

Análisis de la jurisprudencia que resuelve sobre la prescripción de los incrementos pensionales consagrados en el artículo 21 del acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de 1990

Alexandra Santander Rodríguez¹

Resumen

El acuerdo 049 de 1990 en sus artículos 21 y 22 consagró la posibilidad de incrementar la pensión en un 7% o en un 14% cuando se cumplieran los presupuestos allí establecidos, solo para aquellos que fueran pensionados bajo esa normativa. El derecho a la pensión como derecho fundamental es imprescriptible, no obstante, las mesadas si están sometidas al fenómeno de La prescripción conforme lo establecen los artículos 488 del Código sustantivo del trabajo y 151 del Código Procesal.

Al aplicar esa normativa los operadores judiciales han generado discusiones sobre el carácter de dichos incrementos para gozar o no del fenómeno de la prescripción, es así como a través de este trabajo desarrollare la línea jurisprudencial que sobre la materia ha realizado la Corte Constitucional.

Palabras claves: incremento pensional, prescripción, favorabilidad, in dubio pro-operario.

Abstract

Agreement 049 of 1990 in its articles 21 and 22 enshrined the possibility of increasing the pension by 7% or 14% when the budgets established there were met, only for those who were pensioned under that regulation. The right to a pension as a fundamental right is imprescriptible, however, countertops if they are subject to the phenomenon of prescription as established in articles 488 of the substantive Labor Code and 151 of the Procedural Code.

In applying this regulation, judicial operators have generated discussions about the nature of these increases to enjoy or not the phenomenon of prescription, which is how through this work I will develop the jurisprudential line that the Constitutional Court has made on the matter.

Key words: Pension Increase, Prescription, Favorability, Inductive pro operative

¹ Aboga, Especialista en Derecho Administrativo, Universidad Santo Tomás Bucaramanga; Especialista en Derecho Laboral, Universidad Externado de Colombia en convenio Universidad Industrial de Santander; Especialista en Gerencia de Instituciones de Educación Superior, Universidad Santo Tomás Bogotá; Máster en Dirección Estratégica de Recursos Humanos; Escuela de Organización Industrial de Madrid; Maestrante en Derecho, Universidad Santo Tomás Bucaramanga.alexandra_santander@hotmail.com

Introducción

Los incrementos pensionales son un beneficio consagrado en el artículo 21 del acuerdo 049 de 1990 cuya finalidad es la de aumentar el monto de la pensión de vejez o invalidez de origen común de aquellos pensionados bajo los preceptos de dicha normatividad, lo cual excluye la posibilidad que pensionados de otros regímenes les sea aplicado dicho beneficio.

Dichos incrementos se causan o bien por que el pensionado tenga conyuge o compañero(a) que dependa económicamente de él y que no sea titular de una pensión o por hijos(a) menores de 16 años o de 18 años si son estudiantes o por hijos inválidos sin importar la edad siempre que dependan económicamente del pensionado, aumentando la pensión en un 14 o 7 % respectivamente.

La Constitución Política de 1991 en el art. 48 consagra el derecho irrenunciable a la Seguridad Social como un servicio público obligatorio, coordinado y controlado por el estado el cual está sujeto a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

El derecho a la pensión deviene del derecho a la seguridad social y propende en el caso de la vejez, por brindar las condiciones económicas a personas de la tercera edad que les permita llevar una vida digna gozando de una mesada pensional, fruto de los aportes realizados a lo largo de su vida laboral y en el caso de la invalidez proteger cuando acaece un riesgo que le genere una pérdida significativa en su capacidad laboral.

Es así como el derecho en sí mismo a la pensión no es susceptible de verse afectada por el fenómeno de la prescripción, no obstante, al tratarse de prestaciones sucesivas las mesadas sí están afectadas por la prescripción conforme lo establecen los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T.S.S.

De conformidad con el problema jurídico planteado abordaremos la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional la cual en sus salas Octava, Séptima y Cuarta de Revisión, ha defendido la tesis de imprescriptibilidad de los incrementos pensionales en sentencias T-217 de 2013, T-831 de 2014, T-319 y T-369 del 2015, T-395 DE 2016 Y T-460 DE 2016; y en sus salas Segunda y Tercera de Revisión, en las Sentencias T-791 de 2013, T-748 de 2014, T-123 y T-541 del 2015 Y T-038 DE 2016 ha propendido por asumir una posición contraria mediante la cual los incrementos sí son objeto de prescripción, siendo ella concordante con la postura asumida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

¿Los incrementos pensionales consagrados en el artículo 21 del acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 del mismo año son o no un derecho susceptible de prescripción?

La metodología se desarrollará desde el análisis dinámico de jurisprudencia del Doctor Diego López Medina. La sentencia arquimédica permite identificar las siguientes sentencias relevantes, las cuales procederé a desarrollar así:

Sentencia fundadora de línea

En sentencia fundadora T-217-13 la Corte en su sala octava de revisión analizó las decisiones proferidas en donde se niega el derecho al incremento pensional por conyuge o compañera a cargo al encontrar probada la excepción de prescripción; en dicha sentencia la Corte manifiesta que el derecho pensional en sí mismo considerado y los incrementos que se desprenden de él, son imprescriptible ya que la pensión deviene de principios constitucionales que amparan a sujetos de especial protección constitucional; conforme los canones de los art. 488 del C.S.T y 151 del C.P.T.S.SS; lo que pueden verse afectadas por el fenómeno prescriptivo son las mesadas pensionales.

Por lo tanto, para la Corte acoger la tesis que el incremento de la pensión en un 14%, en relación con el cónyuge o compañero o compañera permanente del beneficiario de dicha pensión, que reúna los presupuestos normativos establecidos en el artículo 21 del Acuerdo 49 de 1990, se le puede aplicar prescripción equivaldría a perder una parte de los recursos del derecho pensional.

Sentencias importantes de la línea

La primera sentencia hito es la Sentencia **T-791 de 2013**, La corte analizó un caso similar al fallado en sentencia T-217 en el que al accionante se le negaba el reconocimiento al incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, fundamentado en la prescripción del derecho. La Corte cambia la tesis, para en su lugar sostener la de la prescripción del incremento pensional, toda vez que si bien el derecho a la seguridad social es imprescriptible, los incrementos no hacen parte de

la pensión conforme lo establece el art. 22 del acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 del mismo año y al no hacer parte de la pensión si están sujetos al fenómeno prescriptivo.

La imprescriptibilidad para la Corte se da únicamente en cuanto al derecho mismo, por ejemplo, en el caso que un afiliado reclame bien sea la pensión de vejez o de invalidez, toda vez que ese derecho está encaminado a la protección de un derecho fundamental como lo es la Seguridad Social y al mínimo vital. Por tal razón el derecho a la pensión en cualquiera de las modalidades es imprescriptible, luego el derecho puede ser reclamado en cualquier tiempo, una vez reunidos los presupuestos normativos que generan el derecho. La prescripción se predica es de las mesadas que se generan del derecho, las cuales son afectadas por el fenómeno si no se reclaman en el término trienal establecido en la ley.

Es así como aquellos derechos que no formen parte integrante del derecho pensional en sí mismo considerado, si están afectados por fenómeno de la prescripción. Si se revisa el art. 22 del acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 del mismo año, el cual consagra:

Artículo 22. Naturaleza de los incrementos pensionales. Los incrementos de que trata el artículo anterior no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales y el derecho a ellos subsiste mientras perduren las causas que les dieron origen. El Director General del ISS establecerá los mecanismos necesarios para su control.

Los incrementos al ser accesorios a la pensión no forman parte del derecho mismo conforme la establece la normativa antes reseñada; es por ello por lo que para la Corte son sujetos del fenómeno prescriptivo; aunado a ello señaló la Corporación que el precedente de la imprescriptibilidad en materia pensional debe estar acorde con la interpretación que el máximo órgano de la Jurisdicción Ordinaria Laboral establezca. Siendo el criterio de dicho órgano el que los incrementos por personas a cargo no pueden participar de los atributos de imprescriptibilidad por no formar parte integrante de la pensión.

La Sentencia T-748 de 2014 es una sentencia confirmadora, en ella la Sala Segunda de Revisión estudio si en el caso bajo estudio se violò el precedente constitucional que establece la imprescriptibilidad de los derechos a la seguridad social por no reconocer el incremento pensional fundamentando prescripcion del derecho. Para la Corte la Sentencia T-217 de 2013 no constituye un antecedente trascendental, fundamentado en 2 razones:

1. La tesis pertenece a posicion de las minorías.
2. Posteriormente se profirió la sentencia T-791 de 2013, y en ella no se acogió la tesis de imprescriptibilidad fallandose de manera opuesta, pese a tratarse de casos identicos.

La Corte fallo denegando la proteccion invocada por no encontrar que se desconociera el precedente y acogio la tesis de la Sentencia T-791 de 2013, aunado a ello si bien ambas decisiones se centraron en analisis de la imprescriptibilidad del derecho a la seguridad social, esta ultima argumentò que los incrementos no forman parte de la pension.

Sentencia confirmadora - retorno a la tesis de la fundadora tesis A

En Sentencia **T-831 de 2014**, la Sala Séptima de Revisión acogio la tesis contenida en la sentencia T-217 de 2013, su postura estuvo fundada en que cuando existen dos interpretaciones posibles se debe acoger aquella que sea màs favorable, es asi como debe protegerse el principio de favorabilidad e indubio pro operario consagrado en normas constucionales y legales, aunado a ello señaló que las normas que consagran el derecho pensional, esto es, los artículo 21 y 22 del acuerdo 049 de 1990 decreto 758 de 1990, de los cuales se derivan el incremento que se depreca ,no se consagra que el derecho prescriba, del texto normativo únicamente se puede establecer que los incrementos “*subsisten mientras perduren las causas que les dieron origen*”.

Sentencia confirmadora de línea - retorno a la tesis B

En Sentencia **T-123 de 2015** la Sala Tercera de Revisión advirtiò que no hay violación al precedente, toda vez que la misma corporacion no ha adoptado pronunciamientos uniformes frente al tema de prescripción de incrementos pensionales, es decir no hay un precedente consolidado

que permita en determinado momento establecer que un fallo no esta conforme a los postulados constitucionales, señalo la Corporación que si el juez al momento de fallar acoge la postura reiterada por la Corte Suprema de Justicia de prescripcion del incremento pensional, no hace mas que acoger el precedente del máximo Organo de la jurisdicción ordinario laboral que tiene un apostuta clara y uniforme sobre el tema y para ello trajo a colación la Sentencia C-836 de 2001.

También rememoro la Corte la posición que ha venido sosteniendo en cuanto al tema de la imprescriptibilidad del derecho pensional, frente al cual ha tenido una postura clara y definida, fincada en el art. 48 de la Constitución Política y en la Sentencia C-230 de 1998 en donde manifestó:

Así las cosas, la pensión de jubilación, vejez e invalidez, entre otras, no admiten una prescripción extintiva del derecho en sí mismo como cualquier otra clase de derechos, lo cual no significa que se atente contra el principio de seguridad jurídica; por el contrario, constituye un pleno desarrollo de principios y valores constitucionales que garantizan la solidaridad que debe regir en la sociedad, la protección y asistencia especial a las personas de la tercera edad, para mantener unas condiciones de vida digna, así como el derecho irrenunciable a la seguridad social (C.P., arts. 1, 46 y 48), determinando a su vez una realización efectiva del valor fundante que impone la vigencia de un orden económico y social justo, dentro de un Estado Social de Derecho.

(...) Cabe agregar, que dada la naturaleza periódica o de tracto sucesivo y vitalicia de las pensiones, la prescripción resulta viable, exclusivamente, respecto de los créditos o mesadas pensionales que no se hubiesen solicitado dentro de los tres años anteriores al momento en que se presente la reclamación del derecho.

Dejo sentado la Corte que este precedente no se desconoce cuando no estamos en presencia del derecho pensional en si mismo, para lo cual señaló:

De igual forma, si bien es cierto que, por regla general, el derecho pensional es vitalicio, y la acción judicial para reclamar su reconocimiento es imprescriptible, también lo es que la imprescriptibilidad opera únicamente en lo relacionado con el reconocimiento del derecho pensional y no en lo atinente a la solicitud de pago, del mismo, es decir, que una vez la persona haya reunido los requisitos previstos en la ley, puede en cualquier tiempo solicitar su otorgamiento ...motivo por el cual, ciertas prerrogativas derivadas de la condición o el estatus de pensionado sí prescriben.

Sentencia confirmadora - retorno a la tesis A

En Sentencia **T-319 de 2015**, la Sala Cuarta de Revisión efectuó un análisis de la jurisprudencia constitucional en la materia y teniendo en cuenta que se estaba ante casos de igual situación fáctica y jurídica a los abordados en las sentencias T-217 de 2013 y T-831 de 2014, decidió acogerse a lo allí resuelto. Se fundamentó para ello en el hecho de que los incrementos pensionales por estar estrechamente ligados a la pensión en sí misma, goza del beneficio de la imprescriptibilidad, también señaló que si bien la tesis de la Corte Suprema de Justicia ha predicado la prescripción de la acción frente a los incrementos pensionales, ya la Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos ha dejado sin efectos esas decisiones.

Sentencia confirmadora de la tesis A

En Sentencia **T-369 de 2015**, vuelve, a reiterar, que, al existir dos interpretaciones, la que mejor propende por la protección de los derechos fundamentales es la aplicada en las Sentencias T- 217 de 2013 y T-831 de 2014, como sustento de su decisión abordó el principio de favorabilidad consagrado constitucional y legalmente, así:

Artículo 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.

Artículo 21. Normas más favorables. En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad.

Es así como la Corte consideró que, con fundamento en los principios constitucionales y legales, el derecho a los incrementos, no se encuentra sometido a la regla de prescripción.

Sentencia confirmadora tesis B

En la Sentencia **T-541 de 2015**, la Sala Segunda de Revisión de Tutelas se apartó del precedente adoptado en la sentencia T-217 de 2013 invocado por el actor, al considerar que los incrementos pensionales no gozan de la imprescriptibilidad establecida para el derecho a la pensión, toda vez que los incrementos no hacen parte de la pensión y al no existir una tesis unificada en la Corte Constitucional respecto de si prescriben o no dichos incrementos pensionales, no puede configurarse el desconocimiento de precedente.

Sentencia confirmadora tesis B

En la Sentencia **T-038 de 2016**, la Sala Tercera de Revisión determinó que ante la ausencia de una sentencia de unificación se aparta de la tesis adoptada en la Sentencia T-217 de 2013 (carácter imprescriptible del incremento mencionado) y acoge la postura asumida en los pronunciamientos contenidos en las Sentencias T-791 de 2013, T-748 de 2014, T-123 y T-541 del 2015. Al considerar que los incrementos pensionales no hacen parte de la pensión de vejez, toda vez que son valores adicionales a la mesada, son prestaciones económicas que se devienen del carácter de

pensionado, sometidas al cumplimiento de los presupuestos consagrados en la norma, cuya extinción se genera por el incumplimiento a dichas normas.

Sentencia confirmadora tesis A

En la Sentencia **T-395 de 2016** la sala tercera de revisión, señaló que ante la posición disímiles respecto a la prescripción de los incrementos pensionales sostenidas en sus diferentes salas de revisión, si bien no se configuró desconocimiento del precedente, ante la existencia de dos interpretaciones, debe optarse por aquella que consulte los postulados del principio de favorabilidad consagrado en el art. 53 de la Constitución Política.

Las dos posturas se encaminan, de una parte, a considerar que los incrementos al no hacer parte integrante de la pensión no pueden considerarse como imprescriptibles; por lo tanto, si no se solicita dentro de los tres (3) años siguientes al reconocimiento de la pensión, prescriben. Esta posición coincide con la adoptada por la Corte Suprema de Justicia. Por otra parte, ha considerado que el incremento es un elemento consustancial de la pensión, que sigue la suerte del derecho a la pensión misma, esto es, el ser imprescriptible, por lo que solo son afectadas por dicho fenómeno las mesadas no reclamadas antes de los tres años previos al reconocimiento de dicho incremento.

Cabe anotar que la Corte Constitucional, acogió la postura de la Corte Suprema de Justicia, la cual se fundamenta en que la normativa sobre incrementos está vigente en virtud de los principios de favorabilidad e inescindibilidad. A su vez señaló que al no haberse cuestionado la Corte Constitucional sobre la vigencia significa que se acoge a lo fundamentado por la Corte Suprema de Justicia.

Sentencia confirmadora tesis A

En la Sentencia **T-460 de 2016**, la Sala Sexta de Revisión nuevamente hace referencia a la división que hay respecto al tema de prescripción de los incrementos pensionales, mencionada en párrafos anteriores, es así como la Corte decidió de manera unánimemente, que la interpretación

que garantiza y protege los principios y derechos consagrados en la Constitución Política es aquella que propende por la favorabilidad.

Es de anotar que en este pronunciamiento también la Corte esbozó lo ya abordado en la Sentencia T-395 de 2016 acerca de la vigencia de los incrementos, ratificando su conformidad con la postura allí asumida acerca de su vigencia.

Finalmente, la Corte ante las posturas divididas en torno al tema de prescripción de incrementos, unificó su criterio mediante la Sentencia SU-310/17. Allí acogió la postura de imprescritibilidad de los incrementos. No obstante es de precisar que mediante auto 320 del 23 de mayo de 2018 Magistrada Ponente Cristina Pardo Schlesinger, la Corte declaró la nulidad de la Sentencia SU 310 de 2017.

La sala decidió adoptar la interpretación ajustada a los principios de favorabilidad e indubio pro-operario, considerando que la tesis de imprescritibilidad de los incrementos pensionales consagrados en el acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 del mismo año responde a los postulados constitucionales. Señaló dicha providencia:

(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 Política lo dice, el derecho a la irrenunciabilidad social es de todos los habitantes. Ni siquiera es un presupuesto o una contraprestación de la ciudadanía. Es una condición básica que, como parte de la dignidad humana, se reconoce a toda persona que está en Colombia (art. 48, CP).

Además, la Sala considera que se suma una quinta razón adicional (v) pues es deber de las autoridades judiciales y administrativas cumplir con el deber de protección a sujetos de especial protección y en condiciones de debilidad física o económica (art. 13, CP) así como con el deber de solidaridad (Artículos 1°, 48 y 95.2 de la Constitución Política), frente a los familiares de los accionantes que podrían verse beneficiados por el reconocimiento de los incrementos pensionales de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990. En su mayoría, además de las condiciones económicas precarias, son personas de especial protección constitucional en razón a su edad o situación de discapacidad. Sobre todo, si se tiene en cuenta que los incrementos pensionales en mención están encaminados a garantizar una vida digna y el mínimo vital de los integrantes de un núcleo familiar” (Sentencia SU 310-17).

Concluyó que, si bien no hubo desconocimiento del precedente por no existir una posición uniforme frente a la prescriptibilidad o imprescriptibilidad de los incrementos, si se desconoció el principio constitucional de indubio pro-operario al no acoger la interpretación de imprescriptibilidad.

Sentencia arquimédica su 140-19

La Corte mediante la Sentencia SU-140 de 2019 busca poner fin a las diferentes posiciones adoptadas en materia de prescriptibilidad o imprescriptibilidad de incrementos pensionales, toda

vez que a través de sus salas de revisión ha adoptado diversas interpretaciones normativas que conllevan a posiciones contrapuestas.

La sentencia SU 140-19 se planteo los siguientes 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?”

La Corte inicio abordando el tema de la seguridad social y en lo medular para este trabajo recordò que La ley 100 de 1993 consagro dos regímenes pensionales solidarios excluyentes pero que coexisten; el régimen solidario de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad. Ocupandose la Corte del analisis del Regimen de Prima Media con prestación definida por cuanto estudiara la transición en este regimen y los efectos de la misma sobre los incrementos pensionales.

Señaló que Ley 100 de 1993 protegió las expectativas que a lo largo de varios años había resguardado legalmente, por lo cual dispuso un régimen de transición en el art 36, que permitiera a las personas que reunieran los presupuestos normativos allí establecidos obtener su derecho pensional a la luz de lo establecido en normas anteriores. En dicha norma se estipulo:

Artículo 36. Régimen de transición.

(...) 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 acto legislativo 001 de 2005, modificadorio del artículo 48 de la Constitución política, dispuso sobre la vigencia del régimen de transición en su párrafo transitorio cuarto lo siguiente:

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 vigor 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.

De conformidad con dicha normativa, por regla general el régimen de transición pierde vigencia el 31 de julio de 2010, luego quienes pretendan ser sujetos del régimen de transición deben en esta fecha cumplir los requisitos para acceder al derecho pensional del régimen de transición de lo contrario perderían el régimen. La excepción a la regla general es para aquellas personas beneficiarias del régimen de transición que cumplan con el requisito de contar con 750 semanas o su equivalente en tiempo, a la entrada en vigencia del acto legislativo, a quienes se les extendería el régimen de transición al 31 de diciembre de 2014.

Para entrar a analizar la vigencia de los incrementos pensionales con los cambios normativos mencionados inició por abordar la temática sobre derogatoria tácita y orgánica, para lo cual hizo un análisis del art. 289 de la Ley 100 de 1993, el cual dispone, 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

2° de la Ley 4ª de 1966, el artículo 5° de la Ley 33 de 1985, el párrafo del artículo 7° 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.

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.

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) Cuando la derogatoria tácita se configura con ocasión de la referida situación de regulación integral, la jurisprudencia ha convenido en denominarla como ‘**derogatoria orgánica**’.

La Corte consideró que al expedirse la Ley 100 de 1993 se hizo una regulación integral y exhaustiva de los regimenes pensionales, por lo tanto, hubo una derogatoria organica de los regimenes anteriores dentro de los cuales estan incluidos los incrementos pensionales.

Señaló que la Ley 100 de 1993 en su articulo 36 establecio la ultractividad de normas anteriores, para aquellas personas que reunieran los presupuestos normativos, protegiendo las expectativas legítimas de esas personas en tanto se refiere unicamente a la adquisiciòn del derecho pensional.

Es así como para la Corte no hay duda acerca de la derogatoria organica del artículo 21 de acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 el mismo año, con la expedición de la Ley 100 de 1993 en donde se consagra un regimen de transicion que protegio expectativas legítimas en cuanto al derecho a la pensión, sin que fuera extensivo a derechos accesorios como los

incrementos, dado el carácter que a los mismos fue otorgado en el artículo 22 de la normativa que los consagra.

Otras de las razones señalada en la providencia, para considerar la pérdida de vigencia de los incrementos, fue:

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; 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 adquiriera esté relacionado con el ahorro de cada persona destinado para tal efecto.

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.

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”.

Es así como al no estar vigente los incrementos para la Corte no es necesario abordar el tema de la prescripción, toda vez que un derecho que no existe no es susceptible de prescribir.

Para la Corte solo en el caso de estar frente a derechos adquiridos, esto es aquellos que se hayan pensionado antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 puede predicarse su aplicación y es así como en materia de prescripción para este único evento en el que se encuentra vigente el incremento, el derecho en sí mismo no prescribe sino lo que prescriben son las mesadas no reclamadas oportunamente conforme lo establece el art. 488 del C.S.T.

Cuatro Magistrados salvaron el voto, ellos son, Gloria Stella Ortiz Delgado, Diana Fajardo Rivera, José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos, en resumen las posturas de disenso están encaminadas a señalar que no se realizó unificación de la jurisprudencia sobre el problema jurídico que se venía analizando, cambiando los presupuestos de análisis hasta ahora abordado; se abandonó la aplicación de los principios de favorabilidad e indubio pro operario, para dar paso a una interpretación más restrictiva, con regresión de derechos; se privilegia el principio de sostenibilidad financiera, desprotegiendo derechos fundamentales.

Conclusiones

1. La Corte Constitucional inició adoptando la tesis de imprescriptibilidad de los incrementos pensionales consagrados en el artículo 21 de acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 del mismo año. Fundamento esta decisión en que el derecho a la pensión goza de dicho atributo toda vez que deviene de principios constitucionales como el de favorabilidad e indubio pro-operario que amparan a sujetos de especial protección, salvo las mesadas no reclamadas oportunamente conforme lo preceptuado en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo; predicar la prescripción implicaría perder una parte de los recursos de la pensión.

2. Posteriormente la Corte asumió la posición de prescriptibilidad de los incrementos pensionales, para ello sostuvo que conforme lo establece el artículo 22 del acuerdo 049 de 1990, los incrementos al ser accesorios a la pensión no forman parte del derecho pensional en sí mismo y por lo tanto son prescriptibles si no se reclaman dentro de los tres años siguientes a la concesión del derecho pensional.

En la siguiente tabla podemos observar la variación que tuvo la Corte Constitucional sobre la prescripción o no de los incrementos pensionales.

Tabla 1. *Prescripción incrementos pensionales*

PRESCRIPCION INCREMENTOS PENSIONALES	
TESIS SOBRE PRESCRIPTIBILIDAD	TESIS SOBRE IMPRESCRIPTIBILIDAD
T-791-13	T-217-13
T-748-14	T-831-14
T-123-15	T-319-15
T-541-15	T-369-15
T-038-16	T-140-16
	T-395-16

3. La Corte al hacer el análisis de la imprescriptibilidad o prescriptibilidad de los incrementos pensionales necesariamente partió de la base de que los incrementos pensionales se encuentran vigentes, toda vez que no se puede predicar dicho fenómeno de un derecho que no se encuentra vigente.

4. La sentencia arquimédica no unificó la jurisprudencia en torno al tema que venía abordando sobre prescriptibilidad o imprescriptibilidad de los incrementos pensionales, toda vez que resolvió la problemática estableciendo la no vigencia de los incrementos pensionales después de la expedición de la Ley 100 de 1993 y menos aún después de la expedición del acto legislativo 001 de 2005.

5. La corte consideró que al no estar vigentes los incrementos pensionales no se puede predicar la aplicación de los principios de in dubio pro-operario, toda vez que no se puede esclarecer la duda sobre una norma no vigente.

6. La sentencia arquimédica solamente consideró vigentes los incrementos pensionales para aquellos pensionados antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, frente a los cuales se puede predicar el carácter de imprescriptibles; lo único que puede verse afectado por el fenómeno de la prescripción son las mesadas no reclamadas en tiempo conforme lo establece el artículo 488 del C.S.T.

Referencias bibliográficas

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL.Sentencia N° T- 217 de 2013 M.P. Alexei Julio Estrada.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL.Sentencia N° T- 791 de 2013 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia N° T- 748 de 2014 M.P. Mauricio Gonzalez Cuervo.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL.Sentencia N° T- 831 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL.Sentencia N° T- 123 de 2015 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pèrez.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL.Sentencia N° T- 319 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL.Sentencia N° T- 369 de 2015 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljud.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL.Sentencia N° T- 541 de 2015 M.P. Mauricio Gonzalez Cuervo.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL.Sentencia N° T- 038 de 2016 M.P. Alejandro Linares Cantillo.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL.Sentencia N° T- 395 de 2016 M.P. Alejandro Linares Cantillo.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL.Sentencia N° T- 460 de 2016 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL.Sentencia SU-140 de 2019 M.P. Cristina Pardo Schlesinger.