos de duda, y la jurisprudencia lo ha hecho así, ¿cómo fue posible llegar a una solución poco sensible con el goce efectivo de los derechos al mínimo vital en dignidad de personas pensionadas, bajo un estado social y democrático de derecho, sujetos de especial protección constitucional? Son varias las razones que explican cómo llegó la Sala Plena de la Corte a esta decisión. Concretamente me referiré a tres de ellas: (i) el cambio de problema jurídico, (ii) la respuesta dada y las estrategias argumentativas para llegar a ella y (iii) el no haberse tomado en serio los derechos sociales de las personas que estaban en juego.

El cambio de problema jurídico, de los casos y sus pretensiones a los conceptos y las reglas abstractas La primera estrategia de la Sentencia SU-140 de 2019 fue cambiar el problema sobre el cual la Corte Constitucional tenía competencia. Los casos acumulados, como la sentencia lo muestra, se refieren a acciones de tutela que fueron presentadas contra decisiones judiciales, acusadas de violar el derecho al debido proceso de los accionantes. No son acciones de inconstitucionalidad que busquen controvertir leyes desde una perspectiva de control abstracto.

Al inicio de la sentencia, retomando la jurisprudencia, la Sentencia SU-140 de 2019 reconoce la limitación propia del análisis de los casos de tutelas contra providencias judiciales.

[442] Se debe establecer si el caso analizado es de aquellos en los que excepcionalmente procede la acción de tutela contra una providencia judicial.

Y, en caso de llegar a conocerlo, el juez de tutela no puede dejar de tener respeto y deferencia por las competencias propias de los jueces ordinarios.

No obstante, los problemas jurídicos planteados por la Sala evidencia que este respeto por las competencias de las autoridades judiciales ordinarias se dejó de lado, pues las cuestiones que se plantearon son puramente sustantivas, propias de los jueces ordinarios. Los problemas planteados fueron los siguientes:

“(i) ¿En caso de pensiones causadas después de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 o, en su defecto, del Acto Legislativo 01 de 2005, tienen éstas derecho a los incrementos del 14% y/o del 7% sobre la pensión mínima legal de que trata el artículo 21 del Decreto 758 de 1990? (ii) ¿En caso de que la respuesta al anterior problema jurídico sea positiva, está sujeto a prescripción el derecho pensional de incremento del 14% y/o del 7% de que trata el artículo 21 del Decreto 758 de 1990?” [443] Las preguntas jurídicas presentadas deben ser consideradas para poder resolver los casos de tutela en cuestión. Esto puede ser cierto. Pero no son el problema, o los problemas jurídicos específicos que los procesos analizados plantean. Las dos preguntas no se refieren a las decisiones judiciales cuestionadas mediante tutelas. No se pregunta si una determinada interpretación o aplicación del derecho por parte de un funcionario judicial fue arbitraria. Lo que hacen es poner de presente dos cuestiones del derecho a la seguridad social y laboral que hizo parte de las reflexiones de los jueces en los procesos ordinarios, pero se plantean de forma abstracta y general, como si se tratara de un proceso judicial diferente. De hecho, se trata de preguntas jurídicas, más que de problemas jurídicos propiamente dichos, pues no evidencian tensiones entre razones fundadas en referentes jurídicos en torno a una pretensión. La primera pregunta indaga sobre la vigencia y aplicabilidad de un determinado derecho (los incrementos pensionales analizados) y la segunda, sobre la posibilidad de que prescriba. Una posterior formulación del problema vuelve a presentarlo desde esta perspectiva abstracta.

[444] Las preguntas de seguridad social planteadas por la Corte en esta oportunidad contrastan con el problema jurídico, propio de una acción de tutela contra providencias judiciales que había sido planteado por la Corte Constitucional, en la sentencia anulada de 2017. Había dicho esta Corporación, “[…] corresponde a la Sala resolver el siguiente problema

jurídico: ¿viola una autoridad judicial el derecho al debido proceso, por desconocer la Constitución Política y un precedente judicial vinculante, al considerar que un derecho pensional, como el incremento del 14% por cónyuge 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, interpretación más favorable al trabajador (in dubio pro operario)? ” [445] Para la mayoría de la Sala Plena que adoptó la decisión de 2017, era claro que los casos analizados versaban sobre la eventual violación del derecho al debido proceso de ciertas personas, en razón a una determinada aplicación del ordenamiento jurídico hecha por los jueces naturales competentes en cada proceso. No se trataba de un problema jurídico de seguridad social abstracto, desligado de un caso concreto.

En las tutelas contra providencias judiciales no corresponde a los jueces dar una solución al problema jurídico material que tenía que considerar los despachos judiciales ordinarios, asumirla como la respuesta correcta e imponerla. Lo que corresponde es verificar, excepcionalmente, si la actuación judicial revisada, autónoma e independiente, desconoció algunos de los límites propios del derecho al debido proceso. En otras palabras, no se exige al juez que dé la respuesta correcta, sino que se abstenga de dar una que claramente sea incorrecta a la luz de la Constitución. De lo contrario, el juez de tutela termina suplantando al juez natural de la causa.

Por supuesto, el juez de tutela puede excepcionalmente, y por razones de protección de los derechos fundamentales, dictar directamente la providencia judicial que remplace aquella que hubiese sido anulada por violar el derecho al debido proceso. O, si los jueces se rehúsan a proferir una nueva sentencia atendiendo el parámetro indicado (por ejemplo, aplicar el principio de favorabilidad laboral al resolver el caso), puede adoptar las medidas adecuadas y necesarias para que se haga cumplir el derecho tutelado, incluyendo, por ejemplo, revivir una decisión judicial anulada y entenderla ejecutoriada, a pesar de haber sido anulada por una autoridad judicial superior.

[446] Uno de los problemas más complejos que supone el cambio de problema jurídico que hace la Sentencia SU-140 de 2019 es que afecta los derechos políticos y de acceso a la justicia de las personas en general. De haber seguido un proceso público como el que genera una acción de inconstitucionalidad, cualquier persona hubiera podido participar en el debate. Sin embargo esto no ocurrió. Como se verá a continuación, se presentan diversos y complejos dilemas jurídicos que se van definiendo de manera categórica, sin que se hubiese dado un proceso de deliberación abierto con participación ciudadana. La Sala hubiera podido convocar a entidades expertas que le dieran elementos de juicio técnicos diversos, acerca de cuestiones tales como el impacto de los incrementos pensionales por persona a cargo en la sostenibilidad fiscal y financiera del sistema o la manera como se deben interpretar y aplicar estos dos criterios constitucionales, si su intención era resolver estas cuestiones de forma genérica y abstracta.

La cuestión resuelta por la Sentencia SU-140 de 2019 y sus fundamentos Hay cuatro aspectos básicos que me llevan a apartarme de la fundamentación de la sentencia y de su conclusión. Primero, las sentencias que sirvieron a la Sala para fundar su posición son en su mayoría de constitucionalidad, no de tutela, y se refieren al cambio de reglas que introdujo la Ley 100 de 1993 para poder acceder a una pensión de jubilación y al régimen de transición en general. Los precedentes aplicables que sí se ocupaban del caso específico, sólo fueron considerados por la Sala hasta el año 2017, cuando era claro que había dos respuestas jurisprudenciales distintas (2.1). Segundo, se hace un análisis de conveniencia de la figura de los incrementos pensionales por persona a cargo, en el que se analizan aparentes problemas de discriminación de esas figuras protectoras, que ahora las personas reclaman mediante acción de tutela (2.2).

Tercero, se establece una diferencia cuestionable entre el criterio de sostenibilidad fiscal y el de sostenibilidad financiera del sistema pensional, para poder reconocer que el primero es un mero criterio y proponer que el segundo es un principio y que, por tanto, puede ser ponderado con los derechos fundamentales de las personas y justificar su restricción (2.3). Finalmente, el principio de favorabilidad laboral no se aborda desde el comienzo de la sentencia para que sirva de

parámetro de lectura del derecho, sino únicamente al final, cuando supuestamente, las dudas y cuestiones han sido disipadas y, por tanto, el principio ya no es necesario (2.4).

Sólo se consideran precedentes aplicables hasta el año 2017 y el problema planteado se resuelve con antecedentes jurisprudenciales generales de pensiones y seguridad social La Sentencia SU-140 de 2019 volvió a presentar las dos líneas jurisprudenciales aplicables a los casos de la referencia que se habían desarrollado, en los términos que se había hecho en el año 2017 en la sentencia anulada. Dijo la Corte:

"[…] la primera respuesta jurisprudencial que dio la Corte al problema que se analiza, se encuentra en las sentencias T-217 de 2013 [447] , T-831 de 2014 [448] , T-319 de 2015 [449] , T-369 del 2015 [450] , T-395 de 2016 [451] y T-460 de 2016 [452] .

En tales sentencias se consideró que en virtud del principio de imprescriptibilidad del derecho a la seguridad social, los incrementos que por ley se desprenden de la pensión son imprescriptibles, salvo las mesadas no reclamadas en tiempo conforme a la regla general de prescripción de las acreencias laborales contenida en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo. Igualmente, en algunas de estas sentencias se sostuvo que la prescripción del incremento pensional del 14%, es una interpretación contraria y violatoria del artículo 53 de la Constitución Política, pues al existir dos interpretaciones posibles de una misma norma jurídica, debe acogerse aquella que resulta más favorable al trabajador (principio de duda en favor del trabajador o in dubio pro operario). Se consideró que la anterior conclsión se impondría con más fuerza, pues se trataría de garantías que comprometen el mínimo vital en dignidad de las personas.

Por otra parte, en las sentencias T-791 de 2013 [453] , T-748 de 2014 [454] , T-123 de 2015 [455] , T-541 del 2015 [456] , y T-038 de 2016 [457] se indicó que, conforme al precedente jurisprudencial sentado por la Corte Suprema de Justicia, si bien los incrementos pensionales nacen del reconocimiento de la prestación, estos no formarían parte integrante de ella ni del estado jurídico de la persona pensionada, por lo que no gozarían del atributo de la imprescriptibilidad.

Además, en dichas sentencias se precisó que aunque el precedente constitucional " tiene la fuerza de instituir interpretaciones que ciñan la aplicación del ordenamiento legal a lo consagrado por la Carta Política " [458] , la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia tendría fuerza de precedente y sería una garantía para que las decisiones de los jueces estuvieran apoyadas en una interpretación uniforme y sólida del ordenamiento jurídico, por lo que no sería posible afirmar que las autoridades judiciales accionadas hubieran incurrido en desconocimiento del precedente constitucional." [459] Sin revisar la jurisprudencia posterior a mayo de 2017, la Sentencia SU-140 de 2019 se eleva nuevamente al cielo de los conceptos jurídicos. El segundo capítulo de las consideraciones de la Sentencia SU-140 de 2019 se ocupa de la génesis y crisis de la seguridad social pensional en Colombia, la transición hacia un nuevo régimen pensional . Comenzando con el siglo XIX y las respuestas del gobierno del canciller Otto Von Bismarck, se hace referencia al desarrollo histórico y constitucional de la seguridad social en Colombia, su protección en el Sistema Interamericano de protección de derechos humanos, para terminar exponiendo la aparición de la Ley 100 sus elementos estructurales generales.

Dentro de esta reconstrucción de las reglas aplicables se hace una breve referencia a uno de los debates, a su juicio, importantes dentro de esta cuestión: establecer cuáles son los efectos del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 sobre qué ocurría con las reglas pensionales anteriores.

[460] Para la Sentencia SU-140 de 2019, " sin perjuicio de la discusión jurisprudencial " que ha tenido lugar, esta cuestión fue definida por la Corte Constitucional en dos sentencias, la C-258 de 2013 y la SU-230 de 2015.

La aproximación que hace la Sala Plena en este caso, nuevamente es abstracta y alejada de los casos concretos. Sin mostrar el tema propio de las sentencias citadas (C-258 de 2013 y la SU-230 de 2015), la Sala Plena consideró que estas

fijaban de forma genérica y amplia, para todos los casos, la interpretación del artículo de la Ley 100 en cuestión (Art. 36), como si esas sentencias fueran unas leyes interpretativas genéricas.

En la Sentencia C-258 de 2013 la Corte Constitucional no estudia una acción de tutela, ni hace un estudio genérico de la Ley 100 de 1993. Se refiere a un análisis de constitucionalidad abstracta de una norma que plantea un asunto muy específico, concreto y excepcional: el régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para los Representantes y Senadores y el control de las pensiones excesivamente desproporcionadas.

[461] Las consideraciones hechas por la Corte Constitucional en aquella oportunidad no se referían a los beneficios de seguridad social generales de la Ley 100 para todas las personas. Por supuesto, no era una norma que abordara los derechos de sujetos de especial protección, ni de acciones afirmativas existentes en favor de este tipo de personas. Al contrario, se trataba de una norma muy específica y particular, referente a los derechos de personas que han sido reconocidas y recompensadas adecuadamente por la importancia del servicio público que prestan, los Senadores y Representantes de la República.

[462] No se puede considerar que una de sentencia que estudia la muy excepcional norma de pensiones de los congresistas, defina una interpretación genérica en el orden jurídico que pueda cobijar el análisis específico de afectación a los derechos de sujetos de especial protección constitucional. Son casos evidentemente distintos que ponen en tensión aspectos, principios y derechos diversos de la Constitución. Lo dicho en uno no puede aplicarse sin más en otro, sobre todo cuando se reconoce que no se trata de un asunto pacífico.

Además, la Corte explícitamente dijo en esa oportunidad que su decisión se tomaba en consideración a las específicas características del caso de los Congresistas y que no podían trasladarse sin más las conclusiones allí tomadas.

Dijo la Corte al inicio de las consideraciones de la Sentencia C-258 de 2013, “[…] el análisis de constitucionalidad que se llevará a cabo en esta providencia se circunscribe al régimen pensional especial previsto en el precepto censurado, el cual es aplicable a los Congresistas y los demás servidores ya señalados. Por tanto, en este fallo no se abordará la constitucionalidad de otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas, como por ejemplo, los regímenes del Magisterio, de la Rama Ejecutiva, de la Rama Judicial y Ministerio Público, de la Defensoría del Pueblo, del Departamento Administrativo de Seguridad, de las profesiones de alto riesgo, de los aviadores civiles, de los trabajadores oficiales, del Banco de la República, de los servidores de las universidades públicas, de Ecopetrol, del Instituto Nacional Penitenciario, o los dispuestos por convenciones colectivas, entre otros [463] . En consecuencia, lo que esta Corporación señale en esta decisión no podrá ser trasladado en forma automática a otros regímenes especiales o exceptuados.” [464] [Acento del texto original] La otra sentencia citada como fundamental por la Sentencia SU-140 de 2019, a saber, la Sentencia SU-230 de 2015, adoptó una decisión polémica (con 5 votos a favor y 4 en contra) sobre “ el problema jurídico que deviene de la aplicación del Ingreso Base de Liquidación en materia pensional, concretamente, la jurisprudencia en vigor de las Salas de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en relación con el precedente establecido por la Sala Plena en la sentencia C-258 de 2013 .” [465] Es un problema jurídico que tiene relaciones y conexiones con el caso analizado, pero no son similares y, por tanto, lo decidido en uno no puede ser la regla jurisprudencial definitiva para resolver el otro. En la Sentencia SU-140 de 2019, la Sala Plena presenta como regla genérica de interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 lo dicho en la sentencia de 2013 citada, a pesar de su particularidad y lo restringido de ese precedente.

[466] Luego de haber concluido que los incrementos contemplados en el Decreto 758 de 1990 habían sido derogados orgánicamente, con base en lo dispuesto en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 ya mencionadas, la Sentencia SU-140 de 2019 hace referencia a otras cuatro sentencias sobre asuntos diversos. A saber, la Sentencia C-415 de 2014 (sobre el inició de la vigencia de la Ley 100 de 1993 para una grupo específico de personas), [467] la T-466 de

2015 (donde se tutelan los derechos de una persona, aplicando el artículo 12 del Decreto 758 de 1990), [468] la T-657 de 2016 (en la que se niega una pensión especial de vejez, por hijo en condición de discapacidad), [469] y la T-233 de 2017 (en la que se declaró improcedente la tutela por existir otros medios de defensa).

[470] Ninguna de estas sentencias se ocupa de fallos judiciales donde se resolvieran peticiones en relación a los incrementos pensionales del 14% y el 7% por personas a cargo, como ocurre en los casos acumulados.

En esta parte, sólo cita una sentencia que claramente es relevante para el presente caso, la T-884 de 2014, pero de forma abstracta y sin advertir que la decisión si sirve para resolver el caso, pero en sentido contrario a como se hizo. En efecto, la Sentencia SU-140 de 2019 considera que una de las premisas claves para poder llegar a concluir que es adecuado negar el incremento pensional por persona a cargo, es que desaparecieron las regulaciones anteriores por completo.

[471] Esta conclusión, se considera, ha sido " reconocida por la Corte mediante una sólida línea jurisprudencial ", dentro de la cual se cita la sentencia de tutela mencionada en los siguientes términos:

"En Sentencia T-884 de 2014 [472] , mediante la cual la Corte estudió una acción de tutela dirigida al reconocimiento de una pensión de vejez, esta Corporación explicó 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 ' . (Énfasis fuera de texto)" [473] Es cierto que la Sentencia T-884 de 2014 contempla esas afirmaciones sobre la aplicación de las reglas para poder acceder a una pensión. No obstante, la Sentencia SU-140 de 2019 deja de lado que allí se decidió que sí es aplicable el incremento pensional del 14% por cónyuge al caso que se analizaba, razón por la cual se tuteló el derecho. En efecto, luego de referirse a la regla del porcentaje adicional por persona a cargo la Sentencia T-884 de 2014 había concluido lo siguiente:

"[…] En consecuencia, ordenará a la entidad accionada, teniendo en cuenta que es su responsabilidad la administración del régimen de prima media [474] , que dentro de los 15 días siguientes a la notificación de la presente sentencia, proceda a reconocer, liquidar y pagar la pensión de vejez a la que tiene derecho el señor […] conforme al régimen previsto en el Acuerdo 049 de 1990.

Adicionalmente, se ordenará a COLPENSIONES reconocer al accionante el aumento del 14% de la pensión vejez, debido a que su cónyuge la señora María Irene Valencia Granados depende económicamente de él y carece de pensión alguna . No obstante, se ordenará el pago del retroactivo de las mesadas no prescritas teniendo en cuenta la fecha de causación del derecho, análisis que COLPENSIONES deberá realizar de acuerdo a los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo, así como el 151 del Código Procesal del Trabajo." [475] [Acento fuera del texto original] Quizá el estudio de los casos acumulados que hace la Sentencia SU-140 de 2019 desde la abstracción de los conceptos jurídicos es lo que permite a la Sala Plena usar una sentencia como la T-884 de 2014, en la que se tuteló el derecho del aumento del 14% por cónyuge a cargo, contemplado en el Acuerdo 049 de 1990 y aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, para fundamentar una decisión contraria, y concluir que ese derecho no está vigente ni puede ser objeto de protección.

Así, luego de estas referencias abstractas, sin mayor análisis del precedente específico realmente vinculante del caso y a pesar, incluso, de que en uno de ellos se dice algo contrario, la Sentencia C-140 de 2019 concluye lo siguiente:

"3.2.4. Lo anterior debe ser suficiente para que la Corte concluya que los incrementos previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fueron orgánicamente derogados a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993. Ciertamente, ante la regulación integral y exhaustiva en materia pensional que hizo la Ley 100, no cabe sino concluir sobre la derogatoria orgánica del régimen anterior (ver supra 3.1.2.- 3.1.4.) dentro del cual cohabitaban los referidos incrementos.

3.2.5. 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.” [476] No es cierto que los precedentes citados (apartado 3.2.3 de la parte considerativa) por la Sentencia SU-140 de 2019 sean razones suficientes para llegar a estas conclusiones (apartados 3.2.4 y 3.2.5 de la misma sentencia).

El argumento de la derogatoria orgánica se complementa con un segundo camino en la sentencia, pero con el mismo problema, fundándose en antecedentes que no llevaban a la conclusión que se pretende sostener. Así, para la SU-140 de 2019, la “[…] derogatoria se encontraría confirmada con la consagración de un régimen de transición que se diseñó para proteger las expectativas legítimas exclusivamente respecto del derecho a la pensión , pero que no llegó a extenderse a derechos extra pensionales accesorios de dicha pensión, más aún cuando –como sucede con los incrementos que prevé el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 no fueron dotados de una naturaleza pensional por expresa disposición del subsiguiente artículo 22 ibíd.

” [477] Justamente, una de las cuestiones centrales del debate que se había dado en la jurisprudencia es el carácter de derecho extra pensional o no del beneficio de incremento por persona a cargo analizado. No puede ser tenido como un punto dado y supuesto.

Como una premisa aceptada sin discusión. Pero reconocer tal tensión interpretativa, quizá, podría evidenciar una de esas dudas profundas que plantean los casos que analizaba la Corte, e imponer el deber de aplicar el principio de favorabilidad en materia laboral, que, hasta ese momento de la argumentación, aún brilla por su ausencia.

Para esta segunda línea de argumentos, la sentencia supone que existe unanimidad de la jurisprudencia constitucional sobre “ la exclusiva ultractividad de los mentados requisitos de edad y tiempo de servicio o de cotización y monto de pensión, así como la aplicación de la Ley 100 de 1993 a partir del 1º de abril de 1994 ”. Esta afirmación se sustenta en un grupo de sentencias de constitucionalidad sobre temas de pensiones, pero relativas a aspectos diferentes al de los incrementos por persona a cargo (C-168 de 1995; C-596 de 1997; C-789 de 2002; C-258 de 2013).

[478] Solo se citaron dos precedentes en los que se haya estudiado acciones de tutela, pero también sobre casos con supuestos fácticos muy distintos. La sentencia SU-230 de 2015, ya citada, versa sobre otra cuestión, al igual que ocurre con la sentencia SU-210 de 2017, que anuló una sentencia del Consejo de Estado por haber concedido una pensión a una persona que había sido profesora, violando el derecho al debido proceso de la Universidad en la que trabajaba.

[479] Cabe mencionar que la Sentencia SU-210 de 2017 tuvo como ponente al magistrado ponente José Antonio Cepeda Amarís, que acompañaría semanas después la Sentencia SU-310 de 2017, en la que originalmente la Corte había resuelto tutelar el derecho al incremento pensional correspondiente por persona a cargo. Lo mismo ocurrió con la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, que acompañó las sentencias SU-210 y SU-310 de 2017 y ahora salva su voto a la Sentencia SU-140 de 2019.

[480] Esto muestra que, por lo menos para algunas magistradas y magistrados de la Corte, los antecedentes mencionados no implicaban la conclusión que ahora se quiere sostener, sobre la imposibilidad de aplicación y protección del incremento pensional por persona a cargo.

Así, la Sala llega a una posición restrictiva y no garantista de los derechos, con base en sentencias y decisiones, en su mayoría de constitucionalidad, que no son claramente aplicables a los casos acumulados que se analizan en la SU-140 de 2019. Son antecedentes, pero no precedentes en el sentido estricto del término.

Justamente, en el grado de abstracción alcanzado, se presenta la cuestión como si se tratara de un juicio de constitucionalidad de las normas aplicables y de su interpretación. Dice la sentencia al respecto, “ En fin, para la Corte es claro que el Legislador actuó con apego a la Constitución cuando, a través del régimen de transición que previó el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, protegió las expectativas legítimas de quienes estaban cerca de hacerse a una pensión en las condiciones en que esperaban que esta tuviera bajo el antiguo régimen, sin que tal protección se predicara de otros derechos extra pensionales que, como los que en su momento previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, carecen de ineludible incidencia en la protección del derecho fundamental a la seguridad social pensional. […]”.

[481] La posición de la Corte Constitucional contrasta con las decisiones de los órganos de cierre de las jurisdicciones ordinarias, que han decidido en sentido opuesto y han considerado o bien que los incrementos por persona a cargo no se encuentran derogados o que son aplicables. Así, el Consejo de Estado, negó una acción de nulidad de Colpensiones contra los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, adoptados mediante Decreto 758 de 1990, en la que se alegaba, entre otros cargos, que estos violaban el principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones y se debían entender derogados.

[482] En aquella oportunidad, teniendo plena competencia, el Consejo de Estado planteó el problema de control abstracto que ahora pretendió resolver la Corte Constitucional.

[483] Para el Consejo de Estado no se puede hablar de una regulación orgánica que hubiera derogado los incrementos pensionales, puesto que habían sido regulados “ con suficiencia por el Acuerdo 049 de 1990 […] mientras que la Ley 100 de 1993 no hizo alusión a los mismos ni a sus aspectos característicos y determinantes ” [484] La mayoría de la Sala Plena desconoció la existencia de esta decisión judicial, que la vinculaba, y no dio razones que le permitieran justificar por qué procedió de tal forma.

Las decisiones de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia también defienden una postura similar de protección de los incrementos pensionales por persona a cargo en cuestión. De hecho, a pesar de las diferencias que hay con las posturas en la materia que ha asumido la Corte Suprema de Justicia, dentro de las sentencias de la Corte Constitucional garantistas que han tutelado el derecho a los incrementos pensionales por persona a cargo, se ha reconocido que con relación a la vigencia y aplicabilidad de estos, existe consenso entre ambas corporaciones.

[485] Juicio de constitucionalidad y conveniencia a los incrementos pensionales por persona a cargo Pero no sólo se realiza un juicio de constitucionalidad abstracta sobre cuál debe ser la lectura de las normas en general, también uno de conveniencia y eventual discriminación. Se considera que el diseño anterior (dar incrementos pensionales por persona a cargo) se abandonó de forma definitiva para poder pasar a un sistema que reconoce mejor la economía del cuidado y, por tanto, se considera más conveniente. Dice la Corte, “ 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 .

En efecto, en desarrollo de la obligación de adoptar una perspectiva de género dentro de las actuaciones judiciales [486] , particularmente en procura de hacer efectiva la igualdad material de las mujeres , por ser un hecho socialmente notorio la Corte es consciente de que los cónyuges o compañeros permanentes de que trata el literal b) del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 mayoritariamente corresponden a los integrantes femeninos de la pareja familiar. Ciertamente, aunque en Colombia el acceso a un empleo formal por parte de las mujeres es relativamente bajo respecto de dicho acceso por parte de los hombres [487] , los niveles de empleo generales sí varían significativamente entre ambos sexos, favoreciendo a

los hombres respecto de las mujeres en una relación de 74% a 51% para 2017 [488] .” [489] Este cuestionamiento a la conveniencia del derecho al incremento pensional por persona a cargo, cuya protección concedió la Corte en la mayoría de sus sentencias sobre la materia y que ahora los accionantes reclaman, es más evidente aún, cuando en la suerte de juicio de constitucionalidad que se adelantó en la Sentencia SU-140 de 2019, se califica la institución de discriminatoria de los derechos de las mujeres.

[490] Si el juicio de constitucionalidad abstracta no resuelve el problema jurídico de las tutelas acumuladas, menos aún un juicio de conveniencia y de supuesta discriminación.

Nuevamente, es un asunto sobre el cual la Sala no tenía competencia y que se resuelve dejando de lado los argumentos y posiciones que en un proceso público de inconstitucionalidad se hubieran podido tener en cuenta, o que al menos la Sala ha debido pedir. No se presentaron estudios o posiciones críticas ni se advierte que este silencio se deba a que no existen. En cualquier caso, aunque se aceptara que las reglas actuales son más convenientes para proteger los derechos de las personas que son cuidadoras, esto no implica aceptar que las personas que hubiesen tenido derecho a recibir un beneficio en ese antiguo modelo, no puedan reclamarlo judicialmente, en especial cuando está comprometido su derecho a un mínimo vital en dignidad.

La sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud, de herramienta para lograr el goce efectivo del derecho a justificación para restringirlo El tercer aspecto de la fundamentación de la sentencia del cual me aparto, es suponer que el criterio de sostenibilidad financiera del sistema pensional es un principio constitucional que permite al juez de tutela ponderar y restringir la protección del goce efectivo de los derechos fundamentales de las personas y justificar su restricción, de forma abstracta y sin consideraciones a su situación particular.

La decisión de la Sentencia SU-140 de 2019 de restringir el alcance y la protección de un derecho por la situación general de sostenibilidad financiera del sistema pensional, contrasta con la decisión que había sido tomada por la Sala Plena en la Sentencia SU-310 de 2017, de solicitar al Gobierno determinar con certeza cuál podría ser la afectación a la sostenibilidad fiscal y actuar en consecuencia.

[491] Esta solución permitía cumplir el mandato categórico de la Constitución de que “ bajo ninguna circunstancia autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.

” (Artículo 334). En otras palabras, la Sentencia SU-140 de 2019 podía considerar el criterio de sostenibilidad fiscal y tenerlo en cuenta, pero, “ bajo ninguna circunstancia ”, podía invocarlo para ‘restringir su alcance’ o para ‘negar su protección efectiva’, que es justamente lo que termina haciendo. ¿Pero cómo se pudo llegar a que sí era posible hacerlos? Las premisas que se fueron dando y la manera como se fueron justificando, pueden explicarlo.

La sostenibilidad financiera del sistema pensional como punto de partida El juicio abstracto de constitucionalidad que se hace en la Sentencia SU-140 de 2019 se complementa luego con una lectura de estas normas sobre incrementos pensionales, a la luz del Acto Legislativo 01 de 2005.

[492] La Corte considera que la jurisprudencia era unánime en señalar que la interpretación correspondiente de una reforma introducida en el año 2005 con relación a los incrementos pensionales por persona a cargo, era la de excluirlos, de acuerdo con la lectura literal y estricta de la norma constitucional. Deja de lado la Sala las otras interpretaciones posibles, que hacen énfasis no en una lectura aislada del inciso de un artículo constitucional, sino de lecturas integrales de la Carta. De hecho, la línea jurisprudencial garantista sobre incrementos pensionales por persona a cargo, que es la primera y más prolífica, comenzó en el año 2013, años después de expedida la reforma del año 2005.

Luego de hacer referencia a cuatro estudios seleccionados sobre algunos aspectos de la situación financiera del Sistema, se llega a cinco conclusiones generales, no referidas al impacto específico de los incrementos pensionales por persona a cargo.

[493] Parar analizar la cuestión de la sostenibilidad, la sentencia considerará importante introducir una distinción entre el criterio de sostenibilidad financiera del sistema pensional del artículo constitucional 48, introducido en el año 2005 y el criterio de sostenibilidad fiscal del artículo 334 introducido años más tarde, en el año 2011.

El primero de los criterios aparece en la Sentencia SU-140 de 2019 desde el capítulo segundo de las consideraciones, cuando, al presentar el plan de trabajo que seguirá, advierte que luego de establecer "[…] la cuestión relativa a la señalada derogatoria, se pasarán a estudiar los efectos que pudieran tener los incrementos previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 sobre la sostenibilidad financiera del sistema pensional que prevé el inciso 7º del artículo 48 de la Constitución Política, tal y como este quedó reformado por el Acto Legislativo 01 de 2005 ". Posteriormente, cuando se hace referencia a la génesis del sistema pensional y su crisis, se advierte que esta se trató de enfrentar mediante la reforma de 2005 al artículo que consagra el derecho fundamental a la seguridad social. La providencia resalta la cuestión así:

"[…] el entonces Ministro de Hacienda y Crédito Público explicó que considerando la ' [disponibilidad] de recursos limitados que deben ser distribuidos de acuerdo con las necesidades de la población , para lo cual se deben establecer los mecanismos que logren su suficiencia con el fin de que realmente se dé la efectividad del derecho ' se hacía necesario introducir criterios de equidad y sostenibilidad financiera en el sistema. En lo fundamental, el referido ministro sostuvo que el sistema pensional peligraba por cuanto que "(l)as medidas tomadas con la Ley 100 de 1993 no fueron suficientes para solucionar los grandes desequilibrios que ya en ese momento se presentaban en el sistema […]" [494] (resaltado en negrilla fuera del original).

Como se puede ver, en este momento se presenta el criterio de sostenibilidad financiera como lo que es, justamente como un ' criterio ' de aplicación e interpretación, pero no un 'principio constitucional'. La providencia vuelve a hacer relación a este criterio en ese mismo capítulo, cuando cita textualmente la reforma constitucional (apartado 2.14 de las consideraciones) y lo resaltado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 2013, a propósito del estudio de la norma constitucional que establecía el excepcional régimen de Senadores y Representantes (Artículo 17 de la Ley 4 de 1992), a pesar de la restricción del alcance que tiene esa sentencia.

[495] Aunque la Sentencia SU-140 de 2019 no cita directamente la sentencia C-258 de 2013, sino el resumen que de ésta hace la sentencia SU-210 de 2017, [496] se advierte que en una y otra, lo que allí se dice es aplicable a los regímenes exceptuados o especiales.

[497] En aquella oportunidad fue claro para la Corte que con las modificaciones hechas a la Constitución " […] relevantes de la sostenibilidad financiera, se buscó prevenir la práctica de la creación de beneficios pensionales desproporcionados con cargo a los aportes de las generaciones venideras ", [498] no de beneficios como los proporcionales incrementos pensionales por persona a cargo.

La debatible distinción del criterio de sostenibilidad del sistema de pensiones y el de sostenibilidad fiscal, para poder convertir el primero en un principio En el capítulo cuarto de la Sentencia SU-140 de 2019, dedicado a la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, el 'criterio' se convierte en 'principio', sin dar explicación de por qué se ha de aceptar tal premisa.

[499] Posteriormente, en ese mismo capítulo de las consideraciones de la sentencia, se vuelve a mencionar el criterio de sostenibilidad financiera del sistema pensional como si fuera un 'principio' y se introduce la distinción con el criterio de sostenibilidad fiscal.

La Sala retoma el criterio de sostenibilidad fiscal y hace la aclaración según la cual éste es una “ herramienta que se subordina al cumplimiento de dichos fines estatales y que carece de propósitos propios o independientes, es decir que no es fin en sí misma ”.

[500] Se reconoce además, que existe un límite duro a la posibilidad de restringir o incluso afectar los derechos fundamentales, aunque no se cita como fuente de tan categórica regla a la Constitución (Art. 334), sino a la jurisprudencia. Dice la sentencia, “[…] so pretexto de aplicar dicha sostenibilidad fiscal, ésta no se puede utilizar para restringir o afectar derechos fundamentales [501] ‘pues ello significaría que un principio constitucional que otorga identidad a la Carta Política [fuera] desplazado por un marco o guía para la actuación estatal, lo que es manifiestamente erróneo desde la perspectiva de la interpretación constitucional’ [502] ” [503] Esto es claro. Bajo el orden constitucional vigente, un estado social y democrático de derecho basado en la garantía efectiva de la dignidad humana, la definición de un derecho fundamental no puede estar delimitado por la sostenibilidad de las políticas públicas de las cuales el goce efectivo de éste dependa. Cuál es el contenido del derecho fundamental de una persona es una cuestión jurídica que se resuelve con base en los parámetros jurídicos aplicables que incluyen, entre otras, las reglas y principios contemplados en el bloque de constitucionalidad.

En tal sentido, la sostenibilidad es una herramienta, un medio, para lograr tal fin, a saber: asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales a todas las personas. El criterio de sostenibilidad fiscal afecta la progresividad de la exigibilidad o justiciabilidad de un determinado ámbito de protección, pero no su condición de derecho.

La Sentencia SU-140 de 2019 retoma la regla sobre las limitaciones a partir de tres sentencias, dos acciones de tutela sobre asuntos distintos al que ahora analiza la Corte, una de las cuales fue anulada, [504] y una sentencia de constitucionalidad sobre las limitaciones legales a los derechos de reparación a las víctimas del conflicto armado, con base en razones de sostenibilidad fiscal. Sin embargo, considero que se ha debido hacer referencia ante todo a la Sentencia C-288 de 2012, mediante la cual se estudió una demanda contra la reforma constitucional en cuestión (el Acto Legislativo 3 de 2011) y la ley que establece la regla fiscal (Ley 1473 de 2011).

[505] En aquella oportunidad se concluyó, entre otras cosas, que el acto legislativo no sustituye la cláusula de Estado Social y Democrático de Derecho, la vigencia de los derechos fundamentales, ni la separación de poderes, aspectos definitorios de la Constitución. Se dijo expresamente sobre el criterio de sostenibilidad lo siguiente, “ La Corte […] advierte que la [sostenibilidad fiscal], en realidad no es un principio constitucional, sino una herramienta para la consecución de los fines del [estado social y democrático de derecho]. No es válido concluir, en ese orden de ideas, que la [sostenibilidad fiscal] redefina los objetivos esenciales del Estado, en tanto un instrumento de ese carácter no impone un mandato particular. Puede ser comprendida, a lo sumo, como una medida de racionalización de la actividad de las autoridades, pero en todo caso sometida a la consecución de los fines para el cual fue consagrada en la Constitución.

Por ende, no es viable sostener que la [sostenibilidad fiscal] deba ponderarse con los principios constitucionales fundamentales , habida consideración que un marco o guía para la actuación estatal carece de la jerarquía normativa suficiente para desvirtuar la vigencia de dichos principios, limitar su alcance o negar su protección por parte de las ramas y órganos del Estado. En otros términos, no puede plantearse un conflicto normativo, ni menos aún una antinomia constitucional, entre la sostenibilidad fiscal y los principios fundamentales del estado social y democrático de derecho, pues están en planos jerárquicos marcadamente diferenciados.

[…] Por ende, se impone una conclusión sobre la interpretación adecuada de la sostenibilidad fiscal: Como la [sostenibilidad fiscal] es, por mandato superior, un criterio orientador que carece de la jerarquía propia de los principios fundamentales del Estado Social y Democrático de Derecho, estos sí con mandatos particulares que deben ser optimizados, no podrá predicarse en casos concretos que estos principios puedan ser limitados o restringidos en pos de

alcanzar la disciplina fiscal, pues ello significaría que un principio constitucional que otorga identidad a la Carta Política sería desplazado por un marco o guía para la actuación estatal, lo que es manifiestamente erróneo desde la perspectiva de la interpretación constitucional.

” [506] [Acento fuera del texto original]. La importancia de entender que el criterio de sostenibilidad es un medio, una herramienta, para llegar a fines constitucionales como el goce efectivo de los derechos fundamentales, es que implica aceptar que no se puede limitar el contenido constitucional de los derechos, por proteger autónomamente la sostenibilidad fiscal como si fuera en sí misma un principio o una regla de la Carta Política.

Por eso, no es posible, constitucionalmente, ponderar un derecho fundamental con un herramienta para alcanzarlo, como es el criterio de sostenibilidad fiscal. Esta es la razón por la cual la Sentencia SU-140 de 2019 trata de fijar una distancia tan tajante entre los dos criterios de sostenibilidad, el fiscal general y el financiero específico del sistema pensional, para implicar que, en el primer caso, no se puede ponderar el criterio con los derechos pero que en el segundo sí, como en efecto lo hace la sentencia de la cual me aparto.

La cuestión de si la sostenibilidad fiscal era o no un principio constitucional fue una de las consideraciones básicas del debate que se dio en la Sentencia C-288 de 2012. El Acto Legislativo 3 de 2011 se denomina “ por el cual se establece el principio de sostenibilidad fiscal ”, por lo que para la Sala Plena establecer que la sostenibilidad fiscal no es un ‘principio’ sino un ‘criterio’, le supuso explicar que esa era la verdadera y real intención del Legislador. Es claro, pues, que este asunto fue una cuestión importante cuando se estudió la materia. La Corte constató que durante el debate parlamentario se consideró la posibilidad de que la Constitución dijera: “ bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la aplicación del principio de sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales.” Explícitamente el Congreso de la República decidió cambiar ese texto y no establecer la sostenibilidad fiscal como un principio constitucional.

[507] Ahora bien, la Sentencia SU-140 de 2019 caracteriza el criterio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional, en los siguientes términos:

“ Por el contrario, para la jurisprudencia la sostenibilidad financiera del sistema pensional: (i) es “una preocupación transversal a la [respectiva] reforma [constitucional]” [508] ;

(ii) “es un principio constitucional que debe ser consultado en la dirección y control del sistema de seguridad social [y] las medidas que se adopten para alcanzar tal fin son necesarias, máxime si (…) no se evidencia la lesión de un derecho sino el límite para acceder a un eventual beneficio” [509] ;

(iii) que “no desvirtúa el mandato cuya realización incumbe al Legislador, [sino que] simplemente señala expresamente un factor que ha de ser ponderado por la ley, cuya importancia por otra parte ha sido puesta de relieve por la jurisprudencia constitucional de tiempo atrás” [510] ; y (iv) que debe interpretarse “como un mecanismo encaminado al logro del cometido de universalidad a través de la solidaridad del Estado y de las personas residentes en Colombia ” [511] (Todo el énfasis es fuera de texto).” [512] En primer lugar, que la sostenibilidad financiera al sistema de pensiones sea una preocupación transversal a la respectiva reforma constitucional no es una diferencia significativa o importante. La sostenibilidad fiscal es también una preocupación transversal a la respectiva reforma constitucional. La diferencia importante es que la sostenibilidad fiscal es un criterio constitucional general que afecta toda la hacienda pública, en cambio la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones es un criterio específico y particular, considerado antes.

Segundo, no es aceptable que se considere que la sostenibilidad financiera del sistema pensional es un principio constitucional. Según la decisión de la Sala Plena de la cual me aparto, el fundamento de por qué se ha de aceptar la denominación, a pesar de tan complicadas implicaciones, es una sentencia de constitucionalidad, la C-078 de 2017, en la cual se resolvió declarar exequible la expresión “ el límite de la base de cotización será de veinticinco (25) salarios

mínimos legales mensuales vigentes para trabajadores del sector público y privado ” contenida en el inciso cuarto del artículo 5 de la Ley 797 de 2003, por el cargo analizado.

[513] De hecho, hay otras ocasiones en las que se ha denominado principio al criterio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, pero como un dicho de paso sin mayor análisis o consideración de por qué se trataría de un principio.

[514] Es una cuestión sobre la cual no hay un desarrollo jurisprudencial. La Sentencia SU-140 de 2019 no es el escenario para entrar a resolver de fondo esta cuestión sobre si la sostenibilidad financiera del sistema pensional es o no un principio. Sin embargo, es evidente que existen diferentes aspectos que llevan a controvertir semejante conclusión. El artículo constitucional nunca habla del principio de sostenibilidad fiscal. No lo denomina así. Adicionalmente, el criterio está incluido en el Artículo 48 de la Constitución que se ocupa de establecer el derecho a la seguridad social.

[515] La norma está estableciendo los derechos que tienen las personas bajo la Carta Fundamental y, en contrapartida las obligaciones del Estado.

Estas obligaciones son: (i) garantizar los derechos, (ii) garantizar la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, (iii) respetar los derechos adquiridos con arreglo a la ley y (iv) asumir el pago de la deuda pensional. Es decir, la sostenibilidad financiera del sistema pensional no es un ‘principio’ mediante el cual se pueda limitar los derechos pensionales de las personas. Por el contrario, es una obligación del Estado, quien debe ‘garantizarla’ justamente para asegurar el goce efectivo del derecho a la seguridad social. En otras palabras, la interpretación que hace la mayoría de la Sala Plena de la Corte a esta norma en esta ocasión no entiende la sostenibilidad financiera como una obligación que debe garantizar el gobierno para asegurar el goce efectivo del derecho, sino como un criterio que le permite restringirlo Sin duda, no es aceptable esta aproximación a la Constitución.

Una vez convertido en ‘principio’, la Sentencia SU-140 de 2019 usa la sostenibilidad para ponderar y restringir derechos fundamentales El propósito de esta diferenciación entre criterios de sostenibilidad para efectos del caso que se analiza fue doble. Por una parte, establecer que a diferencia de la sostenibilidad fiscal, la financiera del sistema pensional sí puede afectar normas que no sea futuras.

[516] Y por otra, que los derechos sí pueden ser objeto de ponderación con esta sostenibilidad. [517] Esta conclusión a la que llega la mayoría de la Sala no es aceptable. ¿Cómo es posible que la obligación del Estado para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional, consagrada en la enunciación del derecho, se pueda convertir en una excusa para que el Estado deje de garantizar el goce efectivo del derecho? Es una lectura de la Constitución hecha en contra de los derechos, no a favor de estos. ¿Cómo es posible que la Constitución expresamente diga que la sostenibilidad fiscal no puede afectar o restringir los derechos, pero la Corte considere que la obligación del Estado de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional si lo puede hacer? La Sentencia SU-140 de 2019 pareciera sugerir que la sostenibilidad financiera pensional (i) sí puede redefinir los objetivos esenciales del Estado, (ii) sí es viable ponderarla con los derechos o los principios constitucionales fundamentales , o que (iii) sí puede afectar la vigencia de dichos principios, limitar su alcance o negar su protección por parte de las ramas y órganos del Estado. Para la Sala pareciera que se puede plantear un conflicto normativo, o una antinomia constitucional, entre la sostenibilidad financiera del sistema pensional y los principios fundamentales del estado social y democrático de derecho que esta pretende alcanzar.

Tal conclusión, sin duda es inaceptable. El criterio de sostenibilidad financiera puede ser entendido como una concreción del criterio de sostenibilidad fiscal en materia pensional. Con sus particularidades y especificidades, pero con claras conexiones. En uno y otro caso se trata de criterios que no pueden definir el contenido o alcance del derecho, sino la manera como avanza la progresividad y la exigibilidad de tales contenidos.

Ahora bien, en gracia de discusión se podría decir que no es la sostenibilidad en sí la que se protege sino los derechos de otras personas más necesitadas que las que actualmente ya están protegidas por sus pensiones, así no tengan el incremento pensional por persona a cargo respectivo. Sin embargo esto no ocurre en el presente caso. En esta ocasión, no hay ningún derecho específico que vaya a ser beneficiado. Sin duda, una de las razones para aceptar una regla jurídica regresiva en materia de facetas prestacionales de un derecho fundamental, es la posibilidad de que tal restricción beneficie directa y específicamente derechos constitucionales que requieren una mayor protección. Pero lo que no es aceptable es que se restrinjan los derechos de las personas por el criterio de sostenibilidad en abstracto, invocando los derechos de los más débiles de manera genérica, sin demostrar que la restricción específica de un derecho fundamental redundaría directa y específicamente en la protección de otro derecho fundamental que requiera una atención más urgente.

Se concluye que los incrementos pensionales por persona a cargo se podrían restringir porque en abstracto Pero no sólo se trata de la controvertida tesis según la cual el goce efectivo de un derecho fundamental y su alcance, no su progresividad o exigibilidad, pueden ser ponderados y limitados. La Sentencia SU-140 de 2019 considera que el derecho a la seguridad social puede ser restringido en función de ‘proteger’ el criterio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional, sin mayor problema, siempre y cuando no se llegue a afectar tanto el derecho, que se ponga en riesgo su núcleo y la dignidad de la persona.

[518] La consecuencia que se propone nuevamente es insospechada y, por lo mismo, no es aceptable. De acuerdo con una cuidadosa reforma constitucional sobre la sostenibilidad fiscal de las políticas públicas del Estado, previamente mencionada, se resolvió fijar este criterio como parámetro constitucional, advirtiendo expresamente que el mismo no se puede utilizar para afectar o restringir los derechos constitucionales de ninguna persona. Ahora bien, en la medida en que el cumplimiento de alguna sentencia que garantice el goce efectivo de un derecho fundamental y con ello tenga un impacto cierto y considerable en las finanzas públicas, el Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno puede presentar un incidente de impacto fiscal, con miras a que se modulen, modifiquen o difieran los mandatos dados en la orden judicial. Sin embargo, se advierte categóricamente que “ en ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales ”. (Art. 334, C.P.) Dicho de otra manera. En virtud del criterio de sostenibilidad fiscal no se puede afectar ni restringir derechos fundamentales. En caso de que el impacto en las finanzas públicas sea claramente grande y comprobable, se podrá adelantar un incidente fiscal para la modificación, modulación o diferimiento de las órdenes, sin afectar nunca el “ núcleo esencial ” de los derechos fundamentales.

[519] Para la Sentencia SU-140 de 2109, en contraste, la obligación Estatal de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional sí sería un principio que puede limitar derechos fundamentales, hasta el núcleo esencial, sin necesidad de un incidente fiscal ni de que se pruebe específica y concretamente la afectación.

Tal interpretación constitucional es contraria al sentido garantista y protector de la dignidad humana de la Constitución. Ahora bien, posteriormente, luego de establecer que se pueden limitar los derechos a la seguridad social en razón a la situación financiera del sistema, de hacer referencia a la universalidad como instrumento de igualdad y de desarrollo sostenible, y a la solidaridad como elemento constitutivo del Estado, se concluye en abstracto que el incremento por persona a cargo no hace parte del núcleo del derecho fundamental, porque no involucra la dignidad de las personas.

[520] ¿Por qué el incremento de persona a cargo no está relacionado con la dignidad de las personas, cuando este derecho les es aplicable? ¿Es esto cierto en aquellos casos en los que el mínimo vital de una persona y su núcleo familiar pueden verse gravemente afectados por la ausencia de dicho aumento por persona a cargo? La Sala no puede establecer si la dignidad de alguien está en juego en los casos analizados, porque en realidad no los está estudiando.

Presupone situaciones abstractas y genéricas a partir de las cuales puede establecer si la dignidad humana está involucrada. La Sentencia intenta dos respuestas a por qué no se afecta la dignidad. En primer lugar se advierte que no se viola porque "[…] 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 [521] y la responsabilidad que se tiene para con los hijos [522] […] " [523] . En otras palabras, se considera que no se vulneran los derechos de un núcleo familiar cuando no se da el aumento por persona a cargo, puesto que ya se tiene una pensión en la familia. Esta posición no es aceptable, porque, ni el mínimo vital ni la dignidad de las personas, son cuestiones que un juez de tutela pueda valorar en abstracto, sin considerar las situaciones concretas de las personas. Si acaso, podría la Corte decir que en principio no se entendería afectada la dignidad de las personas en tales condiciones. Pero este juicio no se puede anticipar a los casos concretos. Hacerlo, es olvidar las situaciones propias de cada persona y con ello, ahí sí, dejar de lado su dignidad.

En segundo lugar, se considera que no se afecta la dignidad, porque "[…] 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 […]".

[524] El hecho de que el beneficio a una persona no se le dé directamente, sino a través de otro miembro de la familia, no es una razón para que algo deje der un derecho fundamental o que deje de involucrar la dignidad humana. Son múltiples los casos en los que un determinado beneficio se le da a una persona a través de otra, con el fin de que los derechos de ésta se vean, en últimas, beneficiados.

[525] De hecho, la primera razón dada por la Sentencia SU-140 de 2019 para indicar que no está en juego la dignidad humana entra en tensión con la segunda. En efecto, la primera razón considera que el derecho a la dignidad de una persona dependiente económicamente de otra no se ve afectada si no se da el incremento pensional, porque igual su derecho a la seguridad social y al mínimo vital se protegen a través de la pensión que ya se está concediendo. Pero a continuación se considera que el incremento pensional no protege los derechos de la persona a cargo, porque no los recibe directamente. En otras palabras, para decir que la persona a cargo no queda desprotegida, se dice que el no recibir directamente la pensión no implica no tener el derecho. Pero luego se dice que no hay derecho a proteger con el incremento, porque no se daría directamente a la persona a cargo.

En cualquier caso, la Sentencia SU-140 de 2019 termina sugiriendo en este sentido que como el incremento por persona a cargo del Decreto 758 de 1990 no conlleva la dignidad humana y como la situación de sostenibilidad es muy sensible, los recursos se pueden destinar hacia otras personas que sean más vulnerables.

[526] Esto, se insiste, sin ningún tipo de verificación concreta de si la restricción impuesta a los derechos analizados sí se verá reflejada en la protección efectiva de otros derechos que sea más urgente proteger.

En tanto se considera que no hay dudas ni polémicas, no es necesario emplear el principio de favorabilidad laboral Así, luego de haber considerado (i) que la cuestión laboral y de seguridad social planteada sobre los incrementos pensionales por persona a cargo tiene una única respuesta correcta posible, (ii) que dicha respuesta implica la inexistencia y práctica inaplicación de la figura, (iii) que la desaparición de aquellos incrementos es constitucional porque eran discriminatorios y (iv) que en todo caso por razones de sostenibilidad fiscal no se deberían destinar hacia allá esos recursos, se retoma la cuestión de si se debe hacer una interpretación favorable. Por supuesto, como en este momento del racionamiento ya se llegó a la conclusión que se pretendía construir, no hay que aplicar ningún principio de favorabilidad para el trabajador; ya todo es claro y distinto, no hay dudas o controversias que requieran la aplicación de este principio. Dice la sentencia, "[…] la Corte coincide con la sentencia anulada [SU-310 de 2017] en que la favorabilidad que en principio podría

aplicarse en el sub lite sería la amplia que corresponde al principio in dubio pro operario . […[527]] No obstante, para la Corte ahora es claro que, en realidad, la duda hermenéutica que surge del anterior planteamiento o bien no existe o, al menos, es lo suficientemente débil como para no dar lugar a la aplicación del principio in dubio pro operario .

|| En efecto, como se ha explicado a lo largo de esta providencia, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante el Decreto 758 de ese mismo año, dejó de existir con ocasión de la derogatoria tácita que sobre este implicó expedición de la Ley 100 de 1993. […]" [528] Queda clara la estrategia seguida por la argumentación de la mayoría de la Sala Plena en la Sentencia SU-140 de 2019 de la cual me aparto. En primer lugar se presentaron los casos acumulados para ser resueltos conjuntamente y las interpretaciones en tensión. Posteriormente se dejaron de lado las argumentaciones existentes, en especial la que no se comparte, para desarrollar una única respuesta correcta.

Una vez se ha interpretado de manera unívoca la norma y se han desvanecido y ocultado e invisibilizado los debates existentes, se llega a la conclusión de la infalibilidad de la respuesta dada. Sólo cuando esto ha ocurrido, se regresa a la pregunta de la eventual favorabilidad para concluir que, como no hay dudas sino únicamente certezas, no se requiere usar el principio. La conclusión a la que se llega, se presenta como si fuera un simple y sencillo silogismo.

[529] El razonamiento no es aceptable. El principio de favorabilidad en materia laboral ha debido guiar el estudio que hizo la Corte de los casos acumulados, para disipar las dudas hermenéuticas existentes en la jurisprudencia. Esta regla de lectura del derecho, bajo el orden constitucional vigente, la ha debido tener en cuenta la sentencia, justamente, cuando se leía la norma y el alcance de esta. A lo largo del texto de la SU-140 de 2019, la Corte nunca se pregunta cuál lectura del derecho protege más el derecho de los trabajadores.

En la Sentencia SU-310 de 2017, por el contrario, luego de presentar el problema jurídico del caso, la Sala se ocupó de la vulneración directa de la Constitución como causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, a propósito de los principios constitucionales de favorabilidad y de duda en favor del trabajador (in dubio pro operario). Se pronunció sobre el desconocimiento del precedente jurisprudencial como causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, y sobre el derecho irrenunciable a la seguridad social, a propósito de incrementos a la pensión por persona a cargo, para finalmente unificar la jurisprudencia que hasta el momento se había dado. Dijo la Corte luego de citar las sentencias pertinentes:

"7.4. La interpretación jurídica más razonable, considera la Sala, debe tener en cuenta una correcta fundamentación jurídica, a la luz de los referentes jurídicos aplicables (que no sea errada), la aplicación judicial y administrativa que se da (que se acople mejor a cómo se ha entendido el derecho) y, además, una argumentación suficiente (la que mejor dé cuenta de los aspectos involucrados en el caso). Son justamente los criterios de razonabilidad de la interpretación que tuvo en cuenta esta Corte para determinar la " seriedad y objetividad " de la " duda " que da lugar a aplicar los principios de favorabilidad e in dubio pro operario .

[530] Por eso, la Sala Plena decide que: la interpretación que resulta más acorde a la Constitución Política por ser favorable a los intereses de los trabajadores pensionados en el caso concreto, es aquella según la cual los incrementos pensionales de que trata el artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990, no prescriben con el paso del tiempo, esto es, la primera que dio la jurisprudencia al problema analizado. Esta es la respuesta más acorde con el orden constitucional vigente por cuatro razones básicas. (i) Encuadra en el marco de la disposición normativa contenida en el artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990, al reconocer que al subsistir el derecho al incremento perduran las causas que le dieron origen, y corresponde con la interpretación autorizada por las normas constitucionales, ya que es respetuosa del principio de in dubio pro operario.

(ii) Fue la primera respuesta que se dio al problema jurídico y es la que más se ha reiterado por parte de más magistradas y magistrados (sentencias T-217 de 2013, T-831 de 2014, T-319 de 2015, T-369 del 2015 y T-395 de 2016). (iii) Es la

postura que más ha justificado por qué, constitucionalmente es preferible asumir la primera y no la segunda opción; las sentencias que han dado la segunda respuesta al problema jurídico (la más restrictiva de los derechos constitucionales involucrados), se preocuparon más en argumentar y demostrar que no existía un precedente claro y fijo a seguir en la jurisprudencia, y que por tanto podían decidir distinto, a como ya se había hecho inicialmente, que a argumentar y demostrar que la segunda respuesta era más acorde con los principios constitucionales aplicables, en especial el derecho al mínimo vital y a la dignidad humana. (iv) Finalmente, la primera de las respuestas, al basarse en los principios de imprescriptibilidad de los derechos pensionales y favorabilidad en materia laboral, es, precisamente, la respuesta que mejor y con mayor suficiencia se encuentra motivada a la luz de los principios del orden constitucional vigente. Como la propia Constitución lo dice, el derecho a la irrenunciabilidad social es de todos los habitantes. Ni siquiera es un presupuesto o una contraprestación de la ciudadanía. Es una condición básica que, como parte de la dignidad humana, se reconoce a toda persona que está en Colombia (art. 48, CP).

Además, la Sala considera que se suma una quinta razón adicional (v) pues es deber de las autoridades judiciales y administrativas cumplir con el deber de protección a sujetos de especial protección y en condiciones de debilidad física o económica (art. 13, CP) así como con el deber de solidaridad (Artículos 1°, 48 y 95.2 de la Constitución Política) [531] frente a los familiares de los accionantes que podrían verse beneficiados por el reconocimiento de los incrementos pensionales de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990. En su mayoría, además de las condiciones económicas precarias, son personas de especial protección constitucional en razón a su edad o situación de discapacidad. Sobre todo si se tiene en cuenta que los incrementos pensionales en mención están encaminados a garantizar una vida digna y el mínimo vital de los integrantes de un núcleo familiar.

7.5. Por último, debe advertirse que fueron conculcados los derechos al debido proceso y a la igualdad de aquellas personas que, en su momento, acudieron a la acción de tutela reclamando la misma protección otorgada por algunas Salas de Revisión en cuanto a la imprescriptibilidad de los incrementos pensionales, y que por no existir una sentencia unificada en la materia, obtuvieron una negación a sus derechos fundamentales.

[532] Situación que se debe a los cambios jurisprudenciales entre las mismas Salas de Revisión de la Corte Constitucional, que como se vio en los numerales anteriores, no siempre fueron lo suficientemente razonados y justificados.

[533] Máxime cuando en virtud del artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, todo cambio de jurisprudencia debe ser decidido por la Sala Plena, y ‘ (…) si una de las Salas de Revisión se apropia dicha función, se extralimita en el ejercicio de sus competencias con grave violación del debido proceso ’.

[534] ” [535] La Sentencia SU-310 de 2017 había unificado la jurisprudencia sobre en los siguientes términos: “De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto legislativo 01 de 2015.

Por ende, la discusión relativa a la prescriptibilidad de la acción tendiente a la obtención de dichos incrementos resulta inane pues la prescripción extintiva sólo puede operar cuando existe un derecho susceptible de prescribir.

Así las cosas, salvo en cuanto toca con el único caso en que un accionante se hizo al derecho al incremento pensional del 14% de que trata el artículo 21 del Decreto 758 por haber adquirido su derecho de pensión antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como salvo de los procesos en donde la acción de tutela presentada no cumplió con el requisito de inmediatez –en donde por tal defecto las sentencias revisadas se declararán improcedentes- la Corte revocará las

sentencias en donde se hayan amparado los derechos de los accionantes a obtener cualquiera de los incrementos pensionales que señaló el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 y, en su lugar, negará el amparo por no ser la prescripción una institución aplicable a un derecho que ya había dejado de existir." [536] Los derechos sociales de las personas se deben tomar en serio, sobre todo cuando ya fueron juzgados y tutelados La Sentencia SU-140 de 2019 afecta los principios de seguridad jurídica y de cosa juzgada de forma grave, a pesar de que se alega que una de sus justificaciones es la protección de tales principios. Considero que hay dos aspectos cruciales para resaltar al respecto. Por una parte, la limitación a la procedibilidad de las acciones de tutela estudiadas, y por otra, al haber dejado de lado la jurisprudencia relevante y aplicable a los casos concretos que eran, justamente, la jurisprudencia que se pretendía unificar. Pero nada de esto ocurrió y la consecuencia fue que los derechos fundamentales de todas y cada una de las personas accionantes no fueron tomados en serio. La Corte no fue sensible al impacto y las consecuencias que su regresiva decisión podría tener en el goce efectivo de los derechos fundamentales amparados por la línea jurisprudencial que, luego de 2017, se siguió consolidando.

Limitaciones nuevas al ejercicio de los derechos para casos ya juzgados y tutelados; restringiendo el acceso a la justicia Para la Sala Plena, la aplicación del principio constitucional de seguridad jurídica era procedente en la Sentencia SU-140 de 2019, entre otras cosas, para decidir si las acciones de tutela acumuladas eran procedentes, a la luz del requisito de inmediatez. La Sala, teniendo en cuenta lo establecido en la sentencia SU-108 de 2018, una decisión de la cual también me aparté parcialmente, consideró que se debía hacer un análisis más estricto, menos flexible, del requisito de inmediatez de las acciones de tutela.

[537] Dijo lo siguiente la Sala: "[…] en reciente sentencia de unificación SU-108 de 2018 [538] la Corte consolidó su posición en torno al requisito de inmediatez cuando mediante tutela se atacan providencias judiciales que niegan la indexación de la pensión; sentencia ésta en donde para declarar la improcedencia de una acción de tutela de tal carácter se concluyó:

'[…] en cuanto a la procedencia de las tutelas que se interpongan en contra de sentencias judiciales, en las cuales se pretende la indexación de la primera mesada pensional, el análisis del requisito de inmediatez se flexibiliza en el medida en la que la controversia versa sobre el pago de prestaciones de tracto sucesivo.

- No obstante lo anterior, dicha flexibilización no aplica de manera absoluta , pues esta circunstancia podría afectar de manera desproporcionada el principio de cosa juzgada y de seguridad jurídica.

- Para acreditar el cumplimiento del requisito de inmediatez en estos casos, el juez de tutela debe tener en cuenta las circunstancias particulares del caso concreto que expliquen razonablemente la aparente tardanza por parte del accionante en presentar la acción de tutela.

Así, el juzgador podrá tener en cuenta, entre otros, los siguientes elementos: (i) Que exista una razón justificada que explique por qué el accionante no interpuso la acción de tutela dentro de un plazo razonable y justifique la tardanza en actuar, […] (ii) Que durante el tiempo en el que se presentó la tardanza en la interposición de la acción de tutela, se evidencie que existió diligencia de parte del accionante en la gestión de la indexación de su mesada pensional, […] (iii) Que se acredite la existencia de circunstancias que pongan al accionante en una situación de debilidad manifiesta , por cuenta de la cual resulte desproporcionado solicitarle la interposición de la acción de tutela dentro de un plazo razonable .

[…]" [539] Al aplicar a los casos analizados los anteriores criterios, la Sentencia SU-140 de 2019 concluye que en cuatro de las acciones de tutela acumuladas no se había actuado con inmediatez y que, por tanto, no era procedente que el juez de tutela las estudiara. Dijo la sentencia, "Aplicando la anterior jurisprudencia al sub examine , en donde las acciones de tutela se predican de un derecho de menor categoría al derecho de indexación de las mesadas propiamente pensionales, la

Corte encuentra que […] en ninguno de los casos que incorporan los expedientes que refieren a los casos de los señores Julio Gómez Iglesias (T-5.856.779), María Emma Rincón Loaiza (T-5.856.793), Carlos Vidal Segura Rodríguez (T-5.870.489) y Jorge Enrique Farías Castañeda (T-5.766.246) se verifican los requisitos previstos en la reciente sentencia de unificación SU-108 de 2018 para el cumplimiento del requisito de inmediatez, [en consecuencia] declarará la improcedencia de las respectivas acciones por ausencia de tal requisito[…].” [540] Las cuatro acciones de tutela que la Sala no estudió de fondo se habían puesto luego de meses y, en un caso, años.

Julio Gómez Iglesias había recurrido a la tutela 5 años después, María Emma Rincón Loaiza 17 meses después, Carlos Vidal Segura Rodríguez 11 meses y Jorge Enrique Farías Castañeda algo más de 10 meses.

Sin embargo, la propia Sentencia SU-140 de 2019 reconoce que la jurisprudencia constitucional que existía al momento en que se interpusieron y fueron resueltas las acciones de tutela analizadas era diferente. Señala al respecto, “En el pasado, la Corte ha explicado que es aceptable un extenso espacio de tiempo transcurrido entre el hecho que genera la vulneración y la presentación de la acción de tutela, bajo dos circunstancias específicas [541] : ‘ (i) que se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual, (ii) que la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros ’.

[542] ” [543] Los apartes citados, así como las notas al pie que allí se incluyen, originalmente sustentaron la decisión de la Corte en la Sentencia SU-310 de 2017. Es decir, en este caso la Sentencia SU-140 de 2019 está haciendo referencia a los parámetros que existían en la jurisprudencia hasta 2018 y que fueron específicamente aplicados en sede de unificación. Como lo recuerda la nota al pie retomada en el 2019, era frecuente que la jurisprudencia entendiera cumplido el requisito de inmediatez, así hubiese transcurrido mucho tiempo. Los tiempos aceptados son dicientes. En casos muy similares como la Sentencia T-1178 de 2004, habían transcurrido más de 3 años y en la T-164 de 2011, 10 años. También se hace alusión a casos con ciertas diferencias, pero relevantes para la cuestión de inmediatez (reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional), a saber: las sentencias T-109 de 2009, 7 meses; T-374 de 2012, 6 años, T-463 de 2013, 10 años y T-488 de 2015, 25 años. En un caso de unificación de Sala Plena, parecido a los que se estudian, la Sentencia SU-189 de 2012, habían pasado 9 meses. Ante estos precedentes, era claro que las demoras de Julio Gómez Iglesias , 5 años, María Emma Rincón Loaiza, 17 meses, Carlos Vidal Segura Rodríguez, 11 meses, y Jorge Enrique Farías Castañeda, 10 meses, eran razonables. La jurisprudencia sobre la actualidad de la violación, explicaba por qué en todos los casos analizados en la Sentencia SU-140 de 2019 se cumplía con el criterio de inmediatez .

En otras palabras, según la jurisprudencia reiterada y decantada de la Corte Constitucional, las acciones de tutela acumuladas y analizadas en instancias en 2016 y en revisión en 2017, eran procedentes y podían ser estudiadas, desde la perspectiva del criterio de inmediatez . La violación seguía siendo actual. No obstante, debido a que la Corte decidió anular su sentencia de 2017, al expedir una nueva en 2019, se enfrentaba a un complejo problema jurídico que nunca fue presentado por la Corte. A saber: ¿Puede la Corte Constitucional aplicar un nuevo precedente constitucional regresivo (es decir, que modifica la jurisprudencia para reducir el ámbito de protección del goce efectivo de un derecho constitucional), a pesar de que la nueva regla jurisprudencial fue establecida después de que los derechos habían sido reconocidos por la propia Sala Plena de la Corte Constitucional? Los derechos constitucionales fundamentales tienden a progresar y avanzar en sus ámbitos de protección; lo que se ha denominado la vis expansiva de los derechos. Por tanto, las medidas regresivas en la protección de los derechos fundamentales, del tipo que sean, deben ser aplicadas con respeto a los derechos fundamentales. En especial, no se debe afectar la confianza legítima de las personas a ser juzgados con

reglas previas, esto es con respeto al derecho al debido proceso y al principio de seguridad jurídica. Cuando se presentaron las acciones de tutela que fueron estudiadas, los términos transcurridos entre las decisiones controvertidas y la presentación de la acción eran claramente razonables y aceptables a la luz de la reiterada y decantada jurisprudencia.

No se ha debido aplicar un cambio de jurisprudencia hecho en 2018 a acciones de tutela que se presentaron en 2016. La nueva posición se pudo aplicar en el año 2019, únicamente, porque por temas internos, la sentencia que se había dictado en 2017 se había anulado.

Desde el punto de vista de la competencia de la Corte Constitucional, es claro que la Sentencia SU-310 de 2017 nunca hizo tránsito a cosa juzgada. Fue anulada y era válido y legítimo que se dictara una nueva sentencia. No obstante, desde el punto de vista de la persona que espera que el goce efectivo de sus derechos sea protegido por el juez de tutela, la perspectiva varia, pues hay derechos en juego y expectativas puestas en la justicia. Como personas, los accionantes habían recibido una sentencia que les daba la razón y les protegía sus derechos al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital, a la luz de la primera y mayoritaria respuesta que la Corte Constitucional la había dado al problema jurídico, y con la cual, los derechos de varias personas habían sido tutelados en el pasado. El siguiente año, 2018, los accionantes se enteran de que en una decisión dividida, la Corte Constitucional había anulado su previa decisión por haber desconocido los derechos procesales de una de las partes involucradas y que debía dictar una nueva sentencia. Se trata de afectaciones legítimas de los derechos fundamentales de las personas, pero que deben ser valoradas por el juez de tutela al analizar estos casos y, sobre todo, al decidir remedios concretos.

Cuál sería la sorpresa para los cuatro accionantes de las tutelas que se consideran improcedentes, que ni siquiera se estudiaron sus casos porque la Corte Constitucional, entre el momento en que había anulado su primera sentencia y el momento en que profirió la segunda y definitiva, cambio su postura jurisprudencial, hacia una regla de protección más restringida, en pro de la defensa de la seguridad jurídica. Esto es, para proteger el principio de seguridad jurídica de forma más estricta a como se venía haciendo, se decidió aplicar a los accionantes, en sede de revisión, una regla jurisprudencial que apareció más de dos años después de la presentación de la acción de tutela y de las sentencias de instancia, objeto de revisión.

El primer reclamo que se puede hacer a la Sentencia SU-140 de 2019 es que no se plantea el problema que la aplicación retroactiva de un precedente judicial regresivo y restrictivo de los derechos al caso concreto. La Sentencia llega a la conclusión pero nunca dice por qué debe ser esa. No responde por qué el acceso a la justicia debe ser restringido con posiciones jurisprudenciales que limitan el derecho de forma posterior. Así, la Sala llega a la conclusión de improcedencia de las cuatro tutelas luego de constatar que se demoró un cierto tiempo su presentación [5 años, 17, 11 y 10 meses] sin haber “ acreditado circunstancia alguna que amerite una flexibilización del requisito de inmediatez ”. Dicho de otra manera, en el año 2019, la Corte Constitucional reclama a los accionantes que en 2016, cuando se presentó la tutela, no hubieran cumplido con una carga argumentativa que se impondría dos años después, en el 2018 (acreditar alguna circunstancia que ameritara flexibilizar el requisito de inmediatez en su caso).

Se podría decir, en gracia de discusión, que lamentablemente a la Corte le correspondía tomar dicha decisión. Como la nueva sentencia de unificación se dictaba en 2019, era necesario aplicar el cambio de jurisprudencia de 2018, no se podía aplicar la jurisprudencia anterior. Esta postura no es aceptable por las particularidades del caso analizado y por las posibles decisiones alternativas menos lesivas de los derechos de los accionantes que se podrían haber tomado.

Primero, los casos acumulados y resueltos conjuntamente tienen unas particularidades propias debido al paso del tiempo y a la nulidad de una primera sentencia. Esto permitía a la Sala buscar una solución distinta y no estar amarrado por un precedente cerrado o específico. Existía un espacio de decisión que se ha debido utilizar y no plegarse a lo dicho en casos previos, similares, pero con diferencias importantes.

Segundo, la Sala contaba con medidas alternativas tales como haber declarado que la nueva jurisprudencia, la del 2018 es la que debe ser aplicada, pero resolviendo, de manera excepcional según la jurisprudencia que había estado vigente, los cuatro casos en cuestión. Otra opción evidente era darles la oportunidad de ejercer su derecho de defensa y no desconocerlo. Convocar a las personas, decirles que la jurisprudencia había cambiado entre 2016 y 2018 y que por tanto, ahora tenían que acreditar alguna circunstancia que ameritara flexibilizar el requisito de inmediatez en su caso . De haber tenido tal oportunidad procesal de actuar según la nueva regla de inmediatez que les iba a ser aplicada, quizá hubieran podido participar y hablar en favor de sus derechos. No obstante, el celo en la participación de las autoridades tuteladas que se había tenido para anular la primera sentencia de unificación dictada, no se tuvo en cuenta para la participación de las personas cuyos derechos a la seguridad social y al mínimo vital ya habían sido tutelados por la Sala Plena de la Corte y, ahora, serían desprotegidos.

Lamentablemente esta no es la primera vez que ocurre algo así. El año pasado la Corte Constitucional resolvió negar el derecho a la pensión de una persona, en atención a un cambio jurisprudencial, sin tener en cuenta que el caso se ha debido resolver 10 años antes, cuando la jurisprudencia sí tutelaba el derecho de la persona. No es aceptable que los jueces hagan una aplicación retroactiva de precedentes regresivos, sobre todo en casos en los que la Corte se demoró y no pudo tomar una decisión cuando la jurisprudencia garantista estaba en vigencia, por razones internas de la propia Corte.

[544] Tiempo después se produjo una decisión que generó una tensión similar y fue objeto de críticas similares. [545] Se trata, por tanto, de una cuestión que debe ser objeto de análisis. No se puede afectar la seguridad jurídica queriendo defenderla.

La primera forma de respeto a la seguridad jurídica que puede tener en cuenta un juez constitucional, es entender que las personas esperan legítimamente que las reglas jurisprudenciales fijadas en casos previos similares, se mantengan y sean las que les sean aplicadas en sus casos. En especial si son posiciones jurisprudenciales que garantizan el goce efectivo de sus derechos fundamentales. Los cambios jurisprudenciales constitucionales restrictivos de los derechos deberían aplicarse hacía el futuro, no de manera retroactiva a personas que legítimamente consideraban ser titulares de un derecho.

Las sentencias relevantes omitidas y la paradoja de que los causantes de la protección queden desprotegidos Las tensiones que la Sentencia SU-140 de 2019 implica para el derecho de igualdad y la seguridad jurídica son enormes y la Sala no las consideró siquiera. En gran medida, porque la jurisprudencia relevante y aplicable que eran precedentes en un sentido estricto, fue dejada de lado.

La protección dada por la Sentencia SU-310 de 2017 buscó asegurar el goce efectivo del derecho al incremento pensional por persona a cargo, cuando en el caso concreto así lo determinara la entidad responsable (Colpensiones).

[546] De esta manera se ponía fin a un debate jurisprudencial al respecto con una mayoría amplia (7 votos contra 2). De ahí en adelante. A lo largo y ancho del país, diferentes jueces de la República tutelaron los derechos de personas en situaciones similares. De hecho, la posición fijada por la Sala Plena de la Corte Constitucional fue reiterada en varias oportunidades por diversas Salas de Revisión. Así, la posición sentada por la Sentencia SU-310 de 2017 fue desarrollada por posterior jurisprudencia que brilla por su ausencia en la decisión de remplazo, la Sentencia SU-140 de 2019.

Un mes después, el 9 de junio, la Sentencia T-374 de 2017 reiteró la decisión adoptada el 10 de mayo anterior (la SU-310 de 2017), garantizando el derecho del incremento pensional en cuestión.

[547] En esta oportunidad la Sala optó por un remedio de protección más fuerte, por cuanto se resolvió expedir directamente la Sentencia de remplazo dada por los jueces ordinarios.

[548] Dijo la Corte: “[…] la Sala de Revisión revocará los fallos de tutela proferidos en primera y segunda instancia por la Sala Laboral y Penal de la Corte Suprema de Justicia, respectivamente, que negaron el amparo solicitado, en su lugar, tutelará los derechos fundamentales al debido proceso a la seguridad social y al mínimo vital del accionante. En ese orden, dejará sin efectos los fallos proferidos por el juzgado y tribunal accionado; dictará directamente sentencia de reemplazo, en el sentido de declarar que el actor tiene derecho al incremento pensional del 14%, por cónyuge a cargo; y en consecuencia, ordenará a Colpensiones que, en el plazo máximo de diez (10) días, contados a partir de la notificación de este fallo, reconozca el incremento pensional del 14%, por cónyuge a cargo, y los pagos retroactivos, no prescritos, a favor del tutelante.” [549] En agosto, la Sentencia T-499 de 2017 reiteró lo decidido en la Sentencia SU-310 de 2017, a propósito de 12 acciones de tutela que fueron estudiadas en conjunto. Para la Sala fue evidente “[…] que tanto Colpensiones como cada uno de los operadores judiciales accionados pretermitieron la aplicación del principio constitucional in dubio pro operario, al haber apoyado sus decisiones en la interpretación del artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990 que menos favorecía a los accionantes y, por ende, haber desatendido la postura que resultaba más favorable a los intereses de los mismos, es decir, aquella que defiende la naturaleza imprescriptible del derecho al incremento pensional en un 7% por hija o hijo en condición de discapacidad a cargo y en un 14% por cónyuge, compañera o compañero permanente a cargo, con la aclaración de que el fenómeno de la prescripción solo operaría frente a las sumas a que haya lugar por dichos conceptos y que no fueron reclamadas en tiempo.

” [550] Ese mismo mes, la Sentencia T-536 de 2017 volvió a reiterar la sentencia de unificación que se había dictado, la cual, a su vez, seguía la línea garantista que la Corte había dado al problema jurídico en cuestión la primera vez que lo había analizado. En este caso, se ordenó al juez dictar una nueva sentencia.

[551] Al año siguiente la Corte siguió la línea jurisprudencial garantista mediante la Sentencia T-022 de 2018. [552] Posteriormente, la Sentencia T-433 de 2018, dictada el 29 de octubre, con ponencia del magistrado Alejandro Linares Cantillo y el voto de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado.

[553] En aquella oportunidad se decidió, entre otras cosas: “ se viola directamente la Constitución, cuando una autoridad judicial deniega las pretensiones relativas al reconocimiento del incremento a la mesada pensional en un 14%, argumentando que el derecho prescribió, sin aplicar el principio in dubio pro operario , previsto en el artículo 53 de la Constitución, frente a la divergencia interpretativa existente .” La decisión es significativa, si se tiene en cuenta que solamente dos magistrados se opusieron a la decisión de la Sentencia SU-310 de 2017, y uno de ello fue precisamente el magistrado que ahora tutelaba este incremento.

[554] La sentencia retoma la discusión de las dos líneas jurisprudenciales, la garantista y la restrictiva, optando expresamente por la primera. Dijo la sentencia, “Para decidir el caso en concreto, la Sala Cuarta de Revisión optará por acoger la primera posición descrita, según la cual los incrementos establecidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año hacen parte integral del derecho pensional y, por lo tanto, no están sometidos a la regla general de la prescripción ordinaria. En ese sentido, aplicará esta interpretación en desarrollo del principio de favorabilidad establecido en el artículo 53 de la Constitución.” [555] La Sentencia T-433 de 2018 tampoco no fue considerada por la Sentencia SU-140 de 2019 de la cual me aparto.

Posteriormente, menos de un mes después, el 27 de noviembre, se dictó la sentencia T-456 de 2018 en la que por primera vez, después de proferida la Sentencia SU-310 de 2017, se volvía a optar por el camino restrictivo de los derechos. Dejando de lado todas las sentencias sobre la materia, de la línea restrictiva y de la línea garantista, la Sentencia T-456 de 2018 analiza el caso desde la pura legalidad.

[556] Al igual que lo hace ahora la Sentencia SU-140 de 2019, se deja de lado el problema jurídico que compete al juez de tutela para entrar de fondo al problema de derecho laboral y de seguridad social. Así, en lugar de revisar si las

providencias acusadas violaron los derechos al debido proceso, se remplaza a los jueces. En efecto, dijo la sentencia en aquella oportunidad, “En un comienzo, el principal cuestionamiento en los expedientes T-6.438.828, T-6.502.266, T-6.502.330, T-6.539.848, T-6.549.652, T-6.549.668, T-6.619.722, T-6.638.748, T-6.639.796 y T-6.639.825 consiste en resolver si los fallos judiciales demandados vulneraron el derecho fundamental al debido proceso al configurarse la causal de procedibilidad específica de violación del precedente constitucional de la imprescriptibilidad de los derechos sociales y violación directa de la Constitución, al negarse a reconocer el incremento adicional al monto de la mesada de conformidad con la prescripción del derecho prevista en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo.

No obstante lo anterior, en razón a que el derecho en cuestión no se encuadra dentro de la categoría de un derecho principal de la seguridad social en pensiones, como lo es el derecho a la pensión de vejez, previo a resolver el problema jurídico planteado, la Sala de Revisión deberá determinar si el beneficio del incremento pensional en el régimen de transición del Acuerdo 049 de 1990 y su decreto aprobatorio constituye un derecho a la seguridad social en pensiones y por ende un derecho adquirido para los beneficiarios de ese régimen de transición.

” [557] En su salvamento de voto, la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado reclamó que la Sentencia T-456 de 2018 no planteara “[…] de manera completa y clara este debate constitucional, ya que existen dos posturas jurisprudenciales en relación con los incrementos pensionales establecidos en el 21 del Decreto 758 de 1990 ”; concluyó que “ de conformidad con el principio de carga argumentativa, la sentencia tenía el deber de enunciar por qué las decisiones anteriores de la Corte que determinan que e l derecho al incremento pensional es imprescriptible, no constituyen precedente constitucional en este caso particular .

” [558] Así, curiosamente, en el año 2019, la línea jurisprudencial fue presentada por la sentencia a la cual salvo mi voto en los mismos términos en que lo había sido en 2017, sin tener en cuenta que existían nuevas decisiones judiciales al respecto, que reiteraban la línea garantista originalmente trazada por la Corte. La versión según la cual las líneas trazadas estaban más o menos empatadas, era aparentemente cierta. Pero para el año 2019 esta situación claramente había cambiado. Además de las sentencias T-217 de 2013, T-831 de 2014, T-844 de 2014, T-319 de 2015, T-369 del 2015, T-395 de 2016 y T-460 de 2016, ahora se sumaban las sentencias T-374 de 2017, T-499 de 2017, T-536 de 2017, T-022 de 2018 y T-433 de 2018.

Se podría alegar que como la SU-310 de 2017 estaba en ‘vigor’ era evidente que el sentido de esas decisiones iba a ser ese y no otro. Pero esto no es así. Ya en el pasado, algunas sentencias de unificación de Sala Plena no han sido seguidas, ni por los jueces ni por la propia Corte.

[559] El valor de la jurisprudencia proviene de la fuerza de los argumentos, antes que de su autoridad o su jerarquía. En el caso de la Sentencia SU-310 de 2017 ésta sí fue ampliamente seguida por los jueces de tutela, jueces ordinarios y la propia Corte Constitucional.

En cualquier caso, la Sentencia SU-310 de 2017 había sido anulada, según dijo el Auto del cual salvé mi voto, [560] por desconocer los derechos de una de las partes, pero no porque materialmente se hubieran analizado los casos respectivos y llegado a una solución diferente. De hecho, y este es un aspecto significativo, luego de que la Sala Plena de la Corte Constitucional anulara la decisión de unificación de 2017 en el mes de mayo de 2018, las salas de revisión siguieron aplicando la regla garantista de los derechos que allí se había continuado.

Como bien lo señaló la Sentencia SU-310 de 2017, la jurisprudencia no ha debido permitir que una misma situación hubiese tenido dos respuestas, tal situación implica una afectación significativa al principio de la seguridad jurídica. A lo largo de los años, los derechos de las personas eran tutelados dependiendo de a cuál Sala le correspondiera revisar la tutela. Pero luego de eso, la inseguridad jurídica se mantuvo. Al graficar las líneas jurisprudenciales se advierte esta inseguridad jurídica creada.

En los debates de filosofía del derecho es famosa la metáfora de la ‘novela en cadena’ del profesor Ronald Dworkin para explicar cómo deberían los jueces preservar el desarrollo del derecho y afectar lo que menos se pueda la seguridad jurídica.

La imagen es considerar al juez como un escritor al cual se le ha encomendado la labor de continuar una novela que ya se ha escrito en buena parte. Esta metáfora permite mostrar que la persona que ejerce el oficio judicial no puede ser arbitraria. Su posición no puede depender únicamente de lo que piensa u opina, de sus consideraciones y posiciones propias, sin tener en cuenta el flujo que ‘la novela’ ha tenido hasta entonces. Si un personaje ha muerto no se puede revivir sin más, en especial si la novela no ha empleado recursos de fantasía.

El juez, de manera similar al escritor, no podría comenzar de cero su trabajo, como si nada hubiera ocurrido. Tampoco puede omitir varios de los capítulos ya escritos.

Puede ser que a ese escritor le hubiese gustado continuar la historia desde el segundo o el tercer capítulo, pero si ya avanzó y va en el décimo capítulo, no puede omitir esa parte de la historia, tiene que continuar desde allí. Al parecer en esta oportunidad la Sala Plena renunció a esa labor de continuar la novela que había continuado su curso. La historia no había quedado estancada en el año 2017. Sin embargo, la Sala Plena, siguiendo esta metáfora, decidió omitir los capítulos que habían continuado ese año y el siguiente. No tuvo en cuenta que los caminos divergentes que hasta el año 2017 se habían dado, se unificaron y, desde entonces, se había superado la dualidad. Puede ser que uno de los capítulos de la novela (la sentencia SU-310 de 2017) haya sido suprimido. Pero lo cierto es que para el año de 2019 la historia había continuado y la labor de la Sala Plena de la Corte, de acuerdo con esta imagen, era seguir la novela desde donde iba, no desde donde le hubiese gustado retomarla.

¿Negar el reconocimiento del incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, con fundamento en que operó el fenómeno de la prescripción trienal del derecho pensional, vulnera los derechos fundamentales de los pensionados? jurisprudencia garantista jurisprudencia restrictiva .

Art. 22, Acuerdo 049/90 T-217/13 AJE, MVCC, LEVS Sí los vulnera, pues los incrementos que por ley se desprenden de la pensión son imprescriptibles T-791/13 (JIPP) LGGP, GEMM No los vulnera, pues los incrementos pensionales no gozan del atributo de la imprescriptibilidad T-748/14 MGC, GEMM [561] T-831/14 JIPCh, MVSM, LEVS T-884/14 MVSM, LEVS, MVCC T-123/15 LGGP, GEMM, GSOD T-319/15 GSOD, JIPP (GEMM) T-369/15 JIPC, ARR, MAR T-541/15 MGC, LGGP, GEMM T-038/16 (GSOD) ALC, GEMM T-395/16 ALC, GSOD (GEMM) T-460/16 JIPP, ARR, MVSM SU-310/17 AAG, HLCC, LGGP (ALC, AJLO) GSOD, IHEM, ARR, JACA T-374/17 ALC , AJLO , GSOD T-499/17 ARR, DFR, (CBP) [562] T-536/17 IHEM, CPS, (ARR) [563] T-022/18 J FRC, ARR, CBP AUTO 320/18 Anula la SU-310 de 2017 CPS, CBP, LGGP, ALC, AJLO DFR, GSOD, JFRC, ARR T-433/18 ALC, GSOD (AJLO) T-456/18 (GSOD) AJJLO,CPS SU-140/19 (DFR, GSOD, JFRC, ARR) CPS, CBP, LGGP, ALC, AJLO :

Norma jurídica : Decisión de tutela unánime : Decisión de tutela dividida : Decisión de Sala Plena : Decisión de nulidad Magistrados y magistradas que sólo han apoyado la tesis garantista AJE - Alexei Julio Estrada [e] MVCC - María Victoria Calle Correa LEVS - Luis Ernesto Vargas Sivla JIPP - Jorge Iván Palacio Palacio JIPCh - Jorge Ignacio Pretelt Chaljub MVSM - Martha Victoria Sáchica Méndez [e] ARR - Alberto Rojas Ríos HLCC - Hernán Leandro Correa Cardozo [e] AAG - Aquiles Arrieta Gómez [e] IHEM - Ivan Humberto Escrucería Mayolo[e] JACA - José Antonio Cepeda Amaris [e] DFR - Diana Fajardo Rivera JFRC - José Fernando Reyes Cuartas Magistrados y magistradas que han apoyado ambas tesis LGGP - Luis Guillermo Guerrero Pérez GSOD - Gloria Stella Ortiz Delgado ALC - Alejandro Linares Cantillo CBP - Carlos Bernal Pulido CPS - Cristina Pardo Schlesinger Magistrados y magistradas que sólo han apoyado la tesis restrictiva GEMM - Gabriel Eduardo Mendoza Martelo MGC - Mauricio González Cuervo AJLO - Antonio José Lizarazo Ocampo Las personas, desde el inicio de esta batalla jurídica, invocaron ante la Corte el

cumplimiento de la sentencia que, en un primer momento, había dado una respuesta al problema jurídico planteado. Así, en la sentencia T-123 de 2015, la quinta de la línea, el accionante había reclamado ante el juez de tutela el cumplimiento de lo dispuesto en aquella sentencia fundadora de la línea, la T-217 de 2013. Al igual que un cambio constante o abrupto de las reglas legales afecta los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, los cambios constantes o abruptos de las reglas jurisprudenciales también lo impactan. No es aceptable que la Sala hubiese optado por tesis restrictivas de los derechos fundamentales de las personas sin considerar los efectos en los derechos de las personas, en sus expectativas y su esperanza de conservar una existencia en condiciones dignas, sin cargas irrazonables y desproporcionadas.

Ojalá que esta decisión de la Corte no sea un extraño y preocupante mensaje acerca de la inseguridad jurídica que enfrenta la jurisprudencia constitucional sobre protección a derechos sociales. De una decisión que tenía 7 votos a favor y 2 en contra, se pasó a respaldar con 5 votos a favor y 4 en contra una posición restrictiva de los derechos que había sido minoritaria. Pero la desunificación de jurisprudencia no sólo se da al interior de la Corte Constitucional, la Sentencia SU-140 de 2019 también se aparta de decisiones que el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia. Flaco favor se hace a la seguridad jurídica cuando se deja de lado una tesis protectora de los derechos constitucionales que se había decantado con el tiempo, para dar paso a una tesis controvertida y que no da cuenta de la totalidad de precedentes y reglas jurisprudenciales y constitucionales que se han debido tener en cuenta.

Es muy importante que se proteja y respete las reglas de la Constitución y la jurisprudencia sobre derechos sociales. Las garantías de personas como los accionantes cuyos casos fueron nuevamente resueltos por la Corte en la Sentencia SU-140 de 2019 no se valoraron en su real dimensión. Y esto no es aceptable. Al igual que ocurre con los demás derechos constitucionales fundamentales, como los de libertad o de procedimiento, los jueces se deben tomar los derechos sociales en serio.

Fecha ut supra , DIANA FAJARDO RIVERA Magistrada [1] Acciones de tutela instauradas, respectivamente, por Mardoqueo Silva Alfonso contra la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. y la Administradora Colombiana de Pensiones; David Hernández Olaya y Samuel Vargas Vargas contra la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. y la Administradora Colombiana de Pensiones; Urias Carrillo Parejo contra el Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Barranquilla, Atlántico, y la Administradora Colombiana de Pensiones; Mario Ernesto Velasco contra la Administradora Colombiana de Pensiones; Jorge Enrique Farías Castañeda contra el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.; José Eugenio Flautero Torres contra la Administradora Colombiana de Pensiones; Miguel Ángel Alayon Cotrino contra el Juzgado Segundo Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C., el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C. y la Administradora Colombiana de Pensiones; Luis Carlos León Díaz, Sara María Velasco, Fausto Perea y Emérito Mera contra la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Cauca, y el Juzgado Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Popayán, Cauca; Julio Gómez Iglesias contra el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Barranquilla, Atlántico, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Atlántico y la Administradora Colombiana de Pensiones; María Emma Rincón Loaiza contra el Juzgado Cuarto de Descongestión Laboral del Circuito de Medellín, Antioquia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Antioquia, y la Administradora Colombiana de Pensiones; Carlos Vidal Segura Rodríguez contra el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. y la Administradora Colombiana de Pensiones.

[2] La suscrita magistrada sustanciadora hace constar la redacción y estructura general de las secciones I, II y III de esta providencia corresponden, salvo algunas excepciones, a lo consignado en la Sentencia SU-310 de 2017 con la ponencia del entonces Magistrado Sustanciador, doctor Aquiles Arrieta Gómez.

[3] A saber: (i) la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia [18 de mayo de 2016], dentro del trámite de tutela instaurado por Mardoqueo Silva Alfonso; (ii) la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia [25 de mayo de 2016], dentro del trámite de tutela instaurado por David Hernández Olaya y Samuel Vargas Vargas; (iii) la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Atlántico [25 de mayo de 2016], dentro del trámite de tutela instaurado por Urias Carrillo Parejo;

(iv) el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Popayán, Cauca, [20 de mayo de 2016], dentro del trámite de tutela instaurado por Mario Ernesto Velasco; (v) la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia [25 de agosto de 2016], dentro del trámite de tutela instaurado por Jorge Enrique Farías Castañeda; (vi) la Sala de Asuntos Penales para Adolescentes del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. [15 de septiembre de 2016], dentro del trámite de tutela instaurado por José Eugenio Flautero Torres; (vii) la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia [28 de septiembre de 2016], dentro del trámite de tutela instaurado por Miguel Ángel Alayon Cotrino; (viii) la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Cauca [11 de agosto de 2016], dentro del trámite de tutela instaurado por Luis Carlos León Díaz, Sara María Velasco, Fausto Perea y Emérito Mera; (ix) la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia [6 de octubre de 2016], dentro del trámite de tutela instaurado por Julio Gómez Iglesias; (x) la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia [11 de octubre de 2016], dentro del trámite de tutela instaurado por María Emma Rincón Loaiza; y (xi) la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia [20 de octubre de 2016], dentro del trámite de tutela instaurado por Carlos Vidal Segura Rodríguez.

[4] La selección y acumulación de los expedientes de la referencia se dispuso en virtud de los siguientes autos: (i) auto del veintiocho (28) de julio de dos mil dieciséis (2016) proferido por la Sala de Selección Número Siete; (ii) auto del diecinueve (19) de septiembre de dos mil dieciséis (2016) proferido por la Sala de Selección Número Nueve; (iii) auto del veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciséis (2016) proferido por la Sala de Selección Número Siete; (iv) auto del diecisiete (17) de noviembre de dos mil dieciséis (2016) proferido por la Sala de Selección Número Once; (v) auto del veinticinco (25) de noviembre de dos mil dieciséis (2016) proferido por la Sala de Selección Número Once; (vi) auto del veintisiete (27) de enero de dos mil diecisiete (2017) proferido por la Sala de Selección Número Uno.

[5] El anexo que se anuncia también corresponde a la anulada SU-310 de 2017 con la ponencia del entonces Magistrado Sustanciador, doctor Aquiles Arrieta Gómez.

[6] El mentado accionante explica la multiplicidad de acciones de tutela en que la Corte Constitucional cambió de jurisprudencia desde la sentencia T-369 de 2015, lo cual lo llevó a presentar una nueva solicitud ante Colpensiones que no fue contestada de fondo; omisión que lo motivó a interponer la reciente acción de tutela.

[7] Los accionantes interpusieron demanda ordinaria laboral contra Colpensiones invocando los mismos hechos y pretensiones en dos oportunidades distintas. Justificaron este proceder en el cambio de jurisprudencia respecto a la prescripción de los incrementos pensionales.

[8] En el numeral Cuarto de la parte resolutiva del Auto 320 de 2018 la Sala Plena de la Corte dispuso. “ CUARTO: por Secretaría General de la Corte Constitucional, solicitar a los jueces de instancia remitir a esta Corporación los expedientes T-5.647.925, T-5.725.986, T-5.755.285, T-5.766.246, T-5.840.729, T-5.841.624, T-5.844.421, T-5.856.779, T-5.856.793 y T-5.870.489, con el fin de emitir la sentencia de reemplazo.” [9] Los expedientes T-5.840.729 (José Eugenio Flautero Torres) y T-5.755.285 (Mario Ernesto Velasco) corresponden a procesos en donde no se atacó una providencia judicial.

[10] MP Jaime Córdoba Triviño. [11] A mediados de la primera década del Siglo XXI, la Sala Plena de la Corte Constitucional, sistematizó y unificó los requisitos de procedencia y las razones o causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales; tema que había sido tratado, entre muchas otras sentencias, en las siguientes: T-

079 de 1993 y T-231 de 1994 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), T-118 de 1995 (MP José Gregorio Hernández Galindo), T-055 de 1997 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), T-204 de 1998 (MP Hernando Herrera Vergara), T-001 de 1999 (MP José Gregorio Hernández Galindo), T-1009 de 2000 (MP Carlos Gaviria Díaz), T-025 de 2001 (MP Eduardo Montealegre Lynett), T-188 de 2002 (MP Alfredo Beltrán Sierra). De esta manera, la Corte en la Sentencia C-590 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño) señaló como requisitos generales de procedencia los siguientes: "a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. (…) b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio ius fundamental irremediable.

(…) c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. (…) d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. (…). e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible. (…) e. Que no se trate de sentencias de tutela". Estos criterios establecidos en la Sentencia C-590 de 2005, han sido reiterados uniformemente en múltiples pronunciamientos, por ejemplo, en las Sentencias T-950 de 2006 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-905 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-203 de 2007 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-264 de 2009 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-583 de 2009 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-453 de 2010 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-589 de 2010 (MP María Victoria Calle Correa), T-464 de 2011 (MP Jorge Iván Palacio Palacio; AV Nilson Elías Pinilla Pinilla), T-872 de 2012 (MP Mauricio González Cuervo), SU-918 de 2013 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Nilson Elías Pinilla Pinilla), T-103 de 2014 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), T-213 de 2014 (MP María Victoria Calle Correa), SU-297 de 2015 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez), T-060 de 2016 (MP Alejandro Linares Cantillo; AV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; SV Gloria Stella Ortiz Delgado) y T-176 de 2016 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado; AV Jorge Iván Palacio Palacio). || En la sentencia C-590 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño), además de los requisitos generales de procedencia, se señalaron también las causales especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

[12] Constitución Política, Artículo 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. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo.

El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión".

[13] Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1992 (MP José Gregorio Hernández Galindo, SV Ciro Angarita Barón, Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero). A propósito de la demanda de constitucionalidad presentada contra los artículos 11, 12 y 25 del Decreto 2591 de 1991, que reglamenta la acción de tutela, en la sentencia se explicó que ésta ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones

que implican la transgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces ordinarios, a objeto de lograr la protección del derecho.

[14] Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1992 (MP José Gregorio Hernández Galindo, SV Ciro Angarita Barón, Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero).

[15] La sentencia de primera instancia dentro del proceso ordinario fue resuelta por el Juzgado Cuarto de Descongestión Laboral del Circuito de Medellín.

[16] El accionante nació el diecisiete (17) de enero de mil novecientos treinta y cuatro (1934) y su esposa, señora Ana Cecilia, el dieciocho (18) de abril de mil novecientos treinta y nueve (1939).

[17] Corte Constitucional, Sentencias T-456 de 1994 (MP Alejandro Martínez Caballero), T-801 de 1998 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), T-076 de 2003 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-904 de 2004 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-149 de 2012 (MP Juan Carlos Henao Pérez), T-063 de 2013 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez, SPV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). En estas sentencias la Corte fijó los supuestos bajo los cuales, la acción de tutela es procedente a pesar de la existencia de los medios ordinarios de defensa judicial.

[18] Corte Constitucional, Sentencia T-076 de 2003 (MP Rodrigo Escobar Gil). En esta sentencia la Corte se pronunció sobre la regla general de improcedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de derechos pensionales, haciendo énfasis en la excepción a dicha regla general, por la ineficacia o falta de idoneidad de los medios ordinarios de defensa judicial.

[19] Las providencias judiciales que acusaron fueron proferidas el veintisiete (27) de julio de dos mil once (2011), el dieciséis (16) de diciembre de dos mil catorce (2014), el quince (15) de octubre de 2015 y el treinta (30) de julio de dos mil quice (2015), respectivamente.

[20] En el pasado, la Corte ha considerado procedente la acción de tutela a pesar de la cantidad de tiempo transcurrido entre la presunta vulneración del derecho fundamental y la interposición de la acción de tutela;

los casos más representativos de esta situación se encuentran en las tutelas en las que se ha solicitado el reconocimiento de prestaciones periódicas. Por ejemplo, en la sentencia T-1178 de 2004 (MP Jaime Córdoba Triviño) la Corte resolvió de fondo un asunto laboral en el cual, entre la terminación de los contratos de trabajo y la fecha de interposición de la acción de tutela transcurrieron más de tres años, lapso que se consideró justificado teniendo en cuenta el riesgo en la integridad física que corrían los accionantes por la presentación de la tutela en oportunidad. En sentencia T-164 de 2011 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), la Corte declaró procedente la acción de tutela de un ciudadano que solicitaba el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, luego de diez años de haberle sido negada. En la sentencia SU-189 de 2012 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) la Corte concedió el amparo del derecho fundamental a la seguridad social, a pesar del transcurso de nueve meses desde que se profirió la resolución que negó el derecho pensional solicitado por el accionante. Por otro lado, en las sentencias T-109 de 2009 (MP Clara Elena Reales Gutiérrez, AV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-374 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa), T-463 de 2013 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, AV Jorge Iván Palacio Palacio, AV Nilson Pinilla Pinilla) y T-488 de 2015 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), en las que se solicitó el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional, la Corte pasó por alto el paso del tiempo (7 meses, 6 años, 10 años, 25 años, respectivamente), al considerar que “por tratarse de un caso de indexación de la primera mesada pensional, debe señalarse que la violación iusfundamental que se plantea se extiende indefinidamente en el tiempo y es, por lo tanto, de carácter permanente”.

[21] Corte Constitucional, sentencia T-158 de 2006 (Humberto Antonio Sierra Porto). En esta sentencia la Corte explicó en qué casos la acción de tutela procede, a pesar de haber transcurrido un tiempo considerable entre la afectación o amenaza del derecho fundamental y la interposición de la acción de tutela. Posición reiterada en las sentencia T-246 de 2015 (MP Martha Victoria Sáchica Méndez), T-332 de 2015 (MP Alberto Rojas Ríos) y T-060 de 2016 (MP Alejandro Linares Cantillo), entre otras.

[22] MP Gloria Stella Ortiz Delgado. [23] La Corte Constitucional ha considerado que las normas del Decreto 1382 de 2000 contienen reglas de reparto y no aquellas que determinan la competencia. Al respecto pueden revisarse las sentencias de la Corte Constitucional C-037 de 1996 (MP Vladimiro Naranjo Mesa), Sentencia C-713 de 2008 (MP Clara Inés Vargas Hernández; SPV Humberto Sierra Porto y Nilson Pinilla Pinilla y SV Jaime Araújo Rentería), Autos A-166 de 2014 (MP Nilson Pinilla) y A-205 de 2014 (MP María Victoria Calle Correa), entre otros. || También ha considerado esta Corporación que dichas normas no son presupuesto para que una autoridad se aparte del conocimiento de un asunto. Al respecto consultar los Autos A-203 de 2006 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), reiterado por el Auto 069 de 2012 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), entre otros.

[24] De conformidad con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, “Son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud”. La Corte ha explicado el alcance del término a prevención, así: “Esta nueva interpretación consiste en entender que el término ‘competencia a prevención’, significa que cualquiera de los jueces que sea competente, de acuerdo con los artículos 86 de la Constitución y 37 del Decreto 2591 de 1991, está autorizado para conocer de la acción de tutela, independientemente de la especialidad que haya sido escogida por el actor. En este orden de ideas, los jueces no deben promover conflictos aparentes de competencia en las acciones de tutela con el argumento de que la oficina judicial no respetó la especialidad seleccionada por el demandante. De manera que el alcance de la expresión competencia ‘a prevención’, en los términos de las disposiciones precedentemente citadas (artículos 37 del Decreto 2591 de 1991 y 1º del Decreto 1382 de 2000), debe entenderse circunscrita a la posibilidad con que cuenta el demandante de presentar su solicitud de tutela (i) ante el juez con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o amenaza que la motivare o, a su elección, (ii) ante el juez con jurisdicción en el lugar donde se produjeren sus efectos. Solicitud de amparo que se repartirá a través de la oficina judicial respectiva encargada de efectuar la distribución y asignación de estos casos, en los lugares donde exista”. (Corte Constitucional, Auto 142 de 2011, MP Humberto Antonio Sierra Porto) [25] Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Auto del dos (02) de junio de dos mil dieciséis (2016).

[26] Al constatar esta situación, la Corte profirió auto del primero (1°) de marzo de dos mil diecisiete (2017) en el cual resolvió darle la oportunidad al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Cauca, de pronunciarse sobre los hechos expuestos en el escrito de tutela y presentar los informes pertinentes, en su calidad de parte accionada. El Tribunal guardó silencio.

[27] Decreto 2591 de 1991, Artículo 39: “En ningún caso será procedente la recusación. El juez deberá declararse impedido cuando concurran las causales de impedimento del Código de Procedimiento Penal so pena de incurrir en la sanción disciplinaria correspondiente. El juez que conozca de la impugnación del fallo de tutela deberá adoptar las medidas procedentes para que se inicie el procedimiento disciplinario si fuere el caso”.

[28] La jurisprudencia constitucional ha explicado que en materia de tutela, no existe la figura de la recusación, pues en virtud del principio de celeridad que la caracteriza, no se admiten dilaciones en la protección de los derechos fundamentales por ritualidades procesales. Para compensar la ausencia de esa figura jurídica, el juez de tutela tiene la obligación de declararse impedido cuando concurran en él las causales previstas en el Código de Procedimiento Penal, a fin de evitar una afrenta contra el principio de imparcialidad judicial. También se ha precisado que la declaratoria del

impedimento no modifica la competencia del juez de tutela, pues: "(...) cuando un juez unipersonal se halla inmerso en una causal de impedimento, debe remitir el expediente al funcionario judicial siguiente del mismo nivel o jerarquía para que inmediatamente adelante el proceso constitucional. Del mismo modo, si el evento que obliga a apartarse del asunto sometido a su conocimiento le acontece a un juez colegiado, éste no modifica su competencia, por lo cual lo enviará a la Sala siguiente o nombrará conjueces dentro de la misma Sala que deberán adelantar el proceso de tutela". Sobre impedimentos del juez de tutela ver sentencias T-266 de 1999 (MP Carlos Gaviria Díaz), T-800 de 2006 (MP Jaime Araújo Rentería), T-386 de 2016 (MP Luis Ernesto Vargas Silva) y autos A-094 de 2007 (MP Jaime Araújo Rentería), A-039 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), A-013 de 2012 (MP Juan Carlos Henao Pérez), A-093 de 2012 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), A-296 de 2015 (MP Alberto Rojas Ríos), A-444 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado) entre otros.

[29] Constitución Política, Artículo 228: "La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo".

[30] Según el artículo 39 del Decreto 2591 de 1991, al constatarse la existencia de una causal de impedimento en cabeza del juez de tutela, el juez que conozca de la impugnación del fallo de tutela deberá adoptar las medidas procedentes para que se inicie el procedimiento disciplinario si fuere el caso.

[31] En cuatro de los once casos se pusieron de presente las precarias condiciones económicas de los accionantes y cómo la falta de reconocimiento del derecho pensional, afecta su mínimo vital; (i) Samuel Vargas Vargas y David Hernández Olaya (T-5.647.925) advirtieron que son personas de la tercera edad y que la reclamación del reconocimiento y pago del incremento pensional se mantiene en la actualidad, siendo la pensión que perciben el único ingreso con el que cuentan para solventar sus necesidades básicas y las de sus esposas;

(ii) Mario Ernesto Velasco (T-5.755.285) manifestó que es una persona de la tercera edad cuyo único ingreso para solventar las necesidades básicas propias y de su esposa, es la pensión de vejez que percibe; (iii) Jorge Enrique Farías Castañeda (T-5.766.246) indicó que convive con la señora María Nayith Amaya Urueña, quien depende económicamente de él; (iv) el apoderado judicial de Luis Carlos León Díaz, Sara María Velasco, Fausto Perea y Emérito Mera (T-5.844.421) afirmó que los accionantes son personas mayores que padecen de enfermedades propias de la edad y que sus esposos (as) y compañeros (as) permanentes dependen económicamente de sus pensiones. En los casos restantes no se hizo referencia expresa a tal afectación, sin embargo podría en principio pensarse que la falta de reconocimiento del incremento pensional por persona a cargo podría llegar a afectar a los pensionados en su mínimo vital.

[32] Corte Constitucional, sentencia T-338 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra). En este caso se tuteló el derecho al mínimo vital de una persona a la que se le estaba pagando parcialmente su mesada pensional. En esta oportunidad la Corte recogió la jurisprudencia sentada, entre otras, en las sentencias T-011 de 1998 (MP José Gregario Hernández Galindo), SU-995 de 1999 (MP Carlos Gaviria Díaz; AV Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-439 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero).

[33] Corte Constitucional, sentencia T-338 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra). Sobre la cuestión, la jurisprudencia ha precisado que el mínimo vital supone tener en cuenta las dimensiones cuantitativas del derecho ["(…) está constituido por los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y de su familia, no solamente en lo relativo a alimentación y vestuario sino en lo referente a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en cuanto factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida que, no obstante su modestia, corresponda a las exigencias más elementales del ser humano"] y, ante todo, las cualitativas ["(…)

la idea de un mínimo de condiciones decorosas de vida (v.gr. vestido, alimentación, educación, salud, recreación), no va ligada sólo con una valoración numérica de las necesidades biológicas mínimas por satisfacer para subsistir, sino con la apreciación material del valor del trabajo, de las circunstancias propias de cada individuo, y del respeto por sus particulares condiciones de vida".] Corte Constitucional, Sentencia SU-995 de 1999 (MP Carlos Gaviria Díaz, AV Eduardo Cifuentes Muñoz); en aquella ocasión, la Sala Plena se preguntó si el incumplimiento en el pago de las sumas salariales constituye una violación de derechos fundamentales que amerita la intervención del juez de tutela.

[34] La Corte ha reiterado esta posición jurisprudencial, indicando que el concepto de mínimo vital, de acuerdo con la jurisprudencia, tiene que ser evaluado "(…) desde un punto de vista de la satisfacción de las necesidades mínimas del individuo, por lo cual es necesario realizar una evaluación de las circunstancias de cada caso concreto, haciendo una valoración que se encamine más hacia lo cualitativo que a lo cuantitativo, verificándose que quien alega su vulneración tenga las posibilidades de disfrutar de la satisfacción de necesidades como la alimentación, el vestuario, la salud, la educación, la vivienda y la recreación, como mecanismos para hacer realidad su derecho a la dignidad humana". Corte Constitucional, Sentencia T-581A de 2011 (MP Mauricio González Cuervo). En este caso se consideró que se violaba el derecho al mínimo vital del accionante, por cuanto se le estaban haciendo descuentos superiores al 50% a su mesada pensional y, en el caso concreto, se consideró " recibir menos de la mitad de su asignación de retiro no es suficiente para garantizar su digna subsistencia ". Al respecto ver también, entre otras, la sentencias T-629 de 2016 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, SV Gloria Stella Ortiz Delgado), T-059 de 2017 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, SV Gloria Stella Ortiz Delgado).

[35] Corte Constitucional, Sentencia T-385 de 2016 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado). En esta sentencia, la Corte estudió un caso en el que se alegaba la vulneración del mínimo vital, por la aplicación de la regla de compartibilidad pensional por parte del fondo de pensiones accionado. Se resolvió denegar el amparo constitucional al verificarse que la accionante estaba recibiendo el mayor valor pensional, por lo que, desde una percepción cualitativa del derecho, su mínimo vital no estaba afectado.

[36] Al respecto ver, entre otras, las siguientes sentencias, algunas de ellas citadas previamente: T-011 de 1998 (MP José Gregorio Hernández Galindo), T-554 de 1998 (MP Fabio Morón Díaz), SU-995 de 1999 (MP Carlos Gaviria Díaz, AV Eduardo Cifuentes Muñoz), T-439 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero), T-581A de 2011 (MP Mauricio González Cuervo), T-217 de 2013 (MP Alexei Julio Estrada, AV Luis Ernesto Vargas Silva), T-831 de 2014 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-319 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado, SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-369 del 2015 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-199 de 2016 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), T-385 de 2016 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado), T-395 de 2016 (MP Alejandro Linares Cantillo, SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) y T-460 de 2016 (MP Jorge Iván Palacio Palacio). Todas estas decisiones son ejemplos de casos en los que la Corte estudió el alcance del derecho al mínimo vital en el marco de la cesación prolongada e indefinida de pagos de las mesadas pensionales.

[37] Esto es, el incremento del catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera permanente del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión; o del siete por ciento (7%), también 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.

[38] Acuerdo 02 del 22 de julio de 2015 "Por medio del cual se unifica y actualiza el Reglamento de la Corte Constitucional" , Artículo 5°. Funciones. "Compete a la Sala Plena de la Corte Constitucional:

a. Decidir sobre los asuntos de constitucionalidad de que trata el artículo 241 de la Constitución y los casos de cambio o de unificación de jurisprudencia en materia de tutela, cuando así lo apruebe la mayoría de Sala Plena, en los eventos previstos en los artículos 59 y 61 del Reglamento;

(…)" [39] MP Juan Carlos Henao Pérez. [40] Debe precisarse que las distintas Salas de Revisión de la Corte Constitucional que han conocido sobre el asunto en mención, no siempre han estado conformadas ni presididas por los mismos magistrados. Lo cual se explica en los reemplazos temporales de algunos magistrados titulares por magistrados encargados, y por los reemplazos definitivos de los magistrados titulares debido a la terminación de sus periodos individuales.

[41] MP Alexei Julio Estrada (e), AV Luis Ernesto Vargas Silva. [42] En la sentencia T-217 de 2013(MP Alexei Julio Estrada, AV Luis Ernesto Vargas Silva) se citaron las sentencias C-230 de 1998 (MP Hernando Herrera Vergara), SU-430 de 1998 (MP Vladimiro Naranjo Mesa), C-624 de 2003 (MP Rodrigo Escobar Gil) y T-274 de 2007 (MP Nilson Pinilla Pinilla) para sustentar que la imprescriptibilidad en materia de seguridad social ha sido debatida en sede de control abstracto y concreto de constitucionalidad.

[43] Corte Constitucional, Sentencia T-217 de 2013 (MP Alexei Julio Estrada, AV Luis Ernesto Vargas Silva). [44] Corte Constitucional, Sentencia T-217 de 2013 (MP Alexei Julio Estrada, AV Luis Ernesto Vargas Silva).

[45] Corte Constitucional, Sentencia T-217 de 2013 (MP Alexei Julio Estrada, AV Luis Ernesto Vargas Silva). La Corte resolvió lo siguiente: "Primero.- REVOCAR las sentencias proferidas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en primera instancia, y la Corte Suprema de Justicia Sala Penal, en segunda instancia, dentro del proceso de tutela iniciado por Alfredo Constante Gutiérrez contra el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Barranquilla y la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de la misma ciudad. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia y al debido proceso del señor Alfredo Constante Gutiérrez. Segundo.- DEJAR SIN EFECTO la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Barranquilla el veintinueve (29) de febrero de dos mil doce (2012), dentro del proceso ordinario laboral iniciado por el señor Alfredo Constante Gutiérrez contra el Instituto de Seguros Sociales. Tercero.- ORDENAR a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Barranquilla, proferir una nueva sentencia dentro del proceso ordinario laboral iniciado por el señor Alfredo Constante Gutiérrez, en la que se tengan en cuenta las consideraciones hechas en la presente providencia. Cuarto.- REVOCAR las sentencias proferidas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en primera instancia, y la Corte Suprema de Justicia Sala Penal, en segunda instancia, dentro del proceso de tutela iniciado por Eduardo Enrique Salgado Herrera contra el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla y la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de la misma ciudad. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia y al debido proceso del señor Eduardo Enrique Salgado Herrera. Quinto.- DEJAR SIN EFECTO la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Barranquilla el veintisiete (27) de septiembre de dos mil doce (2012), dentro del proceso ordinario laboral iniciado por el señor Eduardo Enrique Salgado Herrera contra el Instituto de Seguros Sociales. Sexto.- ORDENAR a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Barranquilla, proferir una nueva sentencia dentro del proceso ordinario laboral iniciado por el señor Eduardo Enrique Salgado Herrera, en la que se tengan en cuenta las consideraciones hechas en la presente providencia".

[46] Corte Constitucional, Sentencia T-791 de 2013 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez, SV Jorge Iván Palacio Palacio). [47] Al respecto, en la sentencia T-791 de 2013 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez, SV Jorge Iván Palacio Palacio) se citó la sentencia del 12 de diciembre de 2007 (Rad. No. 27923) de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (MP Elsy Del Pilar Cuello Calderón).

[48] Corte Constitucional, Sentencia T-791 de 2013 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez, SV Jorge Iván Palacio Palacio). En resumen, estas fueron las consideraciones que expuso la Sala en esa oportunidad: “Al respecto de la posición arriba planteada, que vale aclarar, no ha sido una posición ampliamente desarrollada o reiterada en múltiples ocasiones por la Corte Constitucional, esta Sala, por las razones suficientemente explicadas en la presente providencia, no considera acertada la aplicación que en aquella oportunidad se le dio al precedente constitucional en materia de imprescriptibilidad pensional, toda vez que a la luz de lo trazado por la jurisprudencia dada al interior de la Jurisdicción Ordinaria, encargada de definir los conflictos, y el alcance de los derechos de la seguridad social y de tipo laboral, el incremento pensional objeto de estudio no reviste las características que hacen aplicable el precedente de la imprescriptibilidad a una acreencia económica relacionada con la seguridad social; y , por otra parte, como bien se explicó, resulta ceñido a la constitución y a la jurisprudencia constitucional, otorgar un trato disímil y consagrar la prescripción extintiva de un derecho patrimonial que surge del ejercicio de un derecho constitucional fundamental (como lo son el derecho pensional y la seguridad social)”.

[49] Corte Constitucional, Sentencia T-791 de 2013 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez, SV Jorge Iván Palacio Palacio). “En efecto, la imprescriptibilidad de este derecho, que protege el riesgo de invalidez, muerte y vejez, parte de la protección vitalicia del mínimo vital de las personas, pues ´normalmente se trata de contingencias que ocurren en la vida de un sujeto y permanecen para siempre en sus condiciones de existencia, afectándola notablemente´”.

[50] Corte Constitucional, Sentencia T-791 de 2013 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez, SV Jorge Iván Palacio Palacio). “Los incrementos de que trata el artículo anterior no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales y el derecho a ellos subsiste mientras perduren las causas que les dieron origen”.

[51] Corte Constitucional, Sentencia T-748 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo). En aquella oportunidad, el Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez estuvo ausente en comisión.

[52] Corte Constitucional, Sentencia T-748 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo). “Coinciden los actores de las demandas de tutela al solicitar que se dejen sin efectos los fallos de la jurisdicción ordinaria, en tanto que no aplicaron la Sentencia T-217 de 2013”.

[53] Corte Constitucional, Sentencia T-748 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo). La Corte resolvió lo siguiente: “La Sala Segunda de Revisión confirmará los fallos que negaron la protección de los derechos presuntamente afectados por los jueces ordinarios al no otorgar un incremento del 14% de su mesada pensional, por no encontrar configurada la causal de desconocimiento del precedente. 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) Ésa 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. Conforme a lo expuesto la Sala Segunda de Revisión, reitera el precedente mayoritario recopilado en la Sentencia T-791 de 2013, y (i) confirmará los fallos de tutela que declararon improcedente

la demanda por no cumplir con el requisito de inmediatez inferior a seis meses, (ii) confirmará la negativa de amparo, pero por improcedente, en los casos de demandas interpuestas en un término superior a seis meses, y (iii) negará el amparo solicitado al no configurarse la causal específica de procedibilidad de vulneración del precedente constitucional, en tanto que la sentencia T-217 de 2013 invocada como precedente, no constituye un antecedente relevante en materia de incrementos adicionales".

[54] Corte Constitucional, Sentencia T-831 de 2014 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). En aquella ocasión, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas estuvo integrada por dos magistrados titulares y una magistrada encargada (Martha Victoria Sáchica Méndez), que en su momento reemplazaba temporalmente al Magistrado Alberto Rojas Ríos.

[55] Corte Constitucional, Sentencia T-831 de 2014 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). La Corte concluyó que: "En los casos bajo estudio la Sala determinó que las autoridades judiciales accionadas vulneraron los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y al debido proceso de los señores Jaime Jiménez Arévalo (Expediente T-4.368.893), Juan Manuel Batista Palacio (Expediente T-4.423.557), Jaime Antonio Higuita Jiménez (Expediente T- 4.423.843), Pedro Pablo Sierra Cano (Expediente T-4.430.213), Elena Loaiza Osorio (Expediente T-4.434.249) y Walter Rincón Picott (Expediente T-4.435.280). Lo anterior por cuanto las autoridades judiciales accionadas negaron reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por cónyuge o compañero(a) permanente a cargo, al interpretar la norma aplicable al caso, es decir el artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990, en perjuicio de los actores, contrariando así el principio de favorabilidad en materia laboral y violando de tal manera la Constitución Política directamente".

[56] Corte Constitucional, Sentencia T-123 de 2015 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez). [57] Corte Constitucional, Sentencia T-123 de 2015 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez).

[58] Corte Constitucional, Sentencia T-123 de 2015 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez). En aquella oportunidad se consideró que: "Si bien hay un conjunto de sentencias previas al caso que hoy nos ocupa en las que se ha abordado la imprescriptibilidad del derecho fundamental a la seguridad social, específicamente en lo que concierne al derecho pensional, esta Sala no encuentra que el Juzgado accionado, al proferir la sentencia que puso fin al proceso ordinario laboral de única instancia adelantado por el actor, haya a) contrariado la ratio decidendi de las sentencias de constitucionalidad que han estudiado el tema objeto de controversia, o haya b) desconocido el alcance del derecho fundamental a la seguridad social fijado por esta Corte a través de la ratio decidendi de sus sentencias de tutela. A la anterior conclusión se arriba, puesto que, como quedó dicho, el precedente constitucional sobre la imprescriptibilidad de las pensiones no incluye una consideración sobre la naturaleza del incremento pensional del 14% por personas a cargo, asunto que, en principio, corresponde establecer a la jurisdicción ordinaria laboral. Por lo anterior, no cabe señalar que hubo un desconocimiento del precedente constitucional cuando, ante la ausencia de pronunciamientos repetidos y posturas uniformes dentro de esta Corporación, con sujeción a reiterados pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, el Juzgado Cuarto Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Barranquilla determinó que el incremento pensional pretendido por el accionante estaba sujeto a prescripción, por no revestir un carácter fundamental, esencial o vital, al no ir dirigido, de forma vitalicia y sucesiva, a amparar la subsistencia digna y a sufragar el mínimo vital del actor. Por todo lo expuesto, la Sala no observa que las actuaciones del Juzgado Cuarto Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Barranquilla constituyan alguna arbitrariedad, o que abierta y caprichosamente hayan desconocido el precedente en esta materia, dado que su decisión se encuentra en consonancia con las normas y la jurisprudencia (tanto de esta Corporación como de la Corte Suprema de Justicia) aplicables al caso concreto. En consecuencia, la Sala confirmará la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Barranquilla, a través de la cual se denegó el amparo solicitado, pero por las razones expuestas en esta providencia".

[59] Corte Constitucional, Sentencia T-319 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado, SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). [60] Corte Constitucional, Sentencia T-319 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado, SV Gabriel Eduardo

Mendoza Martelo). “Es posible concluir entonces que, conforme a la jurisprudencia constitucional, el derecho a reclamar los ajustes, aumentos y/o reliquidación de la pensión están estrechamente vinculados con el derecho a la pensión en sí misma, por lo tanto también es imprescriptible (…) Bajo estas consideraciones, las sentencias de tutela de la Sala de Revisión de la Corte Constitucional han dejado sin efectos decisiones de la jurisdicción ordinaria laboral que han declarado la prescripción de la acción a través de la cual se solicita la reliquidación pensional, lo cual constituye un precedente aplicable al caso”.

[61] Corte Constitucional, Sentencia T-319 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado, SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). El Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo salvó el voto conforme a las siguientes consideraciones: “Conforme la naturaleza y finalidad del incremento por persona a cargo, este no hace parte de la pensión, pues se trata de un valor agregado a la mesada, en proporción a la pensión mínima legal y que se encuentra condicionado al cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley, se deriva del carácter de pensionado, más no es una acreencia que nace de manera automática con la pensión de vejez, razón por la cual se enmarca en los casos en que se aplica la prescripción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Los incrementos pensionales constituyen una prerrogativa que aumenta la mesada pensional, sin embargo, no pueden asimilarse a un reajuste legal, pues la norma legal que los consagra, señala que no constituyen un factor salarial. La posibilidad de reclamarlos nace una vez se reconoce el derecho. Y conforme las normas previstas en el Decreto 758 de 1990, su pago, obedece a que se cumplan condiciones tales como: tener personas a cargo, siempre y cuando se acredite la dependencia económica. Asimismo, única y exclusivamente, pueden tasarse sobre la pensión mínima legal. No es una prerrogativa vitalicia, situaciones, que sin duda, tal y como lo advirtió la sentencia T-791-2013, ubica a los incrementos dentro de las acreencias que son prescriptibles. Ahora bien, el precedente de la Corte hasta ahora se encuentra dividido, y el tema no ha sido pacífico, pues la Corporación tiene dos criterios el primero que sostiene que los incrementos prescriben, y el segundo que los considera imprescriptibles.

Así las cosas, estimo que no existen pronunciamientos constitucionales reiterados ni posturas uniformes dentro de la Corte en torno al incremento pensional del 14%, razón por la cual no puede considerarse que una providencia judicial desconoce el precedente constitucional cuando, de conformidad con la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia, el incremento del 14% por personas a cargo está sujeto a prescripción, en consecuencia, una autoridad judicial que actuó en desarrollo de los principios de independencia y autonomía propios de la actividad jurisdiccional, no incurre en desconocimiento del precedente constitucional al tomar una decisión debidamente sustentada en una hermenéutica del derecho positivo, pero contraria a una interpretación de algunas salas de la Corporación, posición que no ha sido unánime”.

[62] Corte Constitucional, Sentencia T-319 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado, SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). La Sala concluyó que: “De conformidad con las consideraciones aquí expuestas, y atendiéndose al hecho de que en esta providencia se reitera lo decidido en las sentencias T-762 de 2011, T-217 de 2013 y T-831 de 2014, que concluyó que las solicitudes de reclamación para obtener la reliquidación de la pensión y la inclusión de factores salariales no prescriben. Para esta Corporación, la prescripción de las pretensiones dirigidas a obtener la reliquidación de pensiones es una interpretación contraria y violatoria del artículo 53 de la Constitución Política. Se aclara de todos modos, como se hiciera en el precedente constitucional que se reitera, que las mesadas pensionales si deben ser reclamadas como máximo dentro de los tres años siguientes a haberse causado, so pena de perderse el derecho a recibirlas. Por lo tanto, los jueces deberán acceder a analizar las reliquidaciones pensionales para la inclusión de nuevos factores para su correcta liquidación, pero las mesadas pensionales siguen siendo objeto de la prescripción que estipula la ley”.

[63] Corte Constitucional, Sentencia T-369 de 2015 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). En aquella ocasión, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas estuvo integrada por dos magistrados titulares y una magistrada encargada (Myriam Ávila Roldán), que en su momento reemplazaba al Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva.

[64] Corte Constitucional, Sentencia T-369 de 2015 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). "La Corte Constitucional se ha pronunciado respecto del reconocimiento y pago del incremento a la pensión mínima del 14% por cónyuge o compañero (a) permanente a cargo, de dos maneras, una negando dicho reconocimiento al considerar que el incremento señalado no hace parte integrante de la pensión, por lo tanto no sigue la misma suerte de ella, siendo susceptible de prescripción cuando no se solicita dentro de los tres (3) años siguientes al reconocimiento de la pensión, posición que coincide con la interpretación que, de manera reiterada, ha realizado la Corte Suprema de Justicia; otra, que consideró que el incremento por persona a cargo es un elemento de la pensión, que sigue la suerte de las causas que le dieron origen, por lo tanto al ser la pensión imprescriptible, dicha prestación también lo es, siendo afectadas por ese fenómeno sólo las mesadas que no se reclamaron antes de los tres años previos al reconocimiento de dicho incremento. En esta ocasión, teniendo en cuenta que las personas involucradas (el actor y su cónyuge) son personas de la tercera edad, cuyo único ingreso para solventar sus necesidades básicas, es la pensión mínima del peticionario, y en aplicación del principio de favorabilidad, precepto constitucional, que debe ser utilizado para dirimir conflicto de interpretaciones sobre una misma norma, y así aplicar al caso concreto la que sea más beneficiosa para el trabajador o pensionado, se acogerá la postura de la Sentencia T-831 de 2014. En virtud de ello, la Sala concederá la acción de tutela al observar que la sentencia acusada incurrió en causal específica de violación directa de la Constitución, al no aplicar el principio de favorabilidad en materia laboral. En consecuencia, protegerá los derechos al mínimo vital y móvil y a la seguridad social en pensiones invocados por el actor".

[65] Corte Constitucional, Sentencia T-541 de 2015 (MP Mauricio González Cuervo). [66] Corte Constitucional, Sentencia T-541 de 2015 (MP Mauricio González Cuervo). La Sala explicó la decisión y la razón de la decisión, así: "No se accede al amparo por vía de tutela de los derechos fundamentales del actor, y por consiguiente, se confirman las sentencias proferidas en primera instancia por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y en segunda instancia por la Sala de Casación Penal de esa misma Corporación. No se vulneran los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, seguridad social, mínimo vital y acceso a la administración de justicia al no configurarse el desconocimiento de precedente como causal especifica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial".

[67] Corte Constitucional, Sentencia T-038 de 2016 (MP Alejandro Linares Cantillo, SV Gloria Stella Ortiz Delgado). [68] Corte Constitucional, Sentencia T-038 de 2016 (MP Alejandro Linares Cantillo, SV Gloria Stella Ortiz Delgado). El caso se sintetizó así: "El señor Horacio Restrepo Londoño presentó acción de tutela contra el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Armenia (Quindío), por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, al debido proceso, al mínimo vital y a la vida digna, con ocasión del defecto por desconocimiento del precedente constitucional en el que incurrió el juzgado accionado al proferir la sentencia del 18 de junio de 2015, mediante la cual declaró probada la excepción de prescripción respecto del incremento del 14% sobre la mesada pensional, por cónyuge o compañera permanente a cargo".

[69] Corte Constitucional, Sentencia T-038 de 2016 (MP Alejandro Linares Cantillo, SV Gloria Stella Ortiz Delgado). [70] Corte Constitucional, Sentencia T-038 de 2016 (MP Alejandro Linares Cantillo, SV Gloria Stella Ortiz Delgado). La Sala explicó la decisión y las reglas de la decisión, así: "Decisión: Revocar la sentencia de tutela de segunda instancia, que confirmó el fallo de primera instancia, que a su vez declaró improcedente la acción de tutela y, en su lugar, negar la protección de los derechos fundamentales invocados por el actor. Reglas de decisión. No se configura la causal específica de tutela contra providencia judicial denominada defecto por desconocimiento del precedente constitucional,

cuando (i) al no existir un precedente único, (ii) la autoridad judicial resuelve un caso siguiendo una de las posiciones adoptadas por las Salas de Revisión de la Corte Constitucional, que además coincide con la jurisprudencia dictada por el tribunal de cierre de la jurisdicción ordinaria, en su especialidad laboral".

[71] Corte Constitucional, Sentencia T-038 de 2016 (MP Alejandro Linares Cantillo, SV Gloria Stella Ortiz Delgado). En efecto, la Magistrada Gloria Stella Ortiz salvó el voto en los siguientes términos:

"Considero que en la ponencia se desarrollan ampliamente las distintas posiciones asumidas por la Corte en relación con la imprescriptibilidad del incremento del 14% de la mesada pensional por compañera permanente a cargo, establecido en los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, motivo por el cual se acredita la improcedencia de la causal específica de procedibilidad por desconocimiento del precedente judicial debido a que la Corte no ha definido una línea clara y unívoca respecto de la procedencia del incremento pensional mencionado por vía de tutela. No obstante lo anterior, respecto de la causal especifica de procedibilidad relacionada con la violación directa de la Constitución, en la ponencia se guarda silencio sobre este aspecto. Estimo que prescindir del análisis de este defecto es contrario al principio de congruencia de las decisiones judiciales, en razón a que no hay un pronunciamiento sobre todos los cargos esgrimidos por el actor, bien sea favor o en contra".

[72] Corte Constitucional, Sentencia T-395 de 2016 (MP Alejandro Linares Cantillo, SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). El caso fue reseñado, así: "El señor José Dustano Romero Peña, a través de apoderado judicial, interpuso acción de tutela contra el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral. Considera el accionante que el tribunal accionado vulneró su derecho fundamental al debido proceso, como consecuencia de la sentencia proferida el 26 de mayo de 2015, por medio de la cual se declaró probada la excepción de prescripción del incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, desconociendo con ello el precedente constitucional que reconoce el carácter imprescriptible de dicho incremento y el principio constitucional de favorabilidad laboral. Por lo anterior, solicita que se revoque el fallo emitido por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, ordenando la aplicación de la interpretación más favorable respecto del incremento pensional del 14% sobre su pensión de vejez, por tener cónyuge a cargo".

[73] Corte Constitucional, Sentencia T-395 de 2016 (MP Alejandro Linares Cantillo, SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). [74] Corte Constitucional, Sentencia T-395 de 2016 (MP Alejandro Linares Cantillo, SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[75] Corte Constitucional, Sentencia T-395 de 2016 (MP Alejandro Linares Cantillo, SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). "En consecuencia, la Corte accederá a la pretensión del accionante, consistente en dejar sin efectos la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, ordenándole que profiera un nuevo fallo aplicando el principio de favorabilidad laboral; y, por consiguiente, la Sala revocará el fallo de tutela proferido por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral".

[76] Corte Constitucional, Sentencia T-460 de 2016 (MP Jorge Iván Palacio Palacio). El caso se expuso así: "Mediante escrito radicado el 15 de febrero de 2016 ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el señor Jorge Humberto Díaz Prieto, actuando a nombre propio, presentó acción de tutela contra el Juzgado 15 Laboral del Circuito y la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, invocando la protección de sus derechos fundamentales a la "favorabilidad", "ratio decidendi" de la jurisprudencia constitucional e "imprescriptibilidad en materia pensional". Lo anterior, al considerarlos vulnerados por las autoridades demandadas, porque en sus decisiones le negaron el incremento pensional por tener a cargo la cónyuge y un hijo discapacitado, bajo el argumento que se hallaba prescrito".

[77] Corte Constitucional, Sentencia T-460 de 2016 (MP Jorge Iván Palacio Palacio). [78] Corte Constitucional, Sentencia T-460 de 2016 (MP Jorge Iván Palacio Palacio). La Sala resolvió que: "(…) se accederá a la protección de los

derechos fundamentales a la seguridad social en pensiones, debido proceso y favorabilidad, vulnerados por las accionadas. Así las cosas, se ordenará a los despachos judiciales que conocieron de las demandas laborales que, dentro de un término de 15 días, contados a partir de la notificación de esta decisión, profiera nueva sentencia, en la que reconozca los incrementos pensionales, atendiendo las consideraciones y criterios de interpretación expuestos en esta providencia".

[79] Corte Constitucional, Sentencia T-217 de 2013 (MP Alexei Julio Estrada, AV Luis Ernesto Vargas Silva). [80] Corte Constitucional, Sentencia T-831 de 2014 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

[81] Corte Constitucional, Sentencia T-319 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado, SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). [82] Corte Constitucional, Sentencia T-369 de 2015 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

[83] Corte Constitucional, Sentencia T-395 de 2016 (MP Alejandro Linares Cantillo, SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). [84] Corte Constitucional, Sentencia T-460 de 2016 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).

[85] Corte Constitucional, Sentencia T-791 de 2013 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez, SV Jorge Iván Palacio Palacio). [86] Corte Constitucional, Sentencia T-748 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo).

[87] Corte Constitucional, Sentencia T-123 de 2015 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez). [88] Corte Constitucional, Sentencia T-541 de 2015 (MP Mauricio González Cuervo).

[89] Corte Constitucional, Sentencia T-038 de 2016 (MP Alejandro Linares Cantillo, SV Gloria Stella Ortiz Delgado). [90] Corte Constitucional, Sentencia T-791 de 2013 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez, SV Jorge Iván Palacio Palacio).

[91] A diferencia de los sistemas constitucionales europeas, el texto constitucional de los Estados Unidos de América no contiene alusiones directas a derechos de seguridad social. No obstante, algún sector de la academia norteamericana ha intentado derivar la existencia de tales derechos a través de las cláusulas constitucionales relativa a los derechos del debido proceso y de igualdad.

(Cfr. Jackson, Vicky y Tushnet, Mark . " Comparative Constitutional Law" . University Casebook Series. Foundation Press, New York, New York, 1999. Pág. 1436 y ss.

[92] De acuerdo con Lema Añón "(e)l modelo de seguridad social está históricamente vinculado con la "cuestión social" y con las tentativas de incorporar a la clase obrera y con ello reducir las posibilidades de cambios revolucionarios" (Lema Añón , Carlos. " La erosión del derecho a la salud en el Reino de España: el ataque a la universalidad", en La eficacia de los derechos sociales . M a José Bernuz Benéitez y Manuel Calvo García Editores. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014. Pág. 248.

[93] Cfr. Jackson, Vicky y Mark Tushnet , ob cit. [94] Sentencia de 25 de octubre de 1918, Ponente: Gnecco Laborde, ver G.J.T. XXVI, #1380, pág.

378 y la de 10 de diciembre de 1915 (g.j. #1225, p.165) ambas de la Corte Suprema, Sala Plena. (Cita a pie tomada de la Sentencia T-827 de 1999, MP Alejandro Martínez Caballero) [95] Acto Legislativo 01 de 1936, Artículo 16.

"La asistencia pública es función del Estado. Se deberá prestar a quienes careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirla de otras personas, estén físicamente incapacitadas para trabajar.

La ley determinará la forma como se preste la asistencia y los casos en que deba darla directamente el Estado." "La asistencia pública es función del Estado. Se deberá prestar a quienes careciendo de medios de subsistencia y derecho para exigirla de otras personas, estén físicamente incapacitados para trabajar. La ley determinará la forma como se preste la asistencia y los casos en que deba darla directamente el Estado." [96] Ver, entre muchas otras, las sentencias:

T-619 de 1995, MP Hernando Herrera Vergara; T-299 de 1997, MP Eduardo Cifuentes Muñoz; SU-039 de 1998, MP Hernando Herrera Vergara; T-484 de 1999, MP Alfredo Beltrán Sierra; T-904 de 2002, MP Jaime Araújo Rentería, T-1208 de 2004, Jaime Córdoba Triviño; T-425 de 2004, MP Álvaro Tafur Galvis; y T-440 de 2007, MP Clara Inés Vargas Hernández.

[97] Como se señaló en la Sentencia T-186 de 2012, MP Humberto Antonio Sierra Porto, al tratar sobre los derechos de segunda generación: " Inicialmente su orientación en el Capítulo 2 de la Carta y el seguimiento de una doctrina primigenia sobre la clasificación de los derechos de acuerdo con el momento de su consagración histórica condujeron a su rechazo en tanto derecho fundamental.

En aquél momento se estimaba que los derechos fundamentales pertenecían al rango de los de primera generación, categoría compuesta por mandatos como la vida, la dignidad humana y la integridad física; a esa clasificación escapaban los derechos sociales, económicos y culturales, que integraban el grupo de los de segunda generación. Para su efectividad se asumían previstos los mecanismos legislativos y ejecutivos; mientras que la materialización de los derechos de primera era labor exclusiva de la rama judicial del poder público.

Tal distinción se basaba en el carácter 'meramente prestacional' que se atribuía a los llamados 'derechos de segunda generación'. Por tal motivo, su garantía en esta sede se veía limitada a su conexión con otros que sí fueran calificados como fundamentales. Dicha tesis fue sostenido en múltiples fallos de esta Corporación, en cuya parte considerativa se exponía una mirada de la seguridad social como "norma programática de desarrollo progresivo y obligatorio por parte del legislador, que constituye promesa para los gobernados de que el Estado como guardián de la colectividad, deberá diseñar políticas de acuerdo con esos postulados fundamentales para cubrir las prestaciones que surjan de las contingencias de enfermedad, invalidez o senectud, a fin de que la Seguridad Social sea una realidad" .

Este criterio, el de la conexidad , fue aunado paulatinamente al de la protección especial merecida por ciertos sujetos en estado de debilidad manifiesta. La fundamentalidad de la seguridad social estuvo restringida, durante un lapso significativo, a la existencia de un peligro potencial a la estabilidad de otros derechos como la igualdad, el debido proceso, la vida o la integridad física, de un lado; o a la perturbación de derechos en cabeza de sujetos tales como menores, personas de la tercera edad, mujeres embarazadas, entre otros.

" [98] Una sucinta pero completa explicación de tal desarrollo la ofrece la Sentencia T-160 de 2011, MP Humberto Antonio Sierra Porto. [99] Ver, entre muchas otras, las sentencias: T-631 de 2010, MP María Victoria Calle Correa; T-186 de 2012, MP Humberto Antonio Sierra Porto;

T-391 de 2013 y T-599 de 2014, MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-638 de 2016, MP Jorge Iván Palacio Palacio; y T-416 de 2017, MP Gloria Stella Ortiz Delgado.

[100] Sentencia C-125 de 2000, MP Carlos Gaviria Díaz. En el mismo sentido se puede consular, entre muchas otras la sentencia C-835 de 2003, MP Jaime Araujo Rentería y la C-258 de 2013, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[101] MP Alberto Rojas Ríos. [102] Corte Constitucional, sentencias T-032 de 2012, T-072 de 2013 y T-146 de 2013. [103] "Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia" [104] Suscrito por Colombia el 21 de diciembre de 1966 y aprobado mediante Ley 74 de 1968.

[105] Ver: Sentencias T-752 de 2008 y T-539 de 2009, MP Humberto Antonio Sierra Porto. [106] Sobre tales servicios complementarios puede, por ejemplo, consultarse la Ley 1171 de 2007 cuyo artículo 1º establece que " tiene por objeto conceder a las personas mayores de 62 años beneficios para garantizar sus derechos a la educación, a la recreación, a la salud y propiciar un mejoramiento en sus condiciones generales de vida." [107] Según estudio de Fedesarrollo citado en

la sentencia C-258 de 2013 (FEDESARROLLO, “ El sistema pensional en Colombia: Retos y Alternativas para aumentar la cobertura ”.

Informe Final, abril de 2010), “ si bien la implementación del RPM trajo beneficios a una parte de la población y creó las bases para el desarrollo del sistema pensional, después de veinte años de funcionamiento el esquema comenzó a mostrar señales de insostenibilidad financiera, baja cobertura e inequidad, originadas principalmente en cinco factores: (i) la tasa de cotización no se incrementó gradualmente como se había previsto desde el principio; (ii) el Estado incumplió su parte de la cotización; (iii) los excesivos beneficios, relativos a los aportes; (iv) la existencia de una amplia gama de regímenes especiales y de cajas administradoras; y (v) el cambio demográfico, que implicó menores aportes (cada vez menos jóvenes) y mayores gastos (la gente vivía más años). Todos estos elementos propinaron una estocada certera a la sanidad financiera del sistema, fenómeno que se hizo evidente cuando la gente empezó a llegar a la edad de pensión. El sub-sistema encargado de administrar las pensiones de los trabajadores privados se constituía con aportes de los empleadores, empleados y del gobierno (es decir, de impuestos generales). Las contribuciones iniciales debían representar 6% del salario (1.5% pagado por el afiliado, 3% por el empleador y 1.5% por el Estado/contribuyente) y, según cálculos actuariales hechos en ese momento, deberían aumentar 3 puntos cada 5 años hasta alcanzar 22% en 1993 (Gráfico 1). A raíz del incumplimiento de los pagos que correspondían al Estado, las contribuciones se establecieron inicialmente en 4.5% y sólo se incrementaron a 6.5% en 1985 (2/3 a cargo del empleador, 1/3 a cargo del empleado). La creciente diferencia entre la tasa efectiva y la programada llevó a que se marcara, desde un inicio, la insostenibilidad del régimen administrado por el ISS y a que, con el tiempo, el pasivo pensional (que, además, no se conocía) se hiciera cada vez mayor.

Adicionalmente, el aporte de los trabajadores públicos era muy bajo. Aunque variaba entre diferentes cajas, el Estado financiaba la mayor parte de la contribución.” [108] [83] Bonilla G, Ricardo, “ Pensiones: En Busca de la equidad ”, en Boletín N° 8 del Observatorio de Coyuntura Socio Económica (OCSE) del Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID), Bogotá, 2001, pág. 1.

[109] C-258 de 2013, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [110] Las pensiones que prevé el sistema son de vejez, invalidez y de sobrevivientes. [111] Cabe mencionar que este primer régimen aplica para quienes se afiliaron a este luego de expedida la Ley 100 o bien para quienes no optaron por afiliarse al RAIS que administran las AFPs. En efecto, al reglamentar el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el D .R. 813/94 previó en su art. 4º— Modificado.D.R.1160/94, que :

“El régimen de transición previsto en el artículo anterior dejará de aplicarse en los siguientes casos: 1. Cuando se seleccione el régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se aplicará lo previsto para dicho régimen, inclusive si se traslada de nuevo al régimen de prima media con prestación definida.

(…)” [112] Ley 100 de 1993 ART. 12.—Regímenes del sistema general de pensiones . “ El sistema general de pensiones está compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten, a saber: a) Régimen solidario de prima media con prestación definida. b) Régimen de ahorro individual con solidaridad.” // Una explicación general del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se puede consultar el considerando 3.5.2.7. de la Sentencia C-258 de 201 [113] MP María Victoria Calle Correa.

[114] [10] Ley 100 de 1993, Artículo 32. [115] [11] Ley 100 de 1993, Artículos 60, literal d y 97. [116] [12] Conforme al artículo 64 de la Ley 100 de 1993, los afiliados tendrán derecho a retirarse a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta les permita obtener una pensión superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente.

[117] Para una breve referencia al sistema pensional vigente con anterioridad a la Ley 100 de 1993 puede consultarse la consideración 2.6.1. de la Sentencia SU-230 de 2015 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

[118] El régimen de transición también se encuentra regulado en los decretos reglamentarios 813 de 1994, 1160 de 1994, 2143 de 1995, 2527 de 2000 y artículos 259 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo. // L. 100/93, ART. 36.—Régimen de transición . “ La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. * (Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos) * .

INC. 4º—Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

INC. 5º—Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad, decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

Quienes a la fecha de vigencia de la presente ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos.

PAR.—Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1º) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio.” NOTAS: 1. *El texto entre paréntesis fue declarado inexequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-168 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

2. Los textos de los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 fueron declarados exequibles por la Sentencia C-789 de 2002 de la Corte Constitucional bajo los siguientes entendidos:

"... siempre y cuando se entienda que estas disposiciones no se aplican a quienes habían cumplido quince (15) años o más de servicios cotizados, al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones de la Ley 100 de 1993, conforme a lo establecido en la parte motiva de esta sentencia. Con todo, el monto de la pensión se calculará conforme al sistema en el que se encuentre la persona".

3. El texto del inciso 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, fue declarado exequible por la Sentencia C-789 de 2002 de la Corte Constitucional, en el entendido que el régimen de transición se aplica a quienes, estando en el régimen de prima media con prestación definida, se trasladaron al régimen de ahorro individual con solidaridad, habiendo cumplido el requisito de quince (15) años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones, y decidan regresar al régimen de prima media con prestación definida, siempre y cuando: a) trasladen a este todo el ahorro que efectuaron al régimen de ahorro individual con solidaridad; y b) dicho ahorro no sea inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media. En tal caso, el tiempo trabajado les será computado en el régimen de prima media.

4. Por medio de la Ley 797 de 2003, artículo 18, se modificaron los incisos 2º y 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y se adicionó el parágrafo 2º.

5. Posteriormente el artículo 18 de la Ley 797 de 2003, fue declarado inexequible por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-1056 de 11 de noviembre de 2003, M.P.

Alfredo Beltrán Sierra. 6. Mediante la Ley 860 de 2003, artículo 4º, se modificó el inciso 2º y se adicionó el parágrafo 2º; los cuales fueron declarados inexequibles por la Sentencia C-754 de 10 de agosto de 2004, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[119] Por ejemplo, mediante sentencia C-789 de 2002 la Corte explicó que “ Conforme al principio de proporcionalidad, el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo (19) . Se estaría desconociendo la protección que recibe el trabajo, como valor fundamental del Estado (C.N., preámbulo, art. 1º), y como derecho-deber (C.N., art. 25). Por lo tanto, resultaría contrario a este principio de proporcionalidad, y violatorio del reconocimiento constitucional del trabajo, que quienes han cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión a la entrada en vigencia del sistema de pensiones, conforme al artículo 151 de la Ley 100 de 1993 (abr. 1º/94), terminen perdiendo las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión.” (C-789 de 2002, MP Rodrigo Escobar Gil) [120] En cuanto a la edad y el tiempo de cotización, el inciso 2 de la norma prevé como beneficiarios del régimen a las mujeres que tuvieren treinta y cinco (35) y hombres que tuvieren cuarenta (40) años al 1º de abril de 1994, así como a quienes –independientemente de su edad- para esta última fecha hubieren cotizado no menos de quince (15) años de servicio. Sobre la anterior lectura no ha existido ningún tipo de controversia. Sobre el monto de la pensión o tasa de reemplazo, si bien en algún momento existió alguna controversia en torno a la metodología para su cálculo, mediante sentencia SU-230 de 2015, la Sala Plena de esta Corporación resolvió cualquier polémica sobre la cuestión apoyándose en el precedente fijado en la sentencia C-258 de 2013 y dejando claro que el ingreso base de liquidación - IBL para el cómputo del monto pensional “no [fue] un aspecto sujeto a transición y, por tanto, existe sujeción sobre esta materia a lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100.” [121] “El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. (…) ” [122] En cuanto a la edad y el tiempo de cotización, el inciso 2 de la norma prevé como beneficiarios del régimen a las mujeres que tuvieren treinta y cinco (35) y hombres que tuvieren cuarenta (40) años al 1º de abril de 1994, así como a quienes –independientemente de su edad- para esta última fecha hubieren cotizado no menos de quince (15) años de servicio. Sobre la anterior lectura no ha existido ningún tipo de controversia. Sobre el monto de la pensión o tasa de reemplazo, si bien en algún momento existió alguna controversia en torno a la metodología para su cálculo, mediante sentencia SU-230 de 2015, la Sala Plena de esta Corporación resolvió cualquier polémica sobre la cuestión apoyándose en el precedente fijado en la sentencia C-258 de 2013 y dejando claro que el ingreso base de liquidación - IBL para el cómputo del monto pensional “no [fue] un aspecto sujeto a transición y, por tanto, existe sujeción sobre esta materia a lo

dispuesto en el artículo 36 de la ley 100.” [123] Ley 100 de 1993, ART. 151.— Vigencia del sistema general de pensiones. “ El sistema general de pensiones previsto en la presente ley, regirá a partir del 1º de abril de 1994 . No obstante, el gobierno podrá autorizar el funcionamiento de las administradoras de los fondos de pensiones y de cesantía con sujeción a las disposiciones contempladas en la presente ley, a partir de la vigencia de la misma.

PAR.—El sistema general de pensiones para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1995, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental.” [124] Ley 797 de 2003. Art. 18.- “ Se modifica el inciso segundo, se modifica el inciso quinto y se adiciona el parágrafo 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 , así:

La edad para acceder a la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior a cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones, requisitos y monto de la pensión de acuerdo a lo señalado en el numeral 2º del artículo 33 y artículo 34 de esta ley, aplicables a estas personas, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

(…)” [125] MP Alfredo Beltrán Sierra. [126] Como fundamento de la inexequibilidad de dicho artículo 18, la Corte dijo en la parte motiva de la sentencia en comento que : “ en el trámite que en el Congreso de la República se le dio a los artículos 11, 18, 21 y 23 de la Ley 797 de 2003, se incurrió en trasgresión del artículo 157 de la Carta Política, así como de lo preceptuado en la Ley 5 de 1992 (artículos 157, 158, 164 y 167, especialmente), mediante la cual se expidió el reglamento del Congreso, el Senado y la Cámara de Representantes. En efecto, ninguno de los cuatro artículos acabados de citar cumplió con el principio de consecutividad en la aprobación de las Leyes que establece el citado artículo 157 de la Constitución, cuyo cumplimiento no puede quedar jamás al arbitrio de los miembros del Congreso, ni a la apreciación de momentáneas circunstancias sobre el número de asistentes a las Comisiones del Congreso. Tampoco puede tener aceptación constitucional que artículos presentados a consideración de tales Comisiones ya sea en el proyecto original o en los pliegos de modificaciones en las ponencias para primer debate, se discutan pero no se voten; o que ni siquiera se discutan y luego, a pretexto de proponer modificaciones o adiciones en las plenarias como lo autoriza el artículo 160 de la Constitución, se tergiverse la significación de esta última norma para introducir como “ artículo nuevo” un texto que ya de novedoso no tiene absolutamente nada porque había sido presentado en las Comisiones, y no fue votado por ellas, previo acuerdo para ello. Ese es un texto antiguo. Presentarlo como “ nuevo” es en realidad un artificio para burlar el artículo 157 de la Constitución pretextando darle aplicación al artículo 160 de la misma. Y luego, como si ello no bastara a algunos de estos artículos se les dio cabida para convertirlos en textos legales por conducto de las Comisiones de Mediación aduciendo la supuesta existencia de discrepancias entre lo aprobado en una y otra Cámara, cuando, en realidad, esos textos no habían sido objeto de aprobación en la forma prevenida en la Constitución de la República.” [127] Ley 860 de 2003. Art. 4º.- “ A partir de la vigencia de la presente ley, modifíquese el inciso segundo y adiciónese el parágrafo 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, del Sistema General de Pensiones.

A partir de la fecha de vigencia de la presente ley y hasta el 31 de diciembre del año 2007, la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez, de las personas que el 1° de abril de 1994 tuviesen 35 años o más de edad si son mujeres o cuarenta años de edad o más si son hombres o 15 años o más de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados a esa fecha. A partir del 1º de enero del 2008, a las personas que cumplan las condiciones establecidas en el presente inciso se les reconocerá la pensión con el requisito de edad del régimen anterior al cual se encontraban afiliados. Las demás condiciones y requisitos de pensión aplicables a estas personas serán los consagrados en el Sistema General de Pensiones incluidas las señaladas por el numeral 2 del artículo 33 y el artículo 34 de esta ley, modificada por la Ley 797 de 2003.

(…)” [128] MP Álvaro Tafur Galvis. [129] Para declarar la inexequibilidad del artículo 4º de la Ley 860 de 2003, la Corte sostuvo que: “ el texto del artículo 4° de la Ley 860 de 2003 acusado i) no fue discutido por las Comisiones Séptimas Constitucionales en sesiones conjuntas, ni por la plenaria de la Cámara de Representantes y ii) dicho vicio, como ya se dijo, no es subsanable, por lo que el artículo acusado resulta inexequible ” , además de que “ (c)abe precisar además que en aplicación de los criterios expuestos en la Sentencia C-789 de 2002 la norma tampoco resulta armónica con la Constitución.” [130] Magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil y Rodrigo Uprimny Yepes.

[131] Gaceta del Congreso. Año XIII - Nº 385 Bogotá, D. C., viernes 23 de julio de 2004. [132] [151] Cfr . Sentencia C-258 de 2013. [133] Ídem.

[134] Así p or ejemplo, la reforma también estableció reglas unificadas para el Sistema General de Pensiones, en relación con su funcionamiento. En particular, consagró los siguientes presupuestos:

(i) 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;

(ii) para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones;

(iii) los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido; y (iv) a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones.

[135] SU-210 de 2017, MP (e) José Antonio Cepeda Amarís. [136] Sentencia C-901 de 2011, MP Jorge Iván Palacio Palacio. [137] Sentencia C-451 de 2015, MP Jorge Iván Palacio Palacio.

[138] Ver, entre otras, las sentencias C-829 de 2001, MP Rodrigo Escobar Gil; C-159 de 2004, MP Alfredo Beltrán Sierra; C-901 de 2011, MP Jorge Iván Palacio Palacio; C-1019 de 2012, MP Mauricio González Cuervo; C-227 de 2014, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; y C-044 de 2018, MP José Fernando Reyes Cuartas.

[139] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 28 de marzo de 1984, MP Humberto Murcia Ballén. En el mismo sentido también se puede ver:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 3227 del 28 de febrero de 1992, MP Carlos Esteban Jaramillo Schloss, citando la jurisprudencia citada en G.J.

T. CLXXVI, pág. 116 [140] MP Jaime Córdoba Triviño. En el mismo sentido se puede consultar la Sentencia C-668 de 2014, MP Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[141] MP Fabio Morón Díaz. [142] “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones” [143] Arenas Monsalve , Gerardo.

El derecho colombiano de la seguridad social . Cuarta edición, Legis, 2018, pág. 99. [144] MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [145] MP Alberto Rojas Ríos.

[146] MP(e) Martha Victoria Sáchica Méndez. [147] MP Jorge Ignacio Pretetlt Chaljub, [148] MP Jorge Iván Palacio Palacio. [149] MP(e) Aquiles Arrieta Gómez.

[150] MP María Victoria Calle Correa. [151] En sentencia C-663 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) la Corte sostuvo que: “ Los regímenes de transición, (i) recaen sobre expectativas legítimas de los asociados y no sobre derechos adquiridos; (ii) su fundamento es el de salvaguardar las aspiraciones de quienes están cerca de acceder a un derecho específico de conformidad con el régimen anterior y (iii) su propósito es el de evitar que la subrogación, derogación o modificación del régimen anterior, impacte excesivamente las aspiraciones válidas de los asociados, especialmente si existe la posibilidad de minimizar esa incidencia y de armonizar las expectativas ciudadanas y los cambios legislativos a través de un régimen de transición, y es constitucionalmente legítimo que se utilice la figura del régimen de transición para evitar que una decisión relacionada con expectativas pensionales legítimas bajo la vigencia de una ley, se vea desvirtuada completamente por una ley posterior, en desmedro de quienes aspiraban a que sus derechos pudieran llegar a consolidarse bajo el régimen previo.” [152] Sentencia SU-395 de 2017, MP Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[153] En cuanto a la edad y el tiempo de cotización, el inciso 2 de la norma prevé como beneficiarios del régimen a las mujeres que tuvieren treinta y cinco (35) y hombres que tuvieren cuarenta (40) años al 1º de abril de 1994, así como a quienes –independientemente de su edad- para esta última fecha hubieren cotizado no menos de quince (15) años de servicio. Sobre la anterior lectura no ha existido ningún tipo de controversia. Sobre el monto de la pensión o tasa de reemplazo, si bien en algún momento existió alguna controversia en torno a la metodología para su cálculo, mediante sentencia SU-230 de 2015, la Sala Plena de esta Corporación resolvió cualquier polémica sobre la cuestión apoyándose en el precedente fijado en la sentencia C-258 de 2013 y dejando claro que el ingreso base de liquidación - IBL para el cómputo del monto pensional “no [fue] un aspecto sujeto a transición y, por tanto, existe sujeción sobre esta materia a lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100.” [154] Ley 100 de 1993, ART. 151. — Vigencia del sistema general de pensiones. “ El sistema general de pensiones previsto en la presente ley, regirá a partir del 1º de abril de 1994 . No obstante, el gobierno podrá autorizar el funcionamiento de las administradoras de los fondos de pensiones y de cesantía con sujeción a las disposiciones contempladas en la presente ley, a partir de la vigencia de la misma.

PAR.—El sistema general de pensiones para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1995, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental.” [155] MP Carlos Gaviria Díaz.

[156] MP Vladimiro Naranjo Mesa. [157] Mediante la aludida Sentencia C-596 de 1997 la Corte resolvió declarar “ EXEQUIBLE la expresión “ al cual se encuentren afiliados ”, contenida en el segundo inciso del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.” [158] MP Rodrigo Escobar Gil.

[159] [16] Al respecto, en la Sentencia C-596/97 previamente mencionada, que declaró exequible la exclusión del régimen de transición de quienes no estaban afiliados a un sistema de pensiones al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, sostuvo en relación con los derechos de seguridad social, consagrados en el artículo 48 de la Constitución, que “ los derechos que corresponden a esta categoría, como anteriormente se explicara, se adquieren en los términos que la ley señala ”, agregando posteriormente, en relación con la irrenunciablidad a los beneficios laborales mínimos, que “ los beneficios que son irrenunciables son aquellos que se erigen como derechos ciertos o adquiridos, y, como se vio, la mera posibilidad de pensionarse con el cumplimiento de ciertos requisitos y en determinadas condiciones, no constituye un derecho adquirido sino una simple expectativa de derecho.” [160] MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[161] MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub [162] SU-230 de 2015, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [163] MP (e) José Antonio Cepeda Amarís. [164] R ecuérdese como el artículo 22 del Decreto 758 de 1990 es claro cuando señala que los incrementos de que tratan los literales a) y b) del artículo 21 del mismo acuerdo “ no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez”.

[165] Decreto 758 de 1990, ART. 21.—“ Incrementos de las pensiones de invalidez por riesgo común y vejez . Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así:

(…) ART. 22.— Naturaleza de los incrementos pensionales . Los incrementos de que trata el artículo anterior no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales y el derecho a ellos subsiste mientras perduren las causas que les dieron origen. El director general del ISS establecerá los mecanismos necesarios para su control.” [166] Ver, entre otras, las siguientes sentencias: C-789 de 2002, MP Rodrigo Escobar Gil; C-228 de 2011, MP Juan Carlos Henao Pérez; T-045 de 2016, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; y T-037 de 2017, MP Gloria Stella Ortiz Delgado.

[167] De acuerdo con la Sentencia T-823A de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva) “ las expectativas legítimas son merecedoras de una protección intermedia atendiendo a los factores relevantes del asunto específico y los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.” [168] [48] Sentencia C-926 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[169] Sentencia C-408 de 2009, MP Mauricio González Cuervo. [170] A menos de que se hubiera afiliado al RAIS. [171] Ver Sentencia T-095 de 2018, MP Gloria Stella Ortiz Delgado.

[172] “ Employment in the informal sector in Colombia is higher for women than men. In fact, in 2012, 58% of women and 52% of men worked informally (Peña, 2013). The higher ratio of women to men working in the informal economy is consistent with the Latin American average where, in 2012, 50% of women and 45% of men worked in the informal economy (ILO, 2014).” (Cusson , Mathew S.

“ Colombia’s Informal Economy. An Analysis of Corporate Taxes and Non-Wage Labour Cost ” , Agosto de 2017, Pág. 17, en https://ruor.uottawa.ca/bitstream/10393/36760/1/CUSSON%2C%20Mathieu%2020175.pdf [173] Labour Market Profile 2018 COLOMBIA . Danish Trade Union Council for International Development and Cooperation, Pág. 9, en:

http://www.ulandssekretariatet.dk/sites/default/files/uploads/public/PDF/LMP/LMP2018/lmp_colombia_2018_final.pdf [174] “ (…) la ley podrá determinar los casos en que en que se pueda conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión” [175] Const. Pol. Art. 48 INC .— Adicionado.A.L.1/2005, art. 1º.

“Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del sistema general de pensiones.

No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido.” [176] Const. Pol. Art. 48 INC — Adicionado.A.L.1/2005, art. 1º.

“ Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión.

[177] Decreto 758 de 1990, ART. 22.— Naturaleza de los incrementos pensionales . “Los incrementos de que trata el artículo anterior no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales y el derecho a ellos subsiste mientras perduren las causas que les dieron origen. El director general del ISS establecerá los mecanismos necesarios para su control.” [178] E l artículo 6º de la Constitución Política prevé que “los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes”, a lo que añade que “Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones” .

[179] “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funcione distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley” [180] “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento (…)” [181] García de Enterría explica que “(e)l principio de legalidad de la Administración (…) se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la Administración. La legalidad otorga facultades de actuación, defiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente.” (García de Enterría , Eduardo y Tomás Ramón Hernández.

Curso de Derecho Administrativo. I. 1ra edición anotada 2006 de la Duodécima edición, Argentina. Thomson Civitas – Ed. La Ley. Pág. 449. [182] Sentencia SU-339 de 2011, MP Humberto Antonio Sierra Porto.

En el mismo sentido también se pueden consultar, entre otras, las sentencias T-1093 de 2005, MP Clara Inés Vargas Hernández; T-1274 de 2005, MP Rodrigo Escobar Gil; C-028 de 2006, MP Humberto Antonio Sierra Porto; y C-851 de 2013, MP Mauricio González Cuervo.

[183] Sentencia C-435 de 2013, MP Mauricio González Cuervo. [184] Sentencia C-651 de 2015, MP María Victoria Calle Correa, numeral 27 de parte motiva.

[185] Régimen en donde la correspondencia de que trata el inciso 12 del A.L. 01 de 2005 es claramente directa pues, como se desprende de su mismo nombre, su financiación se hace mediante una cuenta individual de ahorro que gestiona la entidad administradora elegida por el cotizante de modo tal que “las cotizaciones de cada afiliado están dirigidas a financiar su propia pensión” , existiendo así “una relación directa entre la cantidad cotizada y la expectativa de pensión. A mayor cotización mayor posibilidad de pensión y viceversa” (Arenas Monsalve , ob. cit., pág. 228.) [186] Arenas , ob. cit.

, pág. 227. [187] Sentencia SU-395 de 2017, MP Luis Guillermo Guerrero Pérez. [188] Según la referida Sentencia SU-395 de 2017, para determinar el monto de la pensión “ el régimen de transición no reconoce que continúan siendo aplicables ni el IBL ni los factores salariales previstos con anterioridad a la Ley 100 de 1993.” [189] Ley 1580 de 2009, artículo 1.

[190] “(…) la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión.” [191] INC.— Adicionado.A.L.1/2005, art. 1º.

“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.” [192] En Sentencia C-134 de 2016 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) se sostuvo que “(l)a preocupación por la sostenibilidad financiera del sistema pensional es de vieja data, pues los problemas ligados a ella se presentaban antes de la Constitución de 1991, época para la cual se identificaron factores desestabilizadores, tales como la falta de incremento gradual de la tasa de cotización, el incumplimiento estatal en el pago de su parte de cotización, los excesivos beneficios relativos a los aportes, la existencia de varios regímenes especiales y el cambio demográfico que implicó menos aportes y mayores gastos”.

[193] Zuleta , Hernando. “ El régimen pensional de Colombia . La necesidad de un cambio radical” , en Regímenes Pensionales . 1ª edición: septiembre de 1992. Fundación Friederich Ebert de Colombia - FESCOL-, Programa de Asesoría - FAUS, Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo – CIID.

Págs199-221. [194] En Cuadro 4 dentro del artículo citado, Zuleta ilustra como de un coeficiente de reservas del ISS de 4.54 en 1980, en un curso descendente, para 1991 tenía un estimado de 1.40.

[195] El estudio referenciado por Zuleta es: Lora, Eduardo; Zuleta, Hernando H; y Helmsdorff, Loredana , “Viabilidad macroeconómica y financiera de un sistema privado de pensiones ”, en Coyuntura Económic a, vol. XXII, No. 1, FEDESARROLLO, abril de 1992.

[196] López , Cecilia. “ Elementos para un debate sobre la reforma a la seguridad social en Colombia” , en Regímenes Pensionales . 1ª edición: septiembre de 1992.

Fundación Friederich Ebert de Colombia - FESCOL, Programa de Asesoría - FAUS, Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo – CIID. Págs193-198.

[197] SU-555 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [198] Const. Pol. ART. 334.—Modificado.A.L.3/2011, art. 1º. “La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado social de derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

La sostenibilidad fiscal debe orientar a las ramas y órganos del poder público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.

El Procurador General de la Nación o uno de los ministros del gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un incidente de impacto fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales.

PAR.—Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva”.

[199] Corte Constitucional, sentencia C-753 de 2013 (MP Mauricio González Cuervo). Los criterios establecidos en esa sentencia fueron reiterados por las sentencias T-066 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado) y T-480 de 2016 (MP Alberto Rojas Ríos).

[200] Íbidem. [201] Corte Constitucional, sentencia C-753/13 (M.P. Mauricio González Cuervo). Los criterios establecidos en esa sentencia fueron reiterados por las sentencias T-066/15 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) y T-480/16 (M.P. Alberto Rojas Ríos).

[202] Corte Constitucional, sentencia T-480/16 (M.P. Alberto Rojas Ríos). [203] Sentencia C-258 de 2013 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). [204] Corte Constitucional, sentencia C-078/17 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

[205] Corte Constitucional, sentencia T-425/07 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández). Los criterios establecidos en esa sentencia fueron reiterados por las sentencias T-130/09 (M.P. Humberto Sierra Porto), T-457/09 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), T-628/09 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), entre otras.

[206] Corte Constitucional, sentencia T-408/16 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). [207] Ver, por ejemplo, la Sentencia C-078 de 2017, MP Jorge Iván Palacio Palacio.

[208] La jurisprudencia ha rechazado que sea el texto de la Constitución el que exclusivamente determine la fundamental de un determinado derecho. Sobre este particular pueden consultarse, por ejemplo, las sentencias T-002 de 1992, MP Alejandro Martínez Caballero; C-887 de 2002, MP Clara Inés Vargas Hernández; y C-902 de 2004, MP Rodrigo Escobar Gil.

[209] Sentencia C-902 de 2004, MP Rodrigo Escobar Gil. [210] Ver, entre otras, las sentencias T-409 de 1992, MP José Gregorio Hernández Galindo; C-574 de 1992, MP Ciro Angarita Barón; C-225 de 1995, MP Alejandro Martínez Caballero; C-774 de 2001, MP Rodrigo Escobar Gil, C-067 de 2003, MP Marco Gerardo Monroy Cabra; C-401 de 2005, MP Manuel José Cepeda Espinosa; C-941 de 2010, MP Jorge Iván Palacio Palacio; C-438 de 2013, MP Alberto Rojas Ríos; T-280ª de 2016, MP Luis Ernesto Vargas Silva, y T-054 de 2017, MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[211] Sentencia T-002 de 1992, MP Alejandro Martínez Caballero. Ver también la Sentencia T-1306 de 2000, MP Fabio Morón Díaz. [212] Ver, entre muchas otras, las siguientes sentencias: T-411 de 1992, MP Alejandro Martínez Caballero; C-179 de 1994, MP Carlos Gaviria Díaz; T-336 de 1995, MP Vladimiro Naranjo Mesa; SU-250 de 1998, MP Alejandro Martínez Caballero; C-620 de 2001, MP Jaime Araújo Rentería; C-993 de 2004, MP Jaime Araújo Rentería; C-099 de 2013, MP María Victoria Calle; C-007 de 2017, MP Gloria Stella Ortiz Delgado; T-058 y T-077 de 2018, MP Antonio José Lizarazo Ocampo.

[213] MP Luis Ernesto Vargas Silva. [214] MP Gloria Stela Ortiz Delgado. [215] MP Marco Gerardo Monroy Cabra. [216] Const. Pol. ART. 1º—“Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general .” [217] Carré de Malberg , por ejemplo, señala que una teoría que busca legitimar el concepto de la personalidad del Estado “tiene su fundamento en el hecho de que la colectividad estatal tiene intereses propios, distintos de los intereses respectivos de sus miembros individuales. (…) Para demostrar que el interés nacional no se identifica con los intereses particulares de los nacionales se han invocado diversas consideraciones. La principal se funda en que la colectividad nación no consiste solamente en la generación presente y pasajera de los nacionales, sino que es un ser sucesivo y durable que comprende la serie de generaciones nacionales presentes y futuras, y por lo tanto tiene intereses permanentes y a vencimiento remoto, mientras que el individuo no las tiene (…).

Así es que ocurre a menudo que el Estado, actuando en vista del interés nacional, es obligado a exigir de por sí a los ciudadanos sacrificios cuyo premio no recogerá la generación actual y que no serán provechosos sino en las generaciones por venir. En sentido inverso, se concibe que un régimen político que no aspirara más que a dar satisfacción al interés instantáneo de los individuos, podría perfectamente tener por efecto comprometer la potestad y la prosperidad de la nación considerada en cuanto a su desarrollo futuro. (…)” (Carre de Malberg , R. “ Teoría general del Estado” . Segunda edición en español, 1998. Fondo de Cultura Económica, México. Pág. 39.) [218] Sentencia C-053 de 2001, MP(e) Cristina Pardo Schlesinger.

[219] Sentencia T-381 de 2009, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [220] “ Estudios Económicos de la OCDE. Colombia. Mayo de 2017”. Visión General. En:

http://www.oecd.org/eco/surveys/Colombia-2017-OECD-economic-survey-overview-spanish.pdf [221] “Elementos para una reforma estructural pensional ” (Autores:

Vera, Alejandro; Ríos, Andrea; Cuéllar, Ekaterina; Vera, Nelson; Clavijo, Sergio). En: Carta Financiera . ANIF, Centro de Estudios Económicos. Ver:

http://www.anif.co/Biblioteca/sector-financiero/elementos-para-una-reforma-estructural-pensional-rep [222] “La reforma pensional que Colombia requiere”.

Abril de 2018. En : Informe mensual del mercado laboral, Fedesarrollo . https://www.fedesarrollo.org.co/sites/default/files/4imlabrilweb.pdf [223] “La inviabilidad de los regímenes de pensiones de reparto en países que aún gozan del dividendo poblacional: el caso de Colombia” en Documentos CEDE No. 51, septiembre de 2017 (Autores:

Montenegro , Santiago; Llano , Jorge; Fajury , Karim; y García , María Camila). [224] Ley 100 de 1993, art. 2º PRINCIPIOS. El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación:

a. EFICIENCIA. Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente;

b. UNIVERSALIDAD. Es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida; c. SOLIDARIDAD. Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.

Es deber del Estado garantizar la solidaridad en el régimen de Seguridad Social mediante su participación, control y dirección del mismo. Los recursos provenientes del erario público en el Sistema de Seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables.

d. INTEGRALIDAD. Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley;

e. UNIDAD. Es la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social, y f. PARTICIPACIÓN. Es la intervención de la comunidad a través de los beneficiarios de la seguridad social en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto.

PARÁGRAFO. La seguridad social se desarrollará en forma progresiva, con el objeto de amparar a la población y la calidad de vida. [225] Const. Pol.

ART. 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.

(…)” [226] “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social” [227] MP Jaime Córdoba Triviño. [228] Const. Pol., ART. 44.—“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y

trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás" [229] MP Antonio Barrera Carbonell. [230] Sentencia T-606 de 2015, MP Jorge Iván Palacio Palacio. Esta sentencia recogió lo anteriormente dicho en la Sentencia C-137 de 1996, MP Eduardo Cifuentes Muñoz. También ver la Sentencias C-644 de 2017, MP Diana Fajardo Rivera;

C-137 de 1996, MP Eduardo Cifuentes Muñoz; C-035 de 2016, MP Gloria Stella Ortiz Delgado; y C-077 de 2017, MP Luis Ernesto Vargas Silva. [231] De acuerdo con la Comisión Económica para America Latina y el Caribe – CEPAL : "La génesis del concepto de desarrollo sostenible proviene de la Comisión Brundtland, constituida por la Asamblea General en 1983. Su informe, "Nuestro Futuro Común" (1987) presentaba el término "desarrollo sostenible" como el desarrollo que permite satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las del futuro de satisfacer sus propias necesidades, y buscaba atender tanto las demandas por una agenda de protección del medio ambiente como las de asegurar el desarrollo de los países con menor nivel de desarrollo. Por tanto, se requería la integración de las políticas ambientales y las estrategias de desarrollo (en sus componentes económico y social). Esta condición llevó al tratamiento, a lo largo del tiempo, de "tres dimensiones" o "tres pilares" del desarrollo sostenible (el económico, el social y el ambiental)." En:

https://www.cepal.org/es/temas/desarrollo-sostenible/acerca-desarrollo-sostenible [232] [187] S entencia T-606 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y C-077 de 2017. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[233] [188] Sentencia T-574 del 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero. [234] Sentencia C-644 de 2017, MP Diana Fajardo Rivera. [235] Sentencia T-533 de 1992, MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

[236] En sentencia T-406 de 1992 (MP Ciro Angarita Barón) se sostuvo que " (l)os principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. No obstante el hecho de poseer valor normativo, siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos. En estos casos se trata de un problema relativo a la eficacia más o menos directa de los principios y no a un asunto relacionado con su falta de fuerza normativa. En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución, pero puede, en ciertos casos, necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial.

Los valores son normas que establecen fines dirigidos en general a las autoridades creadoras del derecho y en especial al legislador; los principios son normas que establecen un deber ser específico del cual se deriva un espacio de discrecionalidad legal y judicial." (La negrilla es del texto original) [237] Const. Pol. art . 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.

(…)" [238] En palabras de la OIT: " Los pisos de protección social son conjuntos de garantías básicas de seguridad social que deberían asegurar como mínimo que, durante el ciclo de vida, todas las personas necesitadas tengan acceso a una atención de salud esencial y a una seguridad básica del ingreso que aseguren conjuntamente un acceso efectivo a los bienes y servicios definidos como necesarios a nivel nacional." Ver:

https://www.ilo.org/secsoc/areas-of-work/policy-development-and-applied-research/social-protection-floor/lang--es/index.htm [239] Mediante sentencia T-979 de 2004 (MP Jaime Córdoba Triviño), la Corte explicó:

“ La Conferencia General profiere normas internacionales del trabajo, las cuales pueden adquirir la forma de convenios o de recomendaciones. En ellas se fijan condiciones mínimas en materia de derechos laborales fundamentales y en los demás asuntos relacionados con el trabajo.

Los convenios son tratados internacionales que están sujetos a la ratificación de los Estados miembros de la organización. Las recomendaciones, aunque regularmente versan sobre las mismas materias de los convenios, no son instrumentos vinculantes y recogen directrices que pueden llegar a orientar la política y las acciones nacionales. Ambos instrumentos normativos inciden en las condiciones y en las prácticas de trabajo de todos los países del mundo.” En el mismo sentido se puede consultar la Sentencia T-603 de 2003 (MP Jaime Araújo Rentería) en donde, sin embargo, se precisa que las recomendaciones el Comité de Libertad Sindical de la OIT sí tienen carácter vinculante.

[240] Sentencia C-529 de 2010, MP Mauricio González Cuervo. [241] Sentencia C-459 de 2004, MP Jaime Araújo Rentería. [242] Ley 100 de 1993, art. 13, lit. i) modificado por la Ley 797 de 2003, art. 2- “El fondo de solidaridad pensional estará destinado a ampliar la cobertura mediante el subsidio a los grupos de población que, por sus características y condiciones socioeconómicas, no tienen acceso a los sistemas de seguridad social, tales como trabajadores independientes o desempleados, artistas, deportistas, madres comunitarias* y discapacitados. Créase una subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional, destinado a la protección de las personas en estado de indigencia o de pobreza extrema, mediante un subsidio económico, cuyo origen, monto y regulación se establece en esta ley. La edad para acceder a esta protección será en todo caso tres (3) años inferior a la que rija en el sistema general de pensiones para los afiliados.” [243] “ el principio de progresividad tributaria modula la presión fiscal conforme al nivel de capacidad económica de los contribuyentes; y de este modo, ambos constituyen una manifestación del principio de solidaridad tributaria, diferenciando de modo legítimo la presión fiscal de cada contribuyente” (Masbernat , Patricio.

“ Reglas y Principios de Justicia Tributaria: Aportes del Derecho Español al Derecho Comparado”, en Revista de Derecho. RDUCN vol.20 no.1 Coquimbo 2013.) https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532013000100007&lng=es&nrm=iso [244] Debe distinguirse esta noción de la solidaridad tributaria que, en palabras de la Corte “consiste en extender el ámbito de la responsabilidad tributaria , de manera que pueda ser exigida directamente a otros sujetos distintos del principalmente obligado” (C-140 de 2007, MP Marco Gerardo Monroy cabra) [245] Por ejemplo, en Sentencia C-1055 de 2012 (MP(e) Alexei Julio Estrada), al tratar sobre el reducido margen de discrecionalidad del Gobierno Nacional al momento de determinar el destino del margen de comercialización de las regalías, la Corte justificó tal situación apoyándose en (i) el principio de equidad y “ ii) El principio de solidaridad —artículo 2º de la Constitución—, que obliga a que la ganancia obtenida de la comercialización de regalías retribuya a las entidades territoriales, para lograr así un desarrollo equilibrado y progresivo en todo el territorio del Estado.” [246] En Sentencia C-143 de 2015 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), la Corte sostuvo que “ (l)a consagración constitucional del principio de la dignidad humana, indica que debe existir un trato especial hacia el individuo, ya que la persona es un fin para el Estado y por tanto para todos los poderes públicos especialmente para los jueces, pues este principio debe ser el parámetro interpretativo de todas las normas del ordenamiento jurídico, este principio impone una carga de acción positiva de cara a los demás derechos.

Esta consagración se basa en la teoría iusfilosófica de origen kantiano según la cual toda persona tiene un valor inherente a su propia condición humana que es su dignidad, la cual la hace ser no un medio, un instrumento para la consecución de diversos fines, sino un fin en sí mismo.

Así, Kant afirma que un ser humano y generalmente todo ser racional existe como un fin en sí mismo. De esta máxima se deriva la primera formulación del Imperativo Categórico, esto es, la Fórmula de Humanidad que ordena que uses a la humanidad, tanto en tu propia persona o en la persona de cualquier otro siempre al mismo tiempo como un fin y nunca solo como un medio. De esta manera, la persona contiene en sí misma un valor moral que no tiene ninguna equivalencia posible en el mundo material, y que se deriva de su condición de sujeto moral, libre y autónomo." [247] MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[248] [53] Sentencias C-514 de 1992, C-735 de 2000, C-623 de 2004, C-111 de 2006, T-596 de 2006, C-125 de 2000, C-835 de 2003, C-516 de 2004, SU 480 de 1997, entre otras.

[249] [54] Sobre el particular, en sentencia T-418 de 2007 esta Corporación señaló lo siguiente: " la seguridad social adquiere señalada importancia en la medida en que, como lo ha demostrado la historia reciente del constitucionalismo, su máxima realización posible es una condición ineludible de la posibilidad real de goce del resto de libertades inscritas en el texto constitucional. En tal sentido, la seguridad social es consecuencia necesaria de la consagración del Estado colombiano como Estado Social de Derecho, en la medida en que la adopción de tal modelo supone para la organización estatal el deber de promover el florecimiento de condiciones en las cuales se materialice el principio de la dignidad humana y la primacía de los derechos fundamentales. Tal deber, como ya había sido anunciado, resulta especialmente relevante en aquellos eventos en los cuales la salud o la capacidad económica de sus beneficiarios ha sufrido mella en la medida en que estas contingencias constituyen barreras reales que se oponen a la realización plena de la sociedad y del individuo ".

[250] [56] Esta tesis se desarrolló ampliamente, entre otras, en las sentencias T-658 y T-752 de 2008. [251] MP Eduardo Cifuentes Muñoz. [252] MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

[253] [9] ST-125/94 y ST-323/96 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz). [254] MP Jaime Araújo Rentería. [255] MP María Victoria Calle Correa. [256] MP Jorge Iván Palacio Palacio.

[257] [17] Ver sentencia T-011 de 1993 [258] MP(e) Iván Humberto Escrucería Mayolo. [259] Ver, entre otras, las sentencias C-246 de 2002, MP Manuel José Cepeda; T-1033 de 2002, MP Jaime Córdoba Triviño; T-1096 de 2008, MP Clara Inés Vargas Hernández; T-506 de 2011, MP Humberto Antonio Sierra Porto; T-467 de 2015, MP Jorge Iván Palacio Palacio; y T-559 de 2017, MP(e) Iván Humberto Escrucería Mayolo.

[260] Ver, por ejemplo, las sentencias T-688 de 2012, MP Mauricio González Cuervo; T-044 de 2014, MP Luis Ernesto Vargas Silva; T-946 de 2014, MP Gloria Stella Ortiz Delgado, y T-246 de 2016, MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[261] Aunque lo lógico es entender que dichos incrementos se encontrarían dirigidos a la manutención de los sujetos que enuncian los dos literales del artículo 21 del Decreto 758 de 1990, se trata de beneficios patrimoniales en cabeza del titular de la pensión.

[262] Const. Pol. ART. 53.—"El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles;

situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho ; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario;

protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores" [263] Sentencia T-832A de 2013, MP Luis Ernesto Vargas Silva.

[264] Ver, entre otras, las sentencias: T-569 de 2015, MP Luis Guillermo Guerrero Pérez y T-088 de 2018, MP José Fernando Reyes Cuartas [265] [36] Cfr . Sentencia T-1268 de 2005 [266] [37] Esta imposibilidad de aplicar los principios de favorabilidad e in dubio pro operario en el escenario de la prueba de los hechos no se opone, sin embargo, al uso de estándares flexibles en materia probatoria laboral y de la seguridad social [267] [38] Sentencia T-832A de 2013.

Reiterada en la sentencia T-730 de 2014 [268] Jurisprudencia citada en la Sentencia T-088 de 2018, MP José Fernando Reyes Cuartas. [269] En la mencionada Sentencia C-159 de 2004 también se explicó que "la derogación no afecta tampoco ipso iure la eficacia de la norma derogada, pues en general las situaciones surgidas bajo su vigencia continúan rigiéndose por ella, por lo cual la norma derogada puede mantener su eficacia, la cual poco a poco se va extinguiendo . Esto es precisamente lo que justifica que la Corte se pronuncie incluso sobre normas derogadas cuando éstas siguen produciendo efectos, con el fin de hacerlos cesar, por ministerio de la declaratoria de inexequibilidad, si tales efectos son contrarios a la Carta".

(Énfasis fuera de texto) [270] MP Alfredo Beltrán Sierra. [271] MP Alejandro Martínez Caballero. [272] [7] Ver, entre otras, la sentencia C-055 de 1996. Fundamento jurídico No 6. A nivel de la doctrina, ver Hans Kelsen, Ulrich Klug.

Normas jurídicas y análisis lógico . Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pp 71. [273] Corte Constitucional, sentencia SU-120 de 2003 (MP Álvaro Tafur Galvis ;

SV Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araújo Rentería), reiterada en las providencias T-1169 de 2003 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-663 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-805 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-815 de 2004 (MP Rodrigo Uprimny Yepes) y T-098 de 2005 (MP Jaime Araújo Rentería), en la que esta Corporación r esolvió tres acciones de tutela en las que los accionantes solicitaron la protección de sus derechos fundamentales y que se dejara sin efecto las decisiones de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que les negó el reconocimiento de la indexación de la primera mesada. En esta oportunidad, la Corte protegió los derechos de los actores pues la decisión de la autoridad judicial accionada desconoció "la prevalencia del derecho sustancial, en cuanto no se sujetan a los dictados constitucionales de la igualdad, favorabilidad, y conservación del poder adquisitivo de las pensiones". Adicionalmente, la providencia reconoció que en virtud del artículo 230 de la Carta Política, "el principio pro operario es un recurso obligado del fallador en su labor de determinar el referente normativo para solventar asuntos del derecho del trabajo no contemplados explícitamente en el ordenamiento".

Sobre la aplicación del principio in dubio pro operario tratándose de indexación de la primera mesada también pueden consultarse las siguientes sentencias T-045 de 2007 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-362 de 2010 (MP Juan Carlos Henao Pérez), SU-131 de 2013 (MP Alexei Julio Estrada; AV Nilson Pinilla Pinilla), T-074 de 2013 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-445 de 2013 (MP Jorge Iván Palacio Palacio; AV Jorge Iván Palacio Palacio, AV Nilson Elías Pinilla Pinilla, AV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-887 de 2014 (MP María Victoria Calle Correa) y SU-415 de 2015 (MP María Victoria Calle Correa).

[274] Ver: Hinestrosa , Fernando. La prescripción extintiva . Universidad Externado de Colombia, 2ª edición, 2006. Págs. 23 y ss. [275] Hinestrosa . Ob.

Cit, Pags. 31-32. [276] Ver, p. ej., el Prescription Ac t de 1832 de Inglaterra [277] Según la doctrina, “la renuncia [a la prescripción] puede darse por cualquier medio de expresión, o sea tanto por declaración como por conducta concluyente, en inclusive por conducta omisiva” . Esta última ocurre cuando “ de la conducta procesal del demandado que no propone la excepción correspondiente dentro del término para la contestación de la demanda” (Hinestrosa . Ob. Cit, Pag.

182). Cabe resaltar que la regla general que estipula el artículo 2513 del Código Civil, según la cual “El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla, el juez no puede declararla de oficio”, no opera en materia punitiva.

En efecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que “ (…) la prescripción es una institución de carácter sustantivo “si bien su reconocimiento precisará, dado el carácter de necesariedad del proceso penal, de la actuación procesal procedente. Este carácter sustantivo permite que la prescripción pueda ser declarada de oficio, sin necesidad de alegación de parte como es obligado en el proceso civil” (C-416 de 2002, MP Clara Inés Vargas Hernández. En el mismo sentido se pueden consultar la sentencia T-244 de 2006, MP Rodrigo Escobar Gil y T-281 de 2014, MP Mauricio González Cuervo). En materia laboral la regla general sí aplica, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia al señalar que “ Si por ministerio de la ley, la prescripción debe ser expresamente invocada, puesto que siempre deja subsistir la obligación natural, que sobre la conciencia gravita, es obvio que si no es propuesto el recurso extintivo dentro del tiempo hábil predeterminado por el ordenamiento, el prescribiente no puede ser oído sin inferir agravio al derecho. La regla moral, en efecto, no es contraria a la regla jurídica, y la prescripción no alegada en tiempo es como si jamás se hubiere cumplido. Subsiste la obligación así en el campo jurídico como en el simplemente natural” ".

(CSJ, Cas. Laboral, Sent., oct.31/60). [278] Corte Constitucional, sentencias C-230 de 1998 (MP Hernando Herrera Vergara), SU-430 de 1998 (MP Vladimiro Naranjo Mesa), C-198 de 1999 (MP Alejandro Martínez Caballero), C-624 de 2003 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-746 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-972 de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-099 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), SU-298 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado, AV María Victoria Calle Correa, SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, AV Jorge Iván Palacio Palacio). En estas sentencias, la Corte, a partir del control abstracto y concreto de constitucionalidad, reiteró que el reconocimiento de las pensiones es un derecho imprescriptible, en virtud de los mandatos constitucionales que expresamente disponen que dicho derecho es irrenunciable (art. 48 C.P) y que obligan a su pago oportuno (art. 53 C.P).

[279] (59) C-198 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) En esta decisión se declarará Exequible el artículo 10 del Decreto 2728 de 1968, en el entendido de que, el término de prescripción es aplicable en relación con las prestaciones unitarias de contenido patrimonial y las mesadas pensionales previstas por el decreto. En esta sentencia se sostiene que: “ El Legislador puede entonces consagrar la prescripción extintiva de derechos patrimoniales que surgen del ejercicio de un derecho constitucional, incluso si éste es fundamental, siempre y cuando el término sea proporcionado y no afecte el contenido esencial mismo del derecho constitucional . Aplicando estos criterios, esta Corte concluyó que la ley no podía consagrar la prescripción del derecho a la pensión como tal, aunque sí podía establecer un término temporal para la reclamación de las distintas mesadas”. (Énfasis fuera de texto).

[280] Sentencia T-281 de 2016, MP María Victoria Calle Correa [281] La particularidad del caso del señor Velasco frente de los demás accionantes se explica en el cuadro anexo.

[282] CST, ARTICULO 488. REGLA GENERAL. Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.

[283] Aunque el artículo 2539 del Código Civil prevé la interrupción civil de la prescripción con ocasión de la demanda judicial, en el caso del señor Velasco no existió demanda ante la jurisdicción laboral en donde se solicitara el incremento

pensional de que trata esta providencia. Para darle solución a este problema, la Corte considera equitativo y coherente con el contenido del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, que al señor Velasco se le reconozca la persistencia de las mesadas que se hayan causado durante los tres años anteriores a la notificación de la presente sentencia de tutela.

[284] Conforme a lo previsto en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 "por el cual se expide el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte".

[285] Esta decisión se tomó mediante sentencia del siete (07) de julio de dos mil quince (2015). [286] Esta decisión se adoptó en la sentencia del doce (12) de noviembre de dos mil quince (2015).

[287] En efecto, en la sentencia del dieciocho (18) de mayo de dos mil dieciséis (2016) se adujo que: "(…) el derecho pensional del demandante se reconoció a partir del 1 de marzo de 2004, tal como se infiere de la resolución número 2941 de 2004 vista a folio 13 del plenario y tan solo vinieron a ser reclamados los incrementos pensionales el 24 de noviembre de 2011, lo anterior conforme al escrito de reclamación administrativa obrante a folio 19 del expediente".

[288] Las pensiones de vejez de los accionantes fueron reconocidas a través de Resoluciones Nos. 042727 del diecinueve (19) de diciembre de dos mil cinco (2005) y 003878 del treinta (30) de enero de dos mil seis (2006), respectivamente.

[289] La decisión se adoptó mediante providencia del veintiséis (26) de agosto de dos mil quince (2015). [290] Esta decisión se tomó en la sentencia del veintiocho (28) de enero de dos mil dieciséis (2016).

[291] Conforme las cédulas de ciudadanía aportadas al expediente, David Hernández Olaya y Samuel Vargas Vargas tienen 71 años de edad cada uno.

[292] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del doce (12) de diciembre de dos mil siete (2007), Rad. 27923, MP Elsy del Pilar Cuello Calderón.

[293] El caso se falló en sentencia del veinticinco (25) de mayo de dos mil dieciséis (2016). [294] La pensión del accionante fue reconocida mediante Resolución No. 001686 del veintitrés (23) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996), y presentó la solicitud de incremento pensional el doce (12) de septiembre de dos mil trece (2013).

[295] Decisión tomada mediante sentencia del siete (07) de octubre de dos mil catorce (2014). [296] El memorial fue remitido por el Juzgado el cuatro (04) de agosto de dos mil quince (2015);

en éste se advirtió que se anexaba el proceso ordinario laboral No. 00442-2013 para que fuera tenido en cuenta dentro de la acción de tutela, sin embargo, este no se encuentra en el expediente.

[297] Código Sustantivo del Trabajo, Artículo 144: "Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto." [298] Esta decisión fue adoptada mediante sentencia del cuatro (04) de agosto de dos mil quince (2015).

[299] Mediante fallo del veinticinco (25) de mayo de dos mil dieciséis (2016) se tomó tal decisión, además se decidió compulsar copias a la Sala Disciplinaria Jurisdiccional de la Judicatura del Atlántico y al Director de Administración Judicial para que se iniciaran las investigaciones pertinentes a que hubiere lugar, pues existió un retardo en el trámite procesal de la acción de tutela, ya que el expediente se remitió al despacho nueve meses después de haber sido proferido el auto que admitió la impugnación.

[300] A través de la Resolución No. GNR-358558 del 2015 se le negó al accionante el reconocimiento del incremento pensional solicitado. [301] El accionante aporta al expediente Resolución No. 003702 de 1994, por la cual el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, reconoció a su favor la pensión de vejez.

Asimismo, adjuntó fotocopia de la cédula de ciudadanía suya y de su esposa; el actor nació el diecisiete (17) de enero de mil novecientos treinta y cuatro (1934) y la señora Ana Cecilia el dieciocho (18) de abril de mil novecientos treinta y nueve (1939), acreditándose que ambos son personas de la tercera edad.

[302] Tal decisión se tomó en sentencia del veinte (20) de mayo de dos mil dieciséis (2016). [303] La pensión de vejez le fue reconocida al actor mediante Resolución No. 127725 del doce (12) de noviembre de dos mil diez (2010).

[304] Decisión comunicada mediante oficio del siete (07) de febrero de dos mil catorce (2014). [305] Decisiones adoptadas mediante sentencias del seis (06) de mayo y treinta (30) de julio de dos mil quince (2015), respectivamente.

[306] Asimismo anexó el extracto de la base de datos donde se evidencia la entrega del expediente del accionante a Colpensiones, copia simple del Acta de Entrega No.

20 del 28 de noviembre de 2014 a Colpensiones, copia simple de la Historia Laboral del 11 de octubre de 2012. [307] Mediante sentencia del seis (06) de julio de dos mil dieciséis (2016) se tomó la decisión de negar la protección constitucional solicitada, precisándose que el Tribunal atacado estudió la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones y estableció que para que se surtan los efectos de la reclamación de incremento del 14% por persona a cargo, se requiere además de cumplir con los requisitos dispuestos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 190, que la prestación deba ser reclamada dentro del término de exigibilidad de los derechos laborales, en razón a que por el paso del tiempo sin reclamar, pueden extinguirse del mundo jurídico. En ese orden de ideas, se dedujo que el demandante dejó operar el fenómeno prescriptivo pues la Resolución que reconoció la prestación pensional es del 1º de enero de 2010, y fue notificada el 30 de diciembre del mismo año, y el actor elevó la reclamación administrativa el 7 de febrero de 2014.

[308] Decisión tomada mediante sentencia del veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016). [309] Hombre de 77 años de edad que sufre de una enfermedad pulmonar que le impide trabajar y quien manifiesta tener como único sustento los $812.000 que recibe por concepto de pensión de vejez. El actor aporta al expediente una orden médica de dotación de bala de oxígeno de fecha veintiuno (21) de octubre de dos mil quince (2015) y una factura del siete (07) de julio de dos mil dieciséis (2016) que da cuenta del recibo de las balas de oxígeno.

[310] Mujer que siempre se ha dedicado al hogar y que depende económicamente del accionante. [311] La pensión de vejez le fue reconocida al actor mediante Resolución No. 015686 del treinta (30) de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

[312] Mediante sentencia del treinta y uno (31) de enero de dos mil doce (2012). [313] Mediante sentencia del veintisiete (27) de junio de dos mil trece (2013).

[314] Mediante sentencia del seis (06) de marzo de dos mil catorce (2014). [315] Solicitud remitida por el actor el siete (07) de marzo de dos mil dieciséis (2016).

[316] Mediante sentencia del dos (02) de agosto de dos mil dieciséis (2016). [317] Mediante sentencia del quince (15) de septiembre de dos mil dieciséis (2016).

[318] Mediante Resolución No. 106410 del doce (12) de abril de dos mil once (2011). [319] El día veintiuno (21) de mayo de dos mil quince (2015).

[320] El actor aporta el acta de audiencia del doce (12) de abril de dos mil dieciséis (2016) y el CD que la contiene. [321] El actor aporta el acta de audiencia del once (11) de julio de dos mil dieciséis (2016) y el CD que la contiene.

[322] Decisión adoptada en sentencia del seis (06) de septiembre de dos mil dieciséis (2016). [323] Mediante sentencia del veintiocho (28) de septiembre de dos mil dieciséis (2016).

[324] Las pensiones les fueron reconocidas mediante resoluciones Nos. 003673 del veintitrés (23) de julio de mil novecientos noventa y siete (1997), 000033 del veintiséis (26) de enero de dos mil uno (2001), 000500 del veintidós (22) de abril de dos mil cuatro (2004) y 000837 del treinta (30) de marzo de dos mil uno (2001), respectivamente.

[325] En la sentencia se sostuvo que: "(…) brilla por su ausencia prueba que sirva válidamente para acreditar que en realidad de verdad la señora CARMEN YOLANDA RENGIFO es la compañera permanente del demandante, pues si bien es cierto en aras de demostrar tal hecho, se solicitó el testimonio de las señoras BLANCA ADELA CAMPO y ANA DELIA SUÁREZ, pese a que esta prueba fue debidamente decretada en la etapa procesal oportuna, la práctica de la misma no se hizo efectiva, por inasistencia injustificada a la misma de las requeridas –en dos oportunidades-, en consecuencia, la juez de instancia, por estimar que no quedaban pruebas por practicar, declaró probado el debate probatorio (…)".

[326] Las providencias judiciales acusadas fueron proferidas el veinte (20) de enero de dos mil quince (2015) en el caso de Fausto Perea, el veintiocho (28) de julio de dos mil quince (2015) en los casos de Luis Carlos León Díaz y Sara María Velasco y el cuatro (04) de diciembre de dos mil quince (2015) en el caso de Emérito Mera.

[327] El accionante padece de enfermedad coronaria, diabetes y gastritis. Su esposa tiene problemas de cadera a causa de un accidente que sufrió en casa.

[328] La accionante padece de osteoporosis, artrosis y fibromialgia. Su compañero padece de fractura bilateral, "comprensiónclural" y artrosis de columna lumbar.

[329] Aporta al expediente fórmula médica, carnet de control de hipertensión y carnet de control de hipertensión de su esposa. [330] El accionante aporta orden de hospitalización para estudio "HTA de origen endocrino" y consulta externa en la que se puede leer "PACIENTE CON HTA EN RELACIÓN CON UN TUMOR SUPRARENAL QUE NECESITA REALIZAR UN ESTUDIO DE HPT".

[331] Junto con su memorial, la jueza aportó copia íntegra de los expedientes correspondientes a los procesos laborales acusados. [332] Mediante sentencia del cinco (05) de julio de dos mil dieciséis (2016).

[333] Mediante sentencia del once (11) de agosto de dos mil dieciséis (2016). [334] Mediante sentencia del veintisiete (27) de julio de dos mil once (2011).

[335] La sentencia acusada fue proferida el veintinueve (29) de junio de dos mil once (2011). [336] Mediante sentencia del diez (10) de agosto de dos mil dieciséis (2016).

[337] Mediante sentencia del seis (06) de octubre de dos mil dieciséis (2016). [338] Pensionada mediante Resolución No. 014139 del dos mil cuatro (2004).

[339] La solicitud fue presentada el once (11) de febrero de dos mil once (2011). La accionante indicó que está casada con el señor Darío de Jesús Arango Giraldo desde el cinco (05) de junio de mil novecientos ochenta y ocho (1988), quien depende económicamente de la accionante. Su hija se llama Isabel Cristina Arango Rincón. Cabe aclarar que no hay prueba dentro del expediente que evidencie su minoría de edad.

[340] Mediante Resolución No. 01058 del primero (1º) de marzo de dos mil once (2011). [341] Mediante sentencia del dieciséis (16) de marzo de dos mil doce (2012).

[342] Mediante sentencia del dieciséis (16) de diciembre de dos mil catorce (2014). [343] Mediante acta de entrega No. 18 del diecinueve (19) de noviembre de dos mil catorce (2014).

[344] Como quiera que los hechos que motivaron la presentación de esta acción de tutela se remiten al dieciséis (16) de diciembre de dos mil catorce (2014), fecha en la que la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito

Judicial de Medellín profirió la sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario laboral.

[345] La decisión fue adoptada mediante sentencia del veinticinco (25) de mayo de dos mil dieciséis (2016). [346] Mediante sentencia del once (11) de octubre de dos mil dieciséis (2016).

[347] Pensionado mediante Resolución No. 029852 del veintisiete (27) de mayo de dos mil nueve (2009). [348] La solicitud fue presentada el dos (02) de abril de dos mil catorce (2014), junto con la cual presentó declaración juramentada rendida ante la Notaría Cincuenta y Siete del Círculo de Bogotá D.C. en donde consta que desde el doce (12) de enero de dos mil cinco (2005) convive en unión marital de hecho con la señora María Claudia Segura Castillo.

[349] Mediante sentencia del cuatro (04) de septiembre de dos mil quince (2015). [350] Mediante sentencia del quince (15) de octubre de dos mil quince (2015).

[351] En la sentencia del catorce (14) de septiembre de dos mil dieciséis (2016) se tomó esa decisión, y frente a la inmediatez se precisó que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. profirió sentencia el quince (15) de octubre de dos mil quince (2015) y el actor interpuso la acción de tutela el seis (06) de septiembre de dos mil dieciséis (2016).

[352] Mediante sentencia del veinte (20) de octubre de dos mil dieciséis (2016). [353] Acuerdo 02 de 2015, Artículo 61: “Cuando a juicio de la Sala Plena, por solicitud de cualquier magistrado, un proceso de tutela dé lugar a un fallo de unificación de jurisprudencia o la transcendencia del tema amerite su estudio por todos los magistrados, se dispondrá que la sentencia correspondiente sea proferida por la Sala Plena. Adicionalmente, para los fines establecidos en las normas vigentes, después de haber sido escogidos autónomamente por la Sala de Selección competente, los fallos sobre acciones de tutela instauradas contra providencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado deberán ser llevados por el magistrado a quien le corresponda en reparto a la Sala Plena, la cual determinará si asume su conocimiento con base en el informe mensual que le sea presentado a partir de la Sala de Selección de marzo de 2009. En tal evento, el magistrado ponente registrará en la Secretaría el proyecto de fallo respectivo y se procederá a cumplir el mismo trámite previsto por el artículo 59 del Reglamento de la Corporación para el cambio de jurisprudencia, en materia de sentencias de revisión de tutela.” [354] Mediante oficio del veintidós (22) de marzo de dos mil diecisiete (2017), la Secretaría General de esta Corporación informó que el auto del primero (1º) de marzo de dos mil diecisiete (2017) fue comunicado mediante estado No. 126 del 2017 y oficio OPTB-887 de dos mil diecisiete (2017) y no se recibió comunicación alguna del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Cauca.

[355] Acuerdo 02 de 2015, Artículo 59: “En caso de cambio de jurisprudencia, en un término no mayor de dos (2) meses contados desde el momento en que la Secretaria General entregó el expediente al despacho, el Magistrado Sustanciador deberá poner a consideración de la Sala Plena la posibilidad de que ésta asuma el conocimiento del asunto.

La Sala decidirá en dicha sesión o en la siguiente si avoca su estudio. Las propuestas que sobre el tema realice un Magistrado, deberán ser sometidas junto con las ponencias respectivas, a consideración y análisis de la Sala Plena, si así lo solicita, para lo cual registrará en la Secretaría oportunamente, el correspondiente escrito sustentatorio. En este caso, el Magistrado comunicará al Presidente su propósito de intervenir de la manera indicada, con el fin de que se prepare el debate. A solicitud de cualquier Magistrado, para los efectos de cambio de jurisprudencia, la Sala Plena podrá decretar la celebración de una audiencia pública, con participación de personas y entidades nacionales y extranjeras convocadas para tal fin. Tal audiencia deberá realizarse con una anticipación no menor a diez (10) días antes del vencimiento del término para decidir. Mientras la Sala Plena adopta la decisión sobre cambio de jurisprudencia, se suspenderán los términos de los respectivos procesos. En todo caso, el proceso deberá ser decidido en el término máximo de tres (3) meses previstos para los casos de tutela, contado a partir del momento en que la Sala Plena asume la competencia. Sin

perjuicio de lo anterior, el magistrado sustanciador deberá presentar y registrar el proyecto de fallo a la Sala de Plena por lo menos un (1) mes antes del vencimiento del plazo para decidir".

[356] En el escrito se presenta un cuadro en el que se exponen cifras concretas, representativas de lo que económica y actuarialmente generaría el eventual reconocimiento de los incrementos pensionales. Ello a partir de dos escenarios: (i) el grupo poblacional que actualmente tiene reconocidas las pensiones de vejez con base en lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 190, aprobado por el Decreto 758 del mismo año; (ii) los procesos en curso en contra del ISS o Colpensiones en los que se demanda el reconocimiento de incrementos pensionales del 7% y 14% por cónyuge, compañero permanente o hijos a cargo. Los cálculos arrojan una suma de 3.2 billones de pesos para garantizar el pago a favor de los pensionados que no cuentan con el referido incremento en su mesada.

[357] El señor Velasco se pensionó en vigencia del Acuerdo 049 de 1990. [358] En este caso la resolución de reconocimiento es del 2004 y se le reconoció la prestación a partir del 14 de octubre de 2001, puede ser que para esa fecha fue que cumplió los requisitos.

[359] Cfr. El costo de los derechos, por qué la libertad depende de los impuestos. Stephen Holmes y Cass R. Sunstein. Siglo veintiuno editores. Colección derecho y política. 2012.

[360] Artículo 40.6 de la Constitución. [361] Artículo 2º de la Constitución. [362] Capítulo 5, de la finalidad social del Estado y de los servicios públicos. Artículos 365 y ss.

[363] Artículo 1º de la Constitución. [364] Artículo 54 de la Constitución. [365] Artículo 13 de la Constitución. [366] Artículo 366 de la Constitución.

[367] Artículo 43 de la Constitución. [368] Artículos 5º de la Constitución. [369] Sentencia C-575 de 1992. [370] Artículos 48 y 53 de la Constitución.

[371] Sentencia C-397 de 2011. [372] Corte IDH. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Caso Muelle Flores vs. Perú. [373] Artículo 93 superior. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia del DESC, artículo 9º. Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 26.

[374] Artículo 48 de la Constitución. Adicionado Acto Legislativo 01 de 2005. [375] Ibídem. Sentencia C-1041 de 2007. [376] Sentencia C-1041 de 2007. Cfr. sentencia C-616 de 2001.

[377] Ibídem. [378] Cfr. sentencia C-037 de 2000. [379] Cfr. sentencia C-046 de 2018. [380] Cfr. sentencia T-012 de 2017. [381] Artículo 42 superior.

[382] Artículo 48 superior. [383] Artículo 44 superior. [384] Artículo 46 superior. [385] Artículo 13 superior. [386] Artículo 53 superior. [387] Artículo 2º superior.

[388] Artículo 366 superior. [389] Artículo 237 superior. [390] Sección Segunda. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. Radicación 2741-08. [391] Sentencia C-228 de 2011.

[392] Artículo 241 superior. [393] Artículo 53 superior. [394] M.P. Aquiles Arrieta Gómez. [395] A manera de aclaración preliminar, es pertinente resaltar que el Decreto 758 de 1990 únicamente consta de dos artículos. El primero de ellos reproduce la totalidad del Acuerdo 049 de 1990, en tanto dispone:

"Apruébase el Acuerdo número 049 de febrero 1 de 1990, emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, cuyo texto es el siguiente: (…)" .

[396] "Por el cual se aprueba el Acuerdo Número 049 de febrero 1 de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios" [397] Únicamente en el expediente T-5.755.285, el accionante acudió directamente a la acción de

tutela sin agotar previamente el trámite ante la jurisdicción ordinaria, en su especialidad laboral. En los demás procesos acumulados, se propuso el amparo constitucional como mecanismo para controvertir decisiones judiciales.

[398] Para los actores, las decisiones cuestionadas incurrieron en desconocimiento del precedente y violación directa de la Constitución. Argumentaron que, al declarar la prescripción de los incrementos pensionales del 14%, los jueces laborales se apartaron de la jurisprudencia constitucional dictada en sede de revisión, la cual reconoce la imprescriptibilidad de los derechos pensionales.

[399] M.P. Aquiles Arrieta Gómez. [400] "Artículo 21. 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".

[401] M.P. Cristina Pardo Schlesinger. [402] En aquella oportunidad, me aparté de la decisión mayoritaria que la Sala Plena adoptó mediante el Auto 320 de 2018 , por estimar que:

(i) "Ninguna de las solicitudes de nulidad demostró el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia, particularmente por falta de temporalidad y de legitimación en la causa en el caso de la ANDJE y de carga argumentativa por COLPENSIONES. En tal sentido, debieron rechazarse y no emprender su estudio de fondo" ; (ii) "Si en gracia de discusión, procediera el análisis de fondo, la Sentencia SU-310 de 2017 no eludió análisis de asuntos de relevancia constitucional relacionados con la sostenibilidad financiera del sistema pensional, la aplicación y vigencia de los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990. Estas materias fueron el centro del debate en sede de revisión y los argumentos planteados fueron resueltos mediante la solicitud al Gobierno Nacional para que identificara el impacto financiero de las mismas y la implementación de medidas necesarias para su efectividad. Por tal razón, las causales de nulidad invocadas debieron ser negadas, ya que los peticionarios no acreditaron los supuestos que las sustentaban" .

[403] Sobre el particular, el referido Auto 320 de 2018 concluyó que: "(…) no es necesario analizar el cumplimiento del requisito de temporalidad respecto de la ANDJE toda vez que, por disposición legal, la referida agencia está expresamente facultada para intervenir "en cualquier estado del proceso (…)" .

[404] M.P. Cristina Pardo Schlesinger. [405] Sentencia SU-140 de 2019, M.P. Cristina Pardo Schlesinger. [406] Ibídem . [407] Sentencia SU-140 de 2019, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

Fundamento jurídico 3.2.4. [408] Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 16 de noviembre de 2017. M.P. Gabriel Valbuena Hernández.

Radicación número: 11001-03-25-000-2008-00127-00(2741-08). [409] Aunque en un principio la demanda se planteó como una acción de nulidad por inconstitucionalidad, el Consejo de Estado la recondujo a una acción de nulidad.

[410] En síntesis, los argumentos expuestos por la entidad demandante fueron: (i) que los incrementos por persona a cargo "desaparecieron de la vida jurídica a partir del 1 de abril de 1994, cuando cobró vigencia la referida Ley 100 de 1993" ;

(ii) que las normas demandadas implican una vulneración del principio de sostenibilidad financiera del sistema; y (iii) que los preceptos acusados desconocen el derecho a la igualdad; y (iv) que la interpretación de la Corte Suprema de

Justicia respecto de los principios de favorabilidad e inescindibilidad desconoce la Constitución, en tanto los incrementos se encuentran derogados.

[411] Es oportuno señalar que, en dos oportunidades más, el Consejo de Estado ha concluido que las normas del Acuerdo 049 de 1990 y del Decreto 758 de 1990 no han sido derogadas orgánicamente y producen efectos (véanse: Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 8 de febrero de 2008. M.P. Gabriel Valbuena Hernández. Radicación número: Radicación número: 11001-03-25-000-2008-00013-00(0353-08); Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 22 de septiembre de 2005. M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado. Radicación número: 11001-03-25-000-2001-2090-01(3018-01).

[412] Sobre el particular, la citada decisión concluyó que, "al no haber sido regulada en forma integral por la Ley 100 de 1993 la materia referida a los incrementos, y por el respeto a los derechos adquiridos de quienes se jubilaron por invalidez o por vejez de conformidad con lo ordenado por el Acuerdo 049 de 1990, es evidente que no se produjo su derogatoria orgánica" (Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Sección Segunda. Sentencia de 16 de noviembre de 2017. M.P. Gabriel Valbuena Hernández. Radicación número: 11001-03-25-000-2008-00127-00(2741-08). Resaltado por fuera del texto original.

[413] Ibídem. [414] Ibídem. [415] En este sentido, la Corte Constitucional ha explicado que "la obligatoriedad de aplicar el precedente judicial no es absoluta dado que el funcionario o autoridad judicial puede válidamente, apartarse de él con base en los principios de independencia y autonomía judicial. Pero, para ello debe "(i) hacer referencia al precedente que va a dejar de aplicar y (ii) ofrecer una justificación razonable, seria, suficiente y proporcionada, que haga manifiestas las razones por las que se aparta de la regla jurisprudencial previa". De tal suerte que, cuando un juez falla apartándose del precedente ya establecido y no cumple con su deber de ofrecer una justificación con las características mencionadas, incurre en la causal específica de procedencia de tutela contra providencia judicial denominada defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial (…)" (Sentencia T-328 de 2018, M.P.

Cristina Pardo Schlesinger). [416] Auto 320 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger. [417] Sentencia de 16 de noviembre de 2017. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. M.P. Gabriel Valbuena Hernández. Radicación número: 11001-03-25-000-2008-00127-00(2741-08).

[418] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 9 de mayo de 2018. M.P. Gerardo Botero Zuluaga. Rad: 51.706 [419] Véanse, entre otras, las siguientes sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia: (i) Sentencia del 27 de julio de 2005. M.P. Isaura Vargas Díaz y Jaime Moreno García. Rad: 21.517; (ii) Sentencia del 5 de diciembre de 2007. M.P. Luis Javier Osorio López. Rad:

29.741; (iii) Sentencia del 10 de agosto de 2010. M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez. Rad: 36.345; (iv) Sentencia del 13 de julio de 2016. M.P.

Rigoberto Echeverri Bueno. Rad: 53.575; (v) Sentencia de 23 de agosto de 2017. M.P. Ernesto Forero Vargas. Rad: 55.822; (vi) Sentencia de 13 de julio de 2017.

M.P. Jimena Isabel Godoy Fajardo. Rad: 52.693; (vii) Sentencia de 13 de septiembre de 2017. M.P. Ernesto Forero Vargas. Rad: 53.437; (viii) Sentencia de 4 de octubre de 2017. M.P. Jorge Prada Sánchez. Rad: 52.881; (ix) Sentencia de 28 de febrero de 2018. M.P. Ernesto Forero Vargas. Rad: 48.425; (x) Sentencia de 18 de abril de 2018. M.P. Donald José Dix Ponnefz. Rad: 47.277; y (xi) Sentencia de 9 de mayo de 2018. M.P. Gerardo Botero Zuluaga. Rad: 51.706.

[420] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 5 de diciembre de 2007. M.P. Luis Javier Osorio López. Rad: 29.741. [421] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 13 de julio de 2017. M.P. Jimena Isabel Godoy Fajardo. Rad: 52.693.

[422] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 9 de mayo de 2018. M.P. Gerardo Botero Zuluaga. Rad: 51.706. [423] Véanse, entre otras, las Sentencias T-217 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada; T-831 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-319 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-369 de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-395 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo; T-460 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-540 de 2017, M.P. Alejandro Linares Cantillo; T-088 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas; y T-433 de 2018, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[424] M.P. Alejandro Linares Cantillo. [425] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. [426] Sentencia SU-140 de 2019, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

[427] Ibídem. Fundamentos jurídicos 4.2, 4.5.1 y 4.5.2. [428] Ibídem. Fundamento jurídico 4.5.7. [429] Ibídem. Resaltado por fuera del texto original.

[430] Sobre este punto, conviene anotar que el fallo respecto del cual me aparto indica que los incrementos por persona a cargo “no se adecúan a los ideales de justicia contemporáneos” y sostiene que dicha institución atenta contra los principios de solidaridad y universalidad del sistema pensional, sin ofrecer mayores argumentos al respecto.

[431] Es indispensable recordar que los incrementos por persona a cargo no fueron creados por el Acuerdo 049 de 1990. En realidad, desde el Decreto 3041 de 1966 se estipuló un incremento del 7% sobre la pensión mínima por cada uno de los hijos dependientes (menores de edad, en situación de discapacidad o estudiantes) y el 14% sobre la pensión mínima del cónyuge.

[432] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 5 de diciembre de 2007. M.P. Luis Javier Osorio López. Rad: 29.741. [433] Algunas de las consideraciones que se exponen en el presente acápite, se retoman de las Sentencias T-253 y T-319 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

[434] Al respecto, es pertinente recordar que la Corte Constitucional “ha entendido que todos los derechos fundamentales, tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales, implican obligaciones de carácter negativo y positivo. A diferencia de lo que solía afirmar parte de la doctrina, para la Corte no es cierto que solamente los derechos económicos, sociales y culturales tengan contenidos prestacionales; los derechos civiles y políticos también requieren de la adopción de medidas, la destinación de recursos y la creación de instituciones para hacerlos efectivos” (Sentencia C-372 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). De este modo, cabe resaltar que “[l]a implementación práctica de los derechos constitucionales fundamentales siempre dependerá de una mayor o menor erogación presupuestaria, de forma tal, que despojar a los derechos prestacionales – como el derecho a la salud, a la educación, a la vivienda, al acceso al agua potable entre otros - de su carácter de derechos fundamentales resultaría no sólo confuso sino contradictorio. Al respecto, se dice, debe repararse en que todos los derechos constitucionales fundamentales – con independencia de si son civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, de medio ambiente - poseen un matiz prestacional de modo que, si se adopta esta tesis, de ninguno de los derechos, ni siquiera del derecho a la vida, se podría predicar la fundamentalidad” . (Sentencia T-016 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

[435] Véanse, entre otras, las Sentencias T-016 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-372 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; C-936 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub;

T-743 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-093 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y José Fernando Reyes Cuartas. [436] Véanse, entre otras, las Sentencias T-217 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada; T-831 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-319 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-369 de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-395 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo; T-460 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-540 de 2017, M.P. Alejandro Linares Cantillo; T-088 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas; y T-433 de 2018, M.P.

Alejandro Linares Cantillo. [437] Como se explicó, únicamente en el expediente T-5.755.285 el accionante acudió directamente a la acción de tutela sin agotar previamente el trámite ante la jurisdicción ordinaria, en su especialidad laboral. En los demás procesos acumulados, se propuso el amparo constitucional como mecanismo para controvertir decisiones judiciales.

[438] M.P. Cristina Pardo Schlesinger. [439] En particular, COLPENSIONES arguyó que: (i) los accionantes tienen la calidad de personas de especial protección constitucional, sin embargo, dicha condición no era suficiente para eludir el cumplimento del requisito de subsidiariedad; (ii) las decisiones objeto de reproche no desconocieron el precedente jurisprudencial, pues no había una posición unificada de la Corte; y (iii) las providencias acusadas no se apartaron del precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

[440] Sentencia SU-140 de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. S.V. Diana Fajardo Rivera, Gloria Stella Ortiz Delgado, José Fernando Reyes Cuartas, Alberto Rojas Ríos.

[441] Salvamento de voto de la magistrada Diana Fajardo Rivera al Auto 320 de 2018: “[el auto] no presenta razones que permitan anular una sentencia de unificación de tutela, y poner en riesgo los tan importantes valores constitucionales mencionados. Las consideraciones que llevaron a la mayoría de la Sala Plena a anular la sentencia pertenecen al proceso hermenéutico que se realizó (no haber aplicado al debate de tutela analizado, los criterios de interpretación legal del Código Civil), por una parte, y a considerar como cierto el reclamo de una parte del proceso (Colpensiones, que la Sentencia anulada no había considerado sus argumentos dentro del proceso), a pesar de que expresamente el texto de la Sentencia SU-310 de 2017 sí lo hace, que los argumentos fueron presentados fuera de término y, además, sin valorar ni tener en cuenta los contrargumentos presentados durante el incidente de nulidad, por personas cuyos derechos constitucionales fundamentales habían sido tutelados en aquella providencia de unificación. || El incidente de nulidad es justamente eso, un incidente, no es un recurso. Es una herramienta procesal que busca evitar violaciones claras y evidentes al derecho al debido proceso. No es un recurso que busque reabrir la discusión de fondo que había sido tratada en el caso, para poner en cuestión y en debate adversarial el problema jurídico que ya fue resuelto judicialmente.

” [442] Dice al respecto: “ Como sostuvo esta Corporación en Sentencia C-590 de 2005 [442] , para que el juez de tutela pueda acceder a la pretensión que subyace a la presentación de la correspondiente controversia debe primero verificar los denominados “requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales”. Así, en caso de cumplirse con tales requisitos, el juez podrá analizar el caso de fondo y determinar si se da o no alguna de las “causales especiales de procedibilidad”, las cuales determinan si, en efecto, se verificó o no una violación al derecho al debido proceso.

” Sentencia SU-140 de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. S.V. Diana Fajardo Rivera, Gloria Stella Ortiz Delgado, José Fernando Reyes Cuartas, Alberto Rojas Ríos.

[443] Ibídem. [444] Dice la Sentencia SU-140 de 2019 al respecto: “ Corresponde entonces a la Corte estudiar si los incrementos previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 son o no un derecho susceptible de prescriptibilidad o imprescriptibilidad para cada uno de los accionantes cuyos procesos fueron acumulados para ser resueltos en una sola sentencia .” [445] Sentencia SU-310 de 2017. M.P. Aquiles Arrieta Gómez. S.V. Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo.

[446] En la Sentencia SU-120 de 2003 (M.P. Alvaro Tafur Galvis; S.V. Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería) se resolvió, entre otras cosas, anular tres sentencias de casación de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y ordenar a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que dentro de los 30 días siguientes a la notificación de la sentencia, decidiera los recursos de casación instaurados en los respectivos expedientes, con sujeción a lo preceptuado en los artículos 13, 29 y 48 y al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta

Política. Posteriormente, en razón a que la Corte Suprema de Justicia había manifestado expresamente que no iba a cumplir la orden, la Sala Plena de la Corte Constitucional, mediante el Auto 141B de 2004 (M.P. Alvaro Tafur Galvis), declaró ejecutoriadas las sentencias anteriores a la de casación, que sí habían reconocido los derechos invocados.

Tiempo después, reiterando lo decidido en esta oportunidad, la Sentencia T-663 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y el Auto 085 de 2005, impartieron respectivamente órdenes parecidas.

[447] Sentencia T-217 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada, A.V. Luis Ernesto Vargas Silva. [448] Sentencia T-831 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[449] Sentencia T-319 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, S.V. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [450] Sentencia T-369 de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

[451] Sentencia T-395 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo, S.V. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [452] Sentencia T-460 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[453] Sentencia T-791 de 2013. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, S.V. Jorge Iván Palacio Palacio. [454] Sentencia T-748 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo.

[455] Sentencia T-123 de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. [456] Sentencia T-541 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo. [457] Sentencia T-038 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo, S.V. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[458] Sentencia T-791 de 2013. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, S.V. Jorge Iván Palacio Palacio. [459] Continua la sentencia: “ En suma, la divergencia de posiciones que las distintas salas de revisión de tutela de esta Corporación han sostenido en torno a la prescriptibilidad o imprescriptibilidad de los incrementos pensionales previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, exige que la Sala Plena resuelva tal antagonismo mediante una sentencia de unificación que, en adelante, sirva para resolver las controversias que sobre tal problema se presenten.

” Sentencia SU-140 de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. S.V. Diana Fajardo Rivera, Gloria Stella Ortiz Delgado, José Fernando Reyes Cuartas, Alberto Rojas Ríos.

[460] El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sobre el régimen de transición en materia de pensiones, establece en su inciso tercero lo siguiente: ‘ El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE’ . Este fue el texto que quedó, luego de haber sido declarado inconstitucional una parte del mismo, mediante la sentencia C-168 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

[461] La norma legal cuya constitucionalidad se analizó fue la siguiente: Ley 4 de 1992, “ Artículo 17. - El Gobierno Nacional establecerá un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para los Representantes y Senadores. Aquéllas y éstas no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que, durante el último año, y por todo concepto, perciba el Congresista. Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal. || PARÁGRAFO. La liquidación de las pensiones, reajustes y sustituciones se hará teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los Representantes y Senadores en la fecha en que se decrete la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva .” [462] Sentencia C-258 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. S.P.V. Mauricio González Cuervo. S.V. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. En esta oportunidad se resolvió:

“ Primero.- Declarar IMPROCEDENTE la solicitud de nulidad del proceso, por falta de legitimación. || Segundo.- Declarar INEXEQUIBLES las expresiones “durante el último año y por todo concepto“, “Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal”, contenidas en el primer inciso del artículo 17 de la Ley 4 de 1992,

así como la expresión “por todo concepto”, contenida en su parágrafo. || Tercero.- Declarar EXEQUIBLES las restantes expresiones del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, relativas al régimen pensional de los congresistas y de los demás servidores públicos a quienes les resulte aplicable, en el entendido que: (i) No puede extenderse el régimen pensional allí previsto, a quienes con anterioridad al 1º de abril de 1994, no se encontraren afiliados al mismo. || (ii) Como factores de liquidación de la pensión solo podrán tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas. || (iii) Las reglas sobre ingreso base de liquidación (IBL) aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso. || (iv) Las mesadas correspondientes a pensiones reconocidas de conformidad con este régimen especial, no podrán superar los veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a partir del 1º de julio de 2013. || Cuarto.- Las pensiones reconocidas al amparo del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, con abuso del derecho o con fraude a la ley, en los términos del acápite de conclusiones de esta sentencia, se revisarán por los representantes legales de las instituciones de seguridad social competentes, quienes podrán revocarlas o reliquidarlas, según corresponda, a más tardar el 31 de diciembre de 2013 .” [El acento en itálicas está en negrillas en el texto original].

[463] Estos se encuentran, entre otras disposiciones, en la Ley 32 de 1961, el Decreto 69 de 1973, los decretos 1282 y 1302 de 1994, la Ley 33 de 1985, el Decreto 1045 de 1975, el Decreto Ley 2661 de 1960, la Ley 6 de 1945, la Ley 22 de 1942, el Decreto 902 de 1969, el Decreto 546 de 1971 y el Decreto 1660 de 1978.

[464] Sentencia C-258 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. S.P.V. Mauricio González Cuervo. S.V. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Continúa la sentencia:

“ La anterior aclaración se soporta en varias razones: En primer lugar y como indicó la Sala, la acción pública tiene un carácter rogado, por tanto, sería contrario a la configuración constitucional de la acción que este Tribunal extendiera su análisis a otros regímenes dispuestos por disposiciones distintas al artículo 17 de la Ley 4 de 1992. En segundo lugar, cada régimen especial cuenta con una filosofía, naturaleza y características específicas, sin que sea posible extender de forma general lo aquí analizado en relación con el régimen especial de Congresistas. En efecto, todos los regímenes especiales, precisamente al ser especiales, son distintos entre sí y por tanto, ameritan cada uno un análisis diverso. || Por estas mismas razones, no es procedente la integración normativa con disposiciones legales que establecen o regulan otros regímenes especiales, ni con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que consagra el régimen de transición. Cabe señalar frente a este último, que la demanda de inconstitucionalidad propuesta por los ciudadanos no tiene por objeto atacar la existencia misma del régimen de transición, sino del régimen especial dispuesto por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 .

” [465] Sentencia SU-230 de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. S.V. María Victoria Calle Correa; Jorge Iván Palacio Palacio; Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Luis Ernesto Vargas Silva.

[466] En la sentencia SU-230 de 2015 se usan como sustento a la interpretación que se hace del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 la sentencia C-258 de 2013 y la solicitud de nulidad resuelta por la Sala Plena sobre la Sentencia T-078 de 2014.

[467] En la Sentencia C-415 de 2015 (M.P. Alberto Rojas Ríos) se consideró que diferir la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 a un grupo de funcionarios no era discriminatorio. Expresamente la Corte, “[…] luego de analizar las circunstancias que precedieron a la expedición de la Ley 100 de 1993 y las condiciones que en materia pensional existían en el orden territorial, determino que el legislador no desconoce el principio de igualdad, por cuanto la consagración de una fecha posterior para la entrada en vigencia del sistema para los servidores públicos de los departamentos y municipios sin incluir a los servidores públicos de orden nacional, ésta fundando en un fin aceptado constitucionalmente, consistente en la protección especial al derecho a seguridad social en pensión de los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, pues los entes territoriales debían someterse a un proceso de adecuación y

evaluación de las condiciones de solvencia o insolvencia de las cajas, fondos o entidades de previsión que reconocían y pagaban pensiones a los servidores públicos de orden territorial.

Por lo cual la vigencia diferida del Sistema General de Pensiones a nivel territorial conforme al parágrafo del artículo 151 de la Ley 100 de 1993 resulta adecuada y además necesaria.

". [468] Sentencia T-466 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. En este caso se consideró y decidió, entre otras cosas, lo siguiente: " Así, de haber utilizado la entidad los mecanismos legales para cobrar los aportes adeudados por el empleador o de haberlo requerido para su pago aunado a que dicho fondo de pensiones cuenta con la obligación de actualizar y proteger la información que compone la historia laboral, el accionante cumpliría holgadamente los requisitos, puesto que tendría 756.8 semanas cotizadas, lo cual le permitiría no sólo para mantener los beneficios del régimen de transición hasta el año 2014, sino para adquirir el derecho a pensionarse bajo el Decreto 758 de 1990 [468] , régimen anterior a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 y del cual se beneficia el accionante. || […] Con base en lo anterior, la Corte encuentra que a 31 de diciembre de 2014, el accionante contaba con 62 años de edad, así mismo a mayo de 2014 como consta en la historia laboral, el solicitante contaba con 1086.19 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones, por lo que cumple a cabalidad los requisitos de edad y tiempo exigidos por el artículo 12 Decreto 758 de 1990 ." [469] Sentencia T-657 de 2016. M.P. Aquiles Arrieta Gómez. En este caso se decidió que " un fondo de pensiones no vulnera los derechos fundamentales a la seguridad social y al trabajo de una mujer cabeza de familia a cargo de un hijo calificado con una pérdida de capacidad laboral mayor del 50% que solicita la pensión especial de vejez por hijo en condición de discapacidad cuando (i) la madre no es beneficiaria del régimen de transición a pesar de que cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993, tenía 35 años pero al 25 de julio de 2005 no contaba con mínimo 750 semanas de cotización, por lo que perdió dicho beneficio y no es posible aplicar normas anteriores, y (ii) si a la luz de la Ley 100 de 1993 y sus normas modificatorias, no cumple las 1.300 semanas de cotización requeridas para acceder a la prestación solicitada.

" [470] Sentencia T-233 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa. S.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez. En este caso se resolvió lo siguiente: " La acción de tutela presentada por la UGPP contra el Juzgado Veintiséis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá y la Subsección "A" de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, es improcedente debido al incumplimiento del principio de subsidiariedad, por cuanto la entidad accionante no agotó ante el juez natural el mecanismo de defensa judicial que el legislador en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 ha dispuesto para subsanar los defectos de forma generados por una vulneración del derecho al debido proceso, esto es, el recurso de revisión.

" [471] Dice la Sentencia SU-140 de 2019 al respecto: "Dejando de lado la derogatoria expresa de las normas que previó el artículo 289 de la Ley 100 de 1993 (ver supra 3.1), 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 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 ' (Énfasis fuera de texto)". La sentencia usa la siguiente fuente: " Arenas Monsalve , Gerardo.

El derecho colombiano de la seguridad social . Cuarta edición, Legis, 2018, pág. 99 ". [472] MP(e) Martha Victoria Sáchica Méndez. [473] Sentencia T-884 de 2014. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

[474] Decretos 1211, 1212 y 1213 de 2012. [475] Sentencia T-884 de 2014. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez. Dijo la sentencia al respecto: " Debido a las circunstancias fácticas del caso sub-judice, la Sala procederá a realizar

precisiones sobre el régimen pensional aplicable el actor y a reseñar algunas providencias que han utilizado dicho modelo de seguridad. || El Acuerdo 049 de 1990, acto administrativo que fue aprobado por el Decreto 758 de ese año configuró el régimen aplicable a los trabajadores particulares (excepcionalmente a los trabajadores oficiales) afiliados al ISS. Tales normas regularon la pensión de vejez fijando los siguientes requisitos: i) el cumplimiento para las mujeres de cincuenta y cinco (55) o más años de edad y los hombres de sesenta (60) o más años de edad; y ii) la acreditación de un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de la edad, o mil (1.000) semanas en cualquier tiempo, cuyo monto varía según el número de semanas cotizadas. Así mismo, el citado régimen reconoció el incremento del 14% de la pensión de vejez para los afiliados que tienen cónyuge y éste carece de pensión o de ingresos, según establece el literal b) del artículo 21 acuerdo ibídem.

” [476] Sentencia SU-140 de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. S.V. Diana Fajardo Rivera, Gloria Stella Ortiz Delgado, José Fernando Reyes Cuartas, Alberto Rojas Ríos.

[477] Sentencia SU-140 de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. S.V. Diana Fajardo Rivera, Gloria Stella Ortiz Delgado, José Fernando Reyes Cuartas, Alberto Rojas Ríos.

[478] En la Sentencia C-168 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) se estudió una demanda en contra del cambio de los requisitos para acceder a la pensión. En la Sentencia C-596 de 1997 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) se estudió una aparente discriminación de trato entre quienes laboraban con el estado y quienes no por la expresión “al cual se encuentran afiliados” , contenida en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En la Sentencia C-789 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), en este caso se estudió un demanda contra la decisión del legislador de dejar de aplicar el régimen de transición a quienes cumplieran las condiciones de edad y tiempo de servicios fijadas en el inciso segundo del artículo 36, pero se afiliaran voluntariamente al nuevo sistema de ahorro individual con solidaridad, de acuerdo con la opción consagrada en el inciso cuarto de la Ley 100 de 1993. Y la Sentencia C-258 de 2013, previamente citada, sobre el régimen pensional de los congresistas.

[479] Sentencia SU-210 de 2017. M.P. José Antonio Cepeda Amarís. A.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo, Gloria Stella Ortiz Delgado. S.V. Aquiles Arrieta Gómez, Iván Humberto Escrucería Mayolo y Alberto Rojas Ríos. En esta ocasión la Corte precisó lo siguiente: “ Cabe precisar que, en cuanto en este caso no se cuestionó la titularidad del derecho a la pensión del señor Manuel Urueta Ayola, y considerando que el debate se concentró únicamente en aspectos relacionados con el régimen de transición a él aplicable y el tope máximo de la prestación reconocida, la Corte dispondrá que, hasta tanto se expida una nueva sentencia por parte de la Sección Segunda del Consejo de Estado, no se suspenderá el pago de la pensión concedida a su favor.

” [480] De forma similar, en tanto eran dos problemas distintos entre sí, algunos magistrados de los que se apartaron de la Sentencia SU-210 de 2017 sí suscribieron la Sentencia SU-310 de 2017 (Los magistrados Alberto Rojas Ríos, Aquiles Arrieta Gómez e Iván Humberto Escrucería Mayolo; estos dos últimos, encargados).

[481] Sentencia SU-140 de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. S.V. Diana Fajardo Rivera, Gloria Stella Ortiz Delgado, José Fernando Reyes Cuartas, Alberto Rojas Ríos.

[482] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de noviembre 16 de 2017. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. Radicación:

11001-03-25-000-2008-00127-00(2741-08). [483] El Problema que planteó el Consejo de Estado en aquella oportunidad fue el siguiente: “ Problema jurídico. La presente contención se centra en determinar si los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado a través del Decreto 758 de 1990, son nulos por ilegalidad porque, en sentir de las partes, los incrementos de las pensiones de vejez y de invalidez que consagran, perdieron su vigencia debido a que se produjo su

derogatoria orgánica al entrar a regir la Ley 100 de 1993 .” [484] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A.

Sentencia de noviembre 16 de 2017. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. Radicación: 11001-03-25-000-2008-00127-00(2741-08). [485] Sentencia T-395 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo, S.V. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. En esta oportunidad se dijo al respecto: “ Entonces, concluye la Sala que los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 están vigentes y son aplicables para aquellas pensiones reconocidas en virtud de la reglamentación contemplada en el Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta que: (i) existe en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia una interpretación unánime sobre la vigencia de los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, interpretación sustentada, entre otras cosas, en la disposición constitucional que contempla la favorabilidad laboral, y la inescindibilidad que comportan las reglas laborales; (ii) la vigencia de las normas no fue objeto de debate en las instancias del proceso laboral ni en el proceso de tutela; y (iii) en los pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto de la prescripción del incremento pensional no se ha contemplado la derogatoria de las normas pertinentes para el asunto, acogiendo implícitamente la tesis de la Corte Suprema de Justicia .” [486] Ver Sentencia T-095 de 2018, MP Gloria Stella Ortiz Delgado.

[487] “ Employment in the informal sector in Colombia is higher for women than men. In fact, in 2012, 58% of women and 52% of men worked informally (Peña, 2013). The higher ratio of women to men working in the informal economy is consistent with the Latin American average where, in 2012, 50% of women and 45% of men worked in the informal economy (ILO, 2014).” (Cusson , Mathew S.

“ Colombia’s Informal Economy. An Analysis of Corporate Taxes and Non-Wage Labour Cost ” , Agosto de 2017, Pág. 17, en https://ruor.uottawa.ca/bitstream/10393/36760/1/CUSSON%2C%20Mathieu%2020175.pdf [488] Labour Market Profile 2018 COLOMBIA .

Danish Trade Union Council for International Development and Cooperation, Pág. 9, en: http://www.ulandssekretariatet.dk/sites/default/files/uploads/public/PDF/LMP/LMP2018/lmp_colombia_2018_final.pdf [489] Sentencia SU-140 de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. S.V. Diana Fajardo Rivera, Gloria Stella Ortiz Delgado, José Fernando Reyes Cuartas, Alberto Rojas Ríos.

Añade la Corte al respecto: “La anterior situación es consecuencia de una pluralidad de factores que no están necesariamente asociados a la condición femenina pero que sí favorecen mayores índices de empleo formal por parte de la población masculina, con el consecuente mayor índice de cotización masculina al sistema de seguridad social pensional. Por el contrario, una gran parte de las mujeres se desempeña en labores asociadas a la economía del cuidado; esto es, según la definición del artículo 2º de la Ley 1413 de 2010, la economía que corresponde ‘al trabajo no remunerado que se realiza en el hogar, relacionado con mantenimiento de la vivienda, los cuidados a otras personas del hogar o la comunidad y el mantenimiento de la fuerza de trabajo remunerado.

(…)’. De hecho, de acuerdo con la Cuenta Satélite Economía del Cuidado elaborada por el DANE en cumplimiento de la referida Ley 1413 de 2010, para 2013 ‘la contribución no remunerada de las mujeres alcanza 16,3% del PIB y la de los hombres 4,1%, situación que refleja el aporte diferencial de unas y otros’.

” [490] Dice la Sentencia: “ En vista de lo anterior, se observa que los incrementos previstos en el literal b) del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fueron diseñados para ser mayoritariamente aplicables a las pensiones de los miembros masculinos de la pareja familiar, sin que existiera norma alguna que efectivamente le permitiera a los integrantes femeninos de dicha pareja el directo usufructo, incidencia o inversión de los recursos provenientes de dicha pensión, más gravemente, cuando la economía del cuidado requiere de recursos efectivos para funcionar . Es decir, el diseño legislativo de los incrementos pensionales de marras favorece la discriminación de la mujer que, con su aporte a la

economía del cuidado, tuvo una participación más que relevante en el sostenimiento del hogar; razón más que suficiente para que la Corte considere que tal norma debe ceder ante otras más acordes a la vida social contemporánea como parcialmente lo regula la pensión familiar que consagra la Ley 1580 de 2009 o, eventualmente, puede desarrollar el Legislativo con fundamento en la última parte del inciso 11 del artículo 48 superior .” Sentencia SU-140 de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. S.V.

Diana Fajardo Rivera, Gloria Stella Ortiz Delgado, José Fernando Reyes Cuartas, Alberto Rojas Ríos. [491] Dijo la Sentencia SU-310 de 2017 al respecto: “ SOLICITAR al Gobierno Nacional que, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Ministerio del Trabajo, tome las medidas adecuadas y necesarias para asegurar que la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, cuente con la capacidad financiera necesaria para asumir los costos derivados de la protección efectiva de los derechos fundamentales analizados en esta sentencia. Para el efecto, deberá identificar los impactos reales que puedan poner en riesgo la inclusión de este u otros derechos fundamentales y, si esto ocurre, tomar las medidas para proveer a Colpensiones de las herramientas necesarias para que pueda cumplir con la orden proferida .” [492] Se dice en la providencia: “ […] la Corte encuentra que, en defecto de la derogatoria orgánica explicada […], la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 habría expulsado del ordenamiento al artículo 21 del Decreto 758 de 1990 por vía de su derogación tácita en estricto sentido. Justamente, como se acaba de explicar, los incrementos del artículo legal atrás mencionado son evidentemente incompatibles con una norma constitucional que, por una parte, restringe los beneficios pensionales a aquellos que cohabitan al interior del sistema pensional previsto integralmente por la Ley 100 y demás normas posteriores y concordantes; y por otra parte, prohíbe que su reconocimiento implique una alteración en la correspondencia que debe existir entre el monto pensional asignado y los factores que se utilizaron para cotizar al correspondiente sistema pensional.

|| No obstante, 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 porcentaje s.

” Sentencia SU-140 de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. S.V. Diana Fajardo Rivera, Gloria Stella Ortiz Delgado, José Fernando Reyes Cuartas, Alberto Rojas Ríos.

[493] Dice la Sentencia SU-140 de 2019 al respecto: “ En fin, son varias las conclusiones que se pueden extractar de los documentos recién referidos, entre ellas: (i) la inversión de la pirámide poblacional logra que cada vez haya menos cotizantes en edad laboral que puedan sostener las pensiones de los actuales pensionados en el RPM; (ii) la gran informalidad del sector laboral colabora a que la base de cotizantes en edad laboral sea menor a la necesaria para el equilibrio del sistema; (iii) los fenómenos atrás referidos hacen insostenible un régimen pensional que ha agotado sus reservas y exige cada vez más que el Estado lo intervenga aportando una parte significativa de su PIB;

(iv) el sistema RPM actualmente vigente tiene un notable componente de subsidios que no permite un reparto equitativo de los recursos públicos; y (v) el sistema tiene una cobertura muy baja que deja desprotegida a un relevante porcentaje de población dependiente como las personas de la tercera edad y los niños.” La Sentencia SU-140 de 2019 cita los siguientes estudios: (i) Zuleta , Hernando. “ El régimen pensional de Colombia .

La necesidad de un cambio radical” , en Regímenes Pensionales . 1ª edición: septiembre de 1992. Fundación Friederich Ebert de Colombia - FESCOL-, Programa de Asesoría - FAUS, Centro Internacional de Investigaciones para el

Desarrollo – CIID.

(ii) López , Cecilia. “ Elementos para un debate sobre la reforma a la seguridad social en Colombia” , en Regímenes Pensionales . 1ª edición: septiembre de 1992. Fundación Friederich Ebert de Colombia - FESCOL, Programa de Asesoría - FAUS, Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo – CIID. (iii) “Elementos para una reforma estructural pensional ” (Autores:

Vera, Alejandro; Ríos, Andrea; Cuéllar, Ekaterina; Vera, Nelson; Clavijo, Sergio). En: Carta Financiera . ANIF, Centro de Estudios Económicos.

(iv) “La reforma pensional que Colombia requiere”. Abril de 2018. En : Informe mensual del mercado laboral, Fedesarrollo . (v) “La inviabilidad de los regímenes de pensiones de reparto en países que aún gozan del dividendo poblacional: el caso de Colombia” en Documentos CEDE No. 51, septiembre de 2017 (Autores:

Montenegro , Santiago; Llano , Jorge; Fajury , Karim; y García , María Camila). [494] Sentencia SU-140 de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. S.V. Diana Fajardo Rivera, Gloria Stella Ortiz Delgado, José Fernando Reyes Cuartas, Alberto Rojas Ríos.

[495] Como se dijo previamente, la Sentencia C-258 de 2013 advierte expresamente que “[…] no se abordará la constitucionalidad de otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas , como por ejemplo, los regímenes del Magisterio, de la Rama Ejecutiva, de la Rama Judicial y Ministerio Público, de la Defensoría del Pueblo, del Departamento Administrativo de Seguridad, de las profesiones de alto riesgo, de los aviadores civiles, de los trabajadores oficiales, del Banco de la República, de los servidores de las universidades públicas, de Ecopetrol, del Instituto Nacional Penitenciario, o los dispuestos por convenciones colectivas, entre otros […] ”.

[496] La Sentencia SU-140 de 2019 señala en su apartado 2.15 respectivo como fuente de los propósitos de la reforma constitucional del 2005 la Sentencia C-258 de 2013, aunque en realidad se está citando la manera como esta fue recogida por la Sentencia SU-210 de 2017.

[497] El aparte citado por la Corte en la sentencia SU-140 de 2019, en sus términos originales dice lo siguiente: “ La jurisprudencia de la Corte, con base en la exposición de motivos del Acto Legislativo 01 de 2005, ha explicado que dicha reforma constitucional buscó como principal objetivo homogeneizar los requisitos y beneficios pensionales en aras de lograr una mayor equidad y sostenibilidad en el sistema pensional.

[497] Para este fin, se estableció que era necesario eliminar los regímenes especiales, y anticipar (de 2014 a 2010) la finalización del régimen de transición reglamentado en la Ley 100 de 1993. Todo ello, sin afectar los derechos adquiridos de quienes habían consolidado sus derechos y las “expectativas legítimas” de las personas que tenían cotizadas al menos 750 semanas a la entrada en vigencia de la reforma. En este sentido, el Acto Legislativo dispuso una serie de propósitos, los cuales se pueden sintetizar de la siguiente manera: (i) la finalización de los regímenes pensionales diferentes al régimen general; (ii) la obligatoriedad y uniformidad de los requisitos para acceder a la pensión de vejez (edad, tiempo de servicios, semanas de cotización o capital necesario y factores de liquidación de la pensión); (iii) el reconocimiento de la importancia de la sostenibilidad financiera del sistema, encaminada a lograr la cobertura universal y el pago futuro de las pensiones a cargo del sistema; […] ” Sentencia SU-210 de 2017. M.P. José Antonio Cepeda Amarís. A.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo, Gloria Stella Ortiz Delgado. S.V. Aquiles Arrieta Gómez, Iván Humberto Escrucería Mayolo y Alberto Rojas Ríos.

[498] Sentencia SU-210 de 2017. M.P. José Antonio Cepeda Amarís. A.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo, Gloria Stella Ortiz Delgado. S.V. Aquiles Arrieta Gómez, Iván Humberto Escrucería Mayolo y Alberto Rojas Ríos [499] Dice la sentencia: “ 4. La sostenibilidad financiera del sistema pensional y los derechos fundamentales

|| 4.1. Ahora bien, sin que prima facie se pueda concluir sobre la incompatibilidad jurídica entre el reconocimiento de los incrementos del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 y el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional por que clama el inciso 7º del artículo 48 superior, resulta necesario escudriñar el alcance de esta figura a la luz del caso concreto .” Sentencia SU-140 de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. S.V. Diana Fajardo Rivera, Gloria Stella Ortiz Delgado, José Fernando Reyes Cuartas, Alberto Rojas Ríos.

[500] La Sentencia SU-140 de 2019 cita la Sentencia C-753 de 2013 textualmente en este punto. [501] Íbidem. [502] Corte Constitucional, sentencia C-753/13 (M.P. Mauricio González Cuervo). Los criterios establecidos en esa sentencia fueron reiterados por las sentencias T-066/15 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) y T-480/16 (M.P. Alberto Rojas Ríos).

[503] Luego, la Sentencia SU-140 de 2019 añade al respecto: “[…] sin perjuicio de lo cual ‘ resulta válido afirmar que las autoridades administrativas, legislativas y judiciales deberán tener en cuenta el criterio de la sostenibilidad fiscal en sus actuaciones y decisiones que adopten para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, entre ellos, el logro progresivo del goce efectivo de los derechos fundamentales ’ [503] .” [504] Las sentencias son la T-066 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, A.V. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), en la que se estudió la acción de tutela presentada “contra la Registraduría Nacional del Estado Civil, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, petición, a elegir y ser elegido, a tomar parte en las elecciones, a revocar el mandato popular y a la participación democrática, entre otros, ante la omisión de la entidad de convocar a la ciudadanía capitalina a decidir si revoca el mandato del Alcalde de Bogotá, Gustavo Petro Urrego, a pesar de que la sanción con destitución de su cargo que se le había impuesto y la que se fundaba la supuesta demora, no estaba en firma. Y la Sentencia T-480 de 2016 (M.P. Alberto Rojas Ríos, S.V.

María Victoria Calle Correa), mediante la cual se estudió un conjunto de mujeres que habían sido madres comunitarias y solicitaban que se les reconociera sus actividades como sustantivamente laborales y en consecuencia se le diera la respectiva protección a sus derechos. En cualquier caso, esta sentencia fue anulada por el Auto 186 de 2017 (M.P. Alberto Rojas Ríos, con S.P.V., A.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez, María Victoria Calle Correa, Aquiles Arrieta Gómez), que a su vez fue anulado parcialmente por el Auto 217 de 2018 (M.P. Alberto Rojas Ríos).

[505] Sentencia C-288 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. A.V. Mauricio González Cuervo, Nilson Pinilla Pinilla, S.V. Humberto Antonio Sierra Porto. En el texto original se usa ESDD en lugar de ‘estado social y democrático de derecho’ y SF en lugar de ‘sostenibilidad fiscal’.

[506] Sentencia C-288 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. A.V. Mauricio González Cuervo, Nilson Pinilla Pinilla, S.V. Humberto Antonio Sierra Porto.

[507] Ver al respecto el apartado 57 y siguientes de las consideraciones de la Sentencia C-288 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. A.V. Mauricio González Cuervo, Nilson Pinilla Pinilla, S.V. Humberto Antonio Sierra Porto.

[508] Sentencia C-258 de 2013 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). [509] Corte Constitucional, sentencia C-078/17 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

[510] Corte Constitucional, sentencia T-425/07 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández). Los criterios establecidos en esa sentencia fueron reiterados por las sentencias T-130/09 (M.P. Humberto Sierra Porto), T-457/09 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), T-628/09 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), entre otras.

[511] Corte Constitucional, sentencia T-408/16 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). [512] Sentencia SU-140 de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. S.V. Diana Fajardo Rivera, Gloria Stella Ortiz Delgado, José Fernando Reyes Cuartas, Alberto Rojas Ríos.

Para resaltar la supuesta diferencia tajante que existe entre los dos tipos de sostenibilidades la sentencia sostiene: “ En suma, puede afirmarse que mientras que la sostenibilidad fiscal que consagra el artículo 334 de la Carta se erige como un criterio jurídico general y orientador en tanto se refiere a las pautas que deben guiar al Estado en desarrollo de su función de director general de la economía nacional, de manera tal que se cuente con la efectiva posibilidad de cumplir con los cometidos estatales; la sostenibilidad financiera del sistema pensional, más allá de un principio, es una norma jurídica que establece en cabeza del operador judicial un mandato hermenéutico encaminado a lograr una relación de medio a fin entre esta última sostenibilidad y los propósitos de universalidad, solidaridad e integridad que rigen el sistema de la seguridad social .” [513] Sentencia, C-078 de 2017. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Para la Corte, “ […] el límite de 25 SMLMV al IBC introducido con el inciso 4 del artículo 5 de la Ley 797 de 2003, se enmarca dentro del margen de libertad de configuración legislativa y responde a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, al asegurar de manera general la correspondencia entre el valor de la cotización y el monto de la pensión (salvo los casos regulados por el Gobierno Nacional), sin que ello desconozca el artículo 48 Superior, razón por la cual la expresión acusada será declarada exequible.

” [514] Así ocurre también, entre otras, en las sentencias C-111 de 2016 (M.P. Rodrigo Escobar Gil); T-485 de 2009 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio); T-591 de 2016 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. A.V. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), apartado 1.1.10.; C-354 de 2015 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; S.V. Mauricio González Cuervo); T-060 de 2016 (M.P. Alejandro Linares Cantillo. A.V. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, S.V. Gloria Stella Ortiz Delgado); T-371 de 2016 (M.P.

María Victoria Calle Correa, S.P.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez), T-591 de 2016 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, A.V. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo); En todas estas providencias se usa una sola vez la expresión ‘ el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional ’ pero sin hacer ningún tipo de explicación, consideración o reflexión al respecto; tan sólo como un dicho de paso (obiter dicta).

[515] Constitución Política. Artículo 48, “[…] || 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 .” [516] Al respecto dice la Sentencia SU-140 de 2019: “ No sobra señalar, sin embargo, que si bien uno de los propósitos de la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones es disponer que ‘ cualquier regulación futura que se haga del régimen pensional debe preservar el equilibrio financiero del sistema general de pensiones’, tal precepto sólo es la consecuencia de la parte final del inciso 7º del artículo 48 superior; consecuencia ésta que, como se explicó inmediatamente atrás, no limita los efectos de dicho inciso a tal control de la regulación futura .” [517] Dice la Corte: “ Con fundamento en lo atrás señalado, la Corte advierte la relevancia de ponderar la sostenibilidad financiera del sistema pensional a la luz de los derechos fundamentales para, de este modo, encontrar en cuál contexto se permitiría el favorecimiento de aquella. Para el efecto, la Corte preliminarmente entrará a definir el marco constitucional general que, a su juicio, surge como relevante para realizar la respectiva ponderación. […] ” Sentencia SU-140 de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. S.V.

Diana Fajardo Rivera, Gloria Stella Ortiz Delgado, José Fernando Reyes Cuartas, Alberto Rojas Ríos. [518] Dice la Corte al respecto: “ Con fundamento en el anterior marco que, por una parte, prevé la primacía de los derechos fundamentales y la inmunidad de su núcleo esencial respecto de valores o principios de distinta naturaleza; y que, por otra parte, predica el deber estatal de propender por la defensa del interés general sobre el particular, la Corte aborda la ponderación del principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional a la luz de los derechos fundamentales, particularmente del derecho fundamental a la seguridad social en su esfera pensional .” Sentencia SU-140 de 2019.

M.P. Cristina Pardo Schlesinger. S.V. Diana Fajardo Rivera, Gloria Stella Ortiz Delgado, José Fernando Reyes Cuartas, Alberto Rojas Ríos. [519] Actualmente no es posible interponer un incidente de impacto fiscal a sentencia de acción de tutela, por cuanto la regulación mediante la cual se permitió hacerlo, desconoció la reserva de ley estatutaria que existe en la materia, que exigía que la medida legislativa fuera tomada por mayoría absoluta. Al respecto ver la Sentencia C-870 de 2014. M.P. A.V. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Mauricio González Cuervo, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, S.P.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[520] Sentencia SU-140 de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. S.V. Diana Fajardo Rivera, Gloria Stella Ortiz Delgado, José Fernando Reyes Cuartas, Alberto Rojas Ríos.

[521] Ver, entre otras, las sentencias C-246 de 2002, MP Manuel José Cepeda; T-1033 de 2002, MP Jaime Córdoba Triviño; T-1096 de 2008, MP Clara Inés Vargas Hernández;

T-506 de 2011, MP Humberto Antonio Sierra Porto; T-467 de 2015, MP Jorge Iván Palacio Palacio; y T-559 de 2017, MP(e) Iván Humberto Escrucería Mayolo.

[522] Ver, por ejemplo, las sentencias T-688 de 2012, MP Mauricio González Cuervo; T-044 de 2014, MP Luis Ernesto Vargas Silva; T-946 de 2014, MP Gloria Stella Ortiz Delgado, y T-246 de 2016, MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[523] Sentencia SU-140 de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. S.V. Diana Fajardo Rivera, Gloria Stella Ortiz Delgado, José Fernando Reyes Cuartas, Alberto Rojas Ríos.

[524] Ibídem. [525] En las relaciones familiares y propias del cuidado, suelen otorgarse protecciones y garantías a través de las personas que están a cargo o que, por ejemplo, representan al grupo familiar.

[526] Dice la Sentencia SU-140 de 2019 al respecto: “ 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; la alta tasa de informalidad laboral que, por una parte, genera una inequidad entre quienes se encuentran en la formalidad y quienes no y, por otra parte, afecta las finanzas de un sistema que tiene aspiraciones de universalidad; y los problemas de viabilidad de un sistema cuya financiación se estructuró con fundamento en una pirámide laboral que se viene invirtiendo por el envejecimiento de la población – 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.

” [527] Al respecto añade la sentencia SU-140 de 2019: “[…] Justamente, en dicha Sentencia SU-310 de 2017 se señaló que ‘el problema jurídico bajo estudio, surge, entre otras razones, de las dos posibles interpretaciones que se pueden dar a la disposición contenida en el artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990, conforme al cual, los incrementos pensionales no forman parte integrante de la pensión y el derecho a ellos subsiste mientras perduren las causas que le dieron origen. En efecto, y como se explicará más adelante: (i) algunos han considerado que el hecho de que los incrementos pensionales no formen parte integrante de la pensión, significa que no gozan de los atributos del derecho pensional, entre ellos, la imprescriptibilidad; (ii) otros han argumentado que al subsistir el derecho mientras perduren las causas que le dieron origen, este es imprescriptible, lo cual se refuerza con el principio de favorabilidad en materia laboral’.

” [528] Sentencia SU-140 de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. S.V. Diana Fajardo Rivera, Gloria Stella Ortiz Delgado, José Fernando Reyes Cuartas, Alberto Rojas Ríos.

[529] Concluye la Sentencia SU-140 de 2019: “Así, como de lo expuesto a lo largo de esta sentencia, […] se desprende que la causación de cualquier pensión después de la entrada en vigor de la Ley 100 no dio lugar a los incrementos que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 , la respuesta al problema jurídico número 1 planteado al inicio de esta

providencia es necesariamente negativa, por lo cual no sería procedente pronunciarse sobre el segundo problema jurídico sino fuera por el caso del señor Mario Ernesto Velasco (Exp. T-5.755.285), que adquirió su derecho de pensión el 17 de enero de 1994, antes de que entrara en vigor la Ley 100, el 1º de abril de 1994 ” [530] Corte Constitucional, Sentencia T-545 de 2004.

M.P. Eduardo Montealegre Lynett. [531] Constitución Política, Artículo 1°: “ Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”. // Constitución Política, 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”. //Artículo 95.2: “La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades (…) 2. 2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas ”.

[532] En concreto, la Corte otorgó un trato desigual a personas que se encontraban en la misma situación jurídica frente al reconocimiento de los incrementos pensionales por persona a cargo. En este sentido, el derecho a la igualdad de los señores Carlos Arnulfo Sánchez Pineda (sentencia T-791 de 2013), Orlando Rafael Márquez, Julio Vicente Rodríguez Martínez, Miguel Antonio Díaz, Jesús Hernando García, Félix Modesto Beltrán de la Hoz, Joselín Amador Corredor, Eduardo Ramírez Pérez, José Oliverio Cano, Alonso Giraldo, Ana Ruth Alegría Salcedo, Jorge Julio Agudelo Trujillo, Olmedo Chávez Trochez, Guillermo de la Cruz González Monroy, José Franco Correcha, Pedro Julio Castañeda Gómez, Carlos Paul Narváez León, Misael León Guzmán, Carmen Emilia Galeano de Sánchez y José Erney Noreña Gómez (sentencia T-748 de 2014), Ángel Guerrero Chiquillo (sentencia T-123 de 2015), Luis Alberto González Montoya (sentencia T-541 de 2015), Horacio Restrepo Londoño (sentencia T-038 de 2016) fue conculcado.

[533] Sobre la razonabilidad en la argumentación para cambiar de jurisprudencia, ver sentencias C-400 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero, S.V. José Gregorio Hernández Galindo, S.P.V. Hernando Herrera Vergara, S.P.V. Vladimiro Naranjo Mesa, SU-047 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero, S.V. Hernando Herrera Vergara, S.V. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-836 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil, A.V.

Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra, S.P.V. Clara Inés Vargas Hernández, S.V. Jaime Araújo Rentería, S.V. Alfredo Beltrán Sierra y Álvaro Tafur Galvis, C-228 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett, A.V. Jaime Araújo Rentería, entre otras.

[534] Corte Constitucional, Auto 279 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto). En aquella ocasión la Corte resolvió sobre una solicitud de nulidad presentada contra la sentencia T-819 de 2009, porque, según el solicitante, la Sala de conocimiento “cambió la jurisprudencia sin tener competencia para ello”. //El desconocimiento de la jurisprudencia en vigor como causal de nulidad contra las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, ha sido admitido cuando el precedente desconocido ha sido fijado por la Sala Plena o cuando lo ha sido por las Salas de Revisión de Tutelas, siempre y cuando se trate de decisiones reiteradas y uniformes acerca de problemas jurídicos análogos. Al respecto ver los Autos 060 de 2006. M.P.

Jaime Córdoba Triviño, 310 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, 175 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, 279 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre otros.

[535] Sentencia SU-310 de 2017. M.P. Aquiles Arrieta Gómez. S.V. Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo. [536] Sentencia SU-310 de 2017. M.P. Aquiles Arrieta Gómez. S.V. Alejandro Linares Cantillo, Antonio José

Lizarazo Ocampo.

[537] Sentencia SU-108 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. A.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez. S.P.V. Diana Fajardo Rivera, Cristina Pardo Schlesinger. S.V. Alberto Rojas Ríos.

[538] MP Gloria Stella Ortiz Delgado. [539] Corte Constitucional, Sentencia SU-140 de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. S.V. Diana Fajardo Rivera, Gloria Stella Ortiz Delgado, José Fernando Reyes Cuartas, Alberto Rojas Ríos.

[540] Ibídem [541] En el pasado, la Corte ha considerado procedente la acción de tutela a pesar de la cantidad de tiempo transcurrido entre la presunta vulneración del derecho fundamental y la interposición de la acción de tutela; los casos más representativos de esta situación se encuentran en las tutelas en las que se ha solicitado el reconocimiento de prestaciones periódicas. Por ejemplo, en la Sentencia T1178 de 2004 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) la Corte resolvió de fondo un asunto laboral en el cual, entre la terminación de los contratos de trabajo y la fecha de interposición de la acción de tutela transcurrieron más de tres años, lapso que se consideró justificado teniendo en cuenta el riesgo en la integridad física que corrían los accionantes por la presentación de la tutela en oportunidad. En Sentencia T-164 de 2011 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), la Corte declaró procedente la acción de tutela de un ciudadano que solicitaba el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, luego de diez años de haberle sido negada. En la Sentencia SU-189 de 2012 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) la Corte concedió el amparo del derecho fundamental a la seguridad social, a pesar del transcurso de nueve meses desde que se profirió la resolución que negó el derecho pensional solicitado por el accionante. Por otro lado, en las sentencias T-109 de 2009 (M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez, A.V. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-374 de 2012 (M.P. María Victoria Calle Correa), T-463 de 2013 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, A.V. Jorge Iván Palacio Palacio, A.V. Nilson Pinilla Pinilla) y T-488 de 2015 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), en las que se solicitó el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional, la Corte pasó por alto el paso del tiempo (7 meses, 6 años, 10 años, 25 años, respectivamente), al considerar que “ por tratarse de un caso de indexación de la primera mesada pensional, debe señalarse que la violación iusfundamental que se plantea se extiende indefinidamente en el tiempo y es, por lo tanto, de carácter permanente .” [542] Sentencia T-158 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto). En esta sentencia la Corte explicó en qué casos la acción de tutela procede, a pesar de haber transcurrido un tiempo considerable entre la afectación o amenaza del derecho fundamental y la interposición de la acción de tutela. Posición reiterada en las sentencia T-246 de 2015 (M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez), T-332 de 2015 (M.P.

Alberto Rojas Ríos) y T-060 de 2016 (M.P. Alejandro Linares Cantillo), entre otras. [543] Sentencia SU-140 de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. S.V. Diana Fajardo Rivera, Gloria Stella Ortiz Delgado, José Fernando Reyes Cuartas, Alberto Rojas Ríos.

[544] En el salvamento de voto a la Sentencia SU-023 de 2018 sostuve lo siguiente: “ Salvo mi voto frente a la Sentencia SU-023 de 2018 porque en el caso del señor Laureano Augusto Ramírez Gil se decidió dar aplicación retroactiva a un cambio de jurisprudencia que no sólo surgió mientras el asunto se encontraba en revisión por parte de la Corte, sino que era especialmente adverso a los derechos pensionales previamente adquiridos por el demandante. || [… Las] circunstancias [del caso] eran suficientes para que la aplicación retroactiva del cambio de precedente fuera particularmente injusta. Se generó así un ámbito evidente de desprotección judicial de los derechos del señor Laureano Augusto Ramírez Gil, pues después de un largo trasegar, luego de esperar hasta sus 68 años de edad, este Tribunal decidió negarle de forma definitiva el reconocimiento de la titularidad jurídica de una prestación que se encontraba legítimamente consolidada. Por ello, sostengo que en esta ocasión la justicia no sólo cojeó, sino que ¡nunca llegó! ” [545] En la sentencia SU-108 de 2018 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, A.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez, S.P.V. Diana Fajardo Rivera, Cristina Pardo Schlesinger, S.V.

Alberto Rojas Ríos), se había analizado una acción de tutela que justificaba su presentación tardía de varios años, en la aparición de un nuevo precedente jurisprudencial que llevó a que ahora sí se pudiera presentar la tutela. La Sala consideró que la jurisprudencia no cambió y que la regla jurisprudencial invocada ya existía desde antes. En su salvamento parcial de voto, la magistrada Diana Fajardo Rivera dijo lo siguiente: " […] las nuevas reglas que han sido incorporadas en la Sentencia SU-108 de 2018, sobre la valoración del requisito de inmediatez en los casos de acciones de tutela promovidas contra providencias judiciales que han negado el acceso a la indexación de la primera mesada pensional, respecto de jubilaciones causadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, son postulados jurisprudenciales que restringen el estándar de protección del derecho a la acción de amparo, razón por la cual sólo admiten una aplicación futura, no retroactiva ." [546] Ordenó la Sentencia SU-310 de 2017, entre otras cosas, lo siguiente: " ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, que, en el plazo máximo de diez (10) días contados a partir de la notificación de esta sentencia, aplicando el orden constitucional y legal vigente, reconozca los incrementos pensionales a favor de los accionantes que cumplan con las condiciones previstas en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 para acceder a ellos, en los términos expuestos en la presente sentencia y sin negar la prestación, en ningún caso, bajo el pretexto de que el derecho prescribió o con fundamento en las decisiones judiciales que se inaplicaron. De igual manera, ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, realizar a favor de los accionantes que resulten beneficiarios de los incrementos pensionales previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, los pagos retroactivos no prescritos, comprendidos en los tres años anteriores contados a partir de la notificación de la presente sentencia de unificación .

" [547] Sentencia T-374 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo con A.V. Alejandro Linares Cantillo y Antonio José Lizarazo Ocampo. Esta decisión fue acompañada sin reserva por la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado.

[548] En la Sentencia SU-310 de 2017 se había resuelto " INAPLICAR las decisiones judiciales adoptadas", sin remplazar la decisión del juez ordinario, y ordenar a Colpensiones tramitar las solicitudes de los incrementos, concediéndolos a quien corresponda ." [549] Sentencia T-374 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo con A.V. Alejandro Linares Cantillo y Antonio José Lizarazo Ocampo.

[550] Sentencia T-499 de 2017. M.P. Alberto Rojas Ríos. S.P.V. Carlos Bernal Pulido. La sentencia fue acompañada por la magistrada Diana Fajardo Rivera.

[551] Sentencia T-536 de 2017. M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo. S.P.V. Alberto Rojas Ríos. Esta decisión, que acompañó con su voto la magistrada Cristina Pardo Schlesinger, resolvió " DEJAR SIN EFECTOS la sentencia emitida el 12 de julio de 2016 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor Valerio de la Cruz Mojica contra Colpensiones. En su lugar, se le ORDENA a la misma autoridad judicial que, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de esta decisión, profiera nueva sentencia en la que reconozca el incremento pensional del 14 % dejado de reconocer desde el 9 de marzo de 2012 hasta la fecha de la muerte del señor Mojica, atendiendo las consideraciones y criterios de interpretación expuestos en esta providencia ." [552] Sentencia T-022 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas. La decisión fue acompañada por los magistrados Alberto Rojas Ríos y Carlos Bernal Pulido. En este caso se consideró que: " siguiendo la línea jurisprudencial, habrá de reconocerse el incremento solicitado, en las mismas condiciones en que lo dispuso el Juez Doce Laboral del Circuito de esta ciudad, que en la sentencia del 21 de febrero de 2017 dispuso el reconocimiento y pago a favor del accionante del incremento del 14% sobre el salario mínimo legal mensual vigente por cónyuge a cargo, desde el día 09 de abril del año 2012, así como la obligación de incluirlo en nómina y seguir pagando este incremento junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre a que haya lugar, mientras subsistan las causas que le dan origen ." [553] A la decisión salvó su voto el magistrado Antonio José Lizarazo.

[554] El magistrado Alejandro Linares Cantillo había sido el ponente de la Sentencia T-374 de 2017 a la cual el mismo había aclarado el voto. Ahora, era ponente de la Sentencia T-433 de 2018, respecto de la cual no aclara su voto.

[555] Sentencia T-433 de 2018, M.P. Alejandro Linares Cantillo. S.V. Antonio José Lizarazo Ocampo. [556] Sentencia T-456 de 2018, M.P. Antonio José Lizarazo. S.V. Gloria Stella Ortiz Delgado. La decisión la acompaño la magistrada Cristina Pardo Schlesinger.

[557] Sentencia T-456 de 2018, M.P. Antonio José Lizarazo. S.V. Gloria Stella Ortiz Delgado. Para la Sentencia "[…] los incrementos pensionales del 7 y 14% no pueden ser invocados como derechos adquiridos, si no se causaron en vigencia del régimen general del Seguro Social, es decir, antes del 23 de diciembre de 1993. Acorde con el inciso octavo, adicionado al artículo 48 de la Constitución Política, por la mencionada reforma constitucional de 2005 '(…) Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento'. Significa lo anterior, que no podrá predicarse la titularidad de un derecho adquirido sobre un beneficio que no se consolidó en vigencia del Decreto 758 de 1990 ." [558] Salvamento de voto de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado a la Sentencia T-456 de 2018.

[559] Tal fue el caso de la Sentencia SU-111 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), caso en el que se decidió que la tutela para derechos sociales sólo era procedente en el caso de sujetos de especial protección. Aunque muchas veces las reflexiones de esa sentencia han sido citadas, la regla que se trató de fijar no.

[560] Auto 320 de 2018. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. S.V. Diana Fajardo Rivera, Gloria Stella Ortiz Delgado, José Fernando Reyes Cuartas, Alberto Rojas Ríos.

[561] El Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez, integrante de la Sala, aparece como "ausente en comisión". [562] El magistrado Carlos Bernal Pulido salvó su voto parcialmente, por discrepancias en cuanto a la procedibilidad de la acción de tutela analizada [563] El magistrado Alberto Rojas Ríos salvó su voto parcialmente, por una cuestión distinta a los incrementos.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU140-19.htm
Copia de consulta hecha el 29 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.