El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia

Radicación No: 66001-31-05-002-2018-00282-01

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: María Luzangel Restrepo Franco

Demandado: Colpensiones

**TEMAS: INCREMENTOS PENSIONALES / FUERON DEROGADOS POR LA LEY 100 DE 1993 / POR LO TANTO, PROCEDEN SOLO PARA PENSIONES RECONOCIDAS POR APLICACIÓN DIRECTA DEL ACUERDO 049 DE 1990 / RÉGIMEN DE TRANSICIÓN / NO INCLUYE EL RECONOCIMIENTO A ESTE DERECHO / APLICA SOLO PARA DENSIDAD DE SEMANAS, EDAD Y MONTO DE LA PENSIÓN.**

… la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha argumentado que los incrementos pensionales del Acuerdo 049/90, tienen vigencia aún después de la promulgación de la Ley 100/93, por vía de aplicación del artículo 36 ibídem. (…)

… de manera más reciente, la misma Corte Suprema de Justicia reiteró la vigencia del incremento pensional a todos aquellos pensionados que les fuera concedido su derecho directamente por el Acuerdo 049/90 o, a través del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100/93…

tanto para la Corte Suprema de Justicia como para el Consejo de Estado los incrementos pensionales del Acuerdo 049/90 no fueron derogados con la promulgación de la Ley 100/93 y por ello, conservan su vigencia; sin embargo, esta Colegiatura se aparta de dichas decisiones y recoge cualquier criterio que en oportunidad anterior hubiere manifestado, por los siguientes argumentos.

Con ocasión a las intervenciones de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y la Sentencia SU140/2019 de la Corte Constitucional es preciso concluir que los incrementos pensionales sí fueron derogados con la promulgación de la Ley 100/93, y por ello, retornamos al criterio expuesto por esta Colegiatura en años anteriores en voces del Magistrado Julio César Salazar Muñoz en sentencia de 05/02/2013, Exp. 2012-00673-01.

En efecto, la Ley 100/93 creó un sistema de seguridad social integral, y con su expedición derogó todas las disposiciones que le fueran contrarias -art. 289 ibídem-, pero estableció dos situaciones excepcionales: a) salvaguardó los derechos adquiridos de algunas personas…

b) estableció un régimen de transición – artículo 36 de la Ley 100/93 – como un mecanismo para proteger a un grupo especial de personas, que con el cambio normativo, tenían una expectativa legítima de adquirir un derecho que contemplaba la norma derogada. Pero dicho régimen de transición únicamente protegió 3 elementos de las normas derogadas, como son: i) la densidad de semanas necesarias para causar el derecho, ii) la edad para acceder al mismo y iii) el monto de la pensión; por lo tanto, las demás condiciones, requisitos o beneficios contemplados en dichas normas extintas no serían aplicables.

En esa medida, basta tal derrotero para concluir que, en tanto los incrementos pensionales no fueron contemplados dentro de dichos 3 aspectos, entonces las pensiones reconocidas a través de la transición pensional que acuden al Acuerdo 049/90 de ninguna manera habilitan a dichos pensionados para obtener beneficios diferentes a los aludidos 3 aspectos, porque su pensión no fue reconocida bajo los parámetros de la ley anterior, pues la misma ya fue derogada, sino que fue reconocida conforme a la nueva Ley 100/93 que le permite dar efectos ultractivos a 3 elementos que se encuentran en normas derogadas.

… la anterior conclusión se confirma con los argumentos expuestos en la decisión SU140/2019…

**ACLARACIÓN DE VOTO: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Me corresponde aclarar mi voto por cuanto desde hace varios años he venido acatando la posición asumida por la Corte Suprema de Justicia en el sentido de que los incrementos siguieron teniendo vida a partir de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 para las personas que obtuvieran el derecho con base en el régimen de transición.

Tal seguimiento de la línea de la Corte Suprema de Justicia se debió a que por vía tutela, esa Corporación ordenó volver a proferir sentencias en ese sentido…

Pero como quiera que ahora el máximo órgano de la jurisdicción Constitucional mediante sentencia SU140 de 2019, avala la posición inicialmente asumida por esta Sala, en el sentido que los incrementos pensionales si fueron derogados con la promulgación de la ley 100 de 1993, lo que implica que la vía de la tutela no podría ser camino para desconocer la juridicidad de esa posición, me parece oportuno retomar el criterio que sobre el tema desde el principio he defendido y por eso acompaño la decisión.



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Sustanciadora

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

En Pereira, a los cinco (05) días de noviembre de dos mil diecinueve (2019), siendo las siete y treinta de la mañana (07:30 a.m.), la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver el recurso de apelación y grado jurisdiccional de Consulta de la sentencia proferida el 15 de mayo de 2019 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de la misma ciudad dentro del proceso que promueve la señora **María Luzangel Restrepo Franco** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** y que se encuentra radicado bajo el N°66001-31-05-003-2018-00282-01.

**ANTECEDENTES**

1. **Síntesis de la demanda y su contestación**

La señora María Luzangel Restrepo Franco pretende que se declare que le asiste el derecho al incremento pensional del 14% a partir del 2 de febrero de 2004, por tener a cargo a su cónyuge.

Fundamenta sus aspiraciones en que: (i) el ISS le reconoció la pensión de vejez mediante la Resolución No. 5303 del 21 de octubre de 2004; (ii) luego mediante la Resolución 53977 del 19-02-2016 la reliquidó con aplicación del acuerdo 049 de 1990; (iii) contrajo matrimonio con el señor Oscar Valencia Marulanda el 22-03-1995, quien depende económicamente de ella; (iv) el 13-04-2018 le solicitó a Colpensiones el incremento y se le negó.

La **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-** se opuso ala totalidad de pretensiones incoadas en la demanda, como razones de defensa señaló que los incrementos reclamados no hacen parte de la pensión de vejez tal como lo establece la ley 100 de 1993.

Interpuso como excepciones las que denominó “Prescripción”; “Inexistencia de la obligación”; “Imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal”; “Buena fe” e “Imposibilidad de condena en Costas”.

**2. Síntesis de la sentencia apelada**

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, condenó a Colpensiones a reconocer y pagar a favor de la señora Restrepo Franco el incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo y dispuso el pago del retroactivo, al no estar prescrito.

Para arribar a la anterior decisión expresó que el incremento pensional por personas a cargo contemplado en el Acuerdo 049 del 90 aún conserva vigencia, a pesar de la entrada en vigor de la 100 de 1993 para quienes accedieron a la pensión de vejez en vigencia del A 049/90 o en virtud al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

En este caso se probó que la parte actora cumple con las exigencias de aquella normativa al depender económicamente el cónyuge de ella. Además porque el incremento pensional nació a la vida jurídica una vez le fue reliquidada la pensión, donde se reconoció su condición de beneficiaria del régimen de transición, con la consecuencia aplicación del A 049 de 1990, lo que ocurrió por Resolución 19-02-2016, por lo mismo no operó la prescripción al no transcurrir más de los 3 entre esta calenda y la reclamación presentada el 13-04-2018. Sin que se pudiera contabilizar desde que se le reconoció la pensión -el 02-02-2004-, pues ello se hizo con fundamento en la Ley 797 de 2003 norma que no lo permite.

**3. Síntesis del recurso de apelación**

La apoderada judicial de Colpensiones atacó la decisión y expresó que a la accionante no le asiste el derecho a los incremento pensionales contemplados en los artículo 21 y 22 del A-049/1990 al desaparecer de la vida jurídica a partir del 01-04-1994, por no hacerse parte de las pretensiones reconocidas por la ley 100 de 1993 ni estar contemplado en los derechos que por excepción señala el artículo 36 de la misma disposición legal, ya que por su naturaleza los incrementos pensionales nunca formaron parte integrante de la pensión de vejez o invalidez y por tanto fueron considerados como derechos de excepción a quienes cumplieron los requisitos para acceder a la pensión de vejez antes de la entrada en vigencia de la ley 100.

**4. Del grado jurisdiccional de consulta**

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 69 del C.P.L. se ordenó el grado jurisdiccional de consulta respecto de la anterior decisión, al haber resultado totalmente adverso a los intereses del afiliado.

**CONSIDERACIONES**

 **1. De los problemas jurídicos**

Visto el recuento anterior, la Sala se pregunta:

1. ¿Los incrementos pensionales por persona a cargo contemplados en el Acuerdo 049/90 se encuentran vigentes?
2. ¿Tiene derecho la demandante al reconocimiento y pago del incremento pensional por persona a cargo que reclama?

**2. Solución a los interrogantes planteados**

**2.1. Ultractividad de una normativa - incremento pensional por persona a cargo – Acuerdo 049/1990**

**2.1.1. Fundamento Normativo**

El Acuerdo 049/90 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, contenía el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte que era aplicable a ciertas personas, entre ellas, a los trabajadores dependientes, independientes y servidores públicos que cotizaran al ISS.

Dicho acuerdo contemplaba en su artículo 21 un beneficio a los pensionados para incrementar la prestación de vejez e invalidez en un 7% por cada uno de los hijos menores estudiantes o inválidos, o en un 14% por el cónyuge o compañero a cargo del pensionado que dependa económicamente de este y carezca de pensión. En cuanto a su naturaleza, el mismo Acuerdo 049/90 – art. 22 – prescribió expresamente que no hacía parte integrante de la pensión de vejez o invalidez.

No obstante lo anterior, con posterioridad al Acuerdo 049/90 se promulgó la Ley 100/93, que en ninguno de sus artículos reguló el beneficio de incremento a la pensión aludido; por lo que ahora resulta legítimo preguntarse si dichos incrementos del artículo 21 del Acuerdo 049/90 fueron derogados con la promulgación de la Ley 100/93 o aún conservan su vigencia.

En ese sentido, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha argumentado que los incrementos pensionales del Acuerdo 049/90, tienen vigencia aún después de la promulgación de la Ley 100/93, por vía de aplicación del artículo 36 *ibídem.*

Así, en un primer momento y de antaño[[1]](#footnote-1) la aludida corporación adujo que:

*i)* El régimen de transición significaba la aplicación de la norma anterior en su completitud, y no partes de ella; por lo tanto, si el régimen anterior es el Acuerdo 049/90, entonces a este se debe acudir para conocer los requisitos que causan la pensión, la forma de liquidación, el salario a tener en cuenta y el derecho a incrementar la pensión.

*ii)* En aplicación del principio de favorabilidad e inescindibilidad de las normas – art. 21 del C.S.T. – los incrementos pensionales no desaparecieron del ordenamiento jurídico, porque no fueron derogados expresamente por la Ley 100/93.

*iii)* Los incrementos pensionales no son contrarios a la nueva legislación -Ley 100/93-, porque ésta salvaguardó los derechos adquiridos de las personas.

Luego, en un segundo momento y de manera más reciente, la misma Corte Suprema de Justicia[[2]](#footnote-2) reiteró la vigencia del incremento pensional a todos aquellos pensionados que les fuera concedido su derecho directamente por el Acuerdo 049/90 o, a través del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100/93, porque:

*iv)* La ausencia de su regulación en la nueva ley de seguridad social no implicaba el desaparecimiento de tal derecho, máxime que el artículo 289 *ibídem* no los derogó expresamente, ni tácitamente pues no son contrarios al nuevo sistema de seguridad social.

*v)* El inciso 2º del artículo 31 *ibídem,* señaló como aplicable al RPM las disposiciones vigentes con todas aquellas adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en la ley.

Sobre dicha vigencia también se pronunció el Consejo de Estado[[3]](#footnote-3) al analizar la legalidad de los incrementos pensionales contemplados en el Acuerdo 049/90; sin embargo, en tanto dicha decisión fundó gran parte de sus argumentos en la sentencia SU-310/2017 de la Corte Constitucional, que fue anulada mediante el Auto 320 de 23/05/2018, entonces únicamente se resaltará de dicha decisión que para esa corporación los incrementos pensionales del Acuerdo 049/90 continúan vigentes por “*no haber sido regulada en forma integral por la Ley 100 de 1993, la materia referida a los incrementos, y por el respeto a los derechos adquiridos de quienes se jubilaron por invalidez o por vejez de conformidad con lo ordenado por el Acuerdo 049 de 1990, es evidente que no se produjo su derogatoria orgánica”.*

En conclusión, tanto para la Corte Suprema de Justicia como para el Consejo de Estado los incrementos pensionales del Acuerdo 049/90 no fueron derogados con la promulgación de la Ley 100/93 y por ello, conservan su vigencia; sin embargo, esta Colegiatura se aparta de dichas decisiones y recoge cualquier criterio que en oportunidad anterior hubiere manifestado, por los siguientes argumentos.

Con ocasión a las intervenciones de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y la Sentencia SU140/2019 de la Corte Constitucional es preciso concluir que los incrementos pensionales sí fueron derogados con la promulgación de la Ley 100/93, y por ello, retornamos al criterio expuesto por esta Colegiatura en años anteriores en voces del Magistrado Julio César Salazar Muñoz en sentencia de 05/02/2013, Exp. 2012-00673-01.

En efecto, la Ley 100/93 creó un sistema de seguridad social integral, y con su expedición derogó todas las disposiciones que le fueran contrarias -art. 289 *ibídem*-, pero estableció dos situaciones excepcionales: a) salvaguardó **los derechos adquiridos** de algunas personas - art. 289 *ibídem* -, es decir, el derecho de algunos para acceder a una prerrogativa pensional anterior, porque ya cumplieron con sus requisitos, antes del tránsito normativo, pero aún no habían sido reconocidos administrativa o judicialmente.

*b)* estableció un régimen de transición – artículo 36 de la Ley 100/93 – como un mecanismo para proteger a un grupo especial de personas, que con el cambio normativo, tenían una **expectativa legítima** de adquirir un derecho que contemplaba la norma derogada. Pero dicho régimen de transición únicamente protegió 3 elementos de las normas derogadas, como son: *i)* la densidad de semanas necesarias para causar el derecho, *ii)* la edad para acceder al mismo y *iii)* el monto de la pensión; por lo tanto, las demás condiciones, requisitos o beneficios contemplados en dichas normas extintas no serían aplicables.

En esa medida, basta tal derrotero para concluir que, en tanto los incrementos pensionales no fueron contemplados dentro de dichos 3 aspectos, entonces las pensiones reconocidas a través de la transición pensional que acuden al Acuerdo 049/90 de ninguna manera habilitan a dichos pensionados para obtener beneficios diferentes a los aludidos 3 aspectos, porque su pensión no fue reconocida bajo los parámetros de la ley anterior, pues la misma ya fue derogada, sino que fue reconocida conforme a la nueva Ley 100/93 que le permite dar efectos ultractivos a 3 elementos que se encuentran en normas derogadas.

En efecto, la anterior conclusión se confirma con los argumentos expuestos en la decisión SU140/2019, porque allí se explicó que:

*i)* Los efectos ultractivos contemplados en la transición pensional únicamente se concedieron para salvaguardar el derecho a la pensión, y por ello, se conservaría del régimen anterior únicamente la edad, tiempo y monto de la pensión o tasa de reemplazo y, en tanto los incrementos pensionales no hacen parte del derecho a la pensión, entonces no fueron contemplados dentro del efecto ultractivo del régimen de transición. Posición que de antaño la Corte Constitucional había enunciado, especialmente en las sentencias C-168/95, C-596/97, C-789/02, C-258/13, SU-230/15, SU-210/17.

*ii)* La nueva Ley 100/93 derogó orgánicamente cualquier otra disposición, entre ellas, los incrementos del Acuerdo 049/90, porque no solo transformó sustancialmente el sistema pensional, sino que lo reemplazó por uno nuevo, y en esa medida creó un régimen de transición destinado a valorar **las expectativas** de las personas que **no hubiesen adquirido** el derecho de pensión bajo el sistema pensional anterior y por ello, el cambio normativo podía afectar su proyecto de vida a mediano plazo.

*iii)* La expedición del Acto Legislativo 01/05, que adicionó el artículo 48 de la C.N. determinó que la liquidación del monto pensional debe ser correlativa a los factores sobre los cuales se cotizó para acceder a la pensión, de manera tal que el monto de la pensión debe corresponder a la cotización o ahorro hecho por cada persona. En ese sentido, no puede otorgarse incremento pensional alguno, pues no se hicieron cotizaciones para obtener tal aumento.

Adicionalmente y para esta colegiatura *iv)* la misma Corte Suprema de Justicia ha reconocido que el régimen de transición solo abarca los 3 elementos atrás descritos, porque en diversas sentencias ha explicado que la liquidación de las pensiones reconocidas a través del artículo 36 de la Ley 100/93 se realiza conforme a la misma Ley 100/93 – art. 21 -, y por ende, ya reconoció que esa clase de pensiones no se liquida de acuerdo a los preceptos contenidos en la norma anterior, ya sea Acuerdo 049/90, Ley 71/88 o Ley 33/85.

*v)* Los principios de favorabilidad e *indubio pro operario* son inaplicables para dotar de ultractividad a una norma derogada, pues ellos requieren el choque de dos normas vigentes que regulen la misma situación para elegir la más favorable al trabajador o la existencia de dos interpretaciones posibles sobre una norma vigente.

*vi)* Aceptar que los incrementos pensionales del Acuerdo 049/90 no fueron derogados y por ende, continúan vigentes, implicar aceptar que cualquier pensionado, ya sea a través de la Ley 100/93 original, o en cualquiera de sus versiones, podría solicitar el reconocimiento de tal beneficio a través del artículo 31 de la Ley 100/93, pues al nuevo sistema de seguridad social es dable aplicarle cualquier disposición que se encuentre vigente, actuar en contrario sería infringir el derecho a la igualdad de los pensionados.

Puestas de ese modo las cosas, a juicio de esta Corporación en sincronía con los argumentos de la Corte Constitucional, los incrementos pensionales del Acuerdo 049/90 fueron derogados con la promulgación de la Ley 100/93 y por ello, ningún pensionado a través del artículo 36 *ibidem*, puede solicitar su reconocimiento.

**2.1.2. Fundamento Fáctico**

Auscultado en detalle el expediente se desprende que María Luzangel Restrepo Franco obtuvo la gracia pensional de vejez con fundamento en el Decreto 758/90 bajo el régimen de transición pensional, como se desprende de la resolución GNR53977 de 19/02/2016 (fls. 23 a 24 c. 1). En ese sentido, las pretensiones del libelo genitor están encaminadas al reconocimiento del incremento pensional por tener a su cónyuge a cargo (fl. 6 c. 1).

Basta la anterior descripción para encontrar próspero el recurso de apelación elevado por Colpensiones y revocar la decisión de primer grado, pues el incremento pensional reclamado por María Luzangel Restrepo Franco perdió vigencia con la expedición de la Ley 100/93, sin que pueda invocarse efecto alguno con ocasión al reconocimiento de la pensión bajo el régimen de transición, tal como se explicó en precedencia.

**CONCLUSIÓN**

En armonía con lo mencionado en precedencia se revocará la sentencia, para en su lugar absolver a Colpensiones de las pretensiones formuladas en su contra y en consecuencia condenar en costas en las dos instancias a la demandante en favor de la demandada, al tenor del artículo 365 numeral 4 del CGP.

**DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Segunda de Decisión Laboral,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 15 de mayo de 2019 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por la María Luzangel Restrepo Francoen contra de la Administradora Colombiana de Pensiones **Colpensiones,** para en su lugar, ABSOLVER a Colpensiones de las pretensiones formuladas en su contra.

**SEGUNDO.** **CONDENAR** en costasen las dos instancias a la parte actora a favor de Colpensiones.

Notificación surtida en estrados

No siendo otro el objeto de la presente audiencia se eleva y firma esta acta por las personas que han intervenido.

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Magistrado

Aclara voto

Radicación Nro. 66001-31-05-002-2018-00282-01

Proceso Ordinario Laboral

Demandante: María Luzangel Restrepo Franco

Demandados: Colpensiones

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Noviembre 5 de 2019

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Me corresponde aclarar mi voto por cuanto desde hace varios años he venido acatando la posición asumida por la Corte Suprema de Justicia en el sentido de que los incrementos siguieron teniendo vida a partir de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 para las personas que obtuvieran el derecho con base en el régimen de transición.

Tal seguimiento de la línea de la Corte Suprema de Justicia se debió a que por vía tutela, esa Corporación ordenó volver a proferir sentencias en ese sentido, a pesar que la posición que defendía la Sala era la siguiente:

“Es del caso precisar que el artículo 36 de la ley 100 de 1993, consciente del establecimiento de nuevas condiciones para el acceso a la pensión de vejez y de que las mismas, en virtud de la retrospectividad de la ley, aplicarían para personas cuyas expectativas de pensión ya estaban muy avanzadas, estableció el respeto, no al régimen anterior total, sino a tres de las condiciones básicas del mismo: a) El número de semanas necesario para obtener el derecho; b) La edad a la que se puede acceder al mismo y; c) El monto de la pensión. Pero expresamente dispuso que: *“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.”.*

Como puede fácilmente notarse, el reconocimiento de incrementos por personas a cargo no hace parte de los beneficios a favor de los pensionados que fueron incluidos dentro de la protección especial establecida en el régimen de transición.

Y es que cabe anotar que de conformidad con el artículo 21 del acuerdo 049 de 1990, los incrementos allí dispuestos no hacen parte integrante de la pensión, esto es, no constituyen su “monto”, ni hacen parte integrante del estado jurídico de pensionado. En este sentido, es ilustrativo el salvamento de voto de la doctora Isaura Vargas Díaz en el proceso radicado 29531, en el que expuso:

“*Los incrementos de la pensión de que trataba el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 0758 de 1990, como explícitamente lo señala el artículo 22 del mismo, “no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales …”, de donde se sigue que no haciendo parte ‘integral’ de la prestación no pueden tomarse como ‘integrantes’ de su monto y, menos, de lo ‘devengado’ por el trabajador o de lo ‘cotizado’ durante el tiempo que le hiciere falta para cumplir la edad requerida para la pensión. Siendo así, lo lógico es entender que no fueron tenidos en cuenta por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no porque quedaran vigentes, pues fueron derogadas todas las disposiciones contrarias al nuevo régimen según se vio, sino, al contrario, porque no hacen parte ni del riesgo, ni de la prestación, que fueron los únicos conceptos que se mantuvieron en los citados términos del régimen de transición.”*

De otro lado, tampoco puede cimentarse la vigencia de los incrementos, en la lectura parcial del inciso 2º del artículo 31 de la ley 100 de 1993 y asegurar que las disposiciones del ISS que regían los seguros de invalidez, vejez y muerte siguen siendo aplicables en vigencia de esta normatividad, pues debe notarse que tal vigencia está condicionada a *“las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley”*, lo que en palabras de la doctora ISAURA VARGAS DIAZ “....*es tanto como decir que el nuevo sistema lo que hizo fue subrogar los riesgos de invalidez, vejez y muerte que cubría el Instituto de Seguros Sociales con fundamento en normas anteriores, entre ellas, sus propias reglamentaciones, pero no concibió la subrogación de las adiciones, modificaciones o excepciones de los mismos, de modo que, expresamente consignó que esos riesgos quedarían sujetos a ‘las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley. Siendo este el cabal entendimiento de la norma, no es posible considerar que los incrementos de la pensión por relaciones de parentesco, que como se dijo no integraban el derecho pensional, por ser absolutamente claro que no tenían que ver propiamente con los riesgos de invalidez, vejez o muerte sino, cuestión diferente, con ciertas circunstancias personales de edad, capacidad o dependencia económica de quienes constituían la familia del pensionado, subsistieron a la vigencia de la nueva ley pensional y hacen parte del régimen de transición que ella creó.”*, (Salvamento de voto, radicación 29531, Demandante Argelio de Jesús Ricaurte Viancha).

Pero aun más, el inciso 2º del artículo 31 de la ley 100 de 1993, no puede tener una connotación diferente a permitir que las disposiciones, diferentes a las prestacionales propiamente dichas, puedan usarse para su funcionamiento, porque, de aceptarse que cuando la norma asegura que “Serán aplicables a este régimen las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales” ello implica la permanencia de las prestaciones sociales otorgadas por el régimen anterior, entonces sencillamente no tendría razón de ser alguna la expedición de la nueva norma, que bien habría podido no promulgarse, pues la anterior legislación continuaría siendo el fundamento de los derechos a otorgar.

Finalmente, es del caso resaltar que el nuevo modelo de Seguridad Social, implementado en vigencia de la Constitución de 1991, tiene como uno de sus pilares fundamentales, implícito en el artículo 48 original de la Carta Política y en las disposiciones de la ley 100 de 1993, pero expreso a partir del Acto Legislativo 01 de 2005, el respeto y aseguramiento de la sostenibilidad financiera del sistema, que junto con los principios de solidaridad y universalidad, ponen de relieve, como finalidad del sistema, el interés marcadamente social y comunitario, basado en el respeto absoluto a reglas presupuestales precisas que garanticen la viabilidad económica del sistema. No siendo aceptable entonces, al no representar los intereses generales de la colectividad, disponer el reconocimiento de prestaciones que no han sido concebidas dentro de los cálculos actuariales que permitan su otorgamiento.

Así las cosas, el derecho a obtener una declaración a su favor de reconocimiento de incrementos por personas a cargo, radica solo en cabeza de las personas que cumplieron los requisitos para obtener su pensión con base en la aplicación directa del acuerdo 049 de 1990, mas no, por la senda del régimen de transición.[[4]](#footnote-4)”

Pero como quiera que ahora el máximo órgano de la jurisdicción Constitucional mediante sentencia SU140 de 2019, avala la posición inicialmente asumida por esta Sala, en el sentido que los incrementos pensionales si fueron derogados con la promulgación de la ley 100 de 1993, lo que implica que la vía de la tutela no podría ser camino para desconocer la juridicidad de esa posición, me parece oportuno retomar el criterio que sobre el tema desde el principio he defendido y por eso acompaño la decisión.

Dejo así aclarado mi voto,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado

1. Sent. de 27/07/2005, rad. 21517; 05/12/2007, rad. 29741; 10/08/2010, rad. 36345. [↑](#footnote-ref-1)
2. SL1975/2018, que reitera la SL9592/2016. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sent. de 16/11/2017, Exp. 2008-00127-00 (2741-08). [↑](#footnote-ref-3)
4. Tribunal Superior de Pereira. Sala Laboral. Sentencia del 8 de mayo de 2012. M.P. Julio César Salazar Muñoz. Rad. 2010-01016-01. [↑](#footnote-ref-4)