

**El incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo según el artículo 21 del
acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 del mismo año**

Aneyder Lentini Llinas

Jaime Quintero Agudelo

Walter Camargo Suarez

Ana Barrios Barrios

Universidad Simón Bolívar

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Especialización en Derecho Laboral y Seguridad Social

Septiembre 2020

Barranquilla – Colombia

INDICE

GLOSARIO.....	4
RESUMEN SOBRE EL ESTUDIO DEL 14% Y 7% DEL ACUERDO 049 Y DEL DECRETO 758 DE 1990.....	7
INTRODUCCIÓN SOBRE EL ESTUDIO DEL 14% Y 7% DEL ACUERDO 049 Y DEL DECRETO 758 DE 1990	8
RESEÑA HISTÓRICA DEL SISTEMA PENSIONAL SOBRE EL ESTUDIO DEL 14% Y 7% DEL ACUERDO 049 Y DEL DECRETO 758 DE 1990.....	10
2.1. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA PENSIONAL COLOMBIANO	15
2.2. CAUSACIÓN Y CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS PARA PENSIONARSE A PARTIR DE LA LEY 100 DE 1993 PARA APLICAR EL 14% Y 7% DEL ACUERDO 049 Y DEL DECRETO 758 DE 1990	16
2.2.1. <i>Pensión de Vejez</i>	16
Cabe señalar que la pensión de vejez puede ser otorgada tanto en el Régimen de Prima Media como en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, previo al cumplimiento de los requisitos de Ley consagrados en el estatuto de Seguridad Social Integral, es decir las pautas que trata el Artículo 33 y 64 de la Ley 100 de 1993.	16
2.3. RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN -- ACTO DE SEGURIDAD SOCIAL	17
2.4. LIQUIDACIÓN DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA.....	18
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN MATERIA PENSIONAL PARA APLICAR EL 14% Y 7% DEL ACUERDO 049 Y DEL DECRETO 758 DE 1990 ..	19

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL / CONDICION MAS BENEFICIOSA PARA EL TRABAJADOR PARA APLICAR EL 14% Y 7% DEL ACUERDO 049 Y DEL DECRETO 758 DE 1990	44
PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL / PRINCIPIO IN DUBIO PRO-OPERARIO - Diferencias PARA APLICAR EL 14% Y 7% DEL ACUERDO 049 Y DEL DECRETO 758 DE 1990	45
4.3. REGIMEN DE TRANSICIÓN EN MATERIA PENSIONAL PARA APLICAR EL 14% Y 7% DEL ACUERDO 049 Y DEL DECRETO 758 DE 1990	46
4.4. ALCANCES DE LA REFORMA DEL ACTO LEGISLATIVO 001 DE 2005 PARA APLICAR EL 14% Y 7% DEL ACUERDO 049 Y DEL DECRETO 758 DE 1990.....	49
4.5. LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA EN MATERIA PENSIONAL - EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD Y DE INESCINDIBILIDAD O CONGLOBAMIENTO PARA APLICAR EL 14% Y 7% DEL ACUERDO 049 Y DEL DECRETO 758 DE 1990.....	51
CONCLUSIÓN SOBRE EL ESTUDIO HECHO DEL INCREMENTO PENSIONAL DEL 14% POR CÓNYUGE A CARGO SEGÚN EL ARTÍCULO 21 DEL ACUERDO 049 DE 1990, APROBADO POR EL DECRETO 758 DEL MISMO AÑO	54

GLOSARIO

COLPENSIONES: Empresa comercial e industrial del Estado encargada de la administración del régimen de prima media en Colombia, que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados con unos beneficios predeterminados, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas, es decir el Estado garantiza el pago de los beneficios pensionales a que tienen derecho los afiliados a este régimen, en todos los casos.

CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA: es la institución jurídica creada por vía jurisprudencial por la cual, frente a una sucesión normativa, una norma derogada del ordenamiento jurídico recobra vigencia para producir efectos jurídicos en una situación concreta.

ARTICULO 21 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO: Es un Principio del Derecho Laboral, en el cual se debe tener en cuenta que cualquier norma que se aplique para el reconocimiento de la pensión, debe aplicarse en su integridad y no parcialmente.

ESTATUTO DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL: Conjunto de normas y procedimientos creado por la ley 100 de 1993, en el cual se busca un mayor cubrimiento de las contingencias presentadas a los trabajadores y la conformación del sistema de seguridad social que integre varias prestaciones por parte del empleador a los trabajadores.

FAVORABILIDAD: Es un Principio del Derecho Laboral, el cual indica que cuando coexistan normas laborales de distinto origen, que regulan una misma materia y se aplican a la solución del mismo caso, se aplica la norma más favorable. (Principio Constitucional instituido en el Art. 53 superior de la Carta Magna Colombiana)

PENSIÓN: Es un seguro social frente a los riesgos laborales (Invalidez – Vejez – Muerte) que está a cargo de la AFP o COLPENSIONES y que se otorga al momento del cumplimiento de los requisitos de Ley para tal fin.

El Régimen de pensiones en Colombia ha sido creado con el ánimo de garantizar a la población el amparo en la vejez y ante eventualidades como invalidez o muerte. A partir de la Ley 100 de 1993, existen (3) tres formas de pensionarse, excepto para las personas que cumplieran los requisitos exigidos a esa fecha, para los beneficiarios del régimen de transición y para las personas exceptuadas del Sistema: Policía Nacional, Fuerzas Militares, Magisterio y Ecopetrol.

RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA: Es el sistema de ahorro para la vejez administrado por el Estado a través de COLPENSIONES. Este Régimen cuenta con beneficios predefinidos subsidiados por el Estado.

RÉGIMEN DE TRANSICIÓN: Es un beneficio en el que los afiliados tienen derecho a que se les respeten las condiciones del régimen anterior en el que se encontraban en lo que tiene que ver con edad, tiempo y monto. *El Artículo 36 de la ley 100 de 1993 indico que para los efectos de otorgar la pensión de vejez a quienes*

tuvieran edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas, debería aplicárseles el régimen anterior.

SISTEMA PENSIONAL: Está compuesto por el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

RESUMEN SOBRE EL ESTUDIO DEL 14% Y 7% DEL ACUERDO 049 Y DEL DECRETO 758 DE 1990

El presente trabajo pretende dimensionar el incremento pensional del 14% establecido en el acuerdo 049 de 1990 y aprobado por el decreto 758 de mismo año desde la perspectiva de los derechos adquiridos en Colombia, como lo establece el artículo 36 de la ley 100 de 1993, desde la perspectiva de los derechos adquiridos en Colombia, cuando el fondo de administración de pensiones COLPENSIONES no tiene en cuenta la condición más favorable del afiliado al momento de pensionarse. La presente investigación gira en torno a COLPENSIONES administrador del régimen de prima media cuando se circunscriben dos eventos: El primero tiene que ver con la responsabilidad del estado, el cual debe velar porque se cumplan los principios, criterios constitucionales y el Estatuto de Seguridad Social Integral al momento de pensionar a un afiliado. El segundo con la carga que tiene que asumir el usuario para mejorar las condiciones económicas de su prestación, es decir el incremento pensional del 14% establecido en el acuerdo 049 de 1990 y aprobado por el decreto 758 de mismo año.

INTRODUCCIÓN SOBRE EL ESTUDIO DEL 14% Y 7% DEL ACUERDO 049 Y DEL DECRETO 758 DE 1990

El Sistema General de Pensiones es el conjunto de normas que 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 Ley.

Como se ha podido observar, el sistema fue creado con el objetivo de mejorar las condiciones de vida de los habitantes del territorio nacional, desde su nacimiento hasta la muerte. Estas están a cargo de COLPENSIONES (anteriormente ISS) o de los Fondos Privados de Pensiones.

Cabe destacar que con la Ley 100 de 1993. (*COLOMBIA. Ley 100 de 1993. Sistema de Seguridad Social Integral. ECOE Ediciones. Colección Las Leyes de Colombia. Bogotá, 1994*), se crea el "Sistema General de la Seguridad Social Integral", que se integra por el conjunto de las entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, y por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios. Esta Ley elimina el papel central del Estado en la prestación de los servicios de la Seguridad Social, y establece un sistema de competencia basado en el ahorro individual que privatiza las pensiones. Aunque es importante indicar que cada trabajador puede elegir voluntariamente la entidad que le prestara la atención médica o la que le gestionará sus aportes para pensiones.

Así mismo el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (*EL Art. 36 de la Ley 100 de 1993, da lugar a que los afiliados al sistema de pensiones de la prima media se pensionen con el régimen que le era aplicable antes de entrar en vigencia la Ley de Seguridad Social integral*), dispuso un Régimen de Transición para aquellos 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, a los cuales se les respetará las condiciones establecidas en dicho régimen anterior.

Con base en la situación descrita esta investigación pretende dimensionar el incremento pensional del 14% establecido en el acuerdo 049 de 1990 y aprobado por el decreto 758 de mismo año desde la perspectiva de los derechos adquiridos en Colombia, como lo establece el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

RESEÑA HISTÓRICA DEL SISTEMA PENSIONAL SOBRE EL ESTUDIO DEL 14% Y 7% DEL ACUERDO 049 Y DEL DECRETO 758 DE 1990

SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA

Atendiendo la parte histórica de la Seguridad Social, en Colombia se remonta a los años 1945 y 1946, cuando se crearon la caja nacional de previsión (CAJANAL) y el instituto colombiano de seguros sociales (ISS).

Simultáneamente se crearon las cajas de previsión departamental y municipal en todo el país. Las bases conceptuales de este sistema se apoyarán inicialmente en la Ley del seguro social obligatorio, emitida en Alemania hacia 1883, la OIT y el plan Beveridge.

“El informe Beveridge, titulado El Seguro Social y sus servicios conexos, es el primer documento de esta naturaleza que se conoce en el campo de la seguridad social. En él se hace un examen de la situación socioeconómica del país, se analizan todas las antiguas técnicas e instrumentos utilizados para el auxilio de la población y se sintetizan en un solo cuerpo los procedimientos, dándole un carácter integral a la organización, y señalando a los Seguros Sociales y los servicios conexos. (Uzcástegui, 1990:82)”.

Con la Ley 6 de 1945 se generalizaron los derechos a pensiones, salud y riesgos profesionales de los trabajadores. Pero solo con la ley 90 de 1946, por medio de la cual se creó el instituto colombiano de seguros sociales (ICSS), se instauró un sistema de seguro social propiamente dicho, como patrimonio autónomo para el reconocimiento de las prestaciones. Con la Ley 71 de 1988, se permiten sumar los aportes de los afiliados del sector público y privado para acceder a una pensión de vejez. El Acuerdo 049 de 1990, permite mayores beneficios en las prestaciones económicas de los afiliados al régimen de prima medida, incrementos pensionales, cuyo requisito era la fidelidad al sistema general de pensiones del I.S.S.

Cabe destacar que es la ley 100 de 1993 la que cumple con tal cometido y a partir de entonces se puede considerar que existe un sistema de seguridad social integral en Colombia.

Ahora bien, la seguridad social se puede definir como un conjunto de medidas que la sociedad proporciona a sus integrantes con la finalidad de evitar desequilibrios económicos y sociales que, de no resolverse, significarían la reducción o la pérdida de los ingresos a causa de contingencias como la enfermedad, los accidentes, la maternidad o el desempleo, entre otras.

Se puede identificar a través de las prestaciones económicas y la asistencia médica, sin embargo, esas son solo algunas de las formas en las que se presenta en la vida cotidiana. En los hechos, la seguridad Social también se encuentra en los actos solidarios e inclusivos de las personas hacia los demás, pues esos actos llevan en sí mismos la búsqueda del bienestar social.

A estos elementos en la actualidad, existe un consenso internacional respecto a la consideración de la seguridad social como un derecho humano inalienable, producto de casi un siglo del trabajo mancomunado de organismos internacionales relevantes, como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización de las Naciones Unidas (ONU), e instituciones supranacionales, como la Asociación Internacional de Seguridad Social (AISS), la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS) y la Conferencia Interamericana de Seguridad Social (CISS), todas encaminadas a sensibilizar el presente tema.

Por último, cabe señalar que la seguridad social es mencionada como un derecho en la Carta Internacional de Derechos Humanos,

“La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) es un documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París; en ésta se recogen en sus 30 artículos los derechos humanos considerados básicos, a partir de la carta de San Francisco de 1945”.

Donde claramente se expresa en su Artículo 22 lo siguiente: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional y en conformidad con la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

Algunas de estas manifestaciones tienen como objetivo la protección que la sociedad proporciona a sus miembros mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que, de no ser así, ocasionarían la desaparición o una fuerte reducción de los ingresos por causa de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo o enfermedad laboral, desempleo, invalidez, vejez y muerte y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos.

“Departamento de Seguridad Social de la Oficina Internacional del Trabajo (OIT), Ginebra Centro Internacional de Formación de la OIT, con sede en Turín y la Asociación Internacional de la Seguridad Social (AISS), en Ginebra publicaron en 1991”

Propósito de la Seguridad Social en Colombia. A título ilustrativo se puede indicar que el nuevo sistema general de seguridad social (SGSSS) fortalece sin duda los mecanismos de Solidaridad contando no solo con los aportes de los empleados vinculados formalmente en el mercado laboral sino también con los aportes de las grandes industrias y negocios a nivel nacional a través de los impuestos. Este principio de Solidaridad está apoyado en el principio de Obligatoriedad, teniendo en cuenta que, sin éste, el asalariado bien podría escoger controlar y manejar él mismo su propio dinero para seguridad social, perdiéndose así el aporte solidario.

Principios de la Seguridad Social en Colombia. El sistema de salud colombiano plasmado en la ley 100 de 1993, se encuentra basado en doce (12) principios enmarcados bajo tres modelos que influyen en la administración pública de los

servicios sociales: El Neoliberal en Inglaterra, El Bismarckiano en Alemania y el modelo de política descentralizada en Estados Unidos.

Entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social en Colombia. Como se ha señalado la Ley 100 de 1993 al crear el "Sistema General de la Seguridad Social Integral", forma un conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y por los regímenes generales sea público o privado establecidos para pensiones, sea contributivo o subsidiado tratándose de salud y atendiendo la concepción positiva del riesgo objetivo son las empresas quienes asumen la carga prestacional de los riesgos laborales.

LA PENSIÓN EN COLOMBIA

El Sistema General de Pensiones tiene como objetivo asegurar a la población el cubrimiento de los riesgos o contingencias derivados de la vejez, la invalidez y la muerte, por medio del reconocimiento de pensiones y prestaciones determinadas por la Ley. Este sistema busca además la ampliación de la cobertura a segmentos de la población no cubiertos hasta ese momento por el antiguo Sistema.

Es preciso señalar que con la Ley 100 de 1993 se autoriza la creación de las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones, encargadas de administrar los recursos destinados a pagar las pensiones de los afiliados que escojan pensionarse de acuerdo con las condiciones en que estos fondos operaran de acuerdo con las disposiciones que dicha Ley exige.

También con la Ley 100 de 1993 se reglamenta y autoriza el manejo del régimen pensional manejado por el Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES y por el cual se reconoce un porcentaje fijo de pensión de acuerdo con el cumplimiento de requisitos de edad y tiempo cotizado y los fondos privados que cancelan una pensión una vez se cumplan los requisitos de Ley a través del fondo de ahorro individual.

“En Colombia existen dos sistemas para pensionarse. El Régimen del prima media con prestación definida como fondo de naturaleza pública el cual es administrado por COLPENSIONES y el Régimen de ahorro individual con solidaridad como fondo basadas en el ahorro a través de cuentas individuales administrado por los fondos privados creados a partir de la Ley 100 de 1993”.

2.1. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA PENSIONAL COLOMBIANO

En Colombia existen dos sistemas de ahorro para la jubilación, el de prima media, (sistema público que maneja el Instituto de Seguro Social Hoy COLPENSIONES) y el ahorro individual que se hace a través de los fondos privados de pensiones, es así como el sistema general de pensiones tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez

y la muerte, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones.

2.2. CAUSACIÓN Y CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS PARA PENSIONARSE A PARTIR DE LA LEY 100 DE 1993 PARA APLICAR EL 14% Y 7% DEL ACUERDO 049 Y DEL DECRETO 758 DE 1990

El Régimen de pensiones en Colombia ha sido creado con el ánimo de garantizar a la población el amparo en la vejez y ante eventualidades como invalidez o muerte. A partir de la Ley 100 de 1993, existen (3) tres formas de pensionarse, excepto para las personas que cumplían los requisitos exigidos a esa fecha, para los beneficiarios del régimen de transición y para las personas exceptuadas del Sistema: Policía Nacional, Fuerzas Militares, Magisterio y Ecopetrol.

2.2.1. Pensión de Vejez.

Cabe señalar que la pensión de vejez puede ser otorgada tanto en el Régimen de Prima Media como en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, previo al cumplimiento de los requisitos de Ley consagrados en el estatuto de Seguridad Social Integral, es decir las pautas que trata el Artículo 33 y 64 de la Ley 100 de 1993.

Para determinar el acceso a esta pensión de vejez en el Régimen de Prima Media, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que rige al Seguro Social hoy COLPENSIONES, los afiliados deberán cumplir los siguientes requisitos:

Haber cumplido 55 años de edad si es mujer y 60 años si es hombre, sin embargo, a partir del primero de enero de 2014 la edad se incrementará a 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

Haber cotizado un mínimo de semanas, así: 1.200 en el año 2011, 1.225 en el año 2012, 1.250 en el año 2013, 1.275 en el año 2014 y 1.300 a partir del año 2015.

2.3. RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN -- ACTO DE SEGURIDAD SOCIAL

El reconocimiento de pensión de vejez es la expresión de la voluntad del Estado que utiliza el Acto Administrativo, que no es más que un Acto de Seguridad Social que reconoce un Status o Derecho Adquirido del afiliado, que ha cumplido con la edad requerida y un mínimo de semanas cotizadas al sistema de pensiones. Con base en lo expuesto los requisitos de Ley para pensionarse en el Régimen de Prima Media son los siguientes:

Edad y tiempo exigidos en la norma que es, haber cumplido 55 años si es mujer o 60 años si es hombre. A partir del 1 de enero del 2014 la edad se incrementará a 57 años para mujer y 62 años para el hombre.

Haber cotizado un mínimo de 1.000 semanas en cualquier tiempo. A partir del 01 de enero del año 2005, el número de semanas se incrementó así: Para el año 2005 (1.050) semanas. Para el año 2006 (1.075) semanas. Para el año 2007 (1.100) semanas. Para el año 2008 (1.125) semanas. Para el año 2009 (1.150) semanas. Para el año 2010 (1.175) semanas. Para el año 2011 (1.200) semanas. Para el año 2012 (1.225) semanas. Para el año 2013 (1.250) semanas. Para el año 2014 (1.275) semanas y para el año 2015 (1.300) semanas.

2.4. LIQUIDACIÓN DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA

La Pensión es una prestación económica de carácter vitalicio que se paga a los extrabajadores que han cotizado y cumplen con los requisitos de Ley, es decir, edad y tiempo de servicio o semanas cotizadas.

En el caso del Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Su pago es mensual, no prescribe, no se puede renunciar al derecho de acceder a ella y al momento del fallecimiento se traslada a los sobrevivientes (conyugue e hijos menores de 18 años). La liquidación de la pensión la integran las semanas cotizadas, el IBL, el monto, el porcentaje a aplicar y la tasa de remplazo, teniendo en cuenta para el cómputo los siguientes requisitos legales contemplados en la Ley 100 de 1993.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN MATERIA PENSIONAL PARA
APLICAR EL 14% Y 7% DEL ACUERDO 049 Y DEL DECRETO 758 DE 1990

Colombia es un Estado Social de Derecho, pues así lo define el Art. 1 de la Carta Magna. Lo anterior comprende “crear los supuestos sociales de la misma libertad para todos, esto es, de suprimir la desigualdad social, es decir igualdad en la desigualdad. (WOLFAN BÖCKENFÖRDE ERNEST, 2000)

Cabe señalar que el concepto anterior es acogido por la Corte Constitucional, al establecer que:

Con el término ‘social’ se señala que la acción del Estado debe dirigirse a garantizarle a los asociados condiciones de vida dignas”. Es decir, con este concepto se resalta que la voluntad del Constituyente entorno al Estado no se reduce a exigir de éste que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerles a todos las oportunidades necesarias. (COLOMBIA Corte Constitucional. Sentencia SU 747 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. Expediente T-152455)

Así mismo en el artículo 2 de la constitución nacional que nos reseña la garantía y la efectividad de los derechos o deberes, dentro de un orden justo, las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del estado y de los particulares.

Al mismo tiempo el derecho a la seguridad social hace parte de los denominados derechos de segunda generación, que corresponde al capítulo II del Título II de la Constitución Política, “*Los derechos económicos, sociales y culturales*”. Estos derechos requieren, entre otros aspectos, de la creación de estructuras destinadas a atenderlos y la asignación de recursos con miras a que cada vez un mayor número de personas acceda a sus beneficios.

Al respecto tanto el constituyente como el legislador, al igual que la jurisprudencia constitucional, han considerado que estos derechos son prestacionales propiamente dichos, que para su efectividad requieren normas presupuestales, procedimientos y la organización, que hagan viable el servicio público de la seguridad social y que sirvan, además, para mantener el equilibrio del Sistema. (COLOMBIA. *Procuraduría General de la Nación, Exp. D-6330, Concepto No 4146, Agosto 2006*).

Cabe considerar por otra parte que el Derecho a la Seguridad Social es un derecho irrenunciable, que tiene el carácter de derecho fundamental, al tiempo que es un servicio público que por mandato Constitucional se garantiza a todas las personas en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, encaminados a la satisfacción de necesidades básicas.

Bajo estos parámetros y con una visión focalizada en el campo de pensiones, el artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, establece que el Sistema General de Pensiones se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos

conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos de una pensión o ya estén pensionados.

Conforme a los motivos plasmados en la Ley 100 de 1993, el Estado cumple (3) tres roles fundamentales respecto al tema de pensiones, como uno de los principales componentes de la política de seguridad social integral: EL ROL LEGISLADOR, ROL GARANTE Y EL ROL FISCALIZADOR.

El primero tiene que ver con la creación del Sistema de Seguridad Social Integral a partir de la Ley 100 de 1993, además la Constitución Política de Colombia en su Artículo 48, definió las características que debía tener la seguridad social, por lo cual habló de universalidad, eficiencia y solidaridad, en la misma medida, se garantizó a todos los ciudadanos el derecho irrenunciable a la seguridad social, además que se ordena ampliar progresivamente la cobertura y se permite al sector privado intervenir en la administración de los aportes realizados por los cotizantes a la seguridad social para romper así el monopolio del estado, abriendo la posibilidad de libre elección para los afiliados y de competencia entre las entidades para ofrecer mejores servicios.

El segundo lo desarrolla el Artículo 10 de la Ley 100 de 1993 cuando estipula: “el objeto del sistema general de pensiones es garantizar a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte. Es así, como tanto el Régimen de Prima Media con el de Ahorro individual, están basados en la solidaridad del Estado a través de garantías que el mismo ofrece.

El Tercero es desarrollado por el Art. 60 de la Ley 100 de 1993 numeral j, cuando establece que “el control y vigilancia de las entidades administradoras de los fondos de pensiones corresponde a la superintendencia Bancaria “(hoy Superintendencia Financiera de Colombia).

“La misión de la Superfinanciera es Preservar la confianza pública y la estabilidad del sistema financiero; mantener la integridad, la eficiencia y la transparencia del mercado de valores y demás activos financieros; y velar por el respeto a los derechos de los consumidores financieros”.

3.1. ACCESO A LA SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL COMO SERVICIO PÚBLICO

La Seguridad Social Integral es una responsabilidad del Estado tal y como se desarrolló en el capítulo anterior. Es así como en el Artículo 48 de la Constitución Política de Colombia se muestra con toda claridad como un servicio público esencial que puede ser prestado por el Estado o por entidades particulares con vigilancia de este; así mismo se garantiza el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

En ese mismo sentido, se pudo observar que el Estado Colombiano cumple unos roles para garantizar el acceso a la Seguridad Social Integral, entre ellos el rol legislador, el rol garante y el rol fiscalizador, los cuales cada uno de ellos se da en las etapas de inicios de la Ley, el acceso a la misma y los controles respectivos.

Con base en lo expuesto, para el legislador era de vital importancia dejar plasmado en la Constitución Política de Colombia los criterios que deben tener el Estado a través de sus dependencias para garantizar el derecho público esencial de la Seguridad Social, abordando el objeto de estudio del presente trabajo investigativo que es el incremento pensional del 14% establecido en el acuerdo 049 de 1990 y aprobado por el decreto 758 de mismo año desde la Perspectiva de los Derechos Adquiridos, es de anotar que el reconocimiento de las pensiones de los afiliados, es una labor que es ejecutada por las Administradoras de Fondos de Pensiones públicas o privadas.

Con base en la situación descrita en esta investigación La Constitución Política de Colombia, desarrolla en el Artículo 48°, todo lo concerniente al tema de pensiones, garantiza el acceso a la seguridad social y el derecho de pensionarse, así mismo incorpora principios fundamentales como lo son la Irrenunciabilidad y los Derechos Adquiridos, que deben ser tenidos en cuenta al momento de pensionarse el afiliado que ha cumplido con los requisitos de Ley: Edad y Tiempo.

Posteriormente en el Artículo 53° superior de la Carta Magna de Colombia se expone los mínimos principios fundamentales que debe tener un trabajador que en materia pensional sería el Principio de Favorabilidad e Irrenunciabilidad, todo ello en aras de garantizar la Seguridad Social, principios tales como: 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; Favorabilidad; garantía a la seguridad social, entre otros.

Con referencia a lo anterior, se incorpora automáticamente al contenido de la Seguridad Social lo contemplado en el Artículo 2º de la Constitución Política de Colombia que garantiza a todos los asociados la efectividad de los principios, derechos y deberes en ella consagrados, las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra y bienes y para asegurar el cumplimiento de los deberes del Estado y de los particulares.

Entonces al determinar los alcances de esta normativa se infiere que el servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación, definiendo en el literal a, el principio de *EFICIENCIA* como 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.

En efecto, el artículo 4 constitucional establece que “la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.”. De tal mandato se deriva la figura de la excepción de inconstitucionalidad, la cual puede y debe ser aplicada por funcionarios judiciales y administrativos

En caso de que exista una disposición legal que conlleve injusticias manifiestas en su aplicación y que contradiga la naturaleza del Estado Social de Derecho Colombiano y el funcionario administrativo no aplique la excepción de inconstitucionalidad, tal actuación constituiría una vía de hecho y perdería su validez.

El funcionario que aplica la norma no solamente debe tener en cuenta durante su ejercicio el tenor literal de las leyes. Su actuar debe verse iluminado por las reglas y principios de carácter constitucional. En referencia a este aspecto, y estudiando la materia de pensiones, dijo la Corte:

“Ese principio de reconocer la eficacia real de los derechos de las personas, y uno de esos derechos es la seguridad social en pensiones, plantea la obligación para los operadores jurídicos (entre ellos los funcionarios que tramitan las solicitudes de pensiones en el I.S.S.) de superar las simples normas reglamentarias, para poner especial cuidado en los principios constitucionales y ponderar y reflexionar sobre los valores jurídicos y los derechos fundamentales constitucionales (T-715/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero). O sea que no solamente se deben leer los reglamentos del I.S.S. sino que hay que aplicar de manera preferencial la Constitución, las leyes de la República e interpretarlas respetándose los derechos, los principios y los valores. Por consiguiente, las Resoluciones del I.S.S. que solo tienen en cuenta la reglamentación interna de la Institución y la Ley 100 de 1993, carecen de motivación

suficiente porque pasan por alto la Constitución Política y otras leyes que pueden y generalmente son necesarias para resolver cada caso concreto”

La Corte Constitucional, en sentencia 1260 del 2008, abordó el tema referente a la imprescriptibilidad de la pensión, pero no así de las mesadas de las que de ella se deriven, en los siguientes términos:

“...Conforme con el artículo 48 de la Constitución Política el derecho a la seguridad social es de naturaleza imprescriptible. Por su parte, el artículo 53 de la Carta establece la obligación para el Estado de garantizar el derecho al pago oportuno y reajuste de las pensiones. Con base en los citados preceptos constitucionales la jurisprudencia constitucional ha considerado que el derecho a la pensión es imprescriptible.

La jurisprudencia constitucional, tanto en sede de control abstracto (Ver entre otras las sentencias C-230 de 1998 M. P. Alejandro Martínez Caballero, C-198 de 1999 M. P. Alejandro Martínez y C-624 de 2006 M. P. Rodrigo Escobar Gil” como de control concreto (Ver entre otras las sentencias SU-430 de 1998 M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-274 de 2007 M. P. Nilson Pinilla Pinilla.) de constitucionalidad, ha sido uniforme en considerar el derecho a la pensión como imprescriptible. Ha indicado que este carácter imprescriptible se deriva de principios y valores constitucionales que garantizan la solidaridad que debe gobernar las relaciones sociales, y además se constituye como un instrumento para materializar la especial protección que el Estado debe a las personas de la tercera edad, con el propósito de garantizar el mantenimiento de sus condiciones

dignas de vida. En ese sentido lo ha expresado, por ejemplo, en la Sentencia C-1098 de 1999 en la cual señaló 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”

Ahora bien, debe la Corte precisar que la imprescriptibilidad del derecho a la pensión se predica del mismo considerado de manera sustancial, pero no de las prestaciones periódicas o mesadas que de él se derivan y que no han sido reclamadas por el beneficiario, a las cuales les son aplicables la regla general de prescripción de las acreencias laborales de 3 años, prevista en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, pasa esta Sala de Revisión a realizar el análisis de fondo del caso concreto.

Del anterior precedente jurisprudencial, la Sala considera que, con relación al reconocimiento de la pensión de jubilación, ninguna duda asoma frente a su imprescriptibilidad, postulado que, sin embargo, no cobija lo que tiene que ver con las

prestaciones periódicas y mesadas, que tanto la ley como la jurisprudencia, han establecido un límite para su reclamación que es de 3 años.

Ahora bien, en lo relacionado con los derechos consagrados en los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, que trata sobre los incrementos pensionales por personas a cargo, que es justamente a lo que se contrajo la reclamación del actor ante la jurisdicción laboral, es temática que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha abordado en los siguientes términos (Corte Suprema de Justicia, sentencia de casación radicado 29741 del 5 de diciembre de 2007):

“(...) se observa que el ataque pone a consideración de la Corte el tema relativo a la vigencia de los incrementos por personas a cargo, consagrados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 0758 de igual año, y para tal efecto el recurrente argumentó in extenso, que el Tribunal al estimar que la nueva ley de seguridad social no los había derogado, y que los mismos estaban comprendidos dentro de los aspectos que conservó el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, incurrió en la trasgresión por la vía directa del conjunto normativo enlistado en la proposición jurídica del cargo; y en estas condiciones, la censura en el recurso de casación muestra su firme propósito de hacer variar el criterio esbozado por ésta Corporación en torno a esta temática en la decisión del 27 de julio de 2005 radicado 21517, que le sirvió de soporte al Juez Colegiado para dirimir la litis.

Pues bien, en primer lugar es menester acotar, conforme lo advierte el Tribunal y la censura, que esta Sala de la Corte en casación del 27 de julio de 2005 radicación 21517, por mayoría definió que los incrementos por personas a cargo previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 aprobado por el Decreto 0758 de 1990, aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993 mantuvieron su vigencia, esto para quienes se les aplica el mencionado Acuerdo del ISS por derecho propio o transición, siendo aquél el criterio que actualmente impera, oportunidad en la cual se sostuvo:

“(....) El Instituto de seguros Sociales por Resolución 008545 de 12 de mayo de 1999 (folio 17, 18 y 19, cuaderno 2) reconoció expresamente que al asegurado LUIS HERNANDO HERRERA SILVA se le aplicaba el Art. 36 de la Ley 100 de 1993 para concederle su pensión de vejez y que por tanto el régimen correspondiente a su caso era el anterior a la expedición de la nueva normatividad.

Cuando a los beneficiarios de un régimen de transición se les reconoce que las normas propias para su caso son las contenidas en el régimen anterior, quiere decir ello que todos sus derechos pensionales se derivan de la regulación vigente antes de entrar en aplicación las nuevas disposiciones. El axioma es sencillo: Si a los beneficiarios de pensiones de vejez se les aplica un régimen anterior vigente, es todo en su conjunto y no solamente, como se pretende, una parte de la normatividad que

venía rigiendo. Y está premisa es válida para todos los trabajadores que se hallan cobijados por las disposiciones del acuerdo 049 de 1990 y su decreto reglamentario.

En el caso presente, el beneficiario, por la <transición> de la Ley 100 de 1993, es sujeto del régimen contenido en el acuerdo ISS 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 del mismo año en concordancia con las normas que lo complementan.

El recurrente buscó convencer a esta corporación que el artículo 21 del acuerdo 049 de 1990 desapareció, en razón a que fue omitida su mención dentro de las normas derogadas. Para resolver la dubitativa interpretación, acudiremos al Art. 21 del Código Sustantivo del Trabajo que consagra los principios de favorabilidad y de inescindibilidad de las normas. Esto nos conduce a que, en caso de conflicto o duda sobre la aplicación de una norma, prevalece la más favorable al trabajador y que la que se adopte debe aplicarse en su integridad.

En este proceso, habida cuenta de que el Instituto de Seguros Sociales reconoció la calidad de beneficiario del Régimen de Transición del señor Herrera, recurriremos a la sabiduría del legislador o sea la aplicación del Art. 21 del C. S. del T.

El Art. 36 de la ley 100 de 1993 indicó que para los efectos de otorgar la pensión de vejez a quienes tuvieran edad, tiempo de servicio o semanas cotizadas, debería aplicárseles el régimen anterior. Este régimen anterior no es otro que el consagrado en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 del mismo año. Y su aplicabilidad debe ser total. En dicho régimen se contempla lo siguiente: Es para los afiliados al Seguro Social por invalidez, vejez y muerte (Art. 1º); señala los requisitos

para acceder a la pensión de vejez (Arts. 12 y 13); establece en qué forma se integran las pensiones, la manera de liquidarlas y el salario que debe tenerse en cuenta (Art. 20) y finalmente mantiene el derecho a los incrementos de las pensiones (Art. 21) para cada uno de los hijos o hijas menores de 16 o de 18 años, o inválidos no pensionados de cualquier edad y para el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de él. El Art. 22 de dicho acuerdo expresamente menciona que los incrementos de las pensiones no hacen parte de la pensión de vejez (monto). Por ello es que la Ley 100 de 1993 en sus Arts. 31, 34 y 36 al hablar del monto de las pensiones se abstuvo de mencionar los incrementos de las pensiones por no hacer parte de él. Pero ante la duda o conflicto de su vigencia nos auxilian los principios de favorabilidad e inexecutable que comporta el derecho del trabajo.

Por lo anterior el Ad-quem no violó directamente, ni aplicó indebidamente el Art. 21 del Acuerdo ISS 049 de 1990. Todo lo contrario. Lo que se observa en la sentencia atacada es que se dio cabal aplicación al régimen anterior, cuando dice: <En consecuencia una primera inferencia obvia que resulta de los textos transcritos es que la ley 100 de 1993, en materia de riesgos por invalidez, vejez y muerte de origen común, no derogó en su totalidad la legislación anterior que regulaba la materia, sino que mantuvo mucha de parte de ésta por no serle contraria, o simplemente porque la nueva constituía solo una modificación, una adición o una excepción.

Por su parte el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, ya citado se refiere al monto de las pensiones de vejez, invalidez y los artículos 21 y 22 a los incrementos de estas, así como a su naturaleza jurídica>.

Es clara la sentencia recurrida cuando entre sus consideraciones dice:

<Ahora bien, los artículos 34 y 40 de la ley 100 de 1993 regularon lo atinente a los montos de las pensiones de vejez e invalidez respectivamente, pero nada dispusieron respecto a los incrementos que consagraba la legislación anterior, por lo cual es razonable inferir que estos aún perduran en la actualidad, ya que no son contrarios a la nueva legislación y simplemente la adicionan o la complementan, tal como lo hacían en el régimen anterior

“Y es que la transición consagrada en el artículo 36 opera para la pensión de vejez y los incrementos aquí reclamados, al no formar parte de ella, mal podrían ser objeto del dicho régimen, lo que corrobora el concepto de que no fueron derogados, sino que se encuentran vigentes, porque su existencia es independiente de la pensión misma>.

Así las cosas, las anteriores fundamentaciones jurídicas del Tribunal no son <abiertamente equivocadas>, como lo aduce la censura, ya que el Art. 10º de la Ley 100 de 1993 tiene por objeto garantizarle 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... (subrayas y negrillas del casacionista).

Es verdad 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.

Más adelante nos recuerda que los Arts. 31, 34 y 40 de la Ley 100 no dispusieron nada respecto a los mencionados incrementos. Pero no explica su confusión con el Art. 36 del régimen general de pensiones que retrotrajo el régimen anterior, o sea, el del Acuerdo ISS 049 de 1990 que se aplica a todos quienes reúnan las condiciones fijadas por dicha normatividad.

Finalmente, el recurrente aduce una indebida aplicación del Art. 289 de la Ley 100 de 1993, pues dicha norma según su entender derogó todas las disposiciones que le fueran contrarias. Sin embargo, los incrementos a las pensiones para los beneficiarios del régimen del acuerdo I.S.S. 049 de 1990, ya por derecho propio o por el de transición no pueden ser contrarias, por reconocimiento expreso de la misma norma al decir que esta <salvaguarda los derechos adquiridos> (subrayas y negrillas de la ponencia).

De conformidad con lo expuesto, esta corporación concluye que el Tribunal Superior de Montería no aplicó indebidamente el régimen contenido en el Acuerdo I.S.S. 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año en relación con los Arts. 10, 31, 34, 36, 40 y 289 de la Ley 100 de 1993. Por tanto, es del caso desestimar también el tercer cargo”.

No obstante, los importantes razonamientos de la censura, no hay lugar a que esta Corporación entre a modificar la posición jurisprudencial que antecede y por el contrario en esta ocasión merece su ratificación (...).”.

De los precedentes jurisprudenciales referenciados, tanto de la Corte Constitucional como de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia,

se infiere que jurídicamente admisible se muestra la tesis del Juzgado 6 Laboral del Circuito de Barranquilla

“Cfr. Folio 40 cuaderno de anexos. “....Como se encuentra propuesta en su oportunidad legal la excepción de prescripción, esta prospera parcialmente con relación a los incrementos causados antes del 20 de febrero de 2005 y se pagarán sobre los causados con posterioridad a esa fecha. Lo anterior teniendo en cuenta que la prescripción se interrumpe con la presentación de la reclamación administrativa, que lo fue el 20 de febrero de 2008 (folio 6), de conformidad con lo dispuesto en el art. 488 del Código Sustantivo del Trabajo y Art. 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social...”.

Cuando al analizar el caso consideró que siendo el señor Adolfo León Montes Peñalosa, persona a quien se le reconoció su pensión de jubilación de conformidad con las normas sobre régimen de transición, y que los artículos 21 y 22 del acuerdo 049 de 1990, no fueron objeto de revocatoria por parte de la ley 100 de 1.993, se ofrecía viable que los beneficios a que se refiere el Acuerdo 049 de 1990, que reglamenta el incremento del 14% a la pensión, por personas a cargo, le fuera concedido a partir del 20 de febrero de 2005.

Así las cosas, podemos destacar que la responsabilidad de la prestación del servicio público de la Seguridad Social Integral en Colombia corresponde al Estado, quién es el que crea la legislación, es garante de la prestación del servicio y vigila porque se cumplan los principios mínimos fundamentales en materia pensional; es el

Estado quien debe procurar la mejor prestación del servicio en las líneas de un Estado Social de Derecho.

3.2. EL PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD PARA APLICAR EL 14% Y 7% DEL ACUERDO 049 Y DEL DECRETO 758 DE 1990

El código sustantivo del trabajo (COLOMBIA. Presidencia de la República. Código Sustantivo de Trabajo. Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950), contempla una serie de derechos laborales mínimos que tienen el carácter de irrenunciables, esto es, que el trabajador no puede por voluntad propia renunciar a ellos, y mucho menos por exigencia del empleador o un tercero, derechos que tampoco son negociables ni transables.

Partiendo de la base anterior, se entiende que la Seguridad Social Integral es la consecuencia de una relación de trabajo, por ende, es regida por las leyes laborales y protegida por la Constitución Política de Colombia, además el Artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo establece: “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

En ese orden de ideas la misma norma establece que basta con la prestación personal del servicio por parte del empleado para que se presuma siquiera una relación de trabajo regida por un Contrato de Trabajo, es por ello que esta es una presunción legal que establece la norma sustancial sobre la existencia del contrato de trabajo.

Así las cosas, siempre que exista un Contrato de Trabajo tal y como lo establece el Art. 22 y 23 del Código Sustantivo de Trabajo, se derivaran las responsabilidades patronales de la Seguridad Social y en conjunto las del empleado que aporta en una parte a la misma para la prevención de riesgos, esto es la Salud, la Pensión en cualquiera de las modalidades y los riesgos laborales.

“ARTICULO 22. DEFINICION.

1. Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.

2. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, {empleador}, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario.

ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES. <Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

Atendiendo a estas consideraciones la Constitución Política de Colombia, en su Artículo 48 incorpora la Irrenunciabilidad como principio fundamental de la relación de trabajo y lo extiende a las pensiones, como una consecuencia del Rol garantista del Estado en la Seguridad Social Integral, pues es éste el que vela porque se cumplan los criterios, principios y reglamentos en beneficio del trabajador.

Así mismo el Artículo 53° superior, ratifica el Principio de Irrenunciabilidad en aras de garantizar la Seguridad Social por parte del Estado y lo expone como unos de

los principios básicos y fundamentales en materia pensional ya que lo entiende como un derecho intrínseco e inseparable de la misma relación de trabajo.

En ese mismo sentido, se hace necesario traer a colación lo dispuesto por la Corte Constitucional, en sentencia T-592 del 2009 en la cual infiera en el tema así:

Ahora bien, por derechos irrenunciables se entienden todos aquellos que no son materia de negociación o de discusión. Los artículos 53 de la Constitución Política y el 13 del Código Sustantivo del Trabajo consagran como garantía fundamental en materia laboral la irrenunciabilidad de los derechos mínimos a favor del trabajador. Esta Corporación ha manifestado que el principio en mención, “refleja el sentido reivindicatorio y proteccionista que para el empleado tiene el derecho laboral.

De suerte que los logros alcanzados en su favor, no pueden ni voluntaria, ni forzosamente, ni por mandato legal, ser objeto de renuncia obligatoria”, pues se busca asegurarle al trabajador un mínimo de bienestar individual y familiar que consulte la dignidad humana, siendo por lo tanto de orden público las disposiciones legales que regulan el trabajo humano y sustraídos de la autonomía de la voluntad privada los derechos y prerrogativas en ellas reconocidos, salvo los casos exceptuados expresamente por la ley (artículo 14 del Código Sustantivo del Trabajo). Según el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo, los derechos mínimos irrenunciables del trabajador son las garantías que la ley laboral ha consagrado a su favor, entre los que se encuentran el salario mínimo y algunas prestaciones sociales básicas. Todo pacto individual o colectivo por debajo de esos mínimos irrenunciables es nulo y carece de

efectos. (COLOMBIA Corte Constitucional. Sentencia T-592 de 2009. Magistrado Ponente: Dr. JORGE IVAN PALACIO PALACIO. Expediente T-2248994).

Como se ha señalado la Corte ha entendido que este principio de irrenunciabilidad a los beneficios laborales mínimos, incluyendo los vinculados con la seguridad social, es un mecanismo de protección a los trabajadores. Al aplicar este criterio general sobre la irrenunciabilidad de los derechos laborales mínimos al caso específico de la pensión de vejez, la jurisprudencia de la Corte ha partido de la premisa según la cual la pensión está ligada inescindiblemente a las protecciones constitucionales del derecho al trabajo. “El principio de irrenunciabilidad de los derechos pensionales, que después de la Constitución de 1991 no admite excepciones, tiene entonces una doble connotación: por un lado, y principalmente, se funda en la concepción de la seguridad social como un derecho, y por lo tanto dota a la pensión de un atributo con el cual se la protege de cualquier pacto privado o urgencia coyuntural”. (COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-138 de 2010. Magistrado Ponente: MAURICIO GONZALEZ CUERVO. Expediente T- 2.413.372, T- 2.414.958, T- 2.418.448).

El acuerdo 049 de 1990 que fue aprobado por el decreto 758 del mismo año estableció unos derechos y beneficios a los pensionados, en cuanto en su artículo 21 establece el incremento pensional del 14% sobre la pensión mínima legal, por el compañero o compañera del beneficiario, o el 7% por hijos menores o mayores de 18 años y hasta los 25 años, siempre y cuando se encuentren estudiando, este artículo

no fue derogado por la ley 100 de 1993, que lo aprobó en su artículo 36 del régimen de transición.

LOS DERECHOS ADQUIRIDOS EN MATERIA PENSIONAL PARA APLICAR EL 14% Y 7% DEL ACUERDO 049 Y DEL DECRETO 758 DE 1990

La Jurisprudencia al igual que la Doctrina, distingue los derechos adquiridos de las simples expectativas, y coinciden ambas en afirmar que los primeros son intangibles y, por tanto, el legislador al expedir la ley nueva no los puede lesionar o desconocer. No sucede lo mismo con las denominadas “expectativas”, pues como su nombre lo indica, son apenas aquellas probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho; en consecuencia, pueden ser modificadas discrecionalmente por el legislador.

Al respecto el Estatuto Superior de la Carta Magna de Colombia protege expresamente, en el artículo 58, los derechos adquiridos y prohíbe al legislador expedir leyes que los vulneren o desconozcan, dejando por fuera de esa cobertura a las llamadas expectativas, cuya regulación compete al legislador, conforme a los parámetros de equidad y justicia que le ha trazado el propio Constituyente para el cumplimiento de su función.

Así las cosas, se puede colegir que quien ha satisfecho los requisitos exigidos por la ley para acceder a una pensión de jubilación o de vejez, tiene un derecho

adquirido, tiene derecho a gozar de su prestación económica. Pero quien aún no ha completado el tiempo de servicio o llegado a la edad prevista en la norma legal, no tiene un derecho, sino que se halla apenas ante una simple expectativa de alcanzarlo en el momento de reunir la condición faltante. Por ende, el derecho adquirido se incorpora de modo definitivo al patrimonio de su titular y queda a cubierto de cualquier acto oficial que pretenda desconocerlo, pues la propia Constitución lo garantiza y protege; no ocurre lo mismo con la expectativa que, en general, carece de relevancia jurídica y, en consecuencia, puede ser modificada o extinguida por el legislador. Y es en esta última categoría donde debe ubicarse la llamada 'condición más beneficiosa'

A continuación, se mencionan algunos autores que trata la doctrina y la jurisprudencia que han desarrollado la tesis de los Derechos Adquiridos (El concepto de derecho adquirido ha sido tema de reflexión de innumerables tratadistas, muy especialmente en el campo del derecho civil, oponiendo esa noción a la de mera expectativa. Por vía de ilustración, Así lo dispone la Sentencia de Constitucional C.168 de 1995), en materia pensional:

Bonnecase considera que la noción clásica del derecho adquirido debe sustituirse por la de "situación jurídica concreta" y a su turno, la noción de expectativa debe ceder el puesto a la de "situación jurídica abstracta"; la primera, es derecho adquirido y la segunda, es expectativa. "Por la noción de situación jurídica abstracta entendemos la manera de ser eventual o teórica de cada uno, respecto de una ley determinada"; y la situación jurídica concreta, "es la manera de ser de una persona determinada, derivada de un acto jurídico o de un hecho jurídico que ha hecho actuar

en su provecho o en su contra, las reglas de una institución jurídica y el cual al mismo tiempo le ha conferido efectivamente las ventajas y las obligaciones inherentes al funcionamiento de esa institución" y sobre esta última señala que "constituyen el campo sobre el cual no puede tener efecto la nueva ley.

Para el Honorable Concejo de Estado, el concepto de Derechos Adquiridos no es ajeno y ha tenido el siguiente pronunciamiento:

Debe hablarse pues de un derecho adquirido cuando se completa el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicios requeridos, que debe ser protegido por el legislador, ya que como es sabido, a este, por mandato constitucional, se le impone respetar todos los derechos, garantías y beneficios adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores. Por ello, dentro de la previsión, que consagra la Ley 100 de 1993, en su artículo 11 debe entenderse que queda amparado también el trabajador que habiendo cotizado al sistema de seguridad social o servicio al Estado las semanas y el tiempo requerido, no hubiere cumplido, a su entrada de vigencia, la edad cronológica para exigir la prestación. De allí que quien hubiere cotizado o trabajado el tiempo requerido para adquirir el derecho a la pensión tiene el Estado que respetarle como mínima garantía el régimen vigente al momento de completar el tiempo de servicios o las semanas cotizadas. (COLOMBIA. Concejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 20 de Octubre de 2005. Concejera Ponente: ANA MARGARITA OLAYA FORERO. Expediente: 15001-23-31-000-1997-17518-01(3701-04).

Atendiendo a estas consideraciones, la Corte Constitucional en Sentencia C-168 de 1995, también recoge apartes del desarrollo de la tesis de los Derechos Adquiridos, de esta manera:

Los derechos adquiridos están íntimamente relacionados con la aplicación de la ley en el tiempo, pues una ley posterior no puede tener efectos retroactivos para desconocer las situaciones jurídicas creadas y consolidadas bajo la ley anterior.

El derecho adquirido se incorpora de modo definitivo al patrimonio de su titular y queda a cubierto de cualquier acto oficial que pretenda desconocerlo, pues la propia Constitución lo garantiza y protege; no ocurre lo mismo con la expectativa que, en general, carece de relevancia jurídica y, en consecuencia, puede ser modificada o extinguida por el legislador. Y es en esta última categoría donde debe ubicarse la llamada 'condición más beneficiosa'. Se puede concluir que quien ha satisfecho los requisitos de edad y tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, exigidas por la ley para acceder a una pensión de jubilación o de vejez, tiene un derecho adquirido a gozar de la misma. Pero quien aún no ha completado el tiempo de servicio o llegado a la edad prevista en la norma legal, no tiene un derecho, sino que se halla apenas ante una simple expectativa de alcanzarlo en el momento de reunir la condición faltante. (COLOMBIA Corte Constitucional. Sentencia C-168 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ. Expediente: D-686)

Sin embargo, La Constitución Política de Colombia establece una excepción al principio de la irretroactividad de la ley, al consagrar la favorabilidad de las normas penales, la que dejó estatuida en el artículo 29, así: "En materia penal, la ley permisiva

o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

De la misma manera, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 17 de marzo de 1977 ya se había pronunciado sobre las situaciones definidas y derechos adquiridos, en esa oportunidad expresó:

Por derechos adquiridos, ha dicho la Corte, se tienen aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una ley, y que por lo mismo han creado a favor de sus titulares un cierto derecho que debe ser respetado. Fundamento de la seguridad jurídica y del orden social en las relaciones de los asociados y de estos con el Estado, es que tales situaciones y derechos sean respetados íntegramente mediante la prohibición de que leyes posteriores pretendan regularlos nuevamente. Tal afectación o desconocimiento sólo está permitido constitucionalmente en el caso de que se presente un conflicto entre los intereses generales o sociales y los individuales, porque en este caso, para satisfacer los primeros, los segundos deben pasar a un segundo plano.

Se trata de afirmar entonces el imperio del principio de que el bien común es superior al particular y de que, por lo mismo, este debe ceder. (COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 17 de Marzo de 1977)

Por su parte, la Corte Constitucional al resolver una demanda contra el artículo 289 de la misma ley que hoy se impugna parcialmente, expresó en relación con este tema lo siguiente:

La norma (art. 58 C.N.) se refiere a las situaciones jurídicas consolidadas, no a las que configuran meras expectativas, estas, por no haberse perfeccionado el derecho, están sujetas a las futuras regulaciones que la ley introduzca. Es claro que la modificación o derogación de una norma surte efectos hacia *el futuro*, salvo el *principio de favorabilidad*, de tal manera que las situaciones consolidadas bajo el imperio de la legislación objeto de aquélla no pueden sufrir menoscabo. Por tanto, de conformidad con el precepto constitucional, los derechos individuales y concretos que ya se habían radicado en cabeza de una persona no quedan afectados por la nueva normatividad, la cual únicamente podrá aplicarse a las situaciones jurídicas que tengan lugar a partir de su vigencia. (COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 1994. Magistrado Ponente: JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO. Expediente: D-629)

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL / CONDICION MAS
BENEFICIOSA PARA EL TRABAJADOR PARA APLICAR EL 14% Y 7% DEL
ACUERDO 049 Y DEL DECRETO 758 DE 1990

La "condición más beneficiosa" para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quién ha de aplicarla o interpretarla. De conformidad con este

mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL / PRINCIPIO IN DUBIO PRO-
OPERARIO - Diferencias PARA APLICAR EL 14% Y 7% DEL ACUERDO 049 Y DEL
DECRETO 758 DE 1990

El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 21, contempla el principio de favorabilidad, así: "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"; se parte entonces del presupuesto de la coexistencia de varias normas laborales vigentes que regulan una misma situación en forma diferente, evento en el cual habrá de aplicarse la norma que resulte más benéfica para el trabajador. Dicho principio difiere del "in dubio pro-operario", según el cual toda duda

ha de resolverse en favor del trabajador; porque en este caso tan sólo existe un precepto que reglamenta la situación que va a evaluarse, y como admite distintas interpretaciones, se ordena prohiar la que resulte más favorable al trabajador.

Por último, en Sentencia C-126 de 1995 La Corte Constitucional al resolver la acusación contra el inciso primero del artículo 36 de la ley 100 de 1993, que aquí también se impugna y que trata sobre el aumento de edad para efectos pensionales a partir del año 2014, expresó:

Considera la Corte conveniente precisar que la cuestión debatida no involucra un desconocimiento de los derechos adquiridos, ya que las situaciones que se consolidaron bajo el amparo de la legislación preexistente no tienen por qué ser alteradas en el evento de que entre a operar la hipótesis prevista para el año 2014. Las meras expectativas mientras tanto permanecen sujetas a la regulación futura que la ley ha introducido. (COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-126 de 1995. Magistrado Ponente: HERNANDO HERRERA VERGARA. Expediente: D-616-17-25)

4.3. REGIMEN DE TRANSICIÓN EN MATERIA PENSIONAL PARA APLICAR EL 14% Y 7% DEL ACUERDO 049 Y DEL DECRETO 758 DE 1990

El sistema de Seguridad Social integral inmerso en la Ley 100 de 1993 en su Artículo 36 indico que para los efectos de otorgar la pensión de vejez a quienes tuvieran edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas, debería aplicárseles el

régimen anterior siempre y cuando hubiesen adquirido el derecho dentro de la vigencia de la Ley anterior, es decir edad y tiempo de servicios o semanas cotizadas.

Para entender lo anterior se hace necesario recordar lo ya expuesto en el capítulo de los derechos adquiridos, siendo estos los que hacen parte del patrimonio de la persona y que se diferencian de las meras expectativas que son aquellas probabilidades de conseguir u obtener un derecho algún día siempre y cuando se cumplan los requisitos de Ley para tal fin.

Aunado a lo anterior al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, había personas que se encontraban próximas a cumplir los requisitos para pensionarse, por ende el legislador quiso proteger sus expectativas legítimas, y en tal virtud señaló que dichas personas conservaban el derecho a pensionarse con el régimen anterior, el cual seguramente les resultaba más favorable, siempre y cuando a esa fecha, es decir al 01 de Abril de 1994 para el sector privado y 30 de junio de 1995 para el sector público del orden departamental, municipal y distrital, su edad fuera de 40 o más años de edad en el caso de los hombres y de 35 años o más en tratándose de las mujeres; o tuvieran 15 o más años de servicios cotizados.

A todos ellos, el legislador limitó el tiempo durante el cual se puede hacer uso de ese derecho y señaló como tal el 31 de Julio de 2010. No obstante el Acto Legislativo 001 del 22 de Julio de 2005, que adicionó el Art. 48 de la Constitución Política de Colombia, estableció en le párrafo transitorio 4º, que dicho régimen de transición no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho Régimen, además tengan cotizadas 750 semanas

o su equivalente en tiempo de servicios, es decir 15 años de servicio, a la entrada en vigencia del mencionado Acto Legislativo (25 de julio de 2005); a los cuales se les mantendrá hasta el año 2014.

Sin embargo, existían dudas si la prórroga del Régimen de Transición era al 31 de diciembre de 2013 o 31 de diciembre de 2014, en este sentido y para suplir el vacío que había dejado la reforma de la constitución el Concejo de Estado (COLOMBIA. Concejo de Estado. Sentencia del 06 de Abril de 2011. C.P. GERADO ARENAS MONSALVE. Expediente 2007-00054), dispuso:

Adicionalmente el Acto Legislativo No. 1 de 2005 en su párrafo transitorio No. 4 determinó que el régimen de transición no podrá extenderse más allá del 31 de Julio de 2010, excepto para los trabajadores que estando en dicho Régimen, además tengan cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios, es decir 15 años de servicio, al 25 de julio de 2005 – fecha de entrada en vigencia de dicho acto, quienes podrán seguir amparados con la transición hasta el 31 de Diciembre de 2014, efectuando de esta manera un desmonte de la transición pensional prevista en la Ley 100 de 1993.

En ese mismo sentido se pronunció la Procuraduría General de la Nación, en la circular 48 de 2010, en la cual expresó lo siguiente:

En virtud de lo anteriormente expuesto, el Ministerio Público solicita acatar la presente circular y adoptar de inmediato las medidas de corrección de criterios, frente al párrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005, toda vez que debe aplicarse

el término conforme a los conceptos arriba citados (según los cuales el plazo vencería el 31 de Diciembre de 2013) se estaría frente a una interpretación irregular del mismo y por consiguiente, se violarían los derechos fundamentales de los afiliados a regímenes pensionales cobijados por dicha transición. El párrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005 indica según los citados antecedentes, que el régimen de transición se extiende hasta el 31 de diciembre de 2014.

Adicional a los requisitos ya planteados si al momento de entrar en vigencia la reforma constitucional de 2005, el afiliado no tenía 750 semanas cotizadas al sistema, la posibilidad de pensionarse con el régimen de transición sólo va hasta julio de 2010.

Finalmente vale la pena anotar que la edad de pensión para los beneficiarios del régimen de transición es la consagrada en el régimen pensional anterior a la ley 100 de 1993, así:

Para los trabajadores del sector privado 60 años si son hombres y 55 años si son mujeres de edad.

4.4. ALCANCES DE LA REFORMA DEL ACTO LEGISLATIVO 001 DE 2005 PARA APLICAR EL 14% Y 7% DEL ACUERDO 049 Y DEL DECRETO 758 DE 1990

El Gobierno Nacional ha querido acabar con la transición del Art. 36 de la Ley 100 de 1993, con la expedición de las Leyes 797 y 860 de 2003, subiendo paulatinamente el requisito de la densidad de semanas cotizadas para lograr el derecho a la pensión de vejez, así como los beneficios de los beneficios de los

pensionados bajo regímenes anteriores a la Ley 100 de 1993, tales como la mesada 14, también tuvo un intento de derogación inmediato con las leyes antes propuestas, habiendo sido declarada inexecutable por la Corte Constitucional por vicios de trámite y no respetar los derechos adquiridos a las expectativas legítimas de aquellas personas próximas a pensionarse. (COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-1056 de 2003. M.P. Hernán Barrero Bravo. Expediente D-4.500)

Por ende y al encontrar que la Constitución Política de Colombia era el gran obstáculo para reformar la Ley de general de pensiones se hacía necesario reformarla tal y como se hizo en el Acto Legislativo 001 de 2005.

Por otro lado, podemos resumir de la siguiente manera los cambios más significativos que introduce el Acto Legislativo 001 de 2005 en el Régimen de pensiones:

Uno de los cambios que más debates tuvo fue el del llamado Período de Transición, ese tiempo que le dio la Ley 100 de privilegio a las personas que al 1 de abril de 1994 tuviesen 35 años las mujeres y 40 años los hombres. La Ley 100 decía que esas personas conservaban su derecho a jubilarse a los 55 años las mujeres y a los 60 los hombres, hasta el 31 de diciembre de 2014. Ahora, luego del Acto Legislativo de julio pasado, el derecho a pensionarse a los 55 y 60 años se podrá obtener sólo en dos casos:

Las personas que tengan 1.000 semanas cotizadas y cumplan 55 años (mujeres) o 60 años (hombres) hasta el 31 de julio de 2010.

Las personas pertenecientes a ese Régimen de Transición que, además, hasta el pasado 23 de julio de 2005 hubieran cotizado 750 semanas (es decir, 15 años de cotización). Esas personas se podrán pensionar si cumplen 55 o 60 años, respectivamente, hasta el 31 de diciembre de 2014.

Las pensiones ahora podrán ser objeto de descuentos para el pago de aportes en salud, deducciones tributarias y embargos por alimentos, deudas con el ICETEX o con cooperativas.

4.5. LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA EN MATERIA PENSIONAL - EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD Y DE INESCINDIBILIDAD O CONGLOBAMIENTO PARA APLICAR EL 14% Y 7% DEL ACUERDO 049 Y DEL DECRETO 758 DE 1990

En materia pensional ha de tenerse en cuenta el principio de Favorabilidad el cual indica que cuando coexistan normas laborales de distinto origen, que regulan una misma materia y se aplican a la solución del mismo caso la norma más favorable.

Aunado a lo anterior el Principio de Favorabilidad genera la inexecutable o congloba miento, en el cual se debe tener en cuenta que cualquier norma que se aplique para el reconocimiento de la pensión, debe aplicarse en su integridad y no parcialmente.

Ahora bien, el Código Sustantivo del Trabajo (COLOMBIA. Presidencia de la República. Código Sustantivo de Trabajo. Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950) define en su Artículo 21 establece que: 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.

En ese mismo sentido el Artículo 53 de la Constitución Política de Colombia precisa el Principio de Favorabilidad así: "Situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho"

Por consiguiente, La Corte Constitucional ha precisado el Principio de Favorabilidad de este modo: "Luego también debe la Corte precisar que el principio de favorabilidad solo se circunscribe a los eventos complejos de los conflictos de normas, pero que dicho principio nunca puede aplicarse en tratándose de la valoración de las pruebas. Por lo tanto las disposiciones que se adopten los jueces deben aplicarse en su integridad y nunca parcialmente."

No obstante, mediante sentencia de Constitucional C- 168 DE 1995, la corte desarrollo en sus apartes aquellas situaciones que le eran más favorables a los pensionados, de ese modo precisó:

La "condición más beneficiosa" para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde

determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla.

De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador.

La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador. (COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-168 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ. Expediente: D-686)

En punto a la aplicación del principio de favorabilidad en materia de régimen pensional, considera la Corte que esta es labor que incumbe al juez en cada caso concreto, pues es imposible, en juicios de constitucionalidad, confrontar la norma acusada que es genérica, con cada una de las distintas normas contempladas en los diferentes regímenes pensionales que antes de la vigencia de la ley 100 de 1993 existían en el sector privado y en el público.

CONCLUSIÓN SOBRE EL ESTUDIO HECHO DEL INCREMENTO
PENSIONAL DEL 14% POR CÓNYUGE A CARGO SEGÚN EL ARTÍCULO 21 DEL
ACUERDO 049 DE 1990, APROBADO POR EL DECRETO 758 DEL MISMO AÑO

Este trabajo nos ha permitido explorar la evolución histórica del Sistema General de Seguridad Social desde sus inicios en Colombia a partir de los años de 1945 y 1946 cuando se crea CAJANAL y el Instituto de Seguros Sociales I.S.S. hasta llegar al acuerdo del I.S.S 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de 1990, por el cual se aprueba el acuerdo 049 de 1 de febrero de 1990 emanado del concejo nacional de seguros sociales obligatorios, por el cual se expide el reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte; que fuera aprobado por el decreto 758 del mismo año, firmado por el presidente Cesar Augusto Gaviria Trujillo, ministro de hacienda Rudolf Hommes, ministro de trabajo Luis Ramírez Acuña. Acuerdo 049 de 1990 que incorporo un beneficio o incremento pensional del 14 % por

persona a cargo que fuese el cónyuge y el 7% por hijo menor de 18 años o mayor 18 años hasta los 25 años siempre y cuando se encuentre estudiando o por hijo invalido reconocido beneficio que fue incorporado como aumento salarial de la mesada pensional si no un incremento adicional.

Al mismo tiempo la Seguridad Social es un tema que importa al consenso internacional, es así como en la Carta Internacional de Derechos Humanos de 1948 dispone en primera medida la garantía de un Estado que debe ser protector de sus habitantes y debe garantizar el acceso a la Seguridad Social; en segundo lugar, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales y en tercer puesto no sin desmeritar su importancia el libre desarrollo de la personalidad como derecho fundamental. Lo más destacado en la visión es la previsión del riesgo, pues ha de entenderse que la condición humana es frágil y en algún momento fenece, es por ello, que las contingencias de la vejez, invalidez y muerte hacen parte de la raza humana; extendiéndose así una protección especial al eje principal como lo es la familia.

En ese mismo orden de ideas podemos destacar que el propósito del incremento pensional establecido en el Acuerdo 049 de 1990 que incorporo un beneficio o incremento pensional del 14 % por persona a cargo que fuese el cónyuge y el 7% por hijo menor de 18 años o mayor 18 años hasta los 25 años siempre y cuando se encuentre estudiando o por hijo invalido reconocido beneficio que fue incorporado como incremento adicional a la mesada pensional sobre la base al salario mínimo mensual vigente, como un principio de Solidaridad, en donde se constituye como un incremento adicional y no como un reajuste a la mesada pensional y en ellas

se ve incorporado el principio de obligatoriedad de la afiliación al sistema para garantizar los pagos futuros de las nuevas pensiones.

Como se ha podido observar a partir de la creación del sistema general de seguridad social en Colombia, se constituye un esquema influenciado por el modelo alemán en donde la Ley de seguros es obligatoria, así mismo contó con el apoyo de la OIT y los principios trienales de Beveridge donde se establecían unos procedimientos especiales para satisfacer las necesidades de la población a través de las instituciones del Estado.

Es importante resaltar que en Colombia existe ya un sistema unificado de Seguridad Social Integral que prevé la Ley 100 de 1993, que entró a regir para el sector privado el 01 de Abril de 1994 y para el sector público el 30 de Junio de Así mismo en aras de garantizar los Derechos Adquiridos y las expectativas legítimas de un derecho próximo a cumplirse, el gobierno nacional dispuso de un Régimen de Transición enmarcado en el Art. 36 de la Ley de 1993 en donde se le respetarían las condiciones establecidas en las normas, leyes, decretos, acuerdos u otro régimen anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, siempre que se cumplieran unas condiciones especiales que básicamente son dos: la primera es 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,; la segunda que tenga quince (15) o más años de servicios cotizados

Sea lo primera aclarar que este régimen de transición solo cobija a los afiliados del extinto Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES perteneciente al

Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Seguido a lo anterior, si el afiliado adscrito cumplía las condiciones establecidas en el Art. 36 de la Ley 100 de 1993, era sujeto de la transición y por ende con base en el principio de favorabilidad se le aplicará el régimen que más beneficio le otorgara, esto tiene que ver con el requisito de edad y densidad de semanas cotizadas en aras de asegurar una mejor prestación económica; esto también trae consigo intrínseco el principio de inexecutable o conglobamiento que se desprende en aplicar en su integridad el régimen escogido para pensionarse. Lo que le otorgaba el derecho al beneficio del incremento pensional establecido en el artículo 21 del acurdo 049 que fuera aprobado por el decreto 758 del mismo año, donde se le otorgaba el incremento pensional del 14 % sobre un salario mínimo y el 7 % por los hijos menores de edad o mayores de 18 años.

Es válido expresar que una vez el afiliado ha cumplido con los requisitos de tiempo y edad para pensionarse sea cual sea el Régimen aplicable en el tiempo, se entiende que ha consolidado derecho cierto, exigible e irrenunciable, por ende, adquiere el status de pensionado, es decir un Derecho Adquirido que merece especial protección del Estado.

Como consecuencia de lo anterior se genera un conflicto que se puede expresar de la siguiente manera: Por un lado, la obligación del Estado de garantizar el Respeto de los Derechos Adquiridos que trae consigo el Art. 48 de la Constitución Política de Colombia y la no violación del principio constitucional de la Favorabilidad contemplado en el Art. 53 superior de la carta magna colombiana. Por otro lado, el derecho a reclamar que tiene el pensionado al que no se le respeta la transición o

norma anterior a la Ley 100 de 1993 la cual era más benéfica para sus intereses patrimoniales, por ende, tiene que asumir la carga de la prueba para mejorar su prestación económica.

Para resolver el dilema anterior, se hace necesario recordar los roles fundamentales que asume el Estado frente al tema de las pensiones: EL ROL LEGISLADOR que tiene que ver con creación del Sistema de Seguridad Social Integral a partir de la Ley 100 de 1993 y la definición que trata la Constitución Política de Colombia en su Artículo 48. EL ROL GARANTE, el cual es pensiones es garantizara la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejes, la invalidez y la muerte. EL ROL FISCALIZADOR, es decir el control y vigilancia de las entidades administradoras de los fondos de pensiones corresponde a la superintendencia Bancaria “(hoy Superintendencia Financiera de Colombia).

En ese orden de ideas, en principio es el Estado el garante de la Seguridad Social Integral, es el que crea la norma o legislación, es garante de la prestación y vigila porque se cumplan los principios mínimos fundamentales en materia pensional, incluido el Estatuto creado en la Ley 100 de 1993. Poco importa cuál sea el Régimen al cual se encuentra afiliado el usuario público o privado, es el Estado quien debe procurar la mejor prestación del servicio en las líneas de un Estado Social de Derecho.

Por otro lado cuando el control anteriormente descrito falla o el actuar del Estado a través de los medios idóneos para expresarse vulneran derechos de tipo laboral, pensional o constitucional al afiliado o usuario en aras de proteger sus derechos y mejorar su prestación económica puede ejercer los medios de defensa

necesarios que permitan corregir la falla de la administración al momento de expedir el Acto Administrativo, por lo que se puede deducir que muy a pesar que en principio es una obligación estatal, es optativo y facultativo por parte del usuario del servicio proteger sus intereses patrimoniales a través de la vía administrativas o judiciales, es decir a través del incremento pensional establecido en el Acuerdo 049 de 1990 que incorporo un beneficio o incremento pensional del 14 % por persona a cargo que fuese el cónyuge y el 7% por hijo menor de 18 años o mayor 18años hasta los 25 años siempre y cuando se encuentre estudiando o por hijo invalido reconocido beneficio que fue incorporado como aumento salarial de la mesada pensional si no un incremento adicional.

A manera de conclusión se puede determinar que el incremento Pensional que establece el artículo 21 del acuerdo 049 de 1990 que fuera aprobado por el decreto 758 del mismo año es un derecho adquirido el cual quedo protegido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 régimen de transición teniendo en cuenta que ese artículo quedo vigente por no ser derogado por la mencionada ley siendo así que se convirtió en un medio de defensa que tiene el beneficiario del régimen de transición para reclamar la condición más favorable de su prestación económica, cuando la administración a través de resoluciones y Actos Administrativos no han tenido en cuenta que es beneficiario del Régimen de Transición que consagra el Art. 36 de la Ley 100 de 1993 y por ende se han vulnerado los Derechos Adquiridos y el Principio de Favorabilidad del pensionarlo. Al no reconocerle los beneficios que le otorga el ya tan mencionado artículo 21 del acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 del mismo año.

En ese orden de ideas, dentro de las causas más evidentes que generan el incremento Pensional del 14 % por la cónyuge a cargo y el 7% por el hijo menor de edad o mayor de 18 años siempre y cuando esté estudiando y menor de 25 años o hijo invalido reconocido establecido en el artículo 21 del acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 del mismo año podemos mencionar las siguientes: No tener en cuenta la condición más favorable que trata la transición y como consecuencia el desconocimiento de los Derechos Adquiridos.

Es por ello que el incremento Pensional del 14 % por la cónyuge a cargo y el 7% por el hijo menor de edad o mayor de 18 años siempre y cuando esté estudiando y menor de 25 años o hijo invalido reconocido establecido en el artículo 21 del acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 del mismo año ha sido la defensa administrativa y jurídica efectiva que tiene el pensionado cuando el Estado representado en las administradoras de pensiones falla, irrespeta y vulnera derechos de los usuarios, toda vez que esta medida permite salvaguardar los Derechos Adquiridos y el Principio de Favorabilidad en concordancia con el Art. 48 y 53 de la Constitución Política de Colombia, así mismo permite corregir las falencias de las administradoras de pensiones hoy COLPENSIONES al momento de pensionar al afiliado que tiene el derecho a dicho incremento y no concedérselo con el fin de mejorar la prestación económica de su pensión.

BIBLIOGRAFÍA

ABC del sistema de protección social, deberes y derechos.

Análisis del Acto Legislativo 1 de 2005: Seguridad Social en Pensiones. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

BONNECASE, Julien. Elementos de Derecho Civil. Tomo I. págs. 194 y ss.

COLOMBIA Congreso de la República. Ley 100 de 1993.

COLOMBIA Constitución Política. 1991.

COLOMBIA Corte Constitucional. Sentencia C.177 de 1998. Magistrado Ponente: ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO. Expediente D-1825,

COLOMBIA Corte Constitucional. Sentencia C-126 de 1995. Magistrado Ponente: HERNANDO HERRERA VERGARA. Expediente: D-616-17-25.

COLOMBIA Corte Constitucional. Sentencia C-168 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ. Expediente: D-686.

COLOMBIA Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 1994. Magistrado Ponente: JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO. Expediente: D-629.

COLOMBIA Corte Constitucional. Sentencia T-658 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ. Expediente T-174.106.

COLOMBIA Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 17 de marzo de 1977.

COLOMBIA Reforma Constitucional. Acto Legislativo 001 de 2005.

COLOMBIA. Congreso de la República Ley 6 de 1945.

COLOMBIA. Congreso de la República Ley 90 de 1946.

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 71 de 1988.

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 776 de 2002.

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 797 de 2003.

COLOMBIA. Presidencia de la República. Código Sustantivo de Trabajo.

Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950.

COLOMBIA. Presidencia de la República. Decreto 758 de 1990.

Comentarios al Sistema General de Pensiones. Profesor: Ricardo Jiménez Martínez. <http://es.slideshare.net/JimenezR/sistema-de-seguridad-social-integral>

Concejero de Estado. Especialista en Derecho laboral: Ciclo 2005. Una Perspectiva Constitucional. <http://envivo.eafit.edu.co/EnvivoEafit/?p=6344>

Concejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 20 de octubre de 2005. Concejera Ponente: ANA MARGARITA OLAYA FORERO.

Expediente: 15001-23-31-000-1997-17518-01(3701-04).

Corte Constitucional. Sentencia C-1056 de 2003. M.P. Hernán Barrero Bravo. Expediente D-4.500.

Corte Constitucional. Sentencia C-589 de 2002. Magistrado Ponente: Dr. NILSON PINILLA PINILLA. Demanda de Inconstitucionalidad Art. 38 de la Ley 100 de 1993.

Corte Constitucional. Sentencia T-138 de 2010. Magistrado Ponente: MAURICIO GONZALEZ CUERVO. Expediente T- 2.413.372, T- 2.414.958, T- 2.418.448.

Corte Constitucional. Sentencia T-362 de 2011. Magistrado Ponente: MAURICIO GONZALEZ CUERVO. Expediente T -2.899.768.

Corte Constitucional. Sentencia T-430 de 2011. Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB. Expediente T- 2.944.164.

Corte Constitucional. Sentencia T-592 de 2009. Magistrado Ponente: Dr. JORGE IVAN PALACIO PALACIO. Expediente T-2248994.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS del 10 de diciembre de 1948.

El Sistema Pensional en Colombia: Retos y Alternativas para aumentar la cobertura. Informe Fedesarrollo 2010. http://www.fedesarrollo.org.co/wp-content/uploads/2011/08/El-sistema-pensional-en-Colombia_Retos-y-alternativas-para-aumentar-la-cobertura-12-de-abril-2011.pdf

http://www.comfenalcoantioquia.com/infolocal/Documentos/seguridadsocial/SeguridadSocial/Propuesta_La_pirinola_del_bienestar.pdf

<http://www.minsalud.gov.co/Documentos%20y%20Publicaciones/CARTILLA%20DEL%20ABC.pdf>

La Pirinola del Bienestar. Informe Compensar 2011.

RODRIGUEZ MEZA, Rafael. La Seguridad Social en Colombia. Legis Editores S.A. 1999.

SAA VELASCO, Ernesto. Teoría Constitucional Colombiana. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda. Bogotá. 2005.

Sistema de Seguridad Social en Colombia Seguridad Social para todos.