



Consejo Superior
de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial
“Rodrigo Lara Bonilla” ■

PRÁCTICA JUDICIAL EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES



Plan de Formación de la Rama Judicial
Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

PRÁCTICA JUDICIAL EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES



Plan de Formación de la Rama Judicial
Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

PRÁCTICA JUDICIAL EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES

**MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO
PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL**



PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

SALA ADMINISTRATIVA

Presidente
HERNANDO TORRES CORREDOR

Vicepresidente
JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO

Magistrados
JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES
NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO
FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
RICARDO MONROY CHURCH

ESCUELA JUDICIAL
"RODRIGO LARA BONILLA"

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora

ALEJANDRO PASTRANA ORTIZ
Coordinador Académico del Área Laboral



Plan de Formación de la Rama Judicial
Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

LUZ DARY RIVERA GOYENECHE

**PRÁCTICA JUDICIAL EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL
EN PENSIONES**

**MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO
PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL**

**CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA
ESCUELA JUDICIAL "RODRIGO LARA BONILLA"**



Plan de Formación de la Rama Judicial
Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

ISBN

Luz Dary Rivera Goyeneche

Consejo Superior de la Judicatura, 2011

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 11 No 9^a -24 piso 4

www.ramajudicial.gov.co

Primera edición: Junio de 2011

Con un tiraje de 3000 ejemplares

Asesoría Pedagógica y Metodológica: Carmen Lucía Gordillo Guerrero

Impreso en Colombia

Printed in Colombia



PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA EN EL ÁREA DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

PRESENTACIÓN

El Módulo de Práctica Judicial en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones forma parte del Programa de Formación Judicial Especializada en el Área del Trabajo y de la Seguridad Social del Plan de Formación de la Rama Judicial, aprobado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y construido por la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" de conformidad con su modelo educativo y enfoque curricular integrado e integrador y constituye el resultado del esfuerzo articulado entre Magistradas, Magistrados y Jueces, Juezas y la Red de Formadores y Formadoras Judiciales, los Comités Académicos y los Grupos Seccionales de Apoyo, bajo la coordinación del Magistrado Francisco Escobar Henríquez, con la autoría de la doctora **LUZ DARY RIVERA GOYENECHE**, quienes con su conocimiento y experiencia y con el apoyo permanente de la Escuela Judicial, se propusieron responder a las necesidades de formación desde la perspectiva de una administración de justicia cada vez más justa, oportuna y cercana a todos los colombianos.

Práctica Judicial en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones que se presenta a continuación, responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la independencia judicial, cuya construcción responde a los resultados obtenidos en los talleres de diagnóstico de necesidades que se realizaron a nivel nacional con servidoras y servidores judiciales y al monitoreo de la práctica judicial con la finalidad de detectar los principales núcleos problemáticos, frente a los que se definieron los ejes temáticos de la propuesta educativa a cuyo alrededor se integraron los objetivos, temas y subtemas de los distintos microcurrículos. De la misma manera, los conversatorios organizados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a través de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", sirvieron para determinar los problemas jurídicos más relevantes y ahondar en su tratamiento en los módulos.

El texto entregado por la autora **LUZ DARY RIVERA GOYENECHE** fue validado con los Funcionarios y Empleados de los Comités Académicos quienes con sus observaciones enriquecieron este trabajo.

Se mantiene la concepción de la Escuela Judicial en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización, especialmente ante el control que ejercen las Cortes.



Enfoque pedagógico de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla"

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continua de la Rama Judicial responde al modelo pedagógico sistémico y holista de la educación, es decir, que el conocimiento se gesta y desarrolla como resultado de un proceso de interacción sistémica entre pares, todos los cuales participan de manera dinámica como formadores o discentes, en el contexto de innovación, investigación y proyección social de las sociedades del conocimiento, a partir de los siguientes criterios:

- Respeto por los Derechos Fundamentales.
- Respeto por la independencia de Jueces y Juezas.
- Un modelo basado en el respeto a la dignidad humana y la eliminación de todas las formas de discriminación
- Consideración de la diversidad y la multiculturalidad.
- Orientación hacia el ciudadano.
- Una dimensión personalizada de la educación.
- Énfasis en una metodología activa apoyada en el uso de las TICs en educación, con especial énfasis en las tecnologías de educación virtual B-learning.
- Mejoramiento de la práctica judicial
- Compromiso socializador.
- Dimensión creativa de la educación.
- Aproximación sistémica, integral e integrada a la formación.
- Aprendizaje basado en el estudio de problemas a través del método del caso y el análisis de la jurisprudencia.

La EJRLB desarrolla la gestión pedagógica con base en los tres ejes fundamentales alrededor de los cuales se fundamenta la sociedad el conocimiento: investigación académica aplicada, el Plan de Formación de la Rama Judicial y la proyección social de la formación.

1. *Investigación Aplicada:* Conjunto de actividades que posibilita la integración de todos los elementos que contribuyen al desarrollo, la introducción, la difusión y el uso del conocimiento.

2. *Plan de Formación:* Desarrollo de la capacidad y las condiciones para que los discentes construyan su propio modelo interpretativo de la realidad en búsqueda de lograr la transformación de su proyecto de vida y del contexto en el que interactúa. El aprendizaje se asume como el resultado de la interacción entre pares que con su experiencia se convierten en insumos de los unos para con los otros y de esta manera enriquecen los elementos y juicios para la toma de decisiones.



3. Proyección Social de la Formación: Se trata de la extensión de los programas de formación que realiza la EJRLB a comunidades distintas a los servidores y servidoras de la Rama Judicial. Se concibe el rol que la Escuela Judicial tiene como integradora de conocimiento y su labor de proyectarlo no sólo dentro de la Rama Judicial sino también en todas las comunidades que tienen que ver con la formación en justicia bajo todas sus manifestaciones.

Igualmente, el modelo pedagógico se enmarca dentro de las políticas de calidad y eficiencia establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Plan Sectorial de Desarrollo, con el propósito de contribuir con la transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de los y las administradoras de justicia, quienes desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los mismos, dentro de criterios de profesionalismo y formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas.

Aprendizaje activo

Este modelo educativo implica un *aprendizaje activo* diseñado y aplicado desde la práctica judicial para mejorar la organización; es decir, a partir de la observación directa del problema, de la propia realidad, de los hechos que impiden el avance de la organización y la distancian de su misión y de sus usuario/as; invita a compartir y generalizar las experiencias y aprendizajes obtenidos, sin excepción, por todas las y los administradores de justicia, a partir de una dinámica de reflexión, investigación, evaluación, propuesta de acciones de cambio y ejecución oportuna, e integración de sus conocimientos y experiencia para organizar equipos de estudio, compartir con sus colegas, debatir constructivamente los hallazgos y aplicar lo aprendido dentro de su propio contexto.

Crea escenarios propicios para lograr estándares de rendimiento que permiten calificar la prestación pronta y oportuna del servicio en ámbitos locales e internacionales complejos y cambiantes; crear relaciones estratégicas comprometidas con los “usuarios y usuarias” clave del servicio público; usar efectivamente la tecnología; desarrollar buenas comunicaciones, y aprender e interiorizar conceptos organizativos para promover el cambio. Así, los Jueces, Juezas y demás servidores y servidoras no son simples transmisores del aprendizaje, sino gestores y gestoras de una realidad que les es propia, y en la cual construyen complejas interacciones con los usuarios y usuarias de esas unidades organizacionales.

Aprendizaje social

En el contexto andragógico de esta formación, se dota de significado el mismo recorrido del aprendizaje centrándose en procesos de *aprendizaje social* como eje de una estrategia orientada hacia la construcción de condiciones que permitan la transformación de las



organizaciones. Es este proceso el que lleva al desarrollo de lo que en la reciente literatura sobre el conocimiento y desarrollo se denomina como la promoción de *sociedades del aprendizaje* “learning societies”, *organizaciones que aprenden* “learning organizations”, y *redes de aprendizaje* “learning networks”¹.

Los procesos de aprendizaje evolucionan hacia los cuatro niveles definidos en el esquema mencionado: (a) nivel individual, (b) nivel organizacional, (c) nivel sectorial o nivel de las instituciones sociales, y (d) nivel de la sociedad. Los procesos de apropiación de conocimientos y saberes son de complejidad creciente al pasar del uno al otro.

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la creatividad y el espíritu innovador de cada uno de los y las participantes, busca convertir esa información y conocimiento personal, en *conocimiento corporativo* útil que incremente la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las instituciones sociales contribuyendo al proceso de creación de “*lo público*” a través de la apropiación social del mismo, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que pueden involucrar cambios en los valores y las actitudes que caracterizan la sociedad, o conllevar acciones orientadas a desarrollar una capacidad para controlar conflictos y para lograr mayores niveles de convivencia.

Currículo integrado-integrador

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de *núcleos problemáticos*, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y/o problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad, escenarios de socialización, hogar) que alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a la solución de los mismos. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular, exige una mirada crítica de la realidad.

La implementación de un currículo integrado-integrador implica que la “enseñanza dialogante” se base en la convicción de que el discurso del formador o formadora, será formativo solamente en el caso de que él o la participante, a medida que reciba los mensajes magistrales, los reconstruya y los integre, a través de una actividad, en sus propias estructuras y necesidades mentales. Es un diálogo profundo que comporta participación e interacción. En este punto, con dos centros de iniciativas donde cada uno (formador, formadora y participante) es el interlocutor del otro, la síntesis pedagógica no puede realizarse más que en la interacción- de sus actividades orientadas hacia una meta común: la adquisición, producción o renovación de conocimientos.

¹ Teaching and Learning: Towards the Learning Society; Bruselas, Comisión Europea, 1997.



Aplicación de las Nuevas Tecnologías

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", consciente de la necesidad de estar a la vanguardia de los avances tecnológicos al servicio de la educación para aumentar la eficacia de los procesos formativos ha puesto al servicio de la Rama Judicial el Campus y el Aula Virtuales. Así, los procesos formativos de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", se ubican en la modalidad b-learning que integra la virtualidad con la presencialidad, facilitando los escenarios de construcción de conocimiento en la comunidad judicial.

La virtualización de los programas y los módulos, permite actualizar los contenidos en tiempo real y ampliar la información, ofrece la oportunidad de acceder a una serie de herramientas como videos, audios, animaciones, infografías, presentaciones multimediales, hipertextos, etc., que hacen posible una mayor comprensión de los contenidos y una mayor cobertura.

Planes de Estudio

Los planes de estudio se diseñaron de manera coherente con el modelo educativo de la Escuela, en donde los autores/as contaron con el acompañamiento de la Red de Formadores y Formadoras Judiciales constituida por Magistrados y Jueces, quienes con profundo compromiso y vocación de servicio se prepararon a lo largo de varios meses en la Escuela Judicial tanto en los aspectos pedagógicos y metodológicos, como en los contenidos del programa, con el propósito de facilitar el proceso de aprendizaje que ahora se invita a desarrollar a través de las siguientes etapas:

Etapa I. Preparatoria. *Reunión Preparatoria.* Con esta etapa se inicia el programa de formación; en ella la red de formadores/as con la coordinación de la Escuela Judicial, presenta los objetivos, la metodología y la estructura del curso; se precisan los módulos transversales y básicos que le sirven de apoyo, y se reitera el uso del Aula y Campus Virtuales. Así mismo, se lleva a cabo el *Análisis Individual* tanto de los módulos como del caso integrado e integrador cuyas conclusiones se comparten mediante su publicación en el Blog del Curso.

Etapa II. Integración a la Comunidad Judicial. Los resultados efectivos del proceso formativo, exigen de los y las participantes el esfuerzo y dedicación personal, al igual que la interacción con sus pares, de manera que se conviertan el uno y el otro en insumo importante para el logro de los propósitos formativos. Esta etapa está conformada por cuatro fases claramente identificables:



La Reunión Inicial del Módulo en la cual se presentan los objetivos del módulo, la agenda, las guías didácticas y los materiales para su estudio y se fijan los compromisos pedagógicos por parte de los y las discentes con el curso de formación que inician.

El *Análisis Individual* que apunta a la interiorización por parte de cada participante de los contenidos del programa, mediante la lectura, estudio y análisis del módulo, el desarrollo de los casos y ejercicios propuestos en el mismo, con apoyo en la consulta de jurisprudencia, la doctrina y el bloque de constitucionalidad, si es del caso.

El *Foro Virtual* constituye la base del aprendizaje entre pares cuyo propósito es buscar espacios de intercambio de conocimiento y experiencias entre los y las participantes mediante el uso de las nuevas tecnologías, con el fin de fomentar la construcción colectiva de conocimiento en la Rama Judicial.

El *Conversatorio del Curso* que busca socializar el conocimiento, fortalecer las competencias en argumentación, interpretación, decisión y dirección alrededor del estudio de nuevos casos de la práctica judicial previamente seleccionados y estructurados por los formadores y formadoras con el apoyo de los expertos, así como la simulación de audiencias y juego de roles, entre otras estrategias pedagógicas.

Etapa III. Aplicación a la Práctica Judicial: La aplicación a la práctica judicial es a la vez el punto de partida y el punto de llegada, ya que es desde la cotidianidad del desempeño laboral de los servidores que se identifican los problemas, y, mediante el desarrollo del proceso formativo, se traduce en un mejoramiento permanente de la misma y por ende, una respuesta con calidad y más humana para los usuarios y usuarias. Esta etapa se desarrolla mediante tres fases:

La *Aplicación in situ* busca "aprender haciendo" de manera que la propuesta académica se convierta en una herramienta útil en el quehacer judicial permitiendo identificar las mejores prácticas en los casos que se sometan al conocimiento de la respectiva jurisdicción o especialidad.

El *Seguimiento* a través de conversatorios presenciales o por videoconferencia que posibiliten a los operadores y operadoras identificar las fortalezas y debilidades en la práctica cotidiana, con miras a reforzar los contenidos de los módulos desarrollados y fomentar el mejoramiento continuo de la labor judicial mediante su participación en el Blog de Mejores Prácticas.

Las *Monitorías* en donde los formadores y formadoras se desplazan a los distintos distritos, con el fin de observar el funcionamiento de los despachos en cuanto a la aplicación de los contenidos de los módulos o reformas e intercambiar puntos de vista sobre dicha gestión;



este ejercicio se complementa con los “conversatorios distritales” en los que participan todos los magistrados, magistradas, juezas y jueces de la sede, al igual que, otros intervenientes y usuarios involucrados en la problemática que se aborda. Todo lo anterior, con el fin de plantear nuevas estrategias de mejoramiento de la práctica, mediante la cualificación del programa formativo

Etapa IV. Evaluación del Curso: Todo proceso formativo requiere para su mejoramiento y cualificación, la retroalimentación dada por los y las participantes del mismo, con el fin de establecer el avance en la obtención de los logros alcanzados frente a los objetivos del programa, así como la aplicación de indicadores y su respectivo análisis y mediante la profundización sobre casos paradigmáticos de la especialidad o jurisdicción en el *Observatorio Académico* de la EJRLB cuyos resultados servirán de insumo para EJRLB futuros programas de formación.

Los módulos

Los módulos son la columna vertebral en este proceso, en la medida que presentan de manera profunda y concisa los resultados de la investigación académica realizada durante aproximadamente un año, con la participación de Magistrados de las Altas Cortes y de los Tribunales, de los Jueces la República, Empleados y expertos juristas, quienes ofrecieron lo mejor de sus conocimientos y experiencia judicial, en un ejercicio pluralista de construcción de conocimiento.

Se trata entonces, de valiosos textos de autoestudio divididos secuencialmente en unidades que desarrollan determinada temática, de dispositivos didácticos flexibles que permiten abordar los cursos a partir de una estructura que responde a necesidades de aprendizaje previamente identificadas. Pero más allá, está el propósito final: servir de instrumento para fortalecer la práctica judicial para prestar un buen servicio a las y los ciudadanos.

Cómo abordarlos

Al iniciar la lectura de cada módulo el o la participante debe tener en cuenta que se trata de un programa integral y un sistema modular coherente, por lo que para optimizar los resultados del proceso de formación autodirigida tendrá en cuenta que está inmerso en el **Programa de Formación Judicial Especializada en el Área del Trabajo y de la Seguridad Social**. A través de cada contenido, los y las discentes encontrarán referentes o remisiones a los demás módulos del plan de formación de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, que se articulan mediante diversos temas transversales, tales como: La Ética Judicial, Igualdad de Género en la Administración de Justicia, Argumentación Judicial en Debates Orales y Escritos, Filosofía del Derecho, Estructura de la Sentencia, Prueba Judicial, Interpretación Constitucional, Interpretación Judicial, Derechos Humanos, Constitución Política de 1991, Bloque de



Constitucionalidad, la ley específica, al igual que la integración de los casos problemáticos comunes que se analizan, desde diferentes perspectivas, posibilitando el enriquecimiento de los escenarios argumentativos y fortaleciendo la independencia judicial.

Por lo anterior, se recomienda tener en cuenta las siguientes sugerencias al abordar el estudio de cada uno de los módulos del plan especializado: (1) Consulte los temas de los otros módulos que le permitan realizar un diálogo de manera sistemática y articulada sobre los contenidos que se presentan; (2) Tenga en cuenta las guías del y la discente y las guías de estudio individual y de la comunidad judicial para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones, el estudio y análisis, la utilización del Campus y Aula Virtual y el taller individual de lectura efectiva del plan educativo; (3) Cada módulo presenta actividades pedagógicas y de autoevaluación que permiten al y la discente reflexionar sobre su cotidianidad profesional, la comprensión de los temas y su aplicación a la práctica. Es importante que en el proceso de lectura aborde y desarrolle con rigor dichas actividades para que críticamente establezca la claridad con la que percibió los temas y su respectiva aplicación a su tarea judicial. Cada módulo se complementa con una bibliografía básica seleccionada, para quienes quieran profundizar en el tema, o complementar las perspectivas presentadas.

Finalmente, el Programa de Formación Judicial Especializada del Área del Trabajo y de la Seguridad Social que la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” en la Calle 11 No 9A -24 piso 4, de Bogotá, o al correo electrónico escuelajudicial@ejrlb.net los cuales contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del **Programa de Formación Judicial Especializada en el Área del Trabajo y de la Seguridad Social**.



TABLA DE CONTENIDO

AUTORA
JUSTIFICACIÓN
PRESENTACIÓN
OBJETIVOS GENERALES
OBJETIVOS ESPECÍFICOS

CAPITULO I

- 1.- RELACIONES JURÍDICAS EN EL SISTEMA DE PENSIONES DE LA LEY 100 DE 1993
 - 1.1 RELACIÓN DE AFILIACIÓN
 - 1.2 RELACIÓN DE COTIZACIÓN
 - 1.3 RELACIÓN DE PROTECCIÓN
- 2 REGÍMENES DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES
3. TRASLADO DE RÉGIMEN
4. ADICIONES A LAS CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES
- 5.- JURISPRUDENCIA
- 6- PREGUNTAS
- 7 .- CASOS

CAPITULO II

- 1 PENSIÓN DE VEJEZ
- 2 PENSIÓN DE VEJEZ EN EL REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA
 - 2.1 CUADRO COMPARATIVO DE LOS REQUISITOS ENTRE LA LEYES 100 DE 1993, Y 797 DE 2003
 - 2.2 ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005
- 3 PENSIÓN DE VEJEZ EN EL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD
4. PREGUNTAS

CAPÍTULO III

1. REGIMEN DE TRANSICIÓN EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 36 DE LA LEY 100 DE 1993
2. PERSONAS A LAS QUE SE APLICA
3. REFORMAS AL REGIMEN DE TRANSICIÓN
4. INGRESO BASE DE LIQUIDACION EN EL REGIMEN DE TRANSICIÓN
5. OTRAS DISPOSICIONES SOBRE RÉGIMEN DE TRANSICIÓN
- 6.- ENTIDAD ENCARGADA DE RECONOCER LAS PENSIONES AL ENTRAR EN VIGENCIA LA LEY 100 DE 1993
7. JURISPRUDENCIA



CAPÍTULO IV

REGÍMENES PENSIONALES ANTERIORES A LA LEY 100 DE 1993

1 SECTOR OFICIAL

1.1 RÉGIMEN GENERAL

1.2 RÉGIMENES ESPECIALES

1.3 EMPLEADOS DEPARTAMENTALES

2 RÉGIMEN DEL I. S. S.

3 JUBILACIÓN POR APORTES

4 CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

5. JURISPRUDENCIA

6.- PREGUNTAS

7.- CASOS

CAPITULO V

1.- PENSIÓN DE INVALIDEZ

2. REQUISITOS

5.- JURISPRUDENCIA

6.- PREGUNTAS

4.- CASOS

CAPITULO VI

PENSION DE SOBREVIVIENTES

1. REQUISITOS Y MONTO

1.1. EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA

1.1. EN EL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL

2. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

3 CONVIVENCIA

3.- DESARROLLO NORMATIVO EN MATERIA DE SUSTITUCIÓN PENSIONAL Y PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

6. JURISPRUDENCIA

5. PREGUNTAS

6. CASOS

CAPITULO VII

ASPECTOS GENERALES DEL SISTEMA DE PENSIONES

1.- ACTUALIZACION DE LAS OBLIGACIONES EN MATERIA DE PENSIONES

1.1 INDEXACION

1.1.1 INDEXACIÓN PRIMERA MESADA

1.1.2 LIQUIDACIÓN DE LA PRIMERA MESADA

1.1.3 REAJUSTE PENSIONES



- 2. JURISPRUDENCIA
- 3. FLUJOS DE CAPITAL EN EL SISTEMA DE PENSIONES
 - 3.1. BONO PENSIONAL
 - 3.2 CUOTAS PARTES PENSIONALES
- 5. JURISPRUDENCIA
- 6 CASOS
- 7 PRINCIPIO DE LA CONDICION MÁS BENEFICIOSA
 - 7.1. DIFERENCIA ENTRE DERECHO ADQUIRIDO Y MERA EXPECTATIVA
 - 7.2. NORMA QUE SE DEBE APLICAR
 - 7.3. EVENTOS QUE SE PUEDEN PRESENTAR PARA EFECTOS CONSIDERAR LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO EN ESTUDIO
- JURISPRUDENCIA
- 7.4. CASOS

CAPITULO VIII

- 1.- EL SISTEMA PENSIONAL Y LAS NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO
 - 1.1 ARTÍCULOS 53 Y 93 DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991
 - 1.2 LOS DERECHOS LABORALES RELATIVOS A LA SEGURIDAD SOCIAL CONSAGRADOS EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES
 - 1.3 DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
- 2 PROTOCOLO DE SALVADOR
- 3 LOS CONVENIOS INTERNACIONALES DE TRABAJO
- 4 LA DECLARACIÓN AMERICANA DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE DE 1948
- 5 LA CARTA DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA)
- 6 LA CARTA INTERNACIONAL AMERICANA DE GARANTÍAS SOCIALES O DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES DEL TRABAJADOR
- 7 LEY 1112 DE 2006 POR MEDIO DE LA CUAL SE APRUEBA EL "CONVENIO DE SEGURIDAD SOCIAL ENTRE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y EL REINO DE ESPAÑA", HECHO EN BOGOTÁ, EL 6 DE SEPTIEMBRE DE 2005
- 8. JURISPRUDENCIA

BIBLIOGRAFIA



AUTORA

LUZ DARY RIVERA GOYENECHE, Magistrada de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santa Marta, con estudios de especialización en Derecho Laboral, de las Universidades Pontificia Bolivariana y San Buenaventura de Cali. Especialista en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Colombia. Especialista en Instituciones Jurídicas de la Seguridad Social de la Universidad Nacional de Colombia. Pendiente del trabajo de grado de la Maestría en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Exbecaria de la Especialización en Derecho del Trabajo Y la seguridad Social del Consejo Supremo de la Justicia de España, La Coruña. Diplomado en pruebas de la Universidad Nacional de Colombia. Exprofesora de las Universidades: San Buenaventura de Cali, Sergio Arbolada y Cooperativa de la seccional Santa Marta. Vinculada a la rama judicial en el año 1980 y como Magistrada en el año de 1996.



JUSTIFICACIÓN

El conflicto como forma de expresión y de encuentro de los miembros de una sociedad, no se puede erradicar de la vida social, pues las sociedades exentas de conflictividad, serían sociedades sin posibilidad de transformación.²

El proceso judicial es una forma de definir los conflictos y toda persona tiene derecho a que se le garantice, ante los jueces y tribunales competentes, y no sólo la solución del conflicto que somete a su decisión, sino que éste sea resuelto en forma oportuna.

En la definición de los conflictos de la seguridad social, que es la materia que nos ocupa, lo que se exige es la capacidad del juez para la toma de decisiones inmediatas, para avanzar en el camino de las soluciones, por lo cual los jueces y juezas deben estar en un permanente estudio.

Con este módulo se pretende: Potenciar la capacidad de los funcionarios judiciales,, que en este nuevo paradigma de la justicia juegan un papel protagónico, más dinámico, más visible durante todo el proceso.

Que sirve de guía para la construcción del conocimiento sobre el sistema pensional colombiano. Por lo que partiendo de los conocimientos que ya poseen los discentes, daremos una nueva lectura a ley 100 de 1993 a sus reformas y a otros temas considerados como núcleos problemáticos o de mayor discusión en la reunión de necesidades convocada por la escuela judicial con los magistrados de las salas laborales de todos los tribunales del país.

Y que sirva de consulta a los operadores judiciales para resolver los conflictos jurídicos, que en el universo de los procesos sometidos a su conocimiento, los relativos a la seguridad social cada vez son mayores y aumenta su complejidad.

² Galvis Ortiz, Ligia. Comprensión de los derechos humanos. Ediciones Aurora, Bogotá, abril de 2008.



PRESENTACIÓN

En términos generales el módulo resalta las modificaciones a la Ley 100 de 1993, por la ley 797 de 2003, ley 860 de 2003, y el acto legislativo 001 de 2005, por lo que se hace referencia a lo que ha sido objeto de modificación y a otros temas señalados como núcleos problemáticos o de mayor discusión, en la resolución de conflictos en el ámbito judicial nacional como: Indexación, flujos de capital en el sistema de pensiones, régimen de transición, condición más beneficios, entidades encargadas de pagar pensiones. Y al final, se consignan normas internacionales del trabajo relativas a la seguridad social en pensiones.

Cada capítulo contiene: I) una visión somera de la normativa de los temas acordados en la reunión de necesidades organizada por la escuela judicial, en materia del sistema general de pensiones, II) estado actual de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, y sentencias de constitucionalidad sobre esta normativa, y III) actividades pedagógicas de preguntas y casos, que ayudan a precisar conceptos y aplicar cada uno de los temas tratados, que encontrarán solución o en la parte teórica que se desarrolla o en la jurisprudencia que se cita en cada capítulo.

Y para efectos de elaborar un trabajo que enriquezca el proceso de construcción del conocimiento y que abarque los ejes problemáticos que se presentan en los distintos Distritos Judiciales del País, además de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y las sentencias de la Corte Constitucional, se solicitó la colaboración de los Tribunales y Juzgados de Cali, Bogotá, Barranquilla y Santa Marta, quienes nos facilitaron material para extraer algunos de los casos que se citan en el módulo.



OBJETIVOS GENERALES

Suplir las necesidades que se diagnosticaron en las reuniones de jueces y empleados coordinada por la Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla, en el tema pensional.

Brindar a los funcionarios judiciales, en las áreas del saber, saber hacer y saber ser, un conocimiento sobre todo lo relativo al sistema pensional colombiano.

Potencializar al discente para reconocer el lenguaje propio de la seguridad social, sus principios, sistemas, e instituciones, etc. desarrollando un estudio teórico y práctico.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

El funcionario judicial estará lo suficientemente preparado para decidir a partir de cada uno de los institutos que gobiernan el proceso, los casos a resolver, en forma oral o escrita

Desarrollar en el discente la capacidad de comprender, analizar y formular cuestionamientos válidos y pertinentes en la construcción del sistema pensional en Colombia, afianzado en el orden constitucional que es el que debe guiar el proceso.

Fortalecer las bases teóricas en materia de pensiones, tema que en la actualidad, se constituye en uno de los que generan mayor controversia y dificultades en la resolución de los conflictos sometidos a decisión de los jueces.

Potenciar la experiencia judicial de los discentes, para que la actividad judicial esté acorde con las necesidades que exige el nuevo sistema judicial.



CAPITULO I

El sistema de Seguridad Social Integral desarrolló el mandato del artículo 48 de la Constitución Nacional, y está enmarcado por principios como la eficiencia³, la solidaridad⁴, la universalidad⁵, integralidad⁶, unidad⁷ y participación⁸.

1.- RELACIONES JURÍDICAS EN EL SISTEMA DE PENSIONES DE LA LEY 100.

Dentro de la estructura del Sistema de Seguridad Social Integral de la Ley 100 de 1993, conformado por: el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, que cubre los riesgos de vejez, invalidez y muerte de origen común; el Sistema General de Seguridad Social en Salud, que cubre enfermedad general y maternidad; el Sistema General de Riesgos Profesionales que cubre accidente de trabajo y enfermedad profesional y de servicios sociales complementarios que abarca: auxilio de ancianos indigentes, servicios sociales para la tercera edad y subsidio de desempleo. El sistema general de pensiones, responde al modelo de seguros sociales obligatorios, creado por Bismarck⁹, en Alemania. Un sistema de aportes, vinculado sobre todo al trabajador dependiente, enmarcado dentro de la figura jurídica del contrato de seguro obligatorio y fundamentado en la noción de riesgo. Principio de justicia comutativa: las prestaciones se reciben en proporción a los aportes realizados.

El anterior sistema en oposición al modelo de seguridad social inglés, de tipo asistencial, creado por Sir William BEVERIDGE.- financiado a través de impuestos generales a la clase trabajadora y a la sociedad en general y no por aportes calculados en función del salario. Basta con encontrarse en estado de necesidad y sin recursos para tener derecho a las prestaciones que

³ Eficiencia. Mejor utilización de los recursos, para que los servicios sean prestados de manera adecuada, oportuna y suficiente.

⁴ Solidaridad. En materia de seguridad social, el principio de solidaridad implica que todos los partícipes de este sistema deben contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual implica que sus miembros deban en general cotizar, no solo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en su conjunto. (Sentencia C-126 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero).

⁵ Universalidad. Garantía de protección para todas las personas, en todas las etapas de la vida.

⁶ Integralidad. Cobertura de todas las contingencias.

⁷ Unidad. Articulación de políticas, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social

⁸ Participación. Intervención de la comunidad a través de los beneficiarios de la seguridad social, en la organización, gestión, control y fiscalización de las instituciones y del sistema.

⁹ De quien también se deriva el concepto de seguridad social, al implementar en Alemania una ley de seguros obligatorios, complementada en el año de 1883 con el seguro de enfermedades, en 1884 con el accidente de trabajo, en 1889 con el de vejez e invalidez y en 1927 con el establecimiento del seguro de desempleo. (Narváez Bonnet, Jorge Eduardo. Régimen Pensional y Seguros Privados).



brinda el sistema de seguridad social. Principio de justicia distributiva: busca beneficiar a todas las personas.

Más tarde aparecen los fondos de pensiones, como un mecanismo de acumulación y administración de recursos para la financiación de las pensiones, basado en la capitalización individual.

El modelo al que responde el sistema de seguridad en Colombia, permite entender el porqué en materia de pensiones, no obstante la forma de organización jurídica y política de Estado Social de Derecho -cuyo propósito principal es procurar las condiciones para lograr la efectividad de derechos como el de la seguridad y la adecuada integración social- la consagración en el Art 48 de la C. P del derecho a la seguridad social y de la facultad concedida al legislador para ampliar progresivamente la cobertura de la seguridad social, bajo la dirección del Estado, salvo contadas excepciones¹⁰, no se está ante el ideal de un sistema de seguridad social que permita a todas las personas a acceder, en su etapa improductiva, a la pensión de vejez; ante una contingencia, a la de invalidez, y ante su falta, a sus beneficiarios, a la pensión de sobrevivientes.

Por consiguiente, en el sistema general de pensiones, la formalización de las relaciones jurídicas de afiliación y de cotización, son las que delimitan la relación de prestación.

1.1 -RELACIÓN DE AFILIACIÓN. Es el acto que promueve el inicio o inclusión en el sistema de pensiones y determina el ámbito de aplicación.-

Según lo expuso la Corte Constitucional en la sentencia T-534/2000¹¹ citada en la T-235 de 2002:

"...la precisión del concepto "afiliación" también se encuentra en la teoría de la seguridad social. Tratándose de pensión de jubilación, la **afiliación** es un acto que se produce una sola vez en la vida del interesado, al ingresar al trabajo, por consiguiente la afiliación no es repetible, es vitalicia. Habrá, como es obvio, situaciones en las que se está trabajando (a esto se denomina "alta", y aquéllas en que no lo está (se denomina "baja").

La confusión surge por confundir afiliación con las denominada "situaciones de alta", que sí requieren de la relación laboral vigente. Pero, "*la afiliación determina la inclusión*

¹⁰ Como lo dispuesto en el literal I de la ley 797 que modificó el Art 13 de la ley 100 de 1993. Que el fondo de solidaridad pensional estará destinado a ampliar la cobertura mediante el subsidio a los grupos de población que, por sus características y condiciones socioeconómicas, no tienen acceso a los sistemas de seguridad social.

¹¹ M.P. Jaime Córdoba Treviño.



del trabajador en el sistema, y en unión de otros presupuestos, constituye título jurídico para la adquisición de derechos y el nacimiento de obligaciones de seguridad social".

En Colombia las situaciones de alta y de baja, equivalen a afiliado cotizante Y a afiliado no cotizante, calidad que determina el derecho o no a una prestación. Por ejemplo el art. 39 de la ley 100 de 1993¹², para efectos de los requisitos para obtener la pensión de invalidez hacia una distinción entre "Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen..." y "Que habiendo dejado de cotizar al sistema...".

En virtud de lo dispuesto en el Art. 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3 de la Ley 797 de 2003¹³ los sujetos de afiliación en materia de pensiones son:

1.1.1. Afiliados obligatorios:

1.1.1.1 Todos los vinculados por contrato de trabajo o servidores públicos.

1.1.1.2 Las personas naturales vinculados por contrato de prestación de servicios en entidades públicas y privadas.¹⁴ Los trabajadores independientes¹⁵ y los grupos de población beneficiados por el fondo de subsidios del fondo de solidaridad.

¹² Artículo modificado por el artículo 1º de la ley 860 de 2003.

¹³ Reglamentado por el Art. 1 del Decreto 510 de 2003.

¹⁴ Mediante sentencia C-1089 de 2003 se dispuso: Declarar EXEQUIBLES por los cargos formulados, los apartes acusados del primer inciso y del parágrafo 1º del numeral 1 del artículo 15º de la Ley 100 de 1993, tal como fue modificada por el artículo 3º de la Ley 797 de 2003: en el entendido que las expresiones "El ingreso base de cotización no podrá ser inferior al salario mínimo y deberá guardar correspondencia con los ingresos efectivamente percibidos por el afiliado" contenidas en el literal a) del referido parágrafo presuponen la existencia de un ingreso efectivo por parte del trabajador independiente para hacer obligatoria su cotización.

En este punto también hay que tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 282 de la ley 100 de 1993 subrogado por el artículo 114 del Decreto 2150 de 1995. Que las personas naturales que contraten con el Estado en la modalidad de prestación de servicios no están obligadas a acreditar afiliación a los sistemas de salud y pensiones previstos en esta ley, siempre y cuando la duración de su contrato sea igual o inferior a 3 meses. EXEQUIBLE Sentencia C739-02 de 10 de septiembre de 2002, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño, "en relación con los cargos formulados en la demanda".

¹⁵ Consultar la C- 1089 del 19 de noviembre de 2003.

El Decreto 3615 de 2005 modificado por el Decreto 2313 de 2006, reglamenta la afiliación de los trabajadores independientes de manera colectiva al sistema de Seguridad Social Integral.

El Decreto 4588 de 2006 del Art 26 al 32 regula lo referente a la seguridad social integral de las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado.

El Decreto 4369 de 2006 en los artículos 12 y 13 regula lo referente a la afiliación y cotización de las empresas de servicios temporales.



1.1.1.3 Los servidores públicos de ECOPETROL que ingresen después de la vigencia de la Ley 797.

1.1.2. Afiliados Voluntarios:

1.1.2.1 Las personas naturales residentes en el país y colombianos domiciliados en el exterior, que no tengan la calidad de afiliados obligatorios y que no se encuentren expresamente excluidos por la presente ley.

1.1.2.2. Los extranjeros que en virtud de un contrato de trabajo permanezcan en el país y no estén cubiertos por algún régimen de su país de origen o de cualquier otro.

1. 2 RELACIÓN DE COTIZACIÓN.- Esta relación se traduce en el derecho que tiene el afiliado o beneficiario a recibir prestaciones asistenciales o económicas. Por lo que aspectos como mora en el pago de las cotizaciones han generado pronunciamientos de los altos tribunales del país y en esto nos detendremos en el acápite de jurisprudencia.

¿CUÁNDO CESA LA OBLIGACIÓN DE COTIZAR?

Tal como lo consagra el inciso segundo del Art.4 de la Ley 797, que modificó el Art. 17 de la Ley 100 de 1993, la obligación de cotizar¹⁶ cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente. Pero puede continuar efectuando cotizaciones voluntarias, en cualquiera de los dos regímenes.

Lo anterior no permite concluir que el empleador una vez el trabajador reúna los requisitos para la pensión de vejez, pueda dejar de cotizar. Por las siguientes razones:

- 1) Porque el mismo art. 4 de la ley 797 establece la obligatoriedad de las cotizaciones durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que los trabajadores devenguen.
- 2) Porque el art. 9 de la ley 797, que modificó el art.33 de la ley 100 de 1993 (declarado condicionalmente exequible, mediante sentencia C- 1037 de 2003), si bien consagra como causal para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, el que, el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este

¹⁶ En España, según lo comentan Luís Enrique y Juan de la Villa de la Serna, en la obra Derecho a la Seguridad Social, la extinción de la obligación de cotizar por parte del empleador, con el cese en el trabajo, está condicionada a que se comunique la baja en un plazo de 6 días. La inobservancia de esta exigencia no extingue la obligación hasta el día en que se le de cumplimiento o la TGSS (Tesorería General de la Seguridad Social) conozca el cese y de oficio curse la baja. Otro punto a resaltar en la legislación Española, es que la obligación de pago de cuotas a la Seguridad Social prescribe a los 4 años, desde la fecha en que debieron ser ingresadas.



artículo para tener derecho a la pensión, también dispone que el empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea notificado, no solo el reconocimiento de la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones, sino también su inclusión en nomina de pensionados, tal como lo dispuso la sentencia C-1037 de 2003¹⁷.

Lo que si es que en el parágrafo 3º del art. 33 se faculta al empleador para solicitar la pensión en nombre del trabajador particular o servidor público, que transcurridos treinta (30) días de que cumpla con los requisitos establecidos en este artículo, no la solicita¹⁸.

¹⁷ La Corte Constitucional, mediante sentencia C 1037 de 2003 -condicionó la exequibilidad del primer aparte del parágrafo 3º del Art. 33 a que la relación laboral no se pueda dar por terminada sin que al trabajador se le notifique debidamente la inclusión en nomina de pensionados.

¹⁸ En lo que hace relación a los servidores judiciales, consultar el concepto de la Sala de consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Rad. 1715 del 29 de marzo de 2002.

Y mediante sentencia T 1092 del 6 de noviembre de 2008, la Corte Constitucional expuso:

(...)

5.6.1. El artículo 149 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia consagra el retiro del servicio con derecho a pensión como causal de cesación definitiva de las funciones, mientras que el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, establece como justa causa para dar por terminada la relación laboral que el trabajador público o privado cumpla con los requisitos para tener derecho a pensión de vejez.

El Consejo de Estado en providencia del 27 de octubre de 2007 consideró que las disposiciones aludidas no son incompatibles, como quiera que en la Ley 270 de 1996 se definió una causal de la que "se sigue lógicamente la cesación definitiva de las funciones", mientras que en la Ley 797 de 2003 se contempló una "facultad, que puede ser ejercida o no, en cabeza de la administración, para retirar del servicio a determinados empleados y funcionarios de la Rama Judicial".

La Corte considera que el Consejo de Estado, al afirmar que las figuras jurídicas consagradas en las normas bajo revisión son diferentes, confundió el mecanismo para hacer efectivo el retiro del servicio con la causal en sí misma. En efecto, no obstante la diferencia sintáctica de las proposiciones jurídicas analizadas, ambas consagran unívocamente la misma causal de retiro del servicio, cual es, el cumplimiento de los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez.

Asunto diferente es el del mecanismo por el cual se hace efectivo el retiro del servicio que, en el caso de la ley estatutaria de administración de justicia, requiere de la voluntad del trabajador, según el condicionamiento introducido por la Corte Constitucional en la Sentencia C-037 de 1996 y que, en el de la ley 797 de 2003, está sujeto a la voluntad del empleador.

De esta forma, si el supuesto de hecho que da lugar a la terminación de la relación de trabajo es idéntico en las normas estudiadas, esto es, si tanto en el escenario de la ley estatutaria de administración de justicia como en el de la ordinaria de reforma al sistema general de pensiones, se consagra que el cumplimiento de los requisitos para tener derecho a la pensión es causal de terminación de la relación de trabajo y si la diferencia radica exclusivamente en el sujeto de la relación laboral que puede disponer sobre su aplicación, no cabe la interpretación realizada por el Consejo de Estado en el sentido de concluir que se trata de situaciones jurídicas diferentes.



Y la Corte Constitucional en sentencia C 1037 de 2003 -condicionó la exequibilidad del primer aparte del parágrafo 3º del Art. 33 a que la relación laboral no se pueda dar por terminada sin que al trabajador se le notifique debidamente la inclusión en nomina de pensionados.

1.3 RELACIÓN DE PROTECCIÓN.

El Sistema General de Pensiones garantiza el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, de origen común.

2.- REGÍMENES DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES

En este orden de ideas, al tratarse de una misma causal de retiro del servicio con diverso mecanismo de aplicación, el artículo 149 de la Ley 270 de 1996 y el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, para el caso de los funcionarios de la rama judicial, resultan incompatibles, por lo que, ante la imposibilidad de que una ley ordinaria derogue a otra de raigambre estatutario, fuerza concluir que para que opere el retiro del servicio de un servidor judicial con derecho a pensión, deberá mediar su consentimiento, según fue establecido por la Corte Constitucional en la Sentencia C-037 de 1996.

Por lo tanto, una interpretación sistemática de la Ley 797 de 2003, implica que su aplicación se extiende a todos los trabajadores públicos y privados, salvo que exista una disposición especial en contrario, como en efecto ocurre en el caso de los funcionarios de la rama judicial cuyo régimen especial de carrera, en punto de las causales de retiro del servicio, ha sido regulado por una ley estatutaria, por lo que cualquier modificación, adición, reemplazo o derogación que se proponga, deberá tramitarse por una ley de la misma naturaleza.

5.6.2. Ahora bien, si en gracia de discusión se admitiera que las causales de retiro del servicio en consideración son sustancialmente diferentes, la Corte igualmente encuentra errada la conclusión a la que arribó el Consejo de Estado en el sentido de que el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 resulta aplicable a los funcionarios de la rama judicial.

Como se concluyó en acápite anterior de esta providencia, son de reserva de ley estatutaria las materias que regulen la estructura general y los principios esenciales de la administración de justicia y aquéllas otras que guarden relación estrecha con estos asuntos y que hayan sido regulados integralmente por la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

Esto es lo que ocurre en el caso de las causales de retiro del servicio que se encuentran taxativamente señaladas en el artículo 149 de la Ley 270 de 1996, de suerte que cualquier adición, modificación o derogatoria que se proponga sobre ellas deberá someterse al trámite establecido constitucionalmente para las leyes estatutarias.

En consecuencia, por la vía de tener como diferentes las causales de retiro del servicio consagradas en las leyes 797 de 2003 y 270 de 1996, tampoco es posible dar aplicación, en el caso de los funcionarios de la rama judicial, a aquélla consagrada en la ley ordinaria que reformó el Régimen General de Seguridad Social en Pensiones, por cuanto, en la medida en que se trata de una nueva causal de retiro del servicio, sólo podría adicionar las reguladas en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia si a la norma que la consagra se le hubiera dado el trámite correspondiente de ley estatutaria, según los artículos 152 y 153 de la Carta Política.



El sistema general de pensiones está conformado por dos regímenes solidarios excluyentes que coexisten:

2.1 Un régimen público: el de prima media con prestación definida, administrado por el I.S.S¹⁹.

En este régimen los aportes van a un fondo común de naturaleza pública. Los requisitos y los beneficios se encuentran expresamente definidos por la ley, basta el cumplimiento de la edad y las semanas de cotización para tener derecho a las prestaciones que consagra el sistema. Y si cumplido el requisito de edad para la pensión de vejez, el afiliado no reúne el requisito de semanas cotizadas, y declara su imposibilidad de seguir cotizando, hay lugar al pago de una indemnización sustitutiva de la pensión.

2.2 Un régimen privado: el de ahorro individual con solidaridad, administrado por los fondos de pensiones (AFP).

Este régimen está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, y el bono pensional cuando hay lugar a éste, que van a una cuenta individual. La capacidad de pago del afiliado permite condiciones particulares, en su defecto los establece la ley; el monto de la pensión depende de la cuantía de los aportes y de su rentabilidad.

¹⁹ El Artículo 155 de la ley 1151 de 2007 dispuso: De la Institucionalidad de la Seguridad Social y la Administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida. (...)

Adicionalmente crease una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de la Protección Social, denominada Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida incluyendo la administración de los beneficios económicos periódicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005, de acuerdo con lo que establezca la ley que los desarrolle.

(...), para lo cual el Gobierno, en ejercicio de sus facultades constitucionales, deberá realizar todas las acciones tendientes al cumplimiento de dicho propósito, y procederá a la liquidación de CAJANAL EICE, Caprecom y del Instituto de Seguros Sociales, en lo que a la administración de pensiones se refiere. En ningún caso, se podrá delegar el reconocimiento de las pensiones.

Esta Empresa tendrá domicilio en Bogota, D.C.,

ARTÍCULO 156. Gestión de Obligaciones Pensionales y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social. Créase la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. Esta Unidad Administrativa tendrá a su cargo:

I. El reconocimiento de derechos pensionales, tales como pensiones y bonos pensionales, salvo los bonos que sean responsabilidad de la Nación, así como auxilios funerarios, causados a cargo de administradoras del Régimen de Prima Media del orden nacional, y de las entidades públicas del orden nacional que hayan tenido a su cargo el reconocimiento de pensiones, respecto de las cuales se haya decretado o se decrete su liquidación. (...)



3.- TRASLADO DE REGIMEN:

Dentro de las características del sistema general de pensiones está la libertad de escoger y trasladarse de régimen. Pero como lo dispuso el Art. 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó entre otros el **literal e** del Art 13 de la Ley 100 de 1993²⁰:

- 1) El traslado de régimen será cada 5 años a partir de la selección inicial.
- 2) Después de un año de entrada en vigencia de la ley 797 de 2003, no podrán trasladarse de régimen cuando falten 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

La Corte Constitucional mediante la sentencia C- 1024 de abril de 2004, declaró exequible el aparte subrayado, exclusivamente por el cargo analizado en esta oportunidad y bajo el entendido que las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el Art. 36 de la ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste -en cualquier tiempo-, conforme a los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002.

La sentencia C-789 de 2002 resolvió:

"PRIMERO.- Declarar **EXEQUIBLES** los incisos 4º y 5º, del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando se entienda que estas disposiciones no se aplican a quienes habían cumplido quince (15) años o más de servicios cotizados, al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones de la Ley 100 de 1993, conforme a lo establecido en la parte motiva de esta sentencia. Con todo, el monto de la pensión se calculará conforme al sistema en el que se encuentre la persona.

SEGUNDO.- Declarar así mismo **EXEQUIBLE** el inciso 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el entendido que el régimen de transición se aplica a quienes, estando en el régimen de prima media con prestación definida, se trasladaron al régimen de ahorro individual con solidaridad, habiendo cumplido el requisito de quince (15) años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones, y decidan regresar al régimen de prima media con prestación definida, siempre y cuando: a) trasladen a éste todo el ahorro que efectuaron al régimen de ahorro individual con solidaridad; y b) dicho ahorro no sea inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media. En tal caso, el tiempo trabajado les será computado en el régimen de prima media".

²⁰ Reglamentado por el Decreto 3800 de 2003 y el Decreto 3995 de 2008



En la sentencia T-168 de marzo 18 de 2009 la Corte Constitucional recordó que, tras la reforma que introdujo el artículo 7º. de la ley 797, el requisito de trasladar todo el ahorro que efectuó en el fondo privado y ese ahorro no podía ser inferior al total del aporte legal que hubiera obtenido en el régimen de prima media, no se puede volver a exigir.

3) Al tenor de lo dispuesto en el inciso 3º del numeral 1º del artículo 3 de la ley 797²¹ que modificó el numeral 1º del artículo 15 de la ley 100 de 1993, durante los 3 años siguientes a la vigencia de la Ley 797, los servidores públicos en cargos de carrera administrativa, afiliados al régimen de prima media deberán permanecer afiliados a dicho régimen mientras tengan la calidad de tales. Y quienes ingresen por primera vez estarán obligatoriamente afiliados al Instituto de los Seguros Sociales, durante el mismo lapso.

La Corte Constitucional mediante Sentencia C-1024 de 20 de octubre de 2004, declaró exequible este inciso "... bajo el entendido que se excluye de la aplicación de la norma a quienes se vinculen por primera vez al sector público en cargos de carrera, si previamente se encontraban afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad." - Inciso declarado EXEQUIBLE, por el cargo analizado, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-623-04 de 29 de junio de 2004.

3.1 En el régimen de ahorro individual el traslado de entidad administradora puede darse cada 6 meses.

3.2 En el caso de no cumplirse los términos previstos para el traslado, tendrá validez la última vinculación efectuada dentro de los términos legales, y habrá lugar a la transferencia de cotizaciones, entre las administradoras.

Ante la confusión acerca de cuál administradora debe responder por las prestaciones que otorga el sistema de pensiones, en virtud de los numerosos casos de personas con vinculaciones y/o cotizaciones simultáneas a los dos regímenes pensionales, se expidió el Decreto 3995 de octubre 16 de 2008 *por el cual se reglamenta entre otros el art.13 de la ley 100 de 1993, para aplicar a los afiliados al sistema general de pensiones que al 31 de diciembre de 2007, se encuentren incursos en situación de múltiple vinculación entre el régimen de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad y señala algunas normas de traslados de afiliados, recursos e información*²².

²¹ Reglamentado por el Art. 2 del Decreto 510 de 2003

²² Artículo 1. (...)

A las personas que, después de un año de entrada en vigencia la ley 797 de 2003, se trasladaron al régimen de prima media con prestación definida (RPM) faltándoles 10 años o menos para tener la edad exigida para tener derecho a la pensión en este régimen, se les aplicará lo que establecen los artículos 7,8 y 12 del presente Decreto.

Parágrafo. Se excluyen de la aplicación del presente Decreto:



-
1. Las personas cuya situación de múltiple vinculación haya sido decidida conforme a las normas vigentes antes de la entrada en vigencia del presente Decreto.
 2. Las personas a quienes a la entrada en vigencia del presente Decreto se les haya reconocido una pensión del Sistema General de Pensiones, o quienes tengan los requisitos de pensión cumplidos en alguno de los dos regímenes.
 3. Los afiliados que desempeñen actividades de alto riesgo de acuerdo con el artículo 9 del Decreto Ley 2090 de 2003.

Artículo 2. (...) Cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos en la ley, esta última vinculación no será válida y el afiliado incurirá en múltiple vinculación. La vinculación válida será la correspondiente al último traslado que haya sido efectuado con el cumplimiento de los términos legales antes de incurrir en un estado de múltiple vinculación.

Para definir a qué régimen pensional está válidamente vinculada una persona que se encuentra en estado de múltiple vinculación al 31 de diciembre de 2007, se aplicarán, por una única vez, las siguientes reglas:

Cuando el afiliado en situación de múltiple vinculación haya efectuado cotizaciones efectivas, entre el 1 de julio y el 31 de diciembre de 2007, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido el mayor número de cotizaciones; en caso de no haber realizado cotizaciones en dicho término, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido la última cotización efectiva. Para estos efectos, no serán admisibles los pagos de cotizaciones efectuados con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de este Decreto.

Cuando el afiliado no haya efectuado ninguna cotización o haya realizado el mismo número de cotizaciones en ambos regímenes entre el 1 de julio y el 31 de diciembre de 2007, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales antes de la situación de múltiple vinculación.

Las reglas previstas en este artículo también aplican a aquellos afiliados que se encuentran registrados en las bases de datos de los dos regímenes por no haberse perfeccionado el traslado de régimen.

Artículo 3. (...) Las personas que venían vinculadas al Instituto de Seguro Social - ISS, antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, que no diligenciaron un formulario de afiliación o de ratificación ante dicho Instituto y seleccionaron el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS con o sin observancia del término legal establecido, también se entenderán válidamente vinculadas al RAIS.

Artículo 4. (...) En el evento en que resultaren casos de múltiple vinculación que no puedan resolverse conforme a las reglas del artículo 2º del presente Decreto, las respectivas entidades, darán aplicación a los criterios contenidos en las instrucciones generales impartidas por la Superintendencia Financiera. De no resolverse dichas situaciones por esta vía, las entidades las pondrán en conocimiento de la Superintendencia, para que establezca criterios de carácter general para su definición, y pueda proceder de conformidad con el artículo 17 del Decreto 692 de 1994.

Artículo 5. (...) En aquellos casos en que el traslado de Régimen Pensional se haya efectuado atendiendo el término de permanencia mínima pero no se hayan hecho cotizaciones a la entidad seleccionada, por una única vez, para aquellas situaciones presentadas hasta el 31 de diciembre de 2007, la persona se entenderá vinculada a la administradora a la cual ha realizado las cotizaciones.

Por otra parte, salvo las situaciones planteadas en el inciso anterior, cuando se realicen cotizaciones, a cualquier administradora distinta de la seleccionada válidamente por el afiliado, se debe proceder a regularizar la situación, trasladando las cotizaciones y la información a la administradora seleccionada válidamente y a la cual se encuentra vinculado el afiliado, atendiendo el artículo 10 del Decreto 1161 de 1994.



En aquellos casos en que por una persona se hayan realizado cotizaciones sin que medie una afiliación al sistema, se entenderá vinculado el trabajador a la administradora donde realizó el mayor número de cotizaciones entre el 1 de julio y el 31 de diciembre de 2007. En caso de no haber realizado cotizaciones en dicho término, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido la última cotización efectiva. Esta situación deberá ser informada al afiliado y al empleador para que se proceda a afiliar estos trabajadores al Sistema, mediante la suscripción del formulario respectivo. En este evento se tendrán en cuenta las cotizaciones realizadas antes de la fecha de afiliación. Cuando el afiliado presente simultaneidad en la fecha de vinculación a los dos regímenes pensionales, se entenderá vinculado a la administradora en donde haya efectuado el mayor número de cotizaciones efectivas.

En virtud de la incompatibilidad de Regímenes prevista en el artículo 16 de la Ley 100 de 1993, cuando un trabajador tenga derecho a una pensión compartida no podrá vincularse al Régimen de Ahorro Individual Con Solidaridad (RAIS). En consecuencia, el trabajador se entenderá vinculado al ISS y los aportes efectuados en el RAIS se consideran como cotizaciones erróneas, las cuales deberán ser trasladadas al ISS en los términos del artículo 10 del Decreto 1161 de 1994.

Artículo 6º. (...) Las prestaciones que se deriven de los riesgos de invalidez y muerte de los afiliados que se encuentren en cualquiera de las situaciones señaladas en este Decreto, deberán ser reconocidas y pagadas por la entidad administradora ante la cual se hayan realizado efectivamente las cotizaciones a la fecha de ocurrencia de la muerte o estructuración de la invalidez.

Si a dicha fecha el trabajador no estuviera cotizando, las respectivas prestaciones serán reconocidas y pagadas, si se cumplen los requisitos establecidos por la ley para tener derecho a éstas, por la administradora ante la cual se efectuó la última cotización antes de la fecha de ocurrencia de la muerte o estructuración de la invalidez.

Si cumplido el procedimiento anterior no puede determinarse la administradora responsable de la prestación, porque coinciden cotizaciones realizadas a otras administradoras a esa fecha, la administradora responsable será aquella ante la cual se haya efectuado la última vinculación válida.

Sin perjuicio de la atención al término legalmente señalado para el reconocimiento de estas prestaciones, las administradoras involucradas en la múltiple vinculación tendrán un plazo máximo de un (1) mes, contado a partir de la solicitud de pensión, para determinar la administradora responsable de la prestación según la regla aquí contenida, dentro del cual deberán entregarse las sumas correspondientes al riesgo de vejez junto con sus valorizaciones y el bono pensional, si a éste, hay lugar, además de la información completa de la historia laboral.

Artículo 7º. (...) El traslado de recursos pensionales entre regímenes, incluyendo los contemplados en este Decreto, así como de la historia laboral en estos casos, deberá realizarse en los términos señalados a continuación y en el artículo siguiente:

Cuando se trate de una administradora del RAIS, deberá trasladar el saldo en unidades de los aportes efectuados a nombre del trabajador, destinados a la respectiva cuenta individual y al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, multiplicado por el valor de la unidad vigente para las operaciones del día en que se efectúe el traslado.

Para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS.

Tratándose del Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM, la devolución se efectuará por el valor equivalente a las cotizaciones para financiar la pensión de vejez, que se hubieren efectuado actualizadas con la



3.3. Con respecto al traslado de régimen, se resalta lo dispuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 9 de septiembre de 2008 Rad. 31989, de declarar la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual, como consecuencia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, de un afiliado que desde antes del traslado de régimen había cumplido con los requisitos mínimos para acceder a un derecho pensional, y en consecuencia el regreso automático al régimen de prima media.

Los puntos relevantes de esta decisión son:

1.- Las razones de la nulidad. El deber de las administradoras de pensiones de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Que por tratarse de asuntos de consecuencias mayúsculas, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

rentabilidad acumulada durante el respectivo período de las reservas para pensión de vejez del ISS, o en su defecto la informada por la Superintendencia Financiera para los períodos respectivos.

Parágrafo. Con ocasión de la definición de la múltiple vinculación de sus afiliados y la determinación de las sumas a trasladar, las entidades administradoras del Sistema General de Pensiones quedan facultadas para compensar, total o parcialmente, los saldos respectivos.

Lo anterior sin perjuicio de la facultad que tiene la Superintendencia Financiera de precisar otros aspectos referentes a la materia.

Artículo 9. (...) En el evento en que el afiliado haya realizado cotizaciones voluntarias al RAIS dentro de su cuenta de ahorro individual de pensiones obligatorias, si una vez resuelta la situación de múltiple vinculación se establece que está vinculado al RPM, la administradora del RAIS deberá informar al afiliado la posibilidad de retirar tales cotizaciones o trasladarlas al fondo de pensiones voluntarias. En caso de que el afiliado guarde silencio, las cotizaciones voluntarias quedarán a su disposición en la cuenta de aportes de no vinculados.

Artículo 12 (...). Las personas vinculadas al RAIS a las que les falten menos de 10 años para cumplir la edad para la pensión de vejez del Régimen de Prima Medía, podrán trasladarse a este únicamente si teniendo en cuenta lo establecido por las Sentencias C-789 de 2002 y la C-1024 de 2004, recuperan el régimen de transición. La AFP a la cual se encuentre vinculado el afiliado que presente la solicitud de traslado, deberá remitir toda la información necesaria para que el ISS realice el cálculo respectivo conforme a lo señalado en el artículo 7º del presente Decreto. Una vez recibida la información contará con 20 días hábiles para manifestar si es viable el traslado.



2.- Los efectos de la nulidad:

La nulidad de la vinculación a partir de cuando esta se declara la priva hacia futuro de todo efecto, esto es, de ella no se puede derivar ningún derecho u obligación entre el actor y la entidad demandada, por mesadas pensionales o gastos de administración a partir de la fecha de notificación de esta sentencia; de esta manera la nulidad de la vinculación acarrea la del acto de reconocimiento del derecho pensional que el primero venía disfrutando, y así por tanto la Administradora queda relevada de toda la obligación de pago futuro por mesadas pensionales.

Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, de volver las cosas al estado en que estaban al momento en que se produjo la nulidad, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.CA el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

4. ADICIONES A LAS CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES

Entre las características al régimen de pensiones, que el Art. 2 de la ley 797 adicionó al Art. 13 de la ley 100 de 1993, están:

I) En ningún caso a partir de la vigencia de esta ley, podrán sustituirse semanas de cotización o abonarse semanas cotizadas o tiempo de servicios con el cumplimiento de otros requisitos distintos a cotizaciones efectivamente realizadas o tiempo de servicios efectivamente prestados antes del reconocimiento de la pensión. Tampoco podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados, de conformidad con lo previsto en la presente ley.

Aquí es pertinente citar la ley 50 de 1886 que creó unas equivalencias para efectos de cumplir requisitos para la pensión Lo anterior sin perjuicio de lo dispuesto en pactos o convenciones colectivas de trabajo, de jubilación de los empleados en la instrucción pública, que en su artículo 13 dispuso:

"(...)

La producción de un texto de enseñanza que tenga la aprobación de dos Institutores o Profesores, lo mismo que la publicación durante un año de un periódico exclusivamente pedagógico o didáctico, siempre que en ninguno de los



dos casos el autor o editor haya recibido al efecto auxilio del Tesoro Público, equivaldrán respectivamente a dos años de servicios prestados a la Instrucción Pública.

La Corte Constitucional en la sentencia T-534/01 respecto a la aplicación de la ley 50 de 1986 señaló:

"(...)

En cuanto a la equivalencia de tiempo de servicios por publicación de libros, hay que indicar que ella está vigente para los servidores públicos exceptuados de la aplicación del sistema de seguridad social integral de la Ley 100 de 1993 en el artículo 279 de la misma **y para los servidores públicos que se encuentren en el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de dicha ley pues así lo advirtió el Consejo de Estado en consulta de 22 de abril de 1998**²³. (Resaltado fuera del texto).

m) Los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administran.

n) El Estado es responsable de la dirección, coordinación y control del Sistema General de Pensiones y garante de los recursos pensionales aportados por los afiliados, en los términos de esta ley y controlará su destinación exclusiva, custodia y administración.

La Nación podrá, a partir de la vigencia de la presente ley, asumir gradualmente el pago de las prestaciones y mesadas pensionales de los pensionados que adquirieron su derecho con anterioridad al 4 de julio de 1991, en los nuevos departamentos creados en virtud del artículo 309 de la Constitución Nacional;

o) El sistema general de pensiones propiciará la concertación de los diversos agentes en todos los niveles;

p) Los afiliados que al cumplir la edad de pensión no reúnan los demás requisitos para tal efecto, tendrán derecho a una devolución de saldos o indemnización sustitutiva de acuerdo con el régimen al cual estén afiliados y de conformidad con lo previsto en la presente ley²⁴;

²³ Consulta No.1082. 22 de abril de 1998. Magistrado Ponente, Dr. CÉSAR HOYOS SALAZAR.

²⁴ Mediante C- 375 de 2004 fue declarado exequible en el entendido que dicho literal no ordena el retiro del trabajador, sino que le confiere la facultad de solicitar la cancelación de la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos o continuar cotizando hasta alcanzar el monto requerido para acceder a la pensión mensual vitalicia de jubilación. M. P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.



q) Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente ley.

5. JURISPRUDENCIA.

5.1 -MORA EN EL PAGO DE LOS APORTES AL SISTEMA DE PENSIONES

Las dos sentencias que se citan a continuación permiten establecer el comportamiento de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sobre este tema. En la sentencia del 9 de agosto de 2007, se mantuvo vigente el criterio respecto a que la mora en el pago de las cotizaciones al momento en que se produce la respectiva contingencia, exonera a las administradoras de pensiones del pago de las prestaciones que consagra el sistema, y responsabiliza al empleador incumplido del reconocimiento y pago de la prestación. Y en sentencia del 22 de julio de 2008, rectifica el criterio, y decide, en caso de mora del empleador en el pago de cotizaciones a la seguridad social, atribuirle responsabilidad a las administradoras de pensiones en el pago de las prestaciones que otorga el sistema, salvo que se demuestre que realizaron todas las gestiones tendientes al cobro de los aportes.

5.1.1. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA LABORAL

Sentencia del 9 de agosto de 2007.

M.P. DR. LUIS JAVIER OSORIO LOPEZ

Radicación N° 29923

Expuso la Corte:

"(...)

Ciertamente, como lo ha sostenido esta Corporación en otras ocasiones donde se ventilaban situaciones con iguales características, la falta de cancelación para el momento en que se produce la respectiva contingencia, de los aportes necesarios al sistema general de pensiones para el cubrimiento del riesgo, conduce a que la entidad administradora no esté obligada a reconocer las prestaciones económicas que le hubiere podido corresponder si el pago de las cotizaciones se hubiese efectuado de manera regular, pues la cancelación tardía no satisface la exigencia de su cubrimiento oportuno, en la medida que el siniestro, para el caso la muerte del afiliado, ya tuvo ocurrencia, lo cual trae como consecuencia, que tal incumplimiento derive la responsabilidad del empleador, además que el sistema de la seguridad social está basado en un régimen contributivo cuyo cumplimiento está destinado, tanto a trasladar la cobertura de los riesgos amparados a los organismos o entidades que los administran, que conlleva la exoneración del responsable de la cotización, como a procurar la sostenibilidad y estabilidad financiera del sistema.

(...)



Acorde con lo señalado, sobre esta precisa temática, esta Corporación ha fijado su propio criterio, el cual mantiene invariable y está expuesto en innumerables decisiones, donde es pertinente traer a colación lo sostenido por esta Sala de la Corte en sentencias del 30 de agosto de 2000, 30 de enero y 11 de julio 2002, radicados 13818, 17049 y 16573 respectivamente, reiteradas en casaciones del 18 de mayo, 14 de junio y 29 de agosto de 2006 y 23 de marzo de 2007, en su orden con radicación 26326, 25996, 27418 y 29437, en las que se puntualizó:

(...)

El anterior recuento para hacer notar la Sala cómo en un indiscutido entorno como el que se acaba de resaltar, es evidente que efectivamente incurrió el Tribunal en la equivocación de apreciación jurídica que se le endilga, cuando concluyó en su proveído, a partir de su comprensión del literal b) del ordinal 2 del artículo 46 de la ley 100 de 1993, que el derecho a la pensión de sobrevientes que reclama la demandante tiene acogida en el literal a) del ordinal 2 de la norma en comento y que esa prestación la debe cancelar el Fondo pensional codemandado (fls 28 – 29 cdno 2^a inst).

Esa la aserción de la Sala, toda vez que ha sido reiterada la jurisprudencia en afirmar que cuando un trabajador fallecido no alcanza a cotizar el número de semanas exigidas en el precepto antes citado para que la entidad de seguridad social pueda reconocerle a sus beneficiarios la pensión de sobrevivientes, ésta no está legalmente obligada a realizar tal reconocimiento y pago y que éste debe asumirlo el empleador moroso, en atención al régimen contributivo que caracteriza a la seguridad social, que se hace particularmente evidente en el sistema general de pensiones del que forma parte, que, como también lo ha dicho la Corte, reclama para su equilibrio y viabilidad económica y financiera que se cumpla por sus vinculados con la obligación de hacer en tiempo los aportes que les corresponde.

Como no hay fundamento para variar su doctrina sobre el tema que se examina, y por avenirse íntegramente al caso, la Corte se remite a su sentencia 17049 del 30 de enero de 2002, en la que expresó: (...)

"Y más recientemente, en sentencia del 1º de noviembre de 2001, al analizar un caso similar al sub examine, sostuvo la Sala:

"(...) la jurisprudencia de esta Sala ha definido que cuando un trabajador fallecido no alcanza a cotizar el número de semanas exigidas en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 para que la entidad de seguridad social respectiva pueda reconocerle a sus beneficiarios la pensión de sobrevivientes y tal situación sea imputable a la mora del empleador en el pago de las cotizaciones, es a éste último a quien corresponde el reconocimiento y pago de tal prestación.



"De otro lado, en lo que respecta al pago de la empleadora y recepción por parte de la administradora de pensiones de las cotizaciones atrasadas, con posterioridad a la ocurrencia de la muerte del trabajador, y que el Tribunal interpretó como si tuviese efectos liberatorios frente al empleador, es pertinente traer a colación lo dicho por la Corte en sentencia del 29 de junio del presente año (Radicado 15660):

(...)

"Admitir la posibilidad de que con el pago de cotizaciones realizado después de haberse presentado el riesgo o la contingencia respectiva, el sistema de seguridad social en pensiones debe otorgar las prestaciones señaladas en la ley, iría en contra de uno de los principios de la seguridad social como es el de la solidaridad y afectaría gravemente su estabilidad financiera, además de significar el absurdo de amparar riesgos ya presentados".

(...)

En igual sentido se ha pronunciado esta Sala de la Corte, entre otras en sentencias del 29 de junio de 2001 (Rad. 15660), 1º de noviembre de 2001 (Rad. 16006), 4 de marzo de 2003 (Rad. 19610), 5 de noviembre de 2003 (Rad. 21518), 26 de marzo de 2004 (Rad. 21382), 6 de mayo de 2005 (Rad. 23258), 26 de julio de 2005 (Rad. 23414), 21 de febrero de 2006 (Rad. 25109), 30 de marzo de 2006 (Rad. 25988), 16 de agosto de 2006 (Rad. 25628), 26 de septiembre de 2006 (Rad. 29317), 30 de enero de 2007 (Rad. 27911) y 15 de febrero de 2007 (Rad. 29448).

(...)

Por otra parte, como lo puso de presente la censura, el artículo 18 del Decreto 1818 de 1996 modificadorio del artículo 21 del Decreto 326 de igual año, así como el posterior Decreto 1406 de 1999 que entre otras materias regula el régimen de recaudación de aportes que financian el sistema de seguridad social integral, en su artículo 39, son coincidentes en señalar como deber del empleador el pago de las cotizaciones y su consecuente responsabilidad exclusiva en caso de omisión, lo cual corrobora la postura mayoritaria de la Sala de Casación Laboral, frente a lo que se observa que jurídicamente no es motivo suficiente para variarla.

(...)

Empero, ello no significa que las entidades administradoras de seguridad social no deban asumir importantes responsabilidades en materia de recaudo de las cotizaciones de los obligados. (...) El cumplimiento de esa obligación es fundamental para obtener el equilibrio financiero del sistema y para garantizar el otorgamiento de las prestaciones y por esa razón no puede ser desatendida, alejando la mora o el total incumplimiento de los obligados a contribuir a la financiación del sistema, pese a existir los mecanismos legales para adelantar el recaudo efectivo de las cotizaciones". (Resalta la Sala).



(...)".

5.1.2 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA LABORAL

Sentencia del 22 de julio de 2008.

M.P. Dr. EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS

Radicación No. 34270.

Expuso la Corte:

"(...) Ciertamente las administradoras de pensiones como prestadoras del servicio público de pensiones, su comportamiento y determinaciones deben estar orientadas no sólo a alcanzar sus propias metas de crecimiento y beneficio, sino a satisfacer de la mejor manera el interés colectivo que se realiza en cada persona que queda desprotegida por haberse cernido sobre sí una enfermedad o trauma que lo deja inválido, o la muerte sobre el miembro de la familia del cual depende, o sobre su afiliado cuando le llega el momento de su retiro de la vida productiva por imposición o disfrute de la vejez.

(...)

Si bien la obligación de pago de la cotización está radicada en cabeza del empleador (art. 22 de la Ley 100 de 1993), antes de trasladar las consecuencias del incumplimiento de ese deber al afiliado o a sus beneficiarios, es menester examinar previamente, si las administradoras de pensiones han cumplido el que a ellas les concierne en cuanto a la diligencia para llevar a cabo las acciones de cobro.

El afiliado con una vinculación laboral cumple con su deber de cotizar, desplegado la actividad económica por la que la contribución se causa. Esto genera un crédito a favor de la entidad administradora, e intereses moratorios si hay tardanza en el pago.

Las administradoras de pensiones y no el afiliado, tienen por ley la capacidad de promover acción judicial para el cobro de las cotizaciones, por lo tanto no se puede trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores, sino que previamente se debe acreditar que las administradoras hayan adelantado el proceso de gestión de cobro, y si no lo han hecho la consecuencia debe ser el que se les imponga el pago de la prestación.

(...)



En el caso de las entidades del régimen de prima media, pueden proceder al cobro coactivo para hacer efectivos sus créditos; los artículos 2º y 5º del Decreto 2633 de 1994 establecen el requerimiento previo, (...)

Por lo demás, para el caso específico del ISS, de conformidad con el Estatuto de Cobrazas previsto en el Decreto 2665 de 1988, debe tener por válidas transitoriamente las cotizaciones hasta tanto no se de por calificada de incobrable la deuda por aportes, y sean declaradas inexistentes. Estas disposiciones se han de considerar vigentes por disposición de la Ley 100 de 1993, artículo 31, y por cuanto si bien se han expedido reglamentos en materia de afiliaciones, cotizaciones y aportes, no se ha hecho lo propio en materia de cobranzas..."

7.2 EN LO QUE HACE RELACIÓN AL TRASLADO DE RÉGIMEN:

7.2.1 En Sentencia del 7 de febrero del 2006, la Sala de Casación Laboral, Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente: Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza. Considero que :

"De la relación fáctica que hiciera el Juzgado se infiere que durante el último espacio de tiempo de la vinculación de Rosa Amelia Ocampo García con el sistema pensional de la Seguridad Social, sólo se dio una, con Porvenir, a pesar de que las cotizaciones se le hubieran entregado a Colfondos. Al producirse la desvinculación con Colfondos y ser aceptada por la empresa Porvenir, jurídicamente dejó de tener efecto la vinculación con Colfondos.

La situación descrita encuadra en lo dispuesto por el artículo 17 del Decreto 692 de 1994, que dispone:

"Múltiples vinculaciones: Está prohibida la múltiple vinculación. El afiliado solo podrá trasladarse en los términos de que trata el artículo anterior, sin embargo, cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales. Las demás vinculaciones no son válidas y se procederá a transferir a la administradora cuya afiliación es válida la totalidad de saldos, en la forma y plazos previstos por la Superintendencia Bancaria".
(resaltado fuera del texto)

La doble vinculación a Colfondos y a Porvenir fue alegada por ésta última en el escrito de folios 21 y 22, basada en la circunstancia de que Colfondos estaba recibiendo los aportes pensionales. Dada esa doble vinculación y el sujeto que recibió los aportes, Porvenir sostuvo que era Colfondos el obligado al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Desde el punto normativo Porvenir invocó la Circular de la Superintendencia Bancaria 058 de 1998 y concretamente el numeral 6.8 literal b, conforme al cual las prestaciones que se deriven de los riesgos de invalidez y muerte deberán ser reconocidos y pagados por la entidad administradora ante la cual se hayan efectuado las cotizaciones a la fecha de ocurrencia del siniestro.



Pero la fuerza obligatoria de la citada Circular de la Superintendencia Bancaria no ha sido aceptada por la Corte Suprema, Esta en sentencia del 13 de agosto de 2002 (radicado 17784), destacó que "...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces, como lo pretende el cargo".

Criterio que con mayor amplitud reiteró en la del 24 de agosto de 2202, radicación 18746 en los siguientes términos:..."

"En esa misma decisión, precisó el entendimiento del artículo 17 del Decreto 692 de 1994 y el alcance de la circular de la Superintendencia Bancaria que sirve de apoyo a la defensa de Porvenir, señalando:

"En efecto, una vez estableció la existencia de una múltiple afiliación, el Tribunal concluyó que "la entidad que debe responder por la pensión de sobreviviente es aquella a la cual el trabajador debía estar afiliado legalmente"... inferencia que no resulta descabellada a la luz de lo que, razonablemente entendido, surge del texto del artículo 17 del Decreto 692 de 1994.

Y ello es así porque al regular las consecuencias de las múltiples vinculaciones, esa norma establece que (...)

Del texto transscrito es razonable colegir que, al determinar cuál de las vinculaciones a una entidad de seguridad social es válida y cuáles no, la norma está precisando la vinculación que produce efectos jurídicos y, así no lo señale específicamente, de manera indirecta la entidad que debe tener a su cargo el reconocimiento de la prestación respectiva, que lógicamente debe ser aquella respecto de la cual se haya hecho la vinculación que es legalmente admisible y llamada a producir consecuencias para el afiliado, lo cual se corrobora al establecer que a esa administradora se deben transferir la totalidad de saldos; previsión que solo halla cabal justificación en la medida en que tal entidad sea la que deba asumir a su cargo el reconocimiento de las prestaciones que surjan de la vinculación que generó efectos, administradora a la cual, para todos los previstos en la ley, debe entenderse que es válida la afiliación..."

"Todo lo anterior indica que, de cara a lo dispuesto en las normas legales y reglamentarias que gobiernan el tema, la vinculación que cumple con las condiciones y requisitos legales es la que determina para el afiliado el derecho a reclamar las prestaciones cuando ocurra el correspondiente siniestro asegurado. Al mismo tiempo, esa vinculación genera la correlativa obligación de la entidad administradora de cubrir el riesgo. Como no puede haber sino una afiliación válida, la expresión múltiple vinculación, en este caso, no pasa de ser una suerte de explicación gráfica. El pago equivocado de las cotizaciones a una entidad administradora no



produce la consecuencia jurídica alegada por la demandada Porvenir y en el orden puramente administrativo se resuelve con la devolución de las cotizaciones." (Resaltado fuera del texto)

5.2.2 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA LABORAL

Sentencia del 22 de noviembre de 2007

M.P. Dra. Isaura Vargas Díaz.

Rad. No. 29887,

Expuso la Corte:

"(...) no existe divergencia alguna en torno a: (i) que el actor estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales para el cubrimiento de las contingencias de invalidez, vejez y muerte desde el 18 de julio de 1983 hasta el 16 de diciembre de 1991; (ii) que solicitó vinculación al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. el 13 de agosto de 1998, fecha para la cual había cotizado para pensiones un total de 436,8571 semanas; y (iii) que la fecha de estructuración de la invalidez fue el 9 de septiembre de 1998.

Así las cosas, el eje central de la discusión estriba en dilucidar la norma aplicable al asunto bajo examen, esto es, si es el inciso 1º ó el 2º del artículo 32 del Decreto 1818 de 1996. (Resaltado fuera del texto)

Una vez encuadrado el dilema de fondo, es menester recordar que una de las características más importantes del Sistema General de Pensiones es la de que las personas gozan de total y absoluta autonomía y libertad para elegir el régimen de pensiones que deseen, el de prima media con prestación definida, ora el de ahorro individual con solidaridad.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, vigente para la fecha de la estructuración de la invalidez, instituyó, como regla general, que una vez efectuada la selección inicial, los afiliados sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada 3 años, contados a partir de la mencionada elección. El artículo 11 del Decreto 692 de 1994 consagró una excepción para quienes a 31 de marzo de 1994 se encontraban vinculados al Instituto de Seguros Sociales, en el sentido de que era viable continuar allí, sin que fuera necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su **vinculación**. Para estos eventos, dice el canon, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años y, por ende, se puede ejercitar la opción de cambio en cualquier época.

Por su parte, el artículo 13 del Decreto 692 de 1994 establece textualmente que la afiliación al sistema general de pensiones es **permanente e independiente** del régimen que seleccione el afiliado.



Pues bien, de los claros e imperativos términos de las normatividades en precedencia aflora, entre otros aspectos, los siguientes: **(i) que la afiliación al sistema es única y permanente, por lo tanto la inicial debe entenderse como la primera que se realiza al sistema; (ii) que las personas que venían aportado para los riesgos de invalidez, vejez y sobrevivientes al Instituto de Seguro Social antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, 1º de abril de 1994, son considerados como afiliados del sistema pensional y pueden trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad en cualquier época; y (iii) que para que opere un traslado entre regímenes, rigurosamente debe existir una afiliación inicial al sistema, y desde luego, se entiende que es previa al momento del cambio.**

(...)

Se arriba al anterior colofón toda vez que en puridad lo que operó fue un verdadero traslado entre regímenes, habida consideración de que el promotor del proceso en la oportunidad en que se vinculó con Protección S.A. tenía la condición de afiliado, inactivo sí, pero esta sola circunstancia no puede dejar de lado que tal figura es única y permanente, calidad que la adquirió cuando se afilió por primera vez al Instituto de Seguros Sociales, así lo haya hecho antes de entrar en vigencia de la Ley 100 de 1993; además, es importante tener presente que tampoco se pierde dicha particularidad por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, a la luz de las elocuentes voces del artículo 13 del Decreto 692 de 1994.

De manera que, como quedó asentado, si el demandante podía trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad en cualquier momento (artículo 11 del Decreto 692 de 1994), a no dudarlo, tal decisión sólo tenía el mérito innegable de vincular a Protección S.A. “*a partir del primer día calendario del segundo mes siguiente a la fecha de presentación de la solicitud del traslado*”, mientras tanto “*La entidad administradora de la cual se retira el trabajador tendrá a su cargo la prestación de los servicios hasta el día anterior a aquel en que surjan las obligaciones para la nueva entidad*”, que, en el caso bajo estudio, es el Instituto de Seguros Sociales.

A la vista de todo lo que antecede, si la vinculación del demandante a Protección S.A. se produjo el 13 de agosto de 1998 y la invalidez se estructuró a partir del 9 de septiembre de 1998, es decir, antes “*del primer día calendario del segundo mes siguiente a la fecha de presentación de la solicitud del traslado*”, se sigue que es el Instituto de Seguros Sociales el llamado a reconocer la prestación incoada...”

5.2.3. CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia T-865/99, del 4 noviembre de 1999

M.P. Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA

Rad. 229.410

Expuso la Corte:



"(...)

En este mismo orden de ideas, y reiterando criterios expuestos en anteriores fallos de tutela, la Sentencia que se viene resumiendo se refirió al tema de los conflictos que se suscitan entre las empresas que no realizan los aportes de ley al sistema de seguridad social y las entidades encargadas de prestar el servicio, indicando lo siguiente:

"En armonía con los postulados expuestos, la jurisprudencia de la Corte Constitucional relativa a la acción de tutela de los derechos fundamentales, ha sido enfática en sostener que los conflictos suscitados entre las empresas que no realizan los aportes de ley al sistema de seguridad social y las entidades encargadas de prestar ese servicio no tienen por qué afectar al trabajador que requiera la prestación de los mismos o que aspire al reconocimiento y pago de pensiones, toda vez que para lograr la cancelación de los aportes se cuenta con las acciones de ley.

Esos criterios jurisprudenciales son aplicables al examen de constitucionalidad que ahora realiza la Corporación. No sería justo ni jurídico hacer recaer sobre el trabajador de una empresa de aviación civil que se abstuvo de efectuar los pertinentes aportes las consecuencias de ese incumplimiento, más aún cuando los trabajadores, con apoyo en su buena fe, confiaron en que una vez reunidos los requisitos de ley accederían a la pensión a cargo de Caxdac.

Fuera de lo anterior, es necesario poner de presente que Caxdac fue dotada de los instrumentos necesarios para lograr el pago de los aportes, Así surge, por ejemplo, del artículo 8o. del decreto 1283 de 1994 que preceptúa que "en caso de incumplimiento de la empresa, Caxdac podrá repetir contra ella por el valor de las pensiones reconocidas y pagadas". El hecho de que haya empresas que dejaron de cancelar la obligación tributaria de la parafiscalidad se produjo por un comportamiento omisivo de Caxdac, en su carácter de retenedora y administradora de unos recursos públicos. Por lo tanto a ella le corresponde tomar las medidas conducentes y oportunas para cobrar las acreencias y, con ese fin, tiene las acciones legales pertinentes.

Avalar los argumentos de la actora implicaría aceptar que la no utilización o el uso tardío de los remedios judiciales en contra de las empresas deudoras le sirve de excusa a Caxdac y, además, desconocer que el párrafo cuestionado contribuye a realizar los principios que guían la prestación del servicio público de seguridad social, y en especial los de universalidad, solidaridad y unidad."

Por último, el fallo en comento precisó que la normativa acusada propiciaba la igualdad entre los trabajadores de empresas civiles de aviación con derecho al pago a la pensión de jubilación, y



que, en cambio, aceptar los argumentos de la demandante, significaría configurar un tratamiento discriminatorio pues "no sería entendible que, habiendo cumplido los requisitos para acceder a la pensión, algunos trabajadores se vieran privados de esa prestación debido a circunstancias que, por ajena a su voluntad, no están obligados a soportar, como para el caso lo serían la actitud renuente de las empresas a pagar el déficit y la no utilización, por Caxdac, de las vías jurídicas de las que se le ha dotado con la finalidad de obtener esos pagos".

(...)

En el presente caso, los distintos aviadores llamados a ser pensionados de Caxdac por haber laborado para empresas afiliadas a esta Caja, se encuentran en idéntica situación de hecho. Si se cumplió, se dejó de cumplir, o se cumplió en forma parcial con la obligación de cotizar para pensión respecto de cada uno de ellos, es circunstancia que, por no atribuirse al proceder de los asalariados sino más bien al de la empresa empleadora y a la de la Caja, no les puede ser oponible para deducir de allí que sólo a unos, aquellos respecto de quienes si se cotizó en forma puntual y completa, se les reconocerá la pensión correspondiente al salario realmente devengado. El argumento de la falta de cotización o de la cotización incompleta, no es constitucionalmente válido para justificar un tratamiento diferente. (Resaltado no pertenece al texto)

(...)

2.- No sobra agregar, por último, que al actor no le es posible –como propone la Sala Laboral– demandar a la empresa de aviación que incumpliendo con sus obligaciones legales cotizó con fundamento en un salario irreal, a fin de obtener de ella el resarcimiento de los perjuicios que tal incumplimiento le irroga, pues la propia Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha reconocido que Caxdac sustituye por todo concepto a las compañías aportantes, de tal manera que estas quedan exoneradas de sus obligaciones patronales relativas a la seguridad social, puesto que jurídicamente la referida Caja ocupa su posición. De esta forma, resulta aun más patente la imposibilidad jurídica y el estado de indefensión en que se encuentra el actor para lograr el reconocimiento de sus derechos vulnerados y la obtención de su reliquidación pensional con fundamento en el salario realmente percibido por él.

(...)"

6.- - PREGUNTAS

6.1.- ¿El no pago de las cotizaciones conlleva automáticamente a la desafiliación del sistema de pensiones?

6.2.- ¿Cuáles son las restricciones a la libertad de trasladarse de régimen de pensiones?.



6.3.- ¿En caso de mora, para efectos de la pensión de invalidez o de sobrevivientes, se está hablando de un afiliado que está cotizando al sistema o de un afiliado que ha dejado de cotizar al sistema?

6.4 ¿Cuándo se configura la múltiple afiliación y cuáles son sus efectos respecto al llamado a responder?

6.5 ¿Una persona que estuvo vinculada por contrato de prestación de servicios con el Estado, por dos meses, es afiliada obligatoria al sistema general de pensiones?.

7.- CASOS:

6.1 La empresa Mares de Colombia afilió a Juan Pérez al Fondo de pensiones Porvenir el 1 de marzo de 1995. A partir del 1 de febrero de 2001, sin gestionar traslado de régimen pensional empezó a cotizar al I.S.S quien recibió sin ningún comentario las cotizaciones. Juan Pérez murió el 2 de octubre de 2001. Sus beneficiarios se presentaron a reclamar la pensión de sobrevivientes al Fondo de Pensiones Porvenir, que negó la pensión alegando que las cotizaciones que le trasladó el I.S.S no constituyen bono pensional. El I.S.S. alega que el señor Juan Pérez a la fecha de su muerte no aparece como afiliado a dicha institución.

El juez de primera instancia decidió condenar al Fondo de Pensiones Porvenir a pagar la pensión de sobrevivientes. En segunda instancia, el Tribunal ordenó al ISS hacer entrega de los aportes recibidos por la empresa Mares de Colombia al Fondo de Pensiones Porvenir, para que esta entidad procediera al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

¿Qué decidiría UD. Al resolver el recurso de casación presentado por porvenir?.

6.2.- Mario Pérez, el 1 de marzo de 1999, solicitó al I.S.S. el pago de la pensión de jubilación por acreditar más de 20 años de servicio en entidades del sector público y tener 55 años de edad. El I.S.S. en el año 2001 negó el derecho, pues no obstante que el señor Pérez cumple los requisitos de la ley 33 de 1985, no se ha emitido y cancelado el bono pensional por parte del Municipio de Santiago de Cali

El 8 de agosto del año 2003, el I.S.S. concede la pensión a partir del 15 de julio de 2003, por encontrar reunidos los requisitos del Art. 33 de la ley 100 de 1993, pues el señor Mario Pérez, cotizó 1097 semanas y tiene cumplidos 60 años de edad.



El 18 de noviembre de 2003, el I.S.S profiere una resolución que deja sin efecto la resolución del 8 de agosto de 2003, y en su lugar niega la pensión del demandante. Alega el I.S.S que al efectuar el ingreso a la nomina del mes de octubre de 2003, se presentó inconsistencia al figurar un traslado del actor al régimen de ahorro individual AFP Horizonte S.A. Que en virtud a la circular externa 058 de 1998 expedida por la Superintendencia Bancaria, se llevó a cabo una reunión en las instalaciones de Asofondos en la que se concluyó que la entidad administradora responsable de la prestación económica del señor Mario Pérez, es Horizonte S.A.

El juzgado de primera instancia - por el hecho de haberse vinculado el demandante a la AFP Horizonte S.A. el 1º de noviembre de 1999, fecha posterior a la radicación en el I.S.S. de la solicitud de pensión (11 de marzo de 1999)- absolvio a la AFP Horizonte S.A. y por tratarse de un afiliado beneficiario del régimen de transición, condenó al I.S.S. a reconocer y pagar la pensión en los términos de la ley 33 de 1985 y a intereses moratorios.

Apela el I.S.S, y entre otros aspectos alega: 1) Que el demandante, al concluir que no lo cobijaba la ley 33 de 1985, sino la ley 100 de 1993 que reconoce la pensión a los 60 años, se vinculó a Horizonte S.A. entidad que lo pensionaría a cualquier edad. 2) Que no se puede desconocer la reunión realizada entre el I.S.S. y Asofondos el 26 de septiembre de 2006, en la que se acordó que Horizonte es la responsable de tramitar y decidir la prestación económica del señor Mario Pérez. 3) Que el afiliado eligió por primera vez trasladarse al régimen de ahorro individual conforme lo establece el artículo 15 del Decreto 692 de 1994 y por tanto acepta las condiciones propias de este.

¿Qué decidiría Ud. como juez de segunda instancia?

CAPITULO II

1.- PENSIÓN DE VEJEZ

El Sistema General de Pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, pretendió solucionar problemas de proliferación de instituciones administradoras de pensiones, multiplicidad de regímenes de poca cobertura y desequilibrio financiero, por lo que unificó las pensiones de origen común para el sector público y privado, excepto para los excluidos, en los términos del Art. 279 y los beneficiarios del régimen de transición, en los términos del artículo 36.

Excepciones que no permitieron alcanzar las previsiones para solucionar el problema pensional en Colombia. Por lo que el acto legislativo 01 de 2005, limitó los excluidos: a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del artículo 1º de ese acto legislativo y reformó el régimen de transición en los términos que se consignan en el cuadro relativo a dicho acto.



2.- PENSION DE VEJEZ EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA

Las reformas a la ley 100 de 1993 por la ley 797, ley 860 de 2003 y el acto legislativo 01 de 2005 en su gran mayoría han afectado este régimen.

2.2 CUADRO COMPARATIVO DE LOS REQUISITOS ENTRE LA LEYES 100 DE 1993 Y 797 DE 2003

	LEY 100/ 93	Ley 797/03	LEY 860/2003	Acto legislativo 01 /O5
EDAD	H: 60años M: 55 años (1) A partir del año 2014: H: 62 años M: 57 años	H: 60 años M: 55 años (2) A partir del año 2014: H: 62 años M: 57 años		
SEMANAS	1000 semanas en Cualquier tiempo.	Año 2004 1000 en cualquier tiempo A partir del 1 de enero de 2005 se incrementa en 50 semanas. A partir del año 2006 en 25 semanas hasta llegar a 1300 en el año 2015.(3)		
IBC	1) El salario base de cotización será: Sector particulares se aplicará el C. S del T: Sector Público, el que señale el gobierno nacional, con base en la ley 4 de 1992.	1) El salario base de cotización será: Sector particulares se aplicará el C. S del T: Sector Público, el que señale el gobierno nacional, con base en la ley 4 de 1992. Trabajadores		



	<p>independientes: sobre ingresos que declaren ante la entidad a la cual están afiliados.</p> <p>2) No inferior al salario mínimo. Límite Máximo - 20 salarios mínimos legales vigentes.</p> <p>3) MONTO: 13.5% A partir del 1o. de enero del año 2004 se incrementará en (1%) sobre el IBC.</p> <p>Adicionalmente, a partir del 1o. de enero del año 2005 se incrementará en (0.5%) y otro (0.5%) en el año 2006.</p> <p>A partir del 1o. de enero del año 2008, el Gobierno Nacional podrá incrementar en un (1%) punto adicional la cotización por una sola vez, siempre y cuando el crecimiento del producto interno bruto sea igual o superior al 4% en promedio durante los dos (2) años anteriores.</p>		
IBL (4)	Artículo 21 Promedio de los salarios cotizados en los últimos 10 años, actualizados anualmente con el IPC		



	<p>O el promedio de toda la vida si fuere mayor y haya cotizado mínimo 1250 semanas. (5).</p> <p>Para el régimen de transición, inciso 3º. Del Art.36 de la ley 100 de 1993.</p> <p>El I.B.L. de las personas en régimen de transición que les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado con el I.P.C.</p>			
MONTO DE LA PENSIÓN	<p>1000 - 65% + 2% por cada 50 semanas hasta 1200, 75%</p> <p>A partir de 1200 el 3% por cada 50 semanas hasta 1400, 85%</p>	<p>-1000—65% IBL. Por cada 50 semanas adicionales a las 1000 hasta las 1200 se incrementará en un 2%, y por cada 50 semanas adicionales a las 1200 hasta las 1400 en un 3%, para un monto máximo del 85%.del I.B.L.</p> <p>A partir del 1 de enero de 2004 oscilaría entre el 65 y el 55% del IBL. (6).</p> <p>A partir del 2005 por cada 50 semanas de la mínimas requeridas el porcentaje se</p>		



		<p>incrementaría en 1.5% del IBL, para un monto máximo entre el 80 y el 70.5%.</p> <p>Monto máximo de pensión 25 salarios mínimos.</p>		
No. DE MESADAS	14 mesadas			<p>13 mesadas para las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente acto.</p> <p>14 mesadas para las pensiones inferiores a tres salarios mínimos cuya pensión se cause hasta el 31 de julio de 2011.</p>
RÉGIMEN DE TRANSICIÓN	Art. 36. M = 35 años H = 40 años 15 años de servicio	Art. 18 Declarado inexequible sentencia C- 1056 de 2003	Art. 4 Declarado inexequible C- 754 de 2004.	En cuadro siguiente
			<p>Régimen de pensiones para el personal del Departamento administrativo de seguridad Das, (7)</p> <p>La ley 1223 de 2008 adicionó la ley 860 de 2003(8)</p>	



NOTAS DE REFERENCIA AL CUADRO ANTRIOR

(1) Salvo lo dispuesto para las personas que al entrar a regir dicha ley tuvieran: hombres 40 años y mujeres 35 Años o 15 años de servicio.

(2) El artículo 2 de la ley 797 de 2003, modificó el literal i del Art. 13 de la ley 100 de 1993, para ampliar la cobertura del fondo de solidaridad, mediante el subsidio para trabajadores independientes o desempleados, artistas, deportistas, madres comunitarias y discapacitados, para quienes la edad para acceder a esta protección será en todo caso tres (3) años inferior a la que rija en el sistema general de pensiones para los afiliados.

La madre trabajadora cuyo hijo menor de 18 años padezca invalidez, a cualquier edad y con el número mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media. Si la madre ha fallecido y el padre tiene la patria potestad del menor inválido, podrá pensionarse con los requisitos establecidos en este artículo. (Mediante C-227 de 2004, se declaró inexistente la expresión menor de 18 años). Parágrafo 4 Art. 9 ley 797 de 2003, que modificó el Art. 33 de la ley 100 de 1993. Reglamentado Decreto 510 de 2003.

(3). Se exceptúan de los requisitos: las personas que padecen una deficiencia del 50% o más que cumplan 55 años y que hayan cotizado 1000 o más semanas.

(4) consultar la T 865 de 1999, sobre base reguladora para liquidar la pensión, que no es el aporte sino el salario realmente devengado.

En este punto hay que tener en cuenta lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con Rad. 31855 del 311 de marzo de 2009, Magistrado Ponente Dr. Camilo Tarquino Gallego. Que el salario realmente devengado no puede sobrepasar al salario máximo asegurable.

(5) La posibilidad de optar por el promedio de toda la vida solo está dado para quienes hayan cotizado más de 1250 semanas, no es la regla general, como regularmente se cree.

(6).- Para el monto se aplicará la siguiente fórmula:

$$R = 65.5 - (0.5 \times S).$$

Donde R= porcentaje inicial para aplicar sobre el IBL.

S = son los salarios mínimos del IBL de afiliado.



EJEMPLO: Si el ingreso base de liquidación de Pedro es de \$1.734.800 y el salario mínimo de 2007 era de \$433.700.

$$S = 1.734.800 \text{ dividido } \$ 433.700 = 4$$

$$R = 65,5 - (0,5 \times 4.)$$

$$R = 65,5 - (2) = 63,5$$

$$R = 63,5$$

Porcentaje que puede incrementarse de acuerdo al número de semanas.

Es de advertir que el monto de la pensión no puede ser inferior al 55% ni superior al 80%. Y la mesada pensional no puede ser inferior al salario mínimo legal vigente

(7) Art. 2 Ley 860 de 2003. El régimen de pensiones para el personal del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, al que se refieren los artículos 1o y 2o del Decreto 2646 de 1994 ó normas que lo modifiquen o adicionen, será el que a continuación se define.

Para el personal del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que labore en las demás áreas o cargos, se les aplicará en su integridad el Sistema General de Pensiones establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

PARÁGRAFO 1o. Pensión de vejez por exposición a alto riesgo. Los Servidores Públicos señalados en este artículo, dada su actividad de exposición a alto riesgo, que efectúen la cotización especial señalada en el artículo 12 del Decreto 1835 de 1994²⁵ y la que se define en la presente ley, durante por lo menos 650 semanas, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión de vejez, siempre y cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente como servidores del Departamento de Seguridad, DAS, en los cargos señalados en los artículos 1o y 2o del Decreto 2646 de 1994

PARÁGRAFO 2o. Condiciones y requisitos para tener derecho a la pensión de vejez por exposición a alto riesgo (DAS). La pensión de vejez, se sujetará a los siguientes requisitos:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad.

²⁵ El artículo 12 del Decreto 1835 de 1994 fue derogado por el artículo 11 del Decreto 2090 de 2003, "Por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades".



2. Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones al que se refiere el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

La edad para el reconocimiento de la pensión especial de vejez se disminuirá un (1) año por cada sesenta (60) semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años.

(8) Ley 1223 de 2008. Artículo 1º: Adíquese la Ley 860 de 2003 en los siguientes términos:

Artículo Nuevo. *Definición y campo de aplicación.* Este articulado define el régimen de pensiones para el personal del Cuerpo Técnico de Investigación –CTI– de la Fiscalía General de la Nación, que cumplen funciones permanentes de Policía Judicial, escoltas y conductores del CTI, teniendo en cuenta que conforme a estudios y criterios técnicos desarrollan actividades de alto riesgo que les generan disminución de expectativa de vida saludable por la labor que realizan. Al personal de la Fiscalía General de la Nación que labore en las demás áreas o cargos, se le aplicará, el régimen del Sistema General de Pensiones establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

Parágrafo lo. Pensión de vejez por exposición a alto riesgo. Los servidores públicos del Cuerpo Técnico de Investigación –CTI– de la Fiscalía General de la Nación, que cumplen funciones permanentes de Policía Judicial, escoltas y conductores del CTI, dada su actividad de exposición a alto riesgo, que efectuaron la cotización especial señalada en el artículo 12 del Decreto 1835 de 1994 y la que se define en la presente ley, durante por lo menos 650 semanas, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión de vejez, siempre y cuando reúnan los requisitos establecidos en el parágrafo siguiente.

Los servidores públicos del Cuerpo Técnico de Investigación de que trata el artículo 2º del Decreto 1835 de 1994 o quienes han desempeñado los cargos equivalentes y se les efectuó la cotización especial señalada en el artículo 12 del mencionado decreto, se les reconocerán los aportes efectuados y tendrán derecho a la pensión de vejez establecida en la presente ley siempre y cuando completen las 650 semanas continuas o discontinuas de cotización de alto riesgo.

De igual forma los funcionarios del Cuerpo Técnico de Investigación que cumplen funciones permanentes de Policía Judicial, escoltas y conductores del CTI que efectúen la cotización especial señalada en la presente ley durante por lo menos 650 semanas



continuas o discontinuas tendrán derecho a la pensión de vejez establecida en la presente ley.

.Parágrafo 2°. Condiciones y requisitos para tener derecho a la pensión de vejez por exposición a alto riesgo de los servidores públicos del Cuerpo Técnico de Investigación –CTI- de la Fiscalía General de la Nación, que cumplen funciones permanentes de Policía Judicial, escoltas y conductores del CTI. La pensión de vejez, se sujetará a los siguientes requisitos: 1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad. 2. Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones al que se refiere el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. La edad para el reconocimiento de la pensión especial de vejez se disminuirá un (1) año por cada sesenta (60) semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años.

(...)

Parágrafo 4°. Los servidores públicos del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación de que trata el campo de aplicación de la presente ley, que a la fecha de entrada en vigencia de la misma se encuentren afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán trasladarse al Régimen Prima Media con Prestación Definida en un plazo máximo de tres (3) meses, contados a partir de la fecha de su publicación, para que les sea aplicado el régimen previsto en la presente ley. En ese caso no será necesario que hubieren cumplido el término de permanencia de que trata el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Aquellos servidores públicos que decidan permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se les aplicará en su integralidad lo previsto para dicho Régimen en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

Parágrafo 5°. Normas aplicables. En lo no previsto en la pensión de vejez establecida en el presente artículo, se aplican las normas generales contenidas en la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003 y sus decretos reglamentarios

2.2 ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005, adicionó el Art. 48 de la Constitución Política así:

CONTENIDO	1. Se respetarán todos los derechos adquiridos. 2) Número de mesadas: 13 mesadas para las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente acto. (1)	
-----------	--	--



	<p>14 mesadas para las pensiones inferiores a tres salarios mínimos cuya pensión se cause antes del 31 de julio de 2011.</p> <p>3) A partir de la vigencia del presente acto, no habrá regímenes especiales ni exceptuados: salvo: el de la fuerza pública y el del presidente de la República, que expirarán el 31 de julio de 2010.</p> <p>El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, es el establecido para el Magisterio antes de la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003 (es decir la ley 91 de 1989 y demás normatividad concordante). Los vinculados a partir de dicha ley tendrán los derechos del régimen de prima media.</p> <p>4) A partir de la vigencia del presente acto no podrán establecerse en pactos, convenciones, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en el sistema general de pensiones. Las que rigen a la fecha se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010 (2).</p> <p>5) Monto: A partir del 31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a 25 salarios mínimos, con cargo a recursos de naturaleza pública.</p> <p>6) Régimen de transición de la ley 100 de 1993: expirará el 31 de julio de 2010, excepto para quienes tengan cotizadas mínimo 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente acto, que se mantendrá hasta el año 2014.</p>	
--	---	--

(1) Quienes al 22 de julio de 2005 tuvieran reunidos los requisitos para la pensión, así ésta no se les hubiere reconocido, tendrán derecho a la mesada 14.

(2) Consultar sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral del 3 de abril de 2008 Rad. 29907.

3.- PENSIÓN DE VEJEZ EN EL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD



3.1 En el régimen de Ahorro individual la pensión se puede adquirir a cualquier edad siempre que lo aportado sea superior a una pensión del 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de la ley 100 de 1993.

El artículo 14 de la ley 797, que había modificado el Art. 65 de la ley 100 de 1993, creando el fondo de garantía de la pensión mínima, para los afiliados al fondo de ahorro individual, que a los 62 años hombres y 57 años mujeres, con un numero de 1.150, no alcancen a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la Ley 100 de 1993, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta (1.150) semanas. Y a partir del 2009 el numero de semanas se incrementaría en 25 cada año hasta alcanzar 1325 semanas de cotización en el año 2015. Fue declarado inexequible por la C-797 de 2004, por lo que quedó vigente el Art. 65 de la ley 100 de 1993.²⁶

Si cumplida la edad de 62 años hombres y 57 años mujeres, con 1.150 semanas cotizadas no se alcanza a generar la pensión mínima, el Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, les completa la parte que haga falta para obtener dicha pensión.

Si cumplidas las edades referidas, el afiliado no alcanza a cotizar el número mínimo de semanas exigidas, ni acumulado el capital necesario para financiar una pensión equivalente al salario mínimo, tendrá derecho a la devolución de todo el saldo de su cuenta individual, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho.

3.2 Las AFP deben contratar con las compañías de seguros, para cubrir el riesgo del capital faltante para el pago de las pensiones de invalidez y sobrevivientes, cuando estas contingencias se presenten antes de completarse el capital para financiar una pensión mínima.

3.3 En este régimen de ahorro individual la cuantía de la pensión depende de la modalidad que escoja el afiliado y que puede ser:

3.3.1 Renta vitalicia inmediata. El afiliado contrata directa e irrevocablemente con la aseguradora, el pago de una renta mensual hasta su fallecimiento y si hay beneficiarios, la pensión de sobrevivientes. El capital pensional se traslada a la aseguradora, por lo tanto es esta

²⁶ Art. 65 ley 100 de 1993.- Los afiliados que a los 62 años hombres y 57 años mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente Ley , y hubiesen cotizado por lo menos 1.150 semanas. Tendrán derecho a que el Gobierno Nacional en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión.



entidad la encargada de pagar la pensión, y en caso de no existir beneficiarios de la pensión, no hay la posibilidad de devolución de remanentes, como si puede darse en el retiro programado.

3.3.2 Retiro programado (retiros periódicos de la cuenta). El saldo de la cuenta se divide por el número de años de la vida probable del afiliado. Es un cálculo anual, sobre el saldo y los rendimientos financieros. Esta modalidad de pensión puede variarse en cualquier tiempo.

3.3.3 Retiro programado con renta vitalicia diferida, (combinación de los dos anteriores). El capital pensional se divide en dos partes, una parte para tomar un retiro programado por un tiempo determinado, se calculan las anualidades según el número de años. Y otra para tomar una renta vitalicia, que se comienza a pagar cuando se finaliza el tiempo del retiro programado

3.3.4 Sólo hay lugar al pago de 12 mesadas al año.

4. PREGUNTAS:

4.1 ¿Una persona que en total cotizó 1235 semanas, y que el ingreso de toda la vida es mayor al de los últimos 10 años, podrá optar por el promedio de toda la vida?.

4.2 ¿Hasta cuándo rige el régimen de transición para una persona que al 22 de julio de 2005 tenía un tiempo de servicio de 14 años y 7 meses?

4.3 ¿Una persona que cumplió con los requisitos para la pensión de vejez el 30 de julio de 2005, tiene derecho a la mesada 14?



CAPITULO III

1.- RÉGIMEN DE TRANSICIÓN EN VIRTUD DEL ART. 36 DE LA LEY 100 DE 1993

En todo cambio de normatividad siempre habrá quien quede ad portas de obtener el derecho en los términos de la norma derogada, que en la mayoría de los casos es más beneficiosa que la nueva ley. Y es lo que se pretende con el régimen de transición pensional, que a las personas que tenían una expectativa más próxima a consolidar su pensión no se les trunque ese derecho y puedan pensionarse con los requisitos de la normatividad que los cobijaba al momento de entrar a regir la nueva ley.

Por lo anterior es claro que no serán beneficiarias del régimen de transición, las personas que cumplan todos los requisitos consagrados en la ley objeto de reforma para pensionarse, porque en este caso lo que existe es un derecho adquirido a la pensión que no puede ser reformado por la nueva ley.

2.- PERSONAS A LAS QUE SE APLICA EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

La ley 100 de 1993, en el Art. 36²⁷ consagró una transición para las personas que al momento de entrar a regir dicha ley tuvieran, 35 años de edad, mujeres y 40 años de edad, hombres, o 15 años de servicios cotizados, quienes quedarían cobijados en lo que se refiere a la edad, tiempo de servicio o semanas cotizadas y monto, en los términos que establecía la ley que los cobijaba al momento de entrar a regir dicha ley.

Según lo prescribe el inciso 5º del artículo 36, el régimen de transición no será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

Respecto a este inciso, la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-789 de 2002, declaró la exequibilidad, "en el entendido que el régimen de transición se aplica a quienes, estando en el régimen de prima media con prestación definida, y se trasladaron al régimen de ahorro individual con solidaridad, habiendo cumplido el requisito de quince (15) años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones, y decidan regresar al régimen de prima media con prestación definida, siempre y cuando: a) trasladen a éste todo el ahorro que efectuaron al régimen de ahorro individual con solidaridad; y b) dicho ahorro no sea inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media".

²⁷ Reglamentado por el Decreto 813 de 1994, complementado por el Decreto 1160 de 1994.



Y así se reiteró en la C-1024 de 2004 que decidió la exequibilidad del literal E del Art.2 de la 797 de 2003, que consagra la prohibición, después de un año de vigencia de esta ley, de trasladarse cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, salvo para quienes conforme a lo dispuesto en la sentencia C- 789 de 2002, pueden regresar en cualquier tiempo al régimen de prima media con prestación definida.

Tal como se comentó al estudiar el traslado de régimen, la Corte Constitucional en la T-168 de mayo 18 de 2009, recordó que tras la reforma que introdujo el art. 7 de la ley 797, el requisito de trasladar todo el ahorro que efectuó en el fondo privado y ese ahorro no podía ser inferior al total del aporte legal que hubiera obtenido en el régimen de prima media, no se puede volver a exigir.

3 REFORMAS AL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

El régimen de transición, no obstante la discusión, de constituir la consagración de dicho régimen un derecho adquirido para las personas que al entrar a regir la ley 100 reunían los supuestos consagrados en el inciso 2 del Art. 36; después de dos intentos mediante la Ley 797 de 2003 en su artículo 18²⁸, declarado inexequible mediante sentencia C- 1056 del 11 de noviembre

²⁸. El Art. 18 de la ley 797 de 2003, dispuso:

"Se modifica el inciso segundo, se modifica el inciso quinto y se adiciona el parágrafo 2o. del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así:

La edad para acceder a la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones, requisitos y monto de la pensión de acuerdo con lo señalado en el numeral 2 del artículo 33 y artículo 34 de esta ley, aplicables a estas personas, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida, con excepción de aquellos afiliados que a 1o. de abril de 1994 tenían 15 o más años de servicios prestados o semanas cotizadas, caso en el cual podrán pensionarse con el régimen anterior cuando cumplan los requisitos exigidos para tener derecho a la pensión de vejez, siempre y cuando cumplan con los siguientes requisitos:

- a) Que se traslade al fondo común de naturaleza pública del ISS, el capital ahorrado en su cuenta individual de conformidad con las normas previstas por la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios;
- b) Que el capital ahorrado en la cuenta individual, descontado el bono pensional, no sea inferior al monto de las cotizaciones correspondientes en caso que hubieran permanecido en el régimen de prima media administrado por el ISS.

Para quienes el 1o. de abril de 1994 tenían 15 años de servicios prestados o semanas cotizadas y se hubieren trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, el monto de la pensión vejez se calculará de acuerdo con lo establecido en la Ley 100 de 1993 para el régimen de ahorro individual con solidaridad.



de 2003, y la Ley 860 de 2003 Art. 4²⁹, declarado inexequible mediante la sentencia C-754 del 10 de agosto de 2004, fue reformado por el acto legislativo 001 de 2005, que dispuso:

A partir de la vigencia del presente acto no habrá regímenes especiales ni exceptuados, salvo el aplicable a la fuerza pública y al del Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del artículo 1º. de dicho acto, que expirarán el 31 de julio de 2010.

El régimen de transición establecido en la ley 100 de 1993, y demás normas que desarrollen dicho régimen, expirará el 31 de julio de 2010, con la salvedad de los trabajadores que estando

PARÁGRAFO 2o. Para los efectos de la presente ley se respetarán y garantizarán integralmente los derechos adquiridos a quienes hoy tienen la calidad de pensionados de jubilación, vejez, invalidez, sustitución y sobrevivencia en los diferentes órdenes, sectores y regímenes, así como a quienes han cumplido ya con los requisitos exigidos por la ley para adquirir la pensión, pero no se les ha reconocido.

²⁹ . El Art. 18 de la ley 797 de 2003, dispuso:

"Se modifica el inciso segundo, se modifica el inciso quinto y se adiciona el parágrafo 2o. del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así:

La edad para acceder a la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones, requisitos y monto de la pensión de acuerdo con lo señalado en el numeral 2 del artículo 33 y artículo 34 de esta ley, aplicables a estas personas, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida, con excepción de aquellos afiliados que a 1o. de abril de 1994 tenían 15 o más años de servicios prestados o semanas cotizadas, caso en el cual podrán pensionarse con el régimen anterior cuando cumplan los requisitos exigidos para tener derecho a la pensión de vejez, siempre y cuando cumplan con los siguientes requisitos:

- a) Que se traslade al fondo común de naturaleza pública del ISS, el capital ahorrado en su cuenta individual de conformidad con las normas previstas por la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios;
- b) Que el capital ahorrado en la cuenta individual, descontado el bono pensional, no sea inferior al monto de las cotizaciones correspondientes en caso que hubieran permanecido en el régimen de prima media administrado por el ISS.

Para quienes el 1o. de abril de 1994 tenían 15 años de servicios prestados o semanas cotizadas y se hubieren trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, el monto de la pensión vejez se calculará de acuerdo con lo establecido en la Ley 100 de 1993 para el régimen de ahorro individual con solidaridad.

PARÁGRAFO 2o. Para los efectos de la presente ley se respetarán y garantizarán integralmente los derechos adquiridos a quienes hoy tienen la calidad de pensionados de jubilación, vejez, invalidez, sustitución y sobrevivencia en los diferentes órdenes, sectores y regímenes, así como a quienes han cumplido ya con los requisitos exigidos por la ley para adquirir la pensión, pero no se les ha reconocido



en dicho régimen, al momento de entrar a regir este acto tengan 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicio, para quienes el régimen de transición se mantendrá hasta el 2014.

4- INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN DE LA PENSION EN EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

En los términos del inciso 3º del artículo 36 de la ley 100 de 1993, el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas cobijadas por el régimen de transición que les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, será el promedio del tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizada anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor.

Este concepto ha generado controversia entre la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

4.1 Para la Corte Suprema de Justicia, cuando el artículo 36 de la ley 100 de 1993 en su inciso 2º. se refiere a que el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al entrar en vigencia el Sistema tengan 35 años o más de edad si son mujeres, 40 años o más de edad si son hombres, o quince años o más de servicio cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados, no comprende el ingreso base para liquidar la pensión. Que en el régimen de prima media el I.B.L de las pensiones legales de vejez o jubilación causadas a partir de la vigencia de la ley 100 de 1993, está gobernado por el Art. 21 de la misma ley (régimen ordinario) o por el artículo 36 (régimen de transición).

En sentencia del 13 de mayo de 2005, esta corporación consideró:

“ Pese al enorme esfuerzo argumentativo de la censura, no hay lugar a cambiar la posición mayoritaria de la sala, según lo cual, frente a una pensión legal del régimen de transición, cuando la totalidad de los requisitos exigidos se cumplieron en vigor del nuevo sistema de seguridad social en pensiones, la actualización de la base salarial, a fin de tasar la primera mesada, se deba definir conforme al mandato del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

(...)

“ Así las cosas y por tratarse de una pensión de origen legal adquirida bajo el imperio de la Ley 100 de 1993 resultaba procedente la actualización del ingreso base de liquidación de la pensión reclamada, lo que esta de acuerdo con la jurisprudencia reiterada de esta corte como se anotó en la sentencia de agosto 8 de 2003 radicación 2004 y que a la letra indica: “ no existiendo ninguna discrepancia en el proceso respecto de la concurrencia de los supuestos de hecho del régimen de transición que contempla el artículo 36 de la



Ley 100 de 1993, referentes a que el tiempo de servicio lo tenía satisfecho el actor para cuando se retiró de la entidad demandada (1º de septiembre de 1982) y los 55 años de edad los cumplió el 24 de enero de 1997, resulta procedente la aplicación de la indexación del ingreso base de liquidación de las pensiones, que como la del demandante, se encuentran reguladas por dicha norma. En efecto el artículo 36 dispone:
(...)

“ conforme a los artículos 10 y 11 ibidem - salvo para quienes quedaron expresamente exceptuados por el artículo 279 de dicha ley y los regímenes especiales- el sistema se aplica a todas las pensiones legales , mediante el reconocimiento de pensiones en la forma y condiciones que se determinan en la citada ley, respetando, claro está , los derechos adquiridos con arreglo a cualquier fuente normativa anterior y el régimen de transición para los beneficiarios determinados en el artículo 36 de la misma.

“ lo anterior implica que en el régimen de prima media con prestación definida, el ingreso de base de liquidación de las pensiones legales de vejez o jubilación causadas a partir de la respectivas vigencias de la Ley 100 de 1993 según el caso, está gobernado por el artículo 21 de la misma (régimen ordinario) o por el artículo 36 (régimen de transición).

“A) En la primera hipótesis se determina según el promedio de los salarios o las rentas sobre los cuales haya cotizado el afiliado durante los diez años anteriores al reconocimiento de la pensión , actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. No obstante, cuando el promedio del ingreso de toda la vida laboral del afiliado, resulte superior a lo dicho, el asegurado podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado un mínimo de 1250 semanas.

“ B) En la segunda hipótesis (régimen de transición), el ingreso base de liquidación de los afiliados a quienes les faltare menos de diez años para adquirir el derecho, será promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en el índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

“ De lo dicho emerge con nitidez que aun cuando no es el salario del último año de servicios lo que permite “indexar” la mal denominada “ primera mesada ” pensional, sí es el promedio de esos años, con corrección monetaria, en la forma como se ha explicado , lo que impone a los obligados a pagar pensiones legales de vejez y jubilación causadas desde la entrada en vigor de la ley 100, a liquidarla y cancelarla en dicha forma, por tratarse de un mandato imperativo de la nueva preceptiva que expresamente gobierna la materia.



"... pero aún si se estimara que ello no está expresamente consagrado en la normativa, no puede olvidarse que de conformidad con el artículo 288 de la misma ley 100, en armonía con el artículo 53 de la constitución política, toda persona con pensión legal causada a partir de la vigencia de la referida ley , tiene derecho a que le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo de lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de las disposiciones del nuevo ordenamiento, lo que desde luego hace más contundente la aplicación de esta novedosa y especial corrección monetaria, o actualización del ingreso de liquidación por costo de vida , a las pensiones legales cuyo derecho haya nacido o surja con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993. (Radicación N° 13066)

"planteada la situación así, entonces, como el caso en que se trata, el derecho a la pensión legal de la jubilación del demandante, que ya se precisó debe ser pagada por la demandada, se causó en vigencia de la ley 100 de 1993, pues ocurrió el 29 de diciembre de 1997, tal prestación social está regida por el régimen de transición previsto por el artículo 36 ya trascrito, y más concretamente por su inciso segundo y tercero.

" lo anterior implica, entonces, que la Ley 33 de 1985 que regulaba la pensión de jubilación del actor, hay que aplicarla en cuanto a la edad, tiempo de servicios y al monto del 75% no así en lo que hace a la base salarial porque la misma es la señalada por el inciso tercero de tantas veces citado artículo 36 en los términos en que ya se trajo colación."

4.2 Para el Consejo de Estado el ingreso base para liquidar la pensión hace parte del monto. Por consiguiente cuando el régimen aplicable en virtud del régimen de transición señale el ingreso base para liquidar la pensión, será este el que se aplique y no el señalado en el inciso 3º del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

Y en sentencia de abril 4 de 2002, expuso:

"(...)

Era entonces necesario determinar cual disposición regulaba el ingreso base de liquidación para los servidores que se encontraban en el régimen de transición, y recurrirse a el para determinar el ingreso base de liquidación de la reliquidación, dado que el demandante se mantuvo en el servicio luego de expedida la resolución de pensión.

Bajo el ánimo que llevó al legislador a expedir una norma que previera el régimen transitorio más favorable para un grupo de servidores, forzoso, resulta concluir que la reliquidación de la pensión del actor, a la cual tenía derecho, no podía manejarse bajo el



marco rígido de un régimen que no era transitorio, sino sobre iguales parámetros que los previstos para la liquidación de su pensión acudiendo entonces al promedio de lo devengado desde cuando entró en vigencia el sistema general de pensiones hasta cuando se retiró efectivamente del servicio(debe advertirse que en este proceso el demandante no tenía consolidado el derecho pensional a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, situación que difiere de la que presenta el caso en estudio), interpretación que surge de la concordancia entre las siguientes situaciones normativas: el régimen de transición, la base de liquidación de la pensión de quienes están en régimen de transición, el derecho del empleado a continuar en el servicio sin perjuicio de la notificación de la resolución de pensión, y el derecho a la reliquidación.

De lo contrario se cae, precisamente, en la contradicción con lo cual encontró la entidad, es decir, que al reliquidar la pensión en su sana lógica, implica una cuantía superior, esta resulte inferior. La aplicación adecuada del principio de favorabilidad no consiste en negar la reliquidación que en un derecho previsto en la ley, sino en reliquidar la pensión en las condiciones más benéficas."

(...)

Así las cosas, la actora gozaba de un régimen especial de pensión y por ello no resultan en su caso las regulaciones previstas en la Ley 33 de 1985, sino las establecidas por el artículo 1 de la Ley 84 de 1948.

(...)

En este mismo sentido, al resolver un derecho relativo a pensión especial, en sentencia del 22 de febrero de 2001, expediente No 3229-99 acogió esta Sala lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-461 de 12 de octubre de 1995, en la que precisó:

"...El establecimiento de regímenes pensionales especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la Ley 100, que garanticen en relación con régimen pensional, un nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la Constitución, como quiera que el tratamiento diferenciado lejos de ser discriminatorio, favorece a los trabajadores a los que cobija. Pero si se determina que el permitir la vigencia de regímenes especiales, se perpetua un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector, y que el tratamiento dispar no es razonable, se configuraría un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta..."

4.3 Para la corte Constitucional el ingreso base para liquidar la pensión hace parte del monto.

Y en la sentencia T- 631 del 8 de agosto de 2002 expuso:



"El monto de la pensión se calcula sobre una base y de allí se saca un porcentaje. No se puede entender el uno sin el otro.

Esa base, en la teoría de la seguridad social, se denomina indistintamente como base reguladora, haber regulador, salario jubilatorio o haber jubilatorio.

La ley puede fijar el promedio para la base regulatoria de maneras diferentes. Lo fundamental es que cuando el promedio corresponda a un promedio reducido se suele tomar lo ingresado, y, si la base regulatoria es amplia, se actualiza según como evolucionen los precios o los salarios.

La ley 100 de 1993 estableció la base regulatoria para el régimen ordinario de las pensiones, bajo la denominación de Ingreso Base de Liquidación. Señaló que se liquidará teniendo en cuenta "*el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante diez años anteriores al reconocimiento de la pensión...*" (Artículo 21). (Lo resaltado no pertenece al texto)

Pero, tratándose de regímenes especiales, se tendrá en cuenta la base reguladora y el porcentaje que señalen específicamente tales regímenes. (Lo resaltado no pertenece al texto)

Es imposible desvirtuar el efecto de la causa y por consiguiente no se puede afirmar, como en el caso que motiva la presente tutela, que el porcentaje es el del régimen especial del decreto 546/71 y la base reguladora es la señalada en la ley 100 de 1993. Por lo tanto, el ingreso base de liquidación (ILB) fijado en el inciso 3º del artículo 36 de la ley 100 de 1993 solo tiene aplicación específicamente para lo allí indicado y en el evento de que en el régimen especial se hubiere omitido el señalamiento de la base reguladora.

Si un funcionario o exfuncionario judicial o del Ministerio Público reúne los requisitos para gozar del régimen especial se aplicará en su integridad el artículo 6º del decreto 546/71, luego no se puede tasar el monto de acuerdo con la ley 100 de 1993. Hacer lo contrario es afectar la inescindibilidad de la norma jurídica. Además, el inciso segundo del artículo 36 de la ley 100 de 1993, que establece el régimen de transición expresamente cobija "*el monto de la pensión de vejez*" y el monto significa una operación aritmética de un porcentaje sobre una base reguladora expresamente fijada en el artículo 6º del decreto 546/71 .

Por otro lado, es importante aclarar dos aspectos:



a. La parte final del inciso 2º del artículo 36 de la ley 100 de 1993 reza: “*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*”. (...) En primer lugar, la frase se refiere a las “demás condiciones y requisitos” luego no puede incluir al monto de la pensión que ya fue fijado por el decreto 546/71; en segundo lugar, el párrafo hace referencia a “acceder a la pensión” es decir a condiciones y requisitos para tener derecho a la pensión no para el monto de la mesada; y, en tercer lugar, el decreto 2527 de 2000 expresamente suprimió tal párrafo, en efecto el artículo 4º de dicho decreto que reglamenta el régimen de transición, dice: “*Conservación de beneficios del régimen de transición*. (...).

b. Ya se indicó que la ley 100 de 1993 dice que en el régimen ordinario el promedio para la mesada se calcula sobre lo recibido en los últimos diez años. Pero, puede haber dos circunstancias excepcionales: i) cuando un régimen especial, dentro del régimen de transición, específicamente fija la base reguladora y el promedio; que es el caso de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público; y, por consiguiente, se aplica lo que indique la norma del régimen especial: Y, ii) cuando un régimen especial, (que no es la situación para los empleados de la rama jurisdiccional) **no fija ni la base reguladora ni el promedio**, evento en el cual se tiene en cuenta el inciso 3º del artículo 36 de dicha ley: “*El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE*”.
(...)"

Criterio que reiteró en la sentencia T-180 de 2008, Referencia: expediente T-1724648

“(...). La entidad accionada efectivamente profirió una resolución en la cual reconoció el derecho, pero liquidó el beneficio sin aplicar el régimen que cobijaba al peticionario. La Corte concedería de forma transitoria el amparo solicitado, entre otras razones, por las siguientes: (i) porque el derecho a la seguridad social es un derecho que adquiere el carácter de fundamental, (...)

Con base en esos razonamientos, se estableció que el desconocimiento de un régimen especial basado en el régimen de transición, vulnera el derecho a la seguridad social en conexidad con el derecho fundamental al debido proceso, y con los derechos adquiridos. Una vez entró la Corte a analizar el caso objeto de estudio, determinó que el régimen especial vigente para la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público, es el establecido en el decreto 546 de 1971, el cual se mantuvo en virtud del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993. (...)



Respecto de la interpretación que se le puede dar al artículo 36 ya mencionado, en la sentencia T-158 de 2006 se hizo referencia a la forma en que el mismo debe ser aplicado a los beneficiarios del regímenes especiales mientras se da aplicación a la transición de la norma. Para este efecto se estudió cada inciso del mencionado artículo así:

El primero toma la forma de regla general, según la cual si para el 1º de abril de 1995 el trabajador acredita la edad y el tiempo de servicio allí previsto, entonces los requisitos de edad, tiempo de servicio y monto de la pensión serán los estipulados en el régimen al que se encontraba inscrito para ese momento. El segundo, que es una condición para la citada regla general, consiste en que los demás requisitos para acceder a la prestación, distintos a los enunciados, serán regulados por las normas generales de la Ley 100/93. Finalmente, el tercer enunciado refiere a una excepción a la regla general, en el sentido que si las personas con los requisitos de edad y periodo de cotizaciones fijados en aquella regla les faltaren menos de diez años para pensionarse, les será aplicable una modalidad de cálculo de la pensión equivalente al *"promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE"*.

De acuerdo a lo expuesto, es el último inciso es donde se presenta el conflicto que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala, por tratarse de una excepción a la regla general, atendiendo a que se muestra, en primer término, incompatible con el principio de favorabilidad laboral y la protección de los derechos adquiridos de un grupo específico de beneficiarios del régimen de transición, en tanto se les impone una fórmula de cálculo de la pensión diferente a la contenida en el régimen especial al que se encontraban inscritos antes de entrar en vigencia el sistema general de seguridad social.

Ante la posibilidad de inferir un tratamiento discriminatorio en contra de dicho grupo de jubilados, contrario a distintas garantías constitucionales, la sentencia T-158/06 resalta como decisiones anteriores de la Corte han previsto una interpretación del inciso tercero del artículo 36, según la cual el concepto *ingreso base para liquidar la pensión* al que refiere esta disposición, hace parte de la noción *monto de la pensión* contenida en el inciso segundo del mismo artículo. El efecto de esta equivalencia, en términos de la Corte, consiste en que *"como el monto incluye el ingreso base, entonces uno y otro se determinan por un solo régimen y la excepción del inciso tercero resulta inocua. Dicha excepción sería aplicable únicamente cuando el régimen especial no estipula explícitamente el ingreso base para liquidar la pensión. Así, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición, ambos (el ingreso base y el*



monto de la pensión) deben ser determinados por el régimen especial y la excepción no aplica, salvo que el régimen especial no determine la fórmula para calcular el ingreso base."³⁰
(...)

8.2. En efecto, la entidad demandada para determinar el monto de la pensión a favor del actor tuvo en cuenta la edad y tiempo de servicios previstos en el Decreto 546/71 y usó la fórmula de cálculo del ingreso base de liquidación prevista en el inciso tercero del Art. 36 de la ley 100 de 1993, hecho que contradice la interpretación jurisprudencial que se ha hecho respecto, de las normas que regulan los regímenes de transición, en donde se ha establecido que la fórmula señalada en el artículo 36 de la ley 100/93 tiene un carácter supletorio, la cual solo puede ser aplicada cuando el régimen especial no contempla una técnica específica para liquidar la mesada pensional.

(...)"

5.- OTRAS DISPOSICIONES SOBRE RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

Sobre el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, además de lo dispuesto en el artículo 36 y lo consagrado sobre las reformas, hay que citar las siguientes disposiciones:

5.1 Decreto 691 de 1994 (modificado por los Decretos 1158 de 1994 y 2090 de 2003), que incorporó al sistema general de pensiones a: Los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del orden Nacional, Departamental, Municipal o Distrital, así como de sus entidades descentralizadas; y a los servidores públicos del congreso de la República, de la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la organización electoral y la Contraloría General de la República. En el Art. 4 se refirió al régimen de transición.

5.2 Decreto 1293 de 1994 artículos 2 y 3 establece el régimen de transición de los senadores, representantes, empleados del Congreso de la República y del Fondo de Previsión Social del Congreso.

5.3 Decreto 1359 de 1993 establece un régimen especial de pensiones, así como de reajustes y sustituciones de las mismas, aplicable a los senadores y representantes a la cámara.

5.4 El Decreto 104 de 1994, **Por el cual se dictan unas disposiciones en materia salarial y prestacional de la rama judicial, del ministerio público, de la justicia penal militar y se dictan otras disposiciones**, en su artículo 28 dispuso que a los magistrados de altas Cortes se les reconocerán las pensiones teniendo en cuenta los mismos factores salariales y cuantías de los senadores de la República y representantes a la Cámara.

³⁰ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-158/06.



Y en los término del artículo 28 del Decreto 47 de 1995, a los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado se les reconocerán las pensiones teniendo en cuenta los mismos factores salariales y cuantías de los Senadores de la República y Representantes a la Cámara en los términos establecidos en las normas legales vigentes.

Los Magistrados señalados en el inciso anterior que al 20 de junio de 1994 desempeñaban sus cargos en propiedad en las citadas corporaciones, podrán optar por pensionarse cuando reúnan los requisitos de edad y tiempo de servicios señalados para los Congresistas en el párrafo del artículo 3º del Decreto 1293 de 1994.

5.5 Decreto numero 47 de 1995.

Por el cual se dictan unas disposiciones en materia salarial y prestacional de la Rama Judicial, del Ministerio Público, de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones.

Artículo 28. A los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado se les reconocerán las pensiones teniendo en cuenta los mismos factores salariales y cuantías de los Senadores de la República y Representantes a la Cámara en los términos establecidos en las normas legales vigentes.

Los Magistrados señalados en el inciso anterior que al 20 de junio de 1994 desempeñaban sus cargos en propiedad en las citadas corporaciones, podrán optar por pensionarse cuando reúnan los requisitos de edad y tiempo de servicios señalados para los Congresistas en el párrafo del artículo 3º del Decreto 1293 de 1994.

Artículo 29. Ninguna autoridad podrá establecer o modificar el régimen salarial o prestacional estatuido por las normas del presente Decreto, en concordancia con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 4ª de 1992. Cualquier disposición en contrario carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.

5.6 Decreto 43 de 1999

ARTÍCULO 9º. Las pensiones de la Rama Judicial no estarán sujetas a lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 71 de 1988. En todo caso las pensiones se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.



6. ENTIDAD ENCARGADA DE RECONOCER LA PENSIÓN AL ENTRAR EN VIGENCIA LA LEY 100 DE 1993

A partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cuando de trabajadores oficiales se trata, se ha generado mucha controversia respecto a la entidad que debe reconocer la pensión.

6.1 .En principio quien reconoce la pensión es la última entidad de previsión social a la cual se estuvo afiliado al momento de cumplirse el tiempo de servicios requerido por la ley, y en su defecto por la última entidad o empresa oficial empleadora. Decreto 1848 de 1969 Art. 75, y Decreto 813 de 1994.

6.2 En el caso de la pensión por aportes. En los términos Del Art. 10 del Decreto 2709 de 1994, el reconocimiento y pago corre por cuenta de la última entidad a la cual se efectuaron los aportes. Pero si el tiempo de cotización a la última entidad fue inferior a 6 años, el reconocimiento y pago estará a cargo de la entidad a la cual se efectuó el mayor tiempo de aportes.

6.3 En el caso de los servidores públicos que al momento de entrar a regir la ley 100 de 1993 estaban afiliados al I.S.S y permanecieron en esa entidad durante toda la relación laboral, -la situación es similar a la que dispuso el Acuerdo 224 de 1966 para los trabajadores particulares que al momento de entrar a regir el I.S.S. tuvieran más de 10 años y menos de 20 años de servicio- En los términos del art. 45 del Decreto 1748 de 1995, el empleador reconocería la pensión cuando el servidor cumpla los requisitos de la norma que lo cobijaba, pero deberá seguir cotizando hasta que el I.S.S reconozca la pensión de vejez, quedando a cargo del empleador solo el mayor si lo hubiere, entre la pensión que venía cancelando y la que pague el I.S.S.

6.4 En sentencia del 15 de agosto de 2006. Rad. 29210 Magistrado Ponente Dr. Carlos Isaac Nader, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para determinar las consecuencias en cuanto a la responsabilidad del cubrimiento pensional, hizo un recuento de la situación de los servidores oficiales al momento de entrar a regir la Ley 100 de 1993, que podemos resumir así:

Situación de Trabajadores Oficiales al momento de entrar a regir la Ley 100 de 1993.	En cuanto a la responsabilidad del cubrimiento pensional dependía de la situación particular del trabajador regulada por la siguiente normatividad.	Bono Pensional
1. Afiliados a una caja previsión de cualquier orden, cuya liquidación, fue ordenada por la Ley 100 o por disposiciones posteriores.	Art. 6 Decreto 813 de 1994: le corresponde al ISS el reconocimiento y pago de la pensión de los servidores públicos conforme a los disposiciones del régimen que se venían aplicando cuando:	



<p>2. No afiliado a ente de previsión social ni al ISS. Sus pensiones estaban a cargo del empleador directamente.</p> <p>3. Afiliados al ISS desde el inicio de la relación de trabajo.</p>	<p>1. El trabajador se traslada voluntariamente al ISS.</p> <p>2. Cuando se ordene la liquidación de la caja, fondo o entidad a la cual se encontraba afiliado o cuando los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición no se encontraba afiliados a alguna caja, fondo o entidad de previsión del sector público con anterioridad al 1 de abril de 1994 y seleccione el régimen de prima media con prestación definida.</p>	<p>Los trabajadores que se encontraran en algunos de estos hipótesis tendrán derecho al reconocimiento de bono pensional.</p> <p>-----</p> <p>Hay lugar a bono pensional.</p>
	<p>Decreto 1068 de 1995. Trabajadores territoriales se pueden afiliar a cualquier régimen, cumplidas las formalidades del traslado. El pago de las prestaciones estarán a cargo de la entidad administradora de pensiones que haya recibido o le corresponda recibir el monto de las cotizaciones del periodo en el cual ocurre el siniestro o hecho que da lugar al pago de la prestación correspondiente. Tal reconocimiento se hará una vez le sea entregado el bono pensional.</p>	<p>-----</p> <p>No hay lugar a la expedición del bono pensional tipo B.</p>
	<p>Decreto 1748 de 1995. Art. 45. Los empleados del sector público se asimilan a los del sector privado y por lo tanto le sería aplicable el Art. 5 del Decreto 813 de 1994. El Decreto 813 de 1994³¹, modificado por el Decreto 1160 de 1994, se refirió al evento de la trabajadores vinculados con empleadores o empresas del sector privado que tiene a cargo el</p>	

³¹ Reglamentario de la ley 100 de 1993.



	<p>reconocimiento y el pago de pensiones quienes deberán reconocer directamente las pensiones una vez el trabajador cumpla los requisitos del régimen que se le venia aplicando, pero continuaran cotizando al ISS hasta que el trabajador cumpla con los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de vejez en el sistema de prima media con prestación definida, momento en el cual el ISS procederá a cubrir dicha pensión, quedando a cargo del empleador solo el mayor valor, si lo hubiere. A esta solución es la que remite el Art. 45 del Decreto 1748 de 1945 cuando ordena la aplicación del Decreto 813 a los empleadores oficiales afiliados al ISS.</p> <p>El Art. 1 del Decreto 2527 de 4 de diciembre de 2000, estatuyó que las cajas, fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones continuarán reconociéndolas mientras tales entidades subsisten respecto de quienes tuvieran el carácter de afiliados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, exclusivamente en los siguientes casos:</p> <p>A. Cuando los servidores públicos del orden nacional hubieren cumplido el 1 de abril de 1994, los requisitos para tener derecho a la pensión y no se le haya reconocido, aunque a la fecha de la solicitud de dicha pensión estén a filiados a otra administradora del régimen de prima media.</p> <p>B. Cuando los servidores oficiales del ámbito territorial se encuentran en la misma situación para la fecha de entrada en vigencia del nuevo régimen de pensión.</p>	<p>_____</p> <p>_____</p> <p>No hay lugar a la expedición de bono pensional.</p>
--	--	--



	C. Cuando los servidores afiliados de cualquier nivel, a la fecha en que empezó la vigencia del régimen de pensiones de la Ley 100, hubiesen cumplido 20 años de servicio o contaran con la cotizaciones requeridas en la misma entidad, caja o fondo público, aunque a la fecha de solicitud de la pensión estén o no afiliados al sistema general de pensiones	
--	--	--

7. JURISPRUDENCIA.-

7.1. CORTE CONSTITUCIONAL-

Sentencia T-625/04 del 1 de julio de 1994.

M. P. Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Para la viabilidad del régimen de transición no se requiere que el peticionario se encuentre afiliado a una entidad de seguridad social.

"(...)

La entidad demandada admite que el actor, se encuentra cobijado por el régimen de transición, pero no le reconoce el acceso a la pensión de jubilación por no contar con sesenta años de edad, según lo dispone la Ley 71 de 1988. Es decir, acepta que tiene derecho a un régimen más beneficioso, por una parte, pero acudiendo a una interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que desconoce por completo el principio de favorabilidad, aduce que el "régimen anterior" a que se refiere el artículo 36 en mención, es la Ley 71 de 1988 y no la Ley 33 de 1985, por el hecho de que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, se encontraba cotizando al ISS por cuenta de un empleador privado. Ello significa, en otras palabras que el régimen de transición queda completamente desconocido, pues en la práctica lo que se le está aplicando es el régimen general de jubilación que exige la edad de sesenta años para acceder a la pensión de vejez. Para ello, ni siquiera hubiera resultado necesario invocar la Ley 71 de 1988, sino acudir directamente al artículo 33 de la ley 100 que establece los requisitos para acceder a la pensión en cuestión.

(...)



El Instituto de Seguros Sociales admite que el demandante es beneficiario del régimen de transición que consagra el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero que no le es aplicable el régimen de los servidores públicos, sin tener en cuenta que el accionante laboró en entidades públicas más de veinte años, acudiendo para ello a una interpretación de las normas que establecen el régimen de transición, que como se dijo, evidentemente desconoce el derecho a la seguridad social del actor.

Se pregunta entonces la Corte ¿cuál es la ventaja que obtiene el demandante por encontrarse beneficiado por el régimen de transición?

4.3. En relación con el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esta Corporación se ha pronunciado en varias oportunidades en los siguientes términos:

En la sentencia T-235 de 2002 se dijo que “[L]a sustitución de una norma por otra exige la necesidad de un régimen de transición. La existencia de normas transitorias es indispensable en la legislación sobre seguridad social en pensiones porque hay derechos en vía de adquisición.

Se trata de un derecho exige porque nace de una norma que expresamente lo establece y que señala criterios razonables para gozar de la excepcionalidad.

Una vez en vigencia la norma que establece el régimen transitorio, las personas que reúnen los requisitos para adquirirlo consolidan una situación jurídica concreta que no puede ser menoscabada. Es además un auténtico derecho subjetivo que le da a su titular el derecho a que se le reconozca la prestación en las condiciones establecidas en la normatividad anterior y a acudir ante la jurisdicción en caso de incumplimiento.

(...)

En el caso de Colombia, como era apenas lógico, el artículo 36 de la ley 100 de 1993 estableció una excepción a la aplicación universal del sistema. Esta excepción es para quienes el 1º de abril de 1994 hayan tenido 35 años si son mujeres o 40 años si son hombres o 15 años o más de servicios o de tiempo cotizado, a ellos se les aplicará lo establecido en el régimen anterior a la ley 100, en cuanto al tiempo de servicio, número de semanas cotizadas y el monto de la pensión...

Es de resaltar que la norma no exige que se esté cotizando al 1º de abril de 1994. Exactamente dice el inciso 2º del artículo 36 de la ley 100:

'La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco o mas años de edad si son mujeres o cuarenta o mas años de edad si son hombres, o quince o mas años de servicios cotizados, será la establecida en



el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley'

El interesado en el régimen de transición se acoge a él no solamente porque el artículo 36 de la ley 100 de 1993 es muy claro y es una norma de orden público, sino porque se trata de un principio de derecho laboral, reconocido constitucionalmente en el artículo 53 de la Constitución que penetra en todo el ordenamiento laboral por ser su hilo conductor, y, además porque en la ley 100 art. 11 y en la propia Constitución (art. 53) se establece el principio de favorabilidad".³²

La entidad demandada descarta la posibilidad de aplicarle el régimen legal de los servidores públicos, argumentando que al 1º de abril de 1994 se encontraba cotizando para un empleador privado. Con esa interpretación se le da a la ley un alcance que no tiene y, desconoce de paso la jurisprudencia constitucional según la cual para la viabilidad del régimen de transición no se requiere que el peticionario se encuentre afiliado a una entidad de seguridad social. En ese sentido, en la sentencia T-534 de 2001, Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño se estableció que "[L]a referencia a 'la caja, fondo o entidad a que se encuentre afiliado' contenida en el artículo 6º del Decreto 813 de 1994 es una alusión a los servicios prestados o cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 y no a la existencia de un vínculo laboral. De lo contrario, resultaría que un trabajador que cumpla con uno de los requisitos alternativos a los que se sometió la procedencia del régimen de transición, puede quedar excluido de los beneficios implícitos en ese régimen por el solo hecho de no tener un vínculo laboral al momento de entrada en vigencia de esa ley.

Con esa óptica se somete la viabilidad del régimen de transición a un presupuesto no previsto en la ley y se incurre en una práctica discriminatoria pues, a pesar de que un trabajador cumpla los requisitos legalmente exigidos, se lo despoja de los beneficios implícitos en ese régimen y, por esa vía, se propicia la vulneración de sus derechos fundamentales de igualdad y de seguridad social, éste último bajo la forma de prestación económica vinculada a la realización del ser humano como un ser dotado de dignidad".

En esa misma línea de pensamiento, la sentencia T-923 de 2003, Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynn, expresó: "[Q]ueda aún por estudiar el caso de las personas que, aunque antes de la entrada en vigencia del sistema se encontraban vinculados al régimen de prima media, al primero de abril de 1994 no se encontraban cotizando.

En estas eventualidades la Corte, en sentencia T-235 de 2002, preciso que el inciso segundo del artículo 36 de la ley 100 de 1993, no excluye del beneficio del régimen de transición a quienes, para esa fecha no realizaban aportes para pensión. Subrayó que la posibilidad de acogerse a un

³² Ver también las sentencias T-169 de 2003, T-631/02



régimen de transición en materia laboral, obedece no solamente a un poder reconocido por cierta norma de rango legal, sino a un principio en esta materia que prescribe que la norma favorable debe ser preferida como opción hermenéutica al momento de interpretar la normatividad del trabajo (art. 53 C.P.).

En suma, la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que, en punto del régimen de transición consagrado en la ley 100 de 1993, son beneficiarios del mismo quienes:

(i) Al momento de entrar a regir el sistema de seguridad social tuvieran 30 años o más –para el caso de las mujeres- o cuarenta años o más –para el caso de los hombres-. (ii) Para el primero de abril de 1994, tuvieran 15 años o más de servicios o de tiempo cotizado. Estas personas tienen la posibilidad de retornar al régimen de prima media con prestación definida, luego de haberse cambiado al de ahorro individual con solidaridad y pensionarse, en consecuencia, con los requisitos señalados en el régimen anterior. (iii) La Ley 100 de 1993, en aplicación del principio constitucional de favorabilidad, no exige que se esté cotizando a primero de abril de 1994”.

4.4. Para la Sala de Revisión el Instituto de Seguros Sociales, al negar la pensión de jubilación del actor le desconoció el derecho a la seguridad social en conexidad con el derecho a la vida y al debido proceso del demandante, pues no aplicó el régimen de transición y las ventajas que de él se derivan, y por el contrario le aplicó una legislación que le era completamente desfavorable. Si como lo ha establecido la doctrina constitucional, para ser beneficiario del régimen de transición no se requiere haber estado cotizando al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, menos se puede exigir una cotización a un sector específico, bien sea público o privado.

**7.2 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,
SALA DE CASACIÓN LABORAL
Sentencia del 22 de julio de 2008
M. P. CAMILO TARQUINO GALLEG
Radicación No. 32193**

El régimen de transición está previsto sólo para eventos que tengan que ver con la pensión de vejez, no para la pensión restringida o pensión sanción establecida por el artículo 8 de la Ley 71 de 1961”.

Consideró la Corte:

“No es necesario entrar en un análisis extenso para darle la razón al Tribunal, en el sentido de que en la fecha en la que se produjo el retiro del actor, la norma aplicable era la Ley 100 de 1993, que a partir del 1 de abril de 1994, reformó en forma integral el sistema de seguridad social, por lo que, previa la advertencia relativa a que el régimen de transición allí previsto no aplicaba para pensiones diferentes a las de vejez, (...)



Conviene reiterar que a partir del 1º de abril de 1994, también fueron derogadas por la Ley 100 de 1993, "todas las disposiciones que le sean contrarias", y su campo de aplicación en los términos del artículo 11, comprende, "con las excepciones previstas en el artículo 279", a todos los habitantes del territorio nacional independientemente de que sean trabajadores privados u oficiales.

Así las cosas no hay razón jurídica razonable de la que se pueda deducir que el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, continúa vigente. Sobre el particular, esta Sala de la Corte, en sentencia de 15 de junio de 2006 Rad. 27338, en un asunto similar, en donde la demandada era la Caja Agraria sostuvo lo siguiente:

"...“Es indudable entonces, acorde con el aparte del precepto reproducido, que el régimen de transición está previsto sólo para eventos que tengan que ver con la pensión de vejez, y de ninguna manera para aquellos que, como los actores, aspiran al reconocimiento de la pensión restringida o pensión sanción establecida por el artículo 8 de la Ley 71 de 1961”.

(...)

Por lo demás, el criterio jurisprudencial respecto del punto analizado ha sido constante, en el sentido de que la entidad que afilia a sus trabajadores al ISS, a partir de cuando lo ordenó la Ley 100 de 1993, queda relevada de asumir el riesgo relativo a la pensión, y con mayor razón como en este caso que así procedió desde antes de la vigencia de dicha normativa. Así quedó consignado en sentencia de 14 de noviembre de 2007, en un caso de similares contornos, que reiteró la del 11 de septiembre de 2007 Rad. 28429 en la que se dijo:

“Al respecto, estima la Sala que la reflexión del ad quem en torno al punto, resulta equivocada, ya que, como lo ha sostenido esta Corte, la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, de conformidad con lo previsto en la norma citada, no tiene que cumplirse por todo el tiempo de existencia de la relación laboral o haberse realizado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, pues dicha obligación surge para el sector oficial a partir del 1º de abril de 1994. De donde la omisión en ese exacto sentido, es lo que podría acarrear el pago de la pensión sanción, porque si de manera oportuna el empleador cumplió con esa afiliación, esto es, cuando nació la obligación, acorde con la preceptiva indicada, se libera de su cancelación, que fue precisamente lo que sucedió en este caso, en donde la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero satisfizo a tiempo esa obligación legal.

“De tal manera que al producirse esa afiliación, no se puede pretender la aplicación del artículo 133 de la Ley 100 de 1993, porque si los demandantes fueron afiliados el 1º de abril de 1994, esto significa que la accionada cumplió a cabalidad con dicha previsión legal, por lo que resulta contrario a dicha normatividad imponerle el pago de la prestación *reclamada*”.



7.3 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL

Sentencia del 1 de marzo de 2007

M. P. Dr. LUIS JAVIER OSORIO

Radicación No 29945

Al declararse la inexequibilidad del artículo 18 de la ley 797 de 2003 que derogó el artículo 36 de la ley 100 de 1993, este recuperó su vigencia, en consecuencia el derecho a la pensión se regula por el régimen que cobijaba al actor al entrar en vigencia la ley 100 de 1993.

Consideró la Corte:

"El Art. 18 de la ley 797 de 2003, fue declarado inexequible por la Corte Constitucional a través de la sentencia 1056 del 11 de noviembre de 2003, por lo que desapareció del panorama jurídico, en consecuencia el Art. 36 de la ley 100 de 1993, siguió surtiendo plenos efectos a partir de esa fecha, concretamente el inciso segundo, en esas condiciones la demandante tiene derecho a pensionarse con los requisitos establecidos en el Art. 12 del acuerdo 049 de 1990, sin tener que cumplir con la densidad de cotizaciones que exigía la mencionada ley 797.

Que la resolución por medio de la cual se negó la pensión a la demandante, se expidió el 24 de noviembre de 2003, y la demanda que originó el proceso, se presentó el 10 de marzo de 2004, es decir cuando ya el Art. 18 de la ley 797 había sido declarado inexequible, y en consecuencia el Art. 36 había recobrado su vigencia.

Además, el parágrafo transitorio 4º del artículo 1º. Del acto legislativo 1 de 2005, conservó el régimen de transición establecido en el Art. 36 de la ley 100 de 1993, y las demás normas que la desarrollan hasta el 31 de julio de 2010, excepto para las personas que estando en dicho régimen tengan cotizadas 750 semanas, que se mantendrá hasta el 2014.

La demandante era beneficiaria del régimen de transición consagrado en el Art. 36 de la ley 100, y cumplió 55 años de edad el 8 de octubre de 2003, y en ese momento tenía cotizadas 762 semanas, de las que 686.99 lo fueron dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de dicha edad, por lo que era acreedora a la pensión de vejez conforme al Art. 12 del acuerdo 049 de 1990, régimen al cual se encontraba afiliada al entrar en vigencia la ley 100 de 1993.

Y como para el momento en que la demandante cumplió 55 años de edad – 8 de octubre de 2003 – estaba vigente el Art. 18 de la ley 797 de 2003, debe precisarse que la pensión de vejez sólo podrá reconocérsele a partir del 11 de noviembre del mismo año, cuando se declaró su inexequibilidad, y por ello, el originario Art. 36 continuó surtiendo plenos efectos".

7.4 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA



SALA DE CASACIÓN LABORAL

Sentencia de febrero de 2007, Radicación 29120

MAGISTRADO/PONENTE: EDUARDOLÓPEZ VILLEGAS

El régimen al cual se encuentre afiliado al entrar a regir la ley 100 de 1993, se ha de entender cualificadamente, esto es, en el sentido de valer aquel que tenga la virtualidad de habilitarlo para acreditar requisitos para el régimen oficial bajo el cual se encuentre.

Expuso la Corte:

Para determinar el régimen anterior con el que se complementa el de transición de la Seguridad Social en Pensiones, el Tribunal toma como hecho relevante el que el actor se encontraba desde el 4 de enero de 1994 cotizando al Instituto de Seguros Sociales como trabajador particular, situación que se dio en igual forma al entrar en vigencia la Ley 100/93 para los trabajadores de los entes territoriales (30 de junio de 1995), pues para esa época se encontraba como independiente, tal como se observa a folio 136 del cuaderno 1" (Folios 26 y 27), y para efectos de encuadrar el caso sub examine en lo que manda el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 cuando dispone que el régimen complementario es el anterior en el que se encontraba afiliado el actor, esto es, el del Acuerdo 049 de 1990.

(...)

Ciertamente el Tribunal yerra al aplicar indebidamente la regla pensional sobre la edad, al no valorar adecuadamente tanto el supuesto previsto en la Ley 33 de 1985 – 15 años de servicio para 1985, y más de 20 años de servidor público en el 1994- (folios 74 y ss.) como el establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el del régimen anterior en el que se encontrare afiliado quien reclama.

Los dos presupuestos aludidos cuentan y se han de estimar concordantemente.

El régimen al cual se encuentre afiliado se ha de entender cualificadamente, esto es, en el sentido de valer aquel que tenga la virtualidad de habilitarlo para acreditar requisitos para el régimen oficial bajo el cual se encuentre.

Ha de rememorarse la reiterada tesis de la Sala asentada en la Sentencia de julio 29 de 1998 radicación 10.803, según la cual el régimen de previsión social del sector público, había sido concebido diferenciada y separadamente del sector privado, de modo que, aún un trabajador oficial estuviera afiliado al ISS antes de 1994, ello no lo habilitaba para reclamar ante este Instituto por el derecho pensional según las reglas previstas para los servidores públicos.



De esta manera, a la afiliación ante el ISS que realiza el servidor público que se halle en alguna de las situaciones previstas en el régimen de transición, no puede concedérsele la capacidad de alterar la genuina referencia al régimen anterior que hace el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o a la afiliación a cajas, fondo o entidades de previsión que hace el artículo 6 del Decreto 813 de 1994. Así por tanto, el significado de la expresión régimen anterior es el de aquel bajo el cual se cumplieron los veinte años de servicios al Estado, - evento contemplado en el artículo 5 del Decreto 813 de 1994, y en el Decreto 2143 de 1995,- o 15 o más años de servicios continuos o discontinuos – presupuesto del artículo 6 del Decreto 813 de 1994-, y no aquél que señala la afiliación circunstancial y precaria al ISS para antes de 1994.

Así por tanto, quien hubiere cumplido los requisitos de tiempo de servicio exigidos por la Ley 33 de 1985 antes de la vigencia del sistema de seguridad social en pensiones, puede pretender su reconocimiento a la edad que en la misma preceptiva se contempla, -aún esta se satisfaga con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, en los siguientes eventos:

a) Para quienes luego de haber cumplido con los requisitos del tiempo de servicios no se vincularon laboralmente o siguieron cotizando a una entidad de seguridad social como lo preceptúa el Decreto 2143 de 1995.

b) Para quienes luego de haber cumplido con los requisitos de tiempo de servicio se vincularon como servidores públicos al ISS y allí se hallaban para el momento de su incorporación al Sistema de Seguridad Social en Pensiones. . En estos eventos la Sala ha considerado- sentencia del 9 de octubre de 2002, radicación 18740 - sentencia del 3 de marzo de 2004, radicación 21026; sentencia de febrero de 2007, radicación 29911 ; que si bien la afiliación les habilita para gozar de la pensión de vejez, ello no les impide disfrutar primero de la pensión de jubilación reconocida directamente por la entidad y con vocación de ser esta subrogada por aquella, a la luz del artículo 45 del Decreto 1748 de 1994 que dispone darles el tratamiento de trabajadores particulares previsto en el artículo 5 del Decreto 813 de 1994, en los términos en que fue modificado por el artículo 11 del Decreto 1887 de 1994.

Es esta la situación del *sub lite* en la segunda hipótesis del ad quem, que el actor estaba afiliado al ISS, para el 30 de junio de 1995, fecha en la cual entró en vigencia la Ley 100 de 1993 para los trabajadores de los entes territoriales, pues para esa época se encontraba como independiente, como consta en el folio 136 del expediente.

c) Para quienes luego de haber cumplido con el tiempo de servicios previsto en la Ley 33 de 1985 ó 15 años de servicios continuos o discontinuos al Estado como lo contempla el artículo 6 del Decreto 813 de 1994, se vincularon al ISS como servidores públicos después de la vigencia del sistema de seguridad social en pensiones, la Sala – sentencia del 13 de octubre del 2006, radicación 26705 - ha considerado que tiene el



derecho pensional previsto en aquella normatividad y a cargo del ISS, y de conformidad con el artículo 6 del Decreto 813 de 1994.

d) Para quienes luego de haber cumplido con el tiempo de servicios previsto en la Ley 33 de 1985 ó 15 años de servicios continuos o discontinuos al Estado como lo contempla el artículo 6 del Decreto 813 de 1994, se vincularon al ISS antes del 1 de abril de 1994 como trabajadores particulares, que es la situación del *sub examine* en el primer presupuesto asentado por el Tribunal- han de tener un tratamiento igual a los anteriores, porque quedan comprendidos dentro de la norma reglamentaria aludida, y bajo la regla antes dicha, que los sistemas de previsión social y el de seguridad social eran separados, y por el que la afiliación al último no habilitaba para reclamar las prestaciones del sector público ante el ISS.

Se ha de precisar que , como se advierte, el derecho a reclamar la pensión de jubilación a la edad de 55 años, no surge como derecho definitivo como lo invoca el censor; sólo cuando se ha cumplido la totalidad de los requisitos mínimos exigidos para la pensión se puede hablar de derecho adquirido; los regímenes de transición ofrecen meras expectativas de derecho, mientras se cumplen con los requisitos; entre las dos categorías la de derechos adquiridos y meras expectativas, larga y sólidamente diferenciadas, no cabe una tercera hija de malabares lingüísticos, la del derecho a las meras expectativas.

Pero pese a que el cargo es fundado, no tiene vocación de prosperidad, justamente por la última razón invocada, porque no está a cargo del ISS el derecho del que se pretende su reconocimiento sino de la entidad empleadora, de aquella que corresponda según el conjunto de reglas que se han expedido para el efecto.

Las primeras reglas reglamentarias de la Ley 100 de 1993, el artículo 6 del Decreto 813 de 1994, determinó la responsabilidad del Instituto de Seguros Sociales de asumir el pago de las obligaciones pensionales de los servidores públicos básicamente por defecto de caja, fondo o entidad de previsión social, ora por ausencia de afiliación a ellas antes de la vigencia del sistema de seguridad social, o por su desaparecimiento por obra de su liquidación, ya fuere antes o después de la vigencia del sistema pensional.

Pero también el ISS asume la responsabilidad de aquellos servidores públicos que la hubieren seleccionado como su administradora de pensiones pero circunstancia previsible sólo con posterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones. Esta responsabilidad la asume el ISS porque como lo dispone el Decreto 813 de 1994, el traslado del afiliado va acompañado de bono pensional.

Los servidores públicos territoriales están sujetos a una preceptiva especial en cuanto a la fecha de vigencia del sistema general de pensiones, la del día de la incorporación efectuado por su



empleador, o a más tardar el 30 de junio de 1995; y a partir de esta data, si su vinculación se hace al ISS, es a esta entidad a la que le corresponde cumplir la prestaciones que se causen a partir de aquel momento, con la restricción de que lo hacen en la medida de los aportes que le hayan realizado, *"una vez le sea entregado el respectivo bono pensional"* como reza el artículo 5 del Decreto 1068 de 1995.

Valga también señalar que la regulación establecida a partir del mes de septiembre de 2000 con el Decreto 2527, no aplicable al sub lite, no hace cosa diferente de confirmar las anteriores reglas al disponer que corresponde el pago de las pensiones a las entidades a las que el trabajador hubiere estado afiliado antes de la vigencia del sistema pensional, sólo cuando hubieren cumplido todos los requisitos o ya hubieren satisfecho el de tiempo de servicios o densidad de cotizaciones.

Los empleadores de servidores públicos que habían afiliado a sus empleados al ISS, por mandato del artículo 45 del Decreto 1748 de 1994, se asimilan a empleadores particulares, y las reglas de la responsabilidad del ISS del pago de pensiones, se gobiernan por el artículo 5 del Decreto 813 de 1994, que dispone que el ISS sólo asume la pensión de vejez de acuerdo con sus reglamentos.

8. PREGUNTAS

5.1.- ¿En qué casos la persona que se acogió al régimen de ahorro individual y regresa al régimen de prima media no pierde el régimen de transición?

5.2 ¿Cuáles son los efectos de la declaratoria de inexequibilidad del Art. 18 de la ley 797 de 2003?



CAPÍTULO IV

REGÍMENES PENSIONALES ANTERIORES A LA LEY 100 DE 1993

.Para efectos del régimen de transición de la ley 100 de 1993, hay que determinar de tres grandes clasificaciones, cual es el régimen aplicable en cada caso.

1. SECTOR OFICIAL: En el que hay que tener en cuenta si es el sector oficial nacional, o el sector oficial territorial.

1. 2 RÉGIMEN GENERAL

		Requisitos	Monto	IBL
Ley 33 de 1985 (1)		EDAD - M- 55 AÑOS - H -55 Años TIEMPO DE ERVICIO 20 años	75 % del promedio de salarios que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.	Salario promedio de los últimos 10 años. Si faltare menos de 10 años, el promedio del tiempo que hiciere falta o el de toda la vida si fuere mayor (Art. 36 Ley 100) El salario que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio (Ley 33 de 1985)



NOTAS DE REFERENCIA AL CUADRO ANTERIOR

(1) Esta ley contempló: un régimen de excepción, para los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones. Y un régimen de transición, para los empleados que a la fecha de la presente ley hayan cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio, a quienes se les seguirá aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regía con anterioridad a la presente ley.

La Ley 33 de 1985 derogó los artículos 27 y 28 del Decreto 3135 de 1968, reglamentado por el Decreto 1848 de 1969. Por consiguiente el régimen de transición a que se refiere dicha ley, en lo que a la edad se refiere, beneficia a las mujeres, por que para los hombres el requisito de edad que exigía el decreto 3135, no lo modificó la ley 33.

1.2 REGÍMENES ESPECIALES.- Dentro de los regímenes pensionales del sector oficial, en virtud del régimen de transición del Sistema General de Pensiones, hay unos especiales, entre otros:

	ley aplicar	Requisitos	Monto	IBL
RAMA JUDICIAL Y MINISTERIO PÚBLICO	DECRETO 546/1971 (1) (2)	EDAD - M- 50 AÑOS H- 55 AÑOS	ART. 11 75% del IBL.	Asignación mensual mas elevada que hubiere devengado en el último año de servicio
Contraloría general	Decreto 929 de 1976	EDAD - M- 50 AÑOS H- 55 AÑOS 20 años de servicio continuo o discontinuo (10 años al servicio exclusivo de la contraloría General de la República)	75% del IBL	Promedio de los salarios durante el último semestre
Congresistas	Art. 20 acuerdo 26 de 1986. Decreto 2837 de 1986 Decreto 1723 de 1964			



NOTAS DE REFERENCIA AL CUADRO ANTERIOR

(1) Para que se configure la pensión en los términos de este decreto se exigen 20 años de servicio, 10 de los cuales deben ser exclusivamente a la rama judicial o ministerio público, o ambas actividades.

(2) De acuerdo a lo dispuesto en el art. 8 de este Decreto: Los funcionarios y empleados de la rama judicial y del Ministerio público que deban separarse de su cargo por cumplimiento de la edad de retiro forzoso, tendrán derecho al producirse su retiro, a una pensión vitalicia que se liquidará en el 75 % de la mayor asignación devengada en el último año de servicio y sin límite de cuantía, siempre que el beneficiario hubiere servido durante 20 años, continuos o discontinuos, en el servicio oficial, de los cuales los últimos 3 por lo menos, lo hayan sido en la rama jurisdiccional o en el ministerio público

Y en los términos del artículo 10: Los funcionarios a que se refiere este decreto, que lleguen o hayan llegado a la edad de retiro forzoso dentro del servicio judicial o del ministerio público, sin reunir los requisitos exigidos para una pensión ordinaria de jubilación, pero habiendo servido no menos de 5 años continuos en tales actividades, tendrán derecho a una pensión de vejez equivalente a un 25% del último sueldo devengado, más un dos por ciento por cada año de servicio.

Y tal como lo establece el art. 11. Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, consejeros de Estado y fiscales del Consejo de Estado, tendrán derecho, además del auxilio de cesantía, a la pensión vitalicia equivalente a las dos terceras partes del último sueldo establecido en el artículo 22 del decreto extraordinario número 1698 de 16 de julio de 1964, compatible con la pensión de jubilación, cuando su retiro sobrevenga después de 10 años de servicio en la rama jurisdiccional o en el ministerio público o de haber ejercido el cargo de magistrado de la Corte, consejero de Estado o fiscal del mismo por espacio de 5 años continuos, dentro de las circunstancias contempladas en el artículo 3º, literal a) del decreto 902 de 1969.

En este punto de regímenes especiales, es bueno plantear la discusión cuál es el régimen a aplicar para quienes han laborado en la Rama Judicial durante 10 años, pero tienen que acudir al tiempo laborado en el sector privado para efectos de completar el tiempo de servicio: el régimen especial consagrado en el Decreto 546 de 1971 o el consagrado en la Ley 71 de 1988 de jubilación por aportes.

Si se tiene en cuenta que al momento de expedirse el Decreto 546 de 1971, el régimen pensional colombiano no consagraba la posibilidad de acumular el tiempo servido en el sector público y en el sector privado, para cumplir el requisito de tiempo de servicio para la pensión de



jubilación, no podemos concluir que los 20 años de servicio a que se refiere el art. 6 del Decreto 546, puedan ser en el sector público o en privado.

Y en cuanto a lo consagrado en el art. 8 del Decreto 546, ya comentado, el tiempo de los 20 años debe ser en el sector oficial. La salvedad es para el requisito de los 10 años en la Rama Judicial o en el Ministerio Público.

Por consiguiente, salvo consagraciones específicas (Decreto 1359 de 1993, 104 de 1994 y 47 de 1995), la regla general en el evento contemplado, es que la normatividad a aplicar es la ley 71 de 1988.

1.3. EMPLEADOS DEPARTAMENTALES. La situación de estos trabajadores quedó definida en el Art. 146 de la ley 100 de 1993 que dispuso:

Situaciones jurídicas individuales definidas por disposiciones municipales y departamentales. Las situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad a la presente ley, con base en disposiciones municipales o departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales en favor de empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados, continuarán vigentes.

También tendrán derecho a pensionarse con arreglo a tales disposiciones, quienes con anterioridad a la vigencia de este artículo, hayan cumplido o cumplan dentro de los dos años siguientes los requisitos exigidos en dichas normas.

(...)

1.3.1 .La Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad de este Artículo 146 de la ley 100 de 1993, en la sentencia C- 410 de 1997, lo encontró ajustado a los preceptos constitucionales y en especial a lo previsto en el artículo 58 de la Constitución Política. Así como del inciso segundo, en la parte que reconoce el derecho a pensionarse con arreglo a las disposiciones municipales o departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales, para quienes con anterioridad a la vigencia de este artículo hayan cumplido los requisitos exigidos en dichas normas.

No sucede lo mismo con la expresión contenida en el citado inciso segundo acusado, en virtud de la cual tendrán igualmente derecho a pensionarse con fundamento en las disposiciones señaladas, quienes cumplan "**dentro de los dos años siguientes**" los requisitos exigidos en dichos preceptos para pensionarse, A juicio de la Corte, ello quebranta el ordenamiento superior, ya que equipara una mera expectativa con un derecho adquirido. Ello impide que los que están próximos a pensionarse -es decir, dentro de los dos años siguientes a la entrada en



vigencia de la ley- y que tan solo tienen una mera expectativa de adquirir el derecho, puedan hacerse acreedores a los beneficios propios de la ley 100 de 1993. Por lo que declaró **EXEQUIBLE** el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, salvo la expresión, ""o cumplan dentro de los dos años siguientes", la cual se declara **INEXEQUIBLE**.

Y es que si a diciembre de 1993 cuando entró en vigencia dicha ley, los trabajadores aún no habían adquirido el derecho pensional, no hay razón alguna que justifique que a los mismos se les aplique, cuando tan solo tienen una mera expectativa frente a una ley vigente, dichos preceptos pues ello genera una situación abiertamente violatoria de la igualdad, pues así como la expectativa se genera para quienes esperan pensionarse dentro de los dos años, porqué no para quienes cumplen los requisitos legales dentro de los dos años y un día o más?; nótense que lo que dispone la Constitución es que se garantizan los derechos ya adquiridos, que no pueden ser desconocidos por una ley posterior, y no las meras expectativas. Por ende, dichos trabajadores quedarán sometidos, al momento en que respecto de ellos se consolide el derecho pensional, a las normas legales vigentes para aquel entonces, es decir, las contenidas en la Ley 100 de 1993.

Así entonces, el derecho pensional sólo se perfecciona previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, edad y tiempo de servicio, lo cual significa que mientras ello no suceda, los empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados que al momento de entrar en vigencia la ley 100 de 1993 no habían cumplido dichos requisitos, apenas tenían una mera expectativa, por lo que no les son aplicables las normas vigentes antes de la expedición de dicha ley. Quiere ello decir, que en el momento en que el legislador expidió la norma cuestionada, "el derecho" a pensionarse con arreglo a las normas anteriores no existía como una situación jurídica consolidada, como un derecho subjetivo del empleado o servidor público. Apenas existía, se repite, una expectativa, susceptible de ser modificada legítimamente por el legislador...

1.3.2 Con relación a estos trabajadores territoriales también se ha presentado discusión si la normatividad a aplicar, es la ley 6 de 1945 o la ley 33 de 1985, pues de esta norma se alega que era para empleados del orden nacional.

La Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto del 22 de mayo de 1996, consideró que para quienes a la fecha de vigencia de la ley 100 de 1993, no tenían consolidada su situación jurídica, el régimen aplicable es el contenido en las leyes 33 de 1985 y 71 de 1988. Lo mismo para los jubilados que hubieren definido su situación jurídica en departamentos y municipios en donde no se expidieron disposiciones sobre esta materia.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 2 de julio de 2008 Rad. 31.410, Magistrada Ponente Doctora Isaura Vargas Díaz, expuso que de tiempo atrás ha dejado claro la



Corte que la ley 33 de 1985 sí modificó los regímenes pensionales subsistentes a nivel territorial, a excepción de los empleados oficiales – hoy servidores públicos- “que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente , ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones” tal como lo expresa el inciso segundo del artículo 1º de la citada ley. Cita lo expuesto en sentencia del 18 de mayo de 2003 Rad. 18232.

1.3.3 Con respecto al IBL, hay que tener en cuenta que los servidores del sector oficial no estaban vinculados a ninguna caja o fondo, por lo tanto no se puede partir del IBC, para efectos de establecer el IBL se tomará el promedio de lo devengado en el último año.³³

2. REGIMEN DEL I.S.S

	Edad	Semanas	Monto
Acuerdo 049 de 1990, Aprobado por el Decreto 758 de 1990	55 años mujeres 60 años hombres	500 dentro de los veinte años anteriores a la edad. O 1000 en cualquier tiempo	45% básicos, con aumentos del 3% por cada 50 semanas comenzando a las 500, con un tope máximo de 90% del salario base, no inferior al salario mínimo, ni superior a 15 salarios.

2.1. El Art. 21 del Acuerdo 049 de 1990 consagraba unos incrementos a las pensiones de invalidez por riesgo común y vejez, así: del 7% por cada uno de los hijos menores de 16 años o de 18 años si son estudiantes o hijos inválidos no pensionados, que dependan económicamente del pensionado.

Y del 14% por cónyuge o compañera permanente del beneficiario que dependa económicamente de este y no disfrute de una pensión.

2.1.1 La aplicación de estos incrementos para los beneficiarios del régimen de transición, ha generado controversia. Los que no están de acuerdo con dichos incrementos, argumentan que el régimen de transición sólo se refiere a la edad, tiempo de servicio o semanas cotizadas y monto y que el IBL está definido en el Art. 36 de la Ley 100 de 1993, y al tenor de lo dispuesto en el Art. 22 del acuerdo del I.S.S., que define la naturaleza, estos incrementos no forman parte integrante de la pensión de invalidez o vejez que reconoce el I.S.S.

³³ Álvaro Quintero Sepúlveda, en su obra Régimen de Transición de los empleados públicos, sobre este tema, cita: el concepto No. 1718 del 9 de marzo de 2006, el concepto No. 1576 de octubre de 2004 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo del Estado y la sentencia Rad. No. 48045-01 de 2002 de la sección segunda.



2.1.2 De otra parte hay que tener en cuenta que, al tenor de lo dispuesto en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la edad, el tiempo de servicio o el número de semana cotizados o el monto de la pensión de vejez, de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema, tengan 35 años de edad si es mujer o 40 años de edad si es hombre o 15 años de servicio cotizados serán los establecidos en el régimen anterior al cual se encuentran afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

El ingreso Base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas, que les faltare menos de 10 años, para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si fuere superior.

2.1.3. Lo anterior permite establecer que lo dispuesto en el Art. 36 no sirve de base para concluir que definitivamente la Ley 100 acabó con estos incrementos, porque no hacen parte del Ingreso Base de Liquidación, tampoco para definirlos como parte integrante del monto de la pensión. Son prerrogativas consagradas en la normatividad que regía en el ISS antes de la Ley 100 de 1993 y que se aplica a quienes cobijan el régimen de transición.

2.1.4 La Corte Suprema de Justicia, tal como lo consagró en la sentencia del 5 de diciembre de 2007 con ponencia del Dr. Luis Javier Osorio López, radicación 29741, en la que citó lo expuesto por dicha Corporación el 27 de julio de 2005, radicación 21517, consideró: que los incrementos por personas a cargo previsto en el Art. 21 del Acuerdo 049 aprobado por el Decreto 758 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. Y agrega, que este es el criterio que actualmente impera.

2.2 Otro punto de discusión sobre estos incrementos es el de si opera la prescripción del Derecho o las mesadas pensionales.

Con respecto al fenómeno de la prescripción de estos incrementos, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 12 de diciembre de 2007, radicación 27923, MP, Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, consideró que si el artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990 prevé que los incrementos por persona a cargo "no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales" es lógico que no pueden participar de los atributos y ventajas que el legislador ha señalado para éstas, entre ellas el de la imprescriptibilidad del estado jurídico del pensionado.

Que no puede negarse que los incrementos nacen del reconocimiento de la pensión de vejez, pero ello no quiere decir que formen parte integrante de la prestación, ni mucho menos del estado jurídico del pensionado, no sólo por la expresa disposición normativa, como ya se apuntó, sino porque se trata de una prerrogativa cuyo surgimiento no es automático frente a



dicho estado, pues está condicionado al cumplimiento de unos requisitos, que pueden presentarse o no.

Y lo expuesto en la norma, respecto a que el derecho a los incrementos “subsiste mientras perduren las causas que le dieron origen” apoyan la prescriptibilidad, por cuanto implícitamente parte de la hipótesis de que se trata de un derecho que no es vitalicio en tanto su persistencia requiere que se sigan dando las causas que le dieron origen, de modo que aunque, parezca redundante, la desaparición de estas provoca su extinción.

Por lo que a juicio de esta Sala estos incrementos prescriben si no se reclaman dentro de los 3 años siguientes a su exigibilidad, debiendo entenderse que son exigibles desde el momento en que se produjo el reconocimiento de la pensión de vejez o de invalidez.

2.3 En este régimen del I.S.S, hay que tener en cuenta que la Ley 90 de 1946 incluyó como afiliados al ISS a las personas vinculadas por contrato de trabajo, en consecuencia los trabajadores oficiales podían afiliarse a dicha entidad.

Como lo expuso la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 28 de abril de 1999, el acuerdo 224 de 1966 incluyó como personas sujetas al seguro obligatorio para los riegos de I. V. M. a los trabajadores que prestan sus servicios a entidades de derecho público, semioficiales y descentralizadas. Lo que reiteró el Art. 2 del Decreto 433 de 1971, que refirió como sujetos del Seguro Social Obligatorio, entre otros trabajadores oficiales a los que prestan servicios en los Establecimientos Públicos, Empresas Industriales y Comerciales del Estado y Sociedades de Economía Mixta de carácter nacional, departamental o municipal. Y aunque el Decreto ley 1650 en su artículo 6, no incluyó dentro de los afiliados forzosos al I.S.S a los servidores públicos, tampoco excluyó a las entidades que en virtud del Decreto 433 de 1971 adquirieron su registro patronal. Y el artículo 28- 2b del acuerdo 044 de 1989 del I.S.S, dispuso que también serían afiliados facultativos del I.S.S. los servidores de las entidades del Estado que al 18 de julio de 1977 – fecha de entrada en vigencia del Decreto 1650 de 1977- se encontraban registradas como patronos en el I.S.S.³⁴

³⁴ Sobre este punto hace referencia la sentencia de fecha 11 de septiembre de 2007, radicación No 29991, citada en el numeral 7.4 de este capítulo.



3 JUBILACIÓN POR APORTES.-

Hasta la expedición de la Ley 71 de 1988, las pensiones se regían por la normatividad exclusivamente del sector oficial o privado, según se tratara de servidores oficiales o privados. La ley 71 permitió, a quien no tiene los requisitos en uno de estos dos sectores, acumular lo aportado en el sector oficial y en el I.S.S.

	Requisitos	Monto
ley 71 de 1988 Pensión por aportes	<p>EDAD</p> <p>- M- 55 AÑOS - H -60Años</p> <p>TIEMPO DE SERVICIO</p> <p>20 años sumados el sector oficial y las cotizaciones al I.S.S.</p>	<p>75%. Máximo 15 SMV</p>

Hay que tener en cuenta que lo que consagró la ley 71 de 1988, fue la posibilidad de acumular los aportes del sector oficial y del sector privado para efectos de completar el requisito del tiempo de servicio para obtener el derecho a la pensión de jubilación. Sin perjuicio de poder optar únicamente por el régimen oficial o privado, cuando se reúnan la totalidad de los requisitos de uno u otro régimen.

4 CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

En el C.S. del T. la pensión de jubilación se consagró como una de las prestaciones especiales, a las que en los términos del Art. 260, están obligados los empleadores con empresas de capital igual o superior a \$800.000, a pagar a los trabajadores que cumplan con los siguientes requisitos:

Edad: M. 50 años

H. 55 años.

Tiempo de servicio 20 años

Monto: 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio.

En este punto hay que citar lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia del 2 de octubre de 2007, Rad. 29217 M.P. Eduardo López Villegas. En la que consideró que en el caso de los patronos obligados a afiliar a sus trabajadores al I.S.S, la disposición a aplicar para resolver el derecho a la pensión, no es el C.S. Del T.

Pues según el artículo 259 del Código Sustantivo del Trabajo, las pensiones de jubilación, el



auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio dejarán de estar a cargo de los patronos cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto.

"El Reglamento general del Seguro Social obligatorio de invalidez, vejez y muerte, fue expedido por medio del Acuerdo 224 del Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, aprobado por el Decreto 3041 de 1966. Como la pensión de jubilación, obligación patronal, corresponde al riesgo de vejez, que ya fue asumido por el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, la pensión de jubilación dejó de ser desde entonces obligación patronal en relación con los trabajadores afiliados al Instituto, de acuerdo con la ley y el reglamento.

Y cita lo expuesto en sentencia de enero 27 de 2000, radicación No. 12336, en la que expresó:

"(...) O sea, que una de las consecuencias que le acarrea al empleador la falta de afiliación de uno o varios de sus empleados es que deberá reconocer él directamente la prestación, pero no las consagradas en el C. S. del T., como pretende el impugnante, sino aquellas que el ISS le hubiera reconocido, esto es, pensión de vejez al cumplir 60 años de edad, que es lo que exactamente expresa esa disposición (...)".

5. JURISPRUDENCIA

**5. 1 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,
SALA DE CASACIÓN LABORAL**
Sentencia del 29 de septiembre de 2005
Magistrado Ponente: Dr. Eduardo López Villegas.
Rad. 25.759

La obligación pensional a favor del demandante, mientras el Instituto de Seguros Sociales no asuma el riesgo, en justicia debe quedar a cargo del empleador así este no hubiera estado obligado a cotizar por falta de cobertura en la zona geográfica en la que se ejecuta el contrato de trabajo.

Expuso la corte:

"Esta Corporación, referente al régimen de transición de las pensiones de jubilación, ha dejado sentado que "para efectos de su aplicación necesariamente ha de determinarse, en principio, en qué fecha se inició en la respectiva región del país la obligación de asegurarse al I.S.S., para así poder establecer la antigüedad del trabajador hasta entonces, y entrar a ubicarlo dentro del contingente de asalariados que lleven 20, 10 o menos de 10 años de servicio en aras de precisar bajo que situación se encontraba cobijado y quien asume la carga pensional reclamada, ya que de ello dependerá si la pensión aludida está a cargo exclusivo del empleador; es compartida entre éste y el Instituto de Seguros Sociales, es concurrente con la pensión de vejez, o corre por



cuenta única y exclusiva de la entidad de seguridad social" (Sentencia del 22 de septiembre de 1998 radicado 10.805).

De suerte que, el grado de responsabilidad del empleador en este aspecto, así como la determinación del régimen aplicable depende de la zona geográfica en la que se ejecuta el contrato de trabajo, pues al no existir cobertura en una región por no haberse llamado a inscripción y consecuencialmente obligación de afiliar a los trabajadores, no sería dable hablar de incumplimiento u omisión del patrono".

"Empero en el asunto bajo examen, nos encontramos frente a un caso especialísimo no regulado en los acuerdos o reglamentos del Instituto de Seguros Sociales sobre el régimen de la pensión de vejez a cargo de esa entidad, puesto que de los **25 años** de servicios continuos e ininterrumpidos que el demandante le prestó al banco demandado, solamente cotizó entre el **2 de febrero de 1970 y 16 de octubre de 1974**, esto es, es algo más de **4 años**, y luego a partir del 1º de enero de 1982 con intervalos de tiempo y solamente en algunos ciclos habidos hasta cuando se produjo su retiro que lo fue el 19 de noviembre de 1988 (...)

"En los términos anotados, no resulta lógico, razonado, ni justo entender que un trabajador con 25 años de servicios a un mismo patrono, no tenga derecho a su pensión, por el hecho de no encuadrar su situación en alguna de las alternativas que le permitan que la demandada o la entidad de seguridad social asuman el riesgo de vejez, con el argumento de que por el tiempo de servicios que tenía al momento de la afiliación al Seguro Social (menos de 10 años), sumado a la falta de cobertura en el último lugar donde laboró, se entraría a exonerar de responsabilidad a su empleador; y a su turno, por no tener las semanas de cotización suficientes, el ISS no estaría en la obligación de reconocer esa carga prestacional; dejando al empleado en una posición de inequidad, al tener que sufrir injustificadamente unas consecuencias frente a las que no tiene culpa alguna.

(...)

La verdad es que, ese traslado del lugar de trabajo, a uno donde no hay cobertura, de una persona que venía gozando de afiliación, sin que se entrara a garantizar el derecho a la seguridad social protegido legal y constitucionalmente (artículos 48 y 53 de la Constitución Política), así se aduzca la no responsabilidad del empleador arguyendo no estar obligado a cotizar por falta de cobertura, no tiene la identidad suficiente que conlleve a evitar que el trabajador afectado pueda reclamar la pensión a su patrono, que cuando se presenta controversia como en el asunto de marras sea el operador judicial quien defina el derecho según lo acontecido".

(...) y por tanto la obligación pensional a favor del demandante, mientras el Instituto de Seguros Sociales no asuma el riesgo, en justicia debe quedar a cargo del empleador llamado al proceso."



5. .2 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION LABORAL

Septiembre 11 de dos mil siete (2007)

Magistradas ponentes: ISAURA VARGAS DIAZ
ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERON

Radicación No. 29991

-Cuando se opera el cambio de naturaleza de la entidad estatal, el trabajador que ha cumplido o cumplió los requisitos establecidos en la ley para acceder a la pensión de jubilación no pierde su prerrogativa por el hecho de la posterior privatización.
- Afiliación de trabajadores al I.S.S entre 1976 y 1994.
- Derecho a la pensión plena de jubilación de trabajadores oficiales.

Expuso la Corte

"(...)

Al respecto, cabe recordar que la Corte en múltiples sentencias, entre otras, las de 6 de julio de 2000 (Radicación 13.336) y 18 de julio de 2001 (Radicación 15.460), que remiten en sus comentarios a las de 10 de noviembre 1998 (Radicación 10.876) y 15 de agosto de 2000 (Radicación 14.306), afirmó que el trabajador que ha cumplido o cumplió los requisitos establecidos en la ley para acceder a la pensión de jubilación no pierde su prerrogativa por el hecho de la posterior privatización de la entidad empleadora.

A lo expresado en los citados fallos se suma la consideración de que carece de incidencia alguna, en casos como el presente, el hecho de la privatización posterior de la entidad estatal a la consolidación del tiempo laborado como exigencia para la pensión, pues, concluirse cosa distinta, no solo desconoce la verdadera noción del derecho, como lo propone el recurrente, sino que permitiría afligir al trabajador por el mero hecho de cambiar su ex empleador la calidad de persona jurídica.

(...)

En la sentencia atrás citada dijo la Corte:

(...)

“En este orden de ideas, y deducida la calidad de trabajador oficial del demandante en la fecha en que terminó el contrato, se imponía, en aplicación del artículo 1º de la ley 33 de 1985, concluir que su jubilación era a los 55 años por encontrarse dentro del supuesto de que trata la norma referenciada, esto es, por haber servido durante más de 20 años en vigencia de dicha ley, ya que la misma en su inciso primero dispone (...)

“Pero más aún, al demandante también lo cobijaba el inciso primero del parágrafo 2º del artículo antes citado que dice: ‘para los empleados oficiales que a la fecha de la



presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley'. Por lo tanto, como el actor para el 29 de enero de 1985, que es la fecha de la ley 33, llevaba más de los 15 años de servicio porque empezó a trabajar el 3 de diciembre de 1962, lo cobijaba el artículo 27 del decreto 3135 de 1968 que le otorgaba el derecho a la pensión de 'jubilación o vejez' con 20 años de servicios continuos o discontinuos y al llegar a la edad de 55 años, al igual que el artículo 1º del decreto 1848 de 1969 que consagra idénticos requisitos para tener derecho a la pensión de jubilación, y el artículo 75 de tal normatividad que por regular puntos relacionados a la edad le son aplicables; precepto este último que dispone:

(...)

Tampoco el *ad quem* se equivocó al concluir que la afiliación de los demandantes al I.S.S., no significaba que dicha entidad hubiera subrogado al demandado en la obligación de solucionar las prestaciones solicitadas. Tal conclusión, por cuanto la Corte, reiteradamente, en casos seguidos contra éste como el que el Tribunal citó, ha sostenido su obligación de asumir el pago de la pensión de jubilación de sus trabajadores, con independencia de haberlos afiliado al Instituto de Seguros Sociales, por no constituir dicha entidad una de las llamadas antaño '*Cajas de Previsión Social*', en los siguientes términos:

"(...) la Sala habrá de remitirse a lo que expuso en sentencia de julio 29 del año en curso, radicación número 10803, en el que se analiza un caso como el que es objeto de estudio, ya que se refiere a un trabajador oficial, afiliado y cotizante al Instituto de Seguros Sociales, pero no aportante para efectos de dicha prestación a ninguna Caja de Previsión Social. Al respecto se dijo:

""(...) Independientemente de la suerte fallida del conjunto de la acusación, estima la Corte pertinente, en desarrollo de su objetivo legal de uniformar la jurisprudencia, precisar por vía de doctrina el tema de fondo planteado en el recurso de casación y corregir algunos planteamientos jurídicos del Tribunal.

"I. Pertinencia de la afiliación de trabajadores oficiales al I.S.S. entre 1976 y 1994.

"Al menos en el lapso de interés para este proceso (1976 a 1994), no pretendió el legislador la afiliación exclusiva de trabajadores oficiales al servicio de entidades del orden nacional a determinada caja de previsión oficial o institución de seguros sociales. Tanto las normas que gobiernan la organización, funcionamiento y régimen jurídico de la Caja Nacional de Previsión Social, como las atinentes al Instituto de Seguros Sociales correspondientes a dicho período, admitieron la posibilidad la afiliación de esta clase de empleados oficiales, dentro de determinadas condiciones, al Instituto de Seguros Sociales.



“Antes de 1976, el Decreto Extraordinario 433 de 1971, que reorganizó el Instituto de Seguros Sociales determinó como sujetos a los seguros sociales obligatorios a los trabajadores nacionales y extranjeros que en virtud de un contrato de trabajo o de aprendizaje, ‘presten sus servicios a patronos de carácter particular, siempre que no sean expresamente excluidos por la Ley’, y también a los ‘trabajadores que presten sus servicios a la Nación ... en la construcción y conservación de las obras públicas y todos los trabajadores de los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, de carácter nacional ... que para los efectos del seguro social obligatorio estarán asimilados a trabajadores particulares’. Por manera que este ordenamiento genérico del I.S.S. contenía una previsión expresa que posibilitaba la afiliación de trabajadores oficiales a dicha entidad.

“La situación descrita intentó ser modificada parcialmente, con una redacción poco afortunada, por el Decreto 1650 de 1976, que determinó el régimen y administración del Instituto de Seguros Sociales. En efecto, en el artículo primero dispuso que los seguros sociales obligatorios del ramo de defensa y, en general, de servidores públicos - en esa época empleados públicos - se rigen por disposiciones especiales. El mismo Decreto incluyó como afiliados forzados al I.S.S a los trabajadores particulares, a los funcionarios de seguridad social y a los pensionados por el régimen de seguros sociales obligatorios (art.6º) y como ‘otros afiliados’, facultativos, a ‘otros sectores de población, tales como los pequeños patronos y los trabajadores independientes o autónomos’ (art. 7º). Como se ve estas dos disposiciones no se refirieron expresamente a los trabajadores oficiales. Empero, ello no significa en manera alguna que a partir de la vigencia del Decreto 1650, las vinculaciones al I.S.S. de trabajadores oficiales hayan quedado huérfanas de respaldo normativo, por cuanto el artículo 133 ibídem preservó la aplicación del régimen de seguros sociales obligatorios a todos los trabajadores que al momento de su vigencia estuvieren afiliados a la mencionada entidad, preceptiva que el artículo 134 del mismo estatuto reiteró de manera explícita respecto de los ‘Servidores del Estado’ que en esa época estuviesen afiliados al ‘Instituto Colombiano de Seguros Sociales ...’.

(...)

“Lo que en manera alguna estaba prohibido por la regulación de 1977, era que después del 17 de julio de dicho año, fecha de vigencia del Decreto 1950, el seguro social continuase aceptando inscripciones de nuevos contingentes de trabajadores oficiales provenientes de empleadores estatales no registrados en el I.S.S hasta ese momento, porque no existía ninguna base jurídica que lo permitiera.

“Los criterios aquí expuestos fueron ulteriormente plasmados en forma normativa en los artículos 28 y 57 del Acuerdo 044 de 1989 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios y aprobado por Decreto 3063 del mismo año. Relacionó el primero,



dentro de los afiliados facultativos al I.S.S. a 'los demás servidores del Instituto de Seguros FVSociales y los empleados de entidades oficiales del orden estatal que al 18 de julio de 1977 se encontraban registradas como patronos ante el I.S.S.'; y ordenó el segundo la exclusión total del régimen de seguros sociales obligatorios, entre otros, a los 'empleados oficiales y los funcionarios de la defensa nacional, con excepción de los inscritos por entidades registradas antes del 18 de julio de 1977, de conformidad con el artículo 134 del Decreto-Ley 1650 de 1977'.

"Idéntica solución adoptó, en obedecimiento del Decreto últimamente invocado, el artículo 1º del Acuerdo 049 de 1990, que encasilló dentro de los afiliados facultativos al seguro de invalidez, vejez y muerte, entre otros, a 'los servidores de entidades oficiales del orden estatal (sic) que el 17 de julio de 1977 se encontraban registrados como patronos ante el I.S.S.'

"Derecho a pensión plena de jubilación de trabajadores oficiales.

"Dada la situación caótica de diversidad de regímenes en el sector público y de entes encargados del pago de pensiones, tuvo el legislador de 1985, entre otros propósitos, los de unificar en principio la normatividad entonces vigente, acercarla a los postulados de un sistema contributivo, abolir las diferencias por sexo y canalizar en lo posible el reconocimiento y pago de dicha prestación a través de la Caja Nacional de Previsión Social o de las otras cajas de previsión del sector oficial existentes.

"A partir de su vigencia, la Ley 33 de 1985 instituyó el derecho a la pensión plena de jubilación en favor de los trabajadores oficiales, que hubieren servido veinte años continuos o discontinuos al Estado y llegaren a la edad de cincuenta y cinco años, equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes del último año de servicios.

"Empero, en cuanto a los requisitos para devengar la pensión, dejó a salvo los preexistentes de quienes trabajaren en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción, de los que legalmente disfrutaren de un régimen legal de pensiones, de quienes a la fecha de la vigencia de la Ley hubieren cumplido quince o más años de servicio y de quienes con veinte años de servicios estatales estuviesen retirados del servicio oficial, preservándoles a todos el imperio de las disposiciones sobre edad de jubilación anteriormente vigentes.

"De modo que como se advirtió al principio de las consideraciones de la Corte, en casos como el que ocupa ahora la atención de la Corporación, de un trabajador oficial, afiliado y cotizante del Instituto de Seguros Sociales, pero no aportante para efectos de la prestación en comento de ninguna 'caja de previsión social', retirado del servicio oficial en 1991, es el artículo primero de la Ley 33 de 1985 la disposición legal sustancial que regula el derecho pretendido.



“III. Entidad obligada al pago de la pensión de jubilación.

“Desde 1948, en desarrollo de la previsión contenida en el artículo 21 de la Ley 72 de 1947, asignó a la Caja Nacional de Previsión Social las obligaciones de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de empleados del Estado del orden nacional, ‘a la cual estén afiliados, en el momento de retirarse del servicio oficial, si es el caso’. Pero igualmente previó que el empleado no estuviere adscrito a una caja o Institución de Previsión Social, evento en el cual correspondería la cancelación de tales obligaciones a la entidad oficial que fungía como patrono.

“Dando un gran salto histórico, similar regulación se halla en el artículo 75 del Decreto 1848 de 1969, al ordenar que para los trabajadores afiliados a una caja o entidad de previsión se pagará por la respectiva entidad de previsión social a la cual estuvo afiliado al momento de cumplir ‘el tiempo de servicios requerido por la Ley, si para entonces se hubiere retirado del servicio oficial sin tener la edad requerida para tal fin o por la entidad de previsión a que esté afiliado al tiempo de retiro, si entonces cumple los requisitos de tiempo de servicios y edad señalados para el goce de la pensión’. Previo así mismo el numeral segundo ibídem que si no estuviere afiliado a ninguna entidad ‘de previsión social al tiempo de retirarse del servicio oficial, el reconocimiento y pago se hará directamente por la última entidad o empresa empleadora’.

“Aunque, como se observó antes, las diversas disposiciones comentadas, y especialmente la Ley 33 de 1985, trataron de sentar el principio básico de encauzar el pago de este beneficio a través de entidades especializadas en ese servicio público, todas ellas previeron la posibilidad que ese derrotero no se cumpliera por algunas de las entidades públicas, evento en el cual debían ellas asumir directamente la obligación jubilatoria.

“Para los efectos de la Ley en comento y de casos como el ahora examinado por la Sala, saber si el I.S.S. puede o no reputarse ‘caja o entidad de previsión’ debe necesariamente acudirse a las voces del artículo 13 de la Ley 33 de 1985 que precisa qué se entiende por entidades de esa clase, para los efectos de su aplicación, así:

“Para efectos de esta Ley, se entiende por cajas de previsión las entidades del orden nacional (...) que, por Ley, reglamento o estatutos tengan, entre otras, la función de pagar pensiones a empleados oficiales de cualesquiera de dichos órdenes’.
(...)

“Ya se anotó que el conjunto normativo aplicable al I.S.S., permite colegir que dicho Instituto, creado por la Ley 90 de 1946, está facultado para afiliar empleados oficiales (Decreto 433 de 1971, Decreto 1650 de 1977, Acuerdo 044 de 1989 y Acuerdo 049 de 1990),



en los casos específicos mencionados con antelación. Mas, para los efectos del artículo 1º de la Ley últimamente invocada, si bien un trabajador oficial de una empresa, como la aquí demandada, pudo haber estado inscrito en el seguro social, no debe entenderse afiliado a una caja de 'previsión social', con la connotación específica que esta expresión tiene en la seguridad social y en la Ley 33 de 1985.

“Adicionalmente, mal podría el Instituto de Seguros Sociales, como lo entendió equivocadamente el Tribunal, pagar pensiones a trabajadores oficiales a una edad distinta a la contemplada en sus propios reglamentos (art. 8º Decreto 1650 de 1977). Sólo a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, es ello posible respecto de quienes estén amparados por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la misma.

“En consecuencia, es equivocada la hermenéutica y conclusión del ad quem, pues en casos de trabajadores oficiales amparados por la Ley 33 de 1985, afiliados al I.S.S., pero no a una caja o entidad de previsión social, la pensión legal de jubilación contemplada en el artículo 1º de esta Ley, debe ser reconocida y pagada en principio por la última entidad empleadora, como lo dispone el artículo 75 del Decreto 1848 de 1969; pero como tanto el trabajador como el Estado efectuaron los aportes respectivos al I.S.S., para el seguro de invalidez, vejez y muerte, una vez reunidos los requisitos de edad y cotizaciones estatuidos en los reglamentos del Instituto, debe este organismo otorgar la correspondiente pensión de vejez, y desde ese momento en adelante estará a cargo del empleador oficial sólo el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión de jubilación primigenia, con sus reajustes, y el monto de la prestación pagada por el seguro social”.
(...)

Los dos aspectos aquí tratados, fueron así estudiados por la Corte en sentencia de 18 de mayo de 2006 (Radicación 28.088), en la cual reiteró lo siguiente:

(...)

“...La Corte en sentencias reiteradas, en las cuales coincide como parte demandada la entidad bancaria, entre otras, las de 23 de Mayo de 2002 (Rad. 17.388), 11 de Diciembre de 2002 (Rad. 18.963) y 18 de Febrero de 2003 (Rad. 19440), ha considerado (...).

“Y ese régimen anterior, para el aquí demandante, no es otro que el regulado por la ley 33 de 1985, o sea, como lo concluyó el juzgador, que éste tiene derecho a la pensión de jubilación desde el momento que cumplió 55 años de edad y 20 de servicios, la que debe ser cubierta por la entidad empleadora y demandada, ya que, en primer lugar, la ley 100 de 1993 le otorgó ese derecho y, en segundo término, la afiliación a los Seguros Sociales en tratándose de trabajadores oficiales antes de la vigencia de la aludida ley, no tenía la virtualidad de subrogar totalmente al



empleador en ese riesgo....". Al respecto la Corte desde la sentencia del 10 de agosto de 2000, radicación 14163, sostiene:

"(...) en vigencia de la normatividad precedente a la ley 100 de 1993, la cual rige para el asunto bajo examen, tratándose de trabajadores oficiales no son aplicables las mismas reglas dirigidas a los particulares, a propósito de la asunción del riesgo de vejez por el ISS, pues si bien los reglamentos del Instituto autorizaban la afiliación de servidores públicos vinculados por contrato de trabajo, no se previó en el estatuto pensional de éstos (Ver por ejemplo los Decretos 3135 de 1985) que el sistema del Seguro reemplazara absolutamente su régimen jubilatorio, como si aconteció para los particulares en el artículo 259 del C.S.T, y no se contempló por consiguiente una transición del uno al otro, de forma que este régimen jubilatorio subsistió a pesar de la afiliación de los empleados al ISS y, forzosamente, en estos términos, la coexistencia de sistemas debe armonizarse con arreglo a los principios de la Seguridad Social. Por consiguiente, bajo los parámetros que propone el propio recurrente, emerge legalmente viable la pensión en la forma en que fue reconocida por el Tribunal, esto es, a cargo de la entidad obligada, pero con la posibilidad para ésta de ser relevada en todo o en parte al iniciarse el pago por el ISS de la pensión de vejez (...)".

5. 3 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Sentencia del 3 de abril de 2008.

M. P. Drs.: GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA Y EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS

Radicación No 30635

Si un servidor público laboró por más de 20 años, y cotizó a la Caja Nacional de Previsión Social y al Instituto de Seguros Sociales, su pensión no se regula por el régimen de jubilación por aportes. La entidad oficial debe pagar la pensión de jubilación hasta que el Instituto de los Seguros Sociales le reconozca la pensión de vejez.

Consideró la Corte:

"Dado el sendero directo utilizado por la censura, se tiene por acreditado –como lo hizo el ad quem- que el demandante prestó sus servicios personales a entidades oficiales, "ostentando la calidad de servidor público, en la categoría de trabajador oficial, como la misma demandada lo certifica, afiliado inicialmente a CAJANAL, durante más de 13 años y posteriormente al ISS durante más de 15 años". Tampoco se puede poner en tela de juicio que el actor era beneficiario del régimen de transición.

Esos cimientos fácticos conducen a concluir que el régimen pensional que cobija al promotor de la litis es el previsto en la Ley 33 de 1985, a cuya luz el trabajador oficial o el empleado público consolidan el derecho a la pensión de jubilación, a cargo del empleador oficial o de la entidad de previsión social a la



que se haya delegado su pago, al completar veinte (20) años de servicios y cumplir cincuenta y cinco (55) años de edad.

De manera que el Tribunal se equivocó al concluir que el régimen aplicable al demandante era el de la pensión de jubilación por aportes, en cuanto que cotizó a la Caja Nacional de Previsión Social y al Instituto de Seguros Sociales.

Olividó el juez de la segunda instancia que el actor residenció en su cabeza el derecho a la pensión de jubilación, que le debe ser solucionada por la entidad demandada, en razón de que trabajó en el sector oficial más de veinte (20) años y llegó a los cincuenta y cinco (55) años de edad.

Resulta conveniente recordar que, a los efectos de la configuración del derecho a la pensión de jubilación, la legislación colombiana ha permitido la acumulación del tiempo de servicios prestado, continua o discontinuamente, en distintas entidades oficiales. Así lo estableció el artículo 29 de la Ley 6 de 1945³⁵, lo mantuvo el artículo 1º de la Ley 24 de 1947³⁶ (que modificó el anterior texto legal) y lo reiteró el artículo 72 del Decreto 1848 de 1969³⁷. (...)

En sede de instancia, de manera adicional a los razonamientos expresados en sede de casación, se tiene que el demandante trabajó al servicio de entidades oficiales por más de veinte (20) años, de manera que tiene derecho a que la entidad demandada le pague la pensión de jubilación a partir del cumplimiento de los cincuenta y cinco años (55) años de edad, esto es, desde el 13 de agosto de 2000, hasta cuando el Instituto de los Seguros Sociales reconozca la pensión de vejez, en cuyo caso, sólo estará obligada a pagar el mayor valor, si lo hubiere, entre la una y la otra.

(...)"

5.4 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,

SALA LABORAL

Sentencia del 30 de noviembre de 2005.

M.P. Dra. Isaura Vargas Díaz

Radicación No. 25433

³⁵ Artículo 29 de la Ley 6^a de 1945: "Los servicios prestados sucesiva o alternativamente a distintas entidades de derecho público, se acumularán para el cómputo del tiempo en relación con la jubilación".

³⁶ Artículo 1º de la Ley 24 de 1947; "El artículo 29 de la Ley 6^a de 1945 quedará así: "Los servicios prestados sucesiva o alternativamente a distintas entidades de derecho público, se acumularán para el cómputo del tiempo, en relación con la jubilación".

³⁷ Artículo 72 del Decreto 1848 de 1969: "Acumulación del tiempo de servicios. Los servicios prestados sucesiva o alternativamente a distintas entidades de Derecho Público, Establecimientos Públicos, empresas oficiales y sociedades de economía mixta, se acumularán para la pensión de jubilación".



Cuando concurren varias entidades al pago de la pensión, su pago corresponde al último empleador o a la última entidad de seguridad social a la que se encontraba afiliado el que reclama el derecho a la pensión.

Expuso la Corte:

"(...)la nueva orientación jurisprudencial de la Corte plasmada con posterioridad a la sentencia citada por el Tribunal, afirma que no debe declararse inhibido el Juez de Alzada por la falta de citación al proceso de las entidades a las cuales prestó sus servicios el solicitante de una pensión de jubilación cuando solo la paga una de ellas y las demás deben concurrir con su cuota parte, por cuanto la normatividad al respecto ha dispuesto el reconocimiento y pago del crédito en cabeza del último empleador o la última entidad de seguridad social a la que se encontraba afiliado, con la posibilidad de que el obligado repita el pago contra los otros en la proporción que les corresponde.

Sostuvo la Sala en la citada sentencia que ha servido de derrotero en posteriores oportunidades lo siguiente:

(...) Conviene agregar que tal como se señaló en salvamento de voto . . . "Las leyes 6^a de 1945 (Art. 29), 24 (Art. 1^o) y 72 (Art. 21) de 1947; 171 de 1961 (Art. 4^o); (...) se ocuparon en su normatividad del evento de que el derecho habiente pensional haya laborado para varios empleadores, o hubiese efectuado aportes a distintas entidades de seguridad social, y disponen que el crédito pensional lo reconozca y pague el último empleador, o la última entidad de seguridad social a que estuviese afiliado, pero a su vez hace posible que el obligado a pagar la pensión reivindique y repita contra unos u otras en la proporción de la obligación que les corresponde.

En efecto, son los preceptos bajo análisis los que incuestionablemente imponen al trabajador con expectativas pensionales para que impetre su reconocimiento y pago directamente a su último empleador, o a la institución de seguridad social a la que se encuentre afiliado al momento de cumplir el tiempo suficiente de servicios, o a la que se encuentre adscrito al momento de su retiro, demostrando ello que desde el mismo derecho de la seguridad social se asume que entre los distintos empleadores y entidades de seguridad social, concernidos con la vida laboral del petente, o con su carácter de afiliado al sistema de seguridad social pensional, no se configura, en el contexto del tema que se estudia, una relación material o jurídica inescindible, en frente de la cual el Juez del Trabajo deba tomar decisiones uniformes y homogéneas, para dichos sujetos, sino que le está señalando al acreedor del rédito a cuál de los miembros de esa pluralidad debe acudir en procura de la efectividad de su derecho social. (...)



Mutatis mutandi, la tesis plasmada en las anteriores sentencias a que se ha hecho cita, resultan apropiadas al caso en estudio y por lo mismo, como se dijo atrás, demuestran el error jurídico del Tribunal al declararse inhibido de fallar por la falta de citación de algunas de las anteriores empleadoras del solicitante, por cuanto la ley ordena su reconocimiento y pago en cabeza del último empleador o la última entidad de seguridad social a la que estuvo afiliado; encontrándose además en este caso establecido, que el demandante citó a sus anteriores empleadores incluyendo a las Empresas Públicas de Armenia que fue su último empleador y las entidades de seguridad social a las cuales estuvo afiliado durante su vinculación a las mismas, como la Caja Nacional de Previsión Social y el Instituto de Seguro Social.

(...)

Al concluir el Juzgado que la última entidad de seguridad social a la que estuvo vinculado el actor fue "el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES" (folio 365, cuaderno del Juzgado), consideró, que era ella la obligada a reconocer "al demandante la pensión de jubilación una vez cumpliera la edad requerida" (ibidem); y así lo declaró en su parte resolutiva, que el Instituto de Seguros Sociales era la entidad obligada al pago de la pensión de jubilación a favor de Rendón Rodas, (...)

En efecto, dados los anteriores antecedentes, con base en las normas dispuestas por el propio Juzgado para resolver el caso, **resulta claro que no es el Instituto de Seguro Social, sino las Empresas Públicas de Armenia la obligada al pago de la prestación pensional solicitada, por cuanto en este caso, el actor no cumplió con los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión por parte de la entidad de seguridad social en relación con la edad y la densidad de semanas cotizadas, sino con los propios de las normas que rigen el derecho a la pensión para los empleados oficiales, es decir, 55 años de edad y 20 años de servicios**, tal y como se asentó en la sentencia 10803 de 29 de julio de 1999. (Resaltado no pertenece al texto)

Pues en caso de empleados oficiales afiliados al Instituto de Seguros Sociales pero amparados por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 33 de 1985, 71 de 1988, es la última entidad empleadora a la cual estuvo vinculado a quien corresponde la obligación pensional, a una edad distinta a la dispuesta en los estatutos del Instituto.

En efecto, resulta equivocada la hermenéutica del Juzgado al disponer que la obligada en este caso es el Instituto de Seguros Sociales, quien no puede pensionar por fuera de los requisitos que le impone la ley.

(...)"



6.- PREGUNTAS:

6.1. ¿En el evento de la pensión por aportes, se puede acumular a lo cotizado en el ISS el tiempo de servicio en una entidad oficial en la que no se efectuaron cotizaciones a entidades de seguridad social?

6.2. ¿Cuándo una persona ha laborado en el sector privado y en el sector oficial, la normatividad a aplicar necesariamente es la Ley 71 de 1988?

6.3. ¿Se puede invocar el régimen de transición en el evento de la pensión sanción?

6.4. ¿Hay lugar a aplicar los incrementos a que se refiere el Art. 21 del acuerdo 049 de 1990, a un trabajador oficial afiliado al I.S.S que pretende una pensión convencional en los términos de la ley 33 de 1985?

7 - CASOS

7.1 Mario Jiménez Laboró para Bandas y Cauchos S. A. a partir del 1 de enero de 1977, durante 22 años, y nunca fue afiliado al I.S.S. ni a ningún fondo de pensiones. El 1 de enero del 2008, solicitó a su empleador el pago de la pensión por cumplir los requisitos de tiempo de servicio y edad que exigía el Art. 260 del C. S. del T. El empleador le niega el derecho por no tener 60 años de edad, como lo contempla el acuerdo 049 de 1990. Mario Jiménez demanda alegando que su derecho se causa a los 55 años de edad y no a los 60 años.

¿Qué decidiría U. como Juez de primera instancia?

7.2 Pedro nació el 2 de enero de 1950. El 1 de septiembre de 1979 lo nombraron como juez, hasta el 30 de septiembre de 1982, durante este lapso estuvo afiliado a Cajanal. El 1 de enero de 1989 se vinculó con una empresa privada y laboró hasta el 31 de diciembre de 1992, lapso durante el cual cotizó al ISS. El 1 de enero de 1996 se vinculó con una empresa privada hasta el 30 de diciembre de 1988, y cotizó al ISS. El 30 de junio del año 2000 se vinculó como juez y continuó cotizando al ISS y laboró hasta el 10 de enero de 2011.

Pedro alega que por estar en el régimen de transición y haber laborado más de 10 años en la rama judicial la pensión se le debe reconocer en virtud del Decreto 546 de 1971. ¿Cuál sería su decisión?

7.2.1 ¿Y qué cambiaría el hecho de que Pedro del 1 de septiembre de 1979 al 30 de septiembre de 1982, hubiera laborado en la empresa privada y del 1 de enero de 1989 al 31 de diciembre de 1992 como juez, afiliado a Cajanal?.



7.2.2 ¿En qué cambiaría, el hecho que en el primer caso la vinculación al ISS fuera por una entidad oficial?. ¿O que hubiera laborado en el sector público por más de 20 años?

7.3 - Ernesto nació en el año de 1952, ingresó a la rama judicial el 1 de enero de 1990, y laboró hasta el 31 de diciembre de 2005. Ingresó nuevamente a la Rama, el 1 de agosto del año 2007.

¿Cuándo Ernesto cumpla 20 años de servicio tendrá derecho a que se le aplique el régimen de transición?

7.4 Pedro Gutiérrez, laboró en la empresa Banana Sport Ltda. del 1 de enero de 1963 hasta el 31 de diciembre de 1985. Fue afiliado al I. S .S. el 1 de enero de 1967. El 1 de enero de 1972 lo trasladaron a un municipio donde el I.S.S no tenía cobertura, hasta el 30 de agosto de 1981 que fue trasladado y afiliado nuevamente al I.S.S. El 30 de junio de 1995 que cumplió los 60 años de edad solicitó al I.S.S. la pensión de vejez, entidad que negó el reconocimiento por no reunir el requisito de semanas cotizadas.

¿Pedro Gutiérrez tendrá derecho a la pensión?

7.5. Catalina Suárez, nació el 15 de octubre de 1946. Laboró en una empresa industrial y comercial del Estado a partir del 1 de enero del año 1973 hasta el 31 de diciembre de 2004. El primero de marzo de 2005 solicitó a la entidad la pensión de jubilación por tener cumplido los requisitos de la Ley 33 de 1985, pensión que le fue negada por no ser la llamada a responder, ya que desde el 29 de noviembre de 1996 se privatizó y siempre cotizó al ISS, por lo que es el ISS quien debe reconocer la pensión de vejez.

¿Considera Usted que le asistió razón a la empresa al negar la pensión de jubilación?



CAPITULO V

PENSIÓN DE INVALIDEZ

1.- El Sistema General de Pensiones cubre el riesgo de invalidez de origen común.

El primer requisito para obtener su reconocimiento, es la declaratoria del estado de invalidez. Y al tenor de lo dispuesto en el artículo 38 de la ley 100 de 1993, se considera inválida la persona, que por cualquier causa de origen no profesional y no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral

En los términos del artículo 52 de la ley 962 de 2005, que modificó el artículo 41 de la ley 100 de 1993, el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral lo determina: en primera oportunidad el I.S.S. las Administradoras de Riesgos Profesionales, ARP, las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte y a las Entidades Promotoras de Salud, EPS.

Si el interesado no está de acuerdo con la calificación, dentro de los 5 días siguientes a la manifestación que hiciere sobre su inconformidad, se acudirá a las juntas regionales de calificación de invalidez y en caso de apelación a la junta Nacional.

Como criterios de calificación, tal como lo señala el art. 7 del Decreto 917 de 1999 se toman:

LA DEFICIENCIA: Que representa la exteriorización de un estado patológico y en principio refleja perturbaciones a nivel del órgano. Rango máximo de puntaje 50%.

LA DISCAPACIDAD: Restricción o ausencia de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano. Rango máximo de puntaje 20%.

LA MINUSVALÍA: toda situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o una discapacidad que lo limita o impide para el desempeño de un rol, que es normal en su caso en función de la edad, sexo, factores sociales, culturales y ocupacionales. Rango máximo de puntaje 30%.

En la calificación reviste gran importancia establecer la fecha de estructuración de la invalidez, que no siempre coincide con la fecha en que ocurre el hecho causante de la misma, porque para algunos eventos es aquella y no éste la que sirve de partida para las prestaciones que otorga el sistema.



2.- Además de la condición de inválido, la persona deberá reunir los requisitos consagrados en el art. 1o de la ley 860 de 2003 que se consignan en el cuadro siguiente, sobre los que hay que anotar que se consagraron varios eventos:

1) Invalidez causada por enfermedad e invalidez causada por accidente de trabajo.

La diferencia entre esos dos supuestos se limita a la fecha para contabilizar las 50 semanas dentro de los últimos tres años, que en el caso de enfermedad será la fecha de estructuración de invalidez y en el de accidente será el hecho causante de la misma

2) Para los menores de 20 años quedó vigente el requisito de 26 semanas que exigía el artículo 39 de la ley 100 de 1993 para el afiliado que había dejado de cotizar, que dichas semanas se deben acreditar en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.

Al comparar la ley anterior y la nueva se observa que parten del mismo denominador común de las semanas cotizadas, pero la ley derogada consagraba dos posibilidades para tener derecho a esta clase de pensión. La primera se originaba para el afiliado que se encontrara cotizando al régimen y hubiere cumplido por lo menos 26 semanas al momento de producirse el estado de invalidez. La segunda posibilidad estaba prevista para el afiliado que hubiera dejado de cotizar al sistema, pero que hubiere realizado aportes durante por lo menos 26 semanas, del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

3) Cuando el afiliado tenga cotizado el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, sólo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos 3 años

	Acuerdo 049	Ley 100 de 1993	Ley 797 de 2003 29 de enero	Ley 860 de 2003 Diciembre 26
REQUISITOS	Art. 6	Art. 39	Art 11, declarado Inexequible mediante la C- 1056 del 11 de noviembre de 2003 <u>Invalidez causada por enfermedad:</u> Que haya cotizado 50 semanas en los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del 25% del tiempo transcurrido entre el	Artículo 39. <u>Invalidez causada por enfermedad:</u> Que haya cotizado cincuenta 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración (1) y su fidelidad de cotización para con el



	cualquier época con anterioridad al estado de invalidez.	nas en el año inmediatamente anterior al estado de invalidez.	momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez. <u>Invalidez causada por accidente</u> que haya cotizado 50 semanas dentro de los 3 años anteriores al hecho causante de la misma Para menores de 20 años, 26 semanas en el ultimo año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria	sistema sea al menos del veinte por ciento 20% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez. (2) Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, y una fidelidad de cotización del veinte por ciento 20% entre los 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez. Menor de 20años de edad, 26 semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos 3 años.
--	--	---	--	--

		A) $500 = 45 \%$ 1.5 % más, por cada 50 semanas con posterioridad a las primeras		
--	--	---	--	--



MONTO		500 semanas, por incapacidad igual o superior al 50 % e inferior al 66 %; b) $800 = 54\%$ 2 % más por cada 50 semanas con posterioridad a las primeras 800 semanas, por incapacidad laboral igual o superior al 66 %.		
I.B.L.		Promedio de los salarios o rentas sobre los cuales el afiliado ha cotizado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizado anualmente con el I.P.C. o durante todo el tiempo si la invalidez se presenta antes de los 10 años.		
MESADAS		14 meses (3)		
REVISIÓN		Cada 3 años a solicitud de la entidad que reconoce la pensión o en cualquier tiempo a solicitud del pensionado.		



NOTAS DE REFERENCIA AL CUADRO ANTERIOR

(1) En los términos del artículo 3º del Decreto 917 de 1999, fecha de estructuración de invalidez, Es la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva.

(2) En la ley 797 en la invalidez causada por accidente, no se exigía el requisito de la fidelidad.

(3) Hay que remitirse a lo dispuesto en acto legislativo 01 de 2005.

3.- En el régimen de ahorro individual, la pensión se rige por las mismas disposiciones contenidas en los artículos que regulan el régimen de prima media con prestación definida: artículo 38 de la ley 100 de 1993, art. 1º de la ley 869 de 2003 que modificó el artículo 39 de la ley 100 de 1993, el artículo 40 de la ley 100 y el artículo 52 de la ley 952 de 2005 que modificó el artículo 41 de la ley 100 de 1993.

3.1 En este régimen el Estado garantiza la pensión mínima en los términos que consagra el art. 35 de la ley 100 de 1993.

3.2 Hay lugar a la devolución de la totalidad del saldo abonado a la cuenta individual cuando el afiliado se invalide sin cumplir los requisitos para acceder a la pensión de invalidez. Sin perjuicio de que puede mantener un saldo en dicha cuenta para continuar cotizando para constituir el capital necesario para acceder a la pensión de vejez.

4- La pensión de invalidez es incompatible con la de vejez, y con otra del sistema de Riesgos Profesionales que se origine en el mismo evento.

5. - JURISPRUDENCIA.

5.1 EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 11 DE LA LEY 797 DE 2003



5.1.1 CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia T- 43 de 1º. de febrero de 2007

M. P. Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

6. Tránsito normativo de las normas sobre requisitos para acceder a la pensión de invalidez en el régimen general de seguridad social

6.1. La pensión de invalidez (...). En cuanto a los requisitos para obtener el reconocimiento y pago de esta prestación, el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 establecía (...)

6.2. Estas previsiones fueron modificadas por el artículo 11 de la Ley 797 del 29 de enero de 2003. De conformidad con esta disposición, el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez el afiliado que hubiese (...)

No obstante, la norma en comento fue declarada inexistente por esta Corporación en la sentencia C-1056 del 11 de noviembre de 2003, debido a vicios de procedimiento en su formación. Para la Corte, el trámite que precedió a la promulgación del artículo 11 de la Ley 797/03 vulneró el principio de consecutividad, en la medida en que sólo fue incluido en la plenaria de la Cámara de Representantes, sin que su texto hubiera sido aprobado por las comisiones conjuntas, convocadas en virtud del mensaje de urgencia con el que contaba el proyecto de ley correspondiente.

6.3. Por último, los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez fueron nuevamente formulados por el artículo 1º de la Ley 860 de 26 de diciembre de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100/93. Esta disposición, vigente en la actualidad, estipula requisitos similares a los contenidos en la Ley 797/03. Sin embargo, (i) disminuye el porcentaje de fidelidad (...)

6.4. El análisis de los contenidos normativos anteriores demuestra algunas particularidades del régimen legal de pensión de invalidez, que en criterio de la Sala se muestran especialmente relevantes para la resolución de los problemas jurídicos anteriormente planteados. En primer lugar, contrario a como sucede en otras modalidades de prestaciones sociales, especialmente la pensión de vejez, para el caso de la pensión de invalidez no existe un régimen de transición a favor de las personas que han cotizado durante la vigencia de las sucesivas modificaciones legales a los requisitos exigibles para el reconocimiento de la prestación. En segundo término, es claro que la intención legislativa presente en estas modificaciones ha sido la imposición de condiciones más exigentes para el acceso a la pensión, en especial frente a la cantidad de cotizaciones y al tiempo de permanencia en la condición de cotizante al sistema general de seguridad social.



Las características anotadas proponen, igualmente, dos debates jurídicos que han sido asumidos por decisiones anteriores de esta Corporación:

El primero, relacionado con los efectos del principio de favorabilidad en materia laboral respecto al régimen legal aplicable a los afiliados que han venido aportando al sistema y resultan afectados por la modificación legislativa, la cual posteriormente es declarada inexistente.

El segundo, relativo a la presunta vulneración de los derechos fundamentales de los afiliados a los que se niega el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez con base en la aplicación de disposiciones que se mostrarían contrarias al principio constitucional de progresividad. Estas controversias serán materia de análisis en los apartados siguientes de la presente decisión.

(...)

7.1. A partir del tránsito normativo al que se hizo referencia anteriormente, se advierte que desde el 1º de abril de 1994, fecha en la que entró en vigor el sistema general de pensiones (Ley 100/93, Art. 51), han estado en vigencia cuatro modalidades de regulación en materia de densidad de cotizaciones para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, a saber:

Desde 1994 hasta el 28 de enero de 2003, estuvieron vigentes las reglas de la redacción "original" del artículo 39 de la Ley 100 de 1993. Luego, la Ley 797/03 modificó los requisitos, regulación que tuvo vigencia hasta el 11 de noviembre de 2003, fecha en la que esta Corporación declaró inexistente el artículo 11 de la mencionada Ley por vicios de procedimiento en su formación. Así, en consideración a lo planteado por la Corte en el sentido que la declaratoria de inexistencia de una norma derogatoria conlleva la reincorporación al ordenamiento de la norma derogada³⁸, el modelo legal del artículo 39 de la Ley 100/93 pervivió desde el 12 de noviembre de 2003 hasta el 29 de diciembre del mismo año, fecha en la que entró en vigencia la Ley 860 de 2003, cuyo artículo 1º modificó el artículo 39 citado.

El artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo establece que las normas laborales, por ser de orden público, producen efecto general e inmediato, por lo que no tiene efecto retroactivo, esto es, no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores. Desde esta perspectiva, al carecerse para el caso de la pensión de invalidez de un régimen de transición, se concluye que, de manera general y salvo las excepciones que se analizarán en apartado posterior de este fallo, la norma aplicable en cada caso es la vigente al momento del acaecimiento de la condición que hace exigible la prestación, es decir, la fecha de estructuración de la discapacidad, declarada por la junta de calificación correspondiente (Ley 100/93. Arts. 42 y 43).

³⁸ Sobre este tópico pueden consultarse las sentencias C-501/01, C-427/02 y C-357/03.



7.2. La pregunta que surge de esta conclusión es: ¿qué sucede en aquellos eventos en que la norma vigente al momento de estructuración de la invalidez era el artículo 11 de la Ley 797 de 2003, norma que es luego declarada inexequible y, en consecuencia, expulsada del ordenamiento jurídico en razón de los efectos de la cosa juzgada constitucional (Art. 243 C.P.)?

Para resolver la controversia planteada debe precisarse, en primera medida, que de conformidad con el artículo 45 de la Ley 270/96 – Estatutaria de Administración de Justicia, las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control tienen efectos hacia futuro, a menos que la Corte resuelva lo contrario. En el caso bajo estudio, se tiene que la sentencia C-1056/03 no estableció ningún efecto particular en cuanto a la vigencia de la decisión, por lo que se aplica la regla general antes expuesta. De esta forma, la pérdida de eficacia del artículo 11 de la Ley 797 de 2003 opera desde el 11 de noviembre de ese año, momento desde el cual es retirada del ordenamiento y, como consecuencia propia de los efectos de la cosa juzgada constitucional, no puede ser reproducida por ninguna autoridad del Estado.

7.3. De otro lado, es necesario advertir que en la hipótesis planteada, la norma aplicable al momento de estructuración de invalidez estaría formalmente excluida del ordenamiento al momento del trámite de la prestación por parte de la administradora de pensiones correspondiente. Esta circunstancia se muestra particularmente problemática, puesto que otorgar validez a la aplicación del precepto declarado inconstitucional contraería el desconocimiento de los efectos de la cosa juzgada constitucional en los términos del artículo 243 Superior. Empero, el efecto general e inmediato que la ley dispone para las normas laborales obligaría, en principio, a aplicar la norma vigente al momento de estructuración de la invalidez. Existe, con base en estos elementos, una duda en cuanto a la determinación de la norma aplicable, fundada en el tránsito antes expuesto y los efectos jurídicos de la sentencia C-1056/03. (...)

7.9. El análisis efectuado permite a la Corte inferir que para el evento analizado, existen argumentos razonables y suficientes que permiten defender la aplicación al caso concreto de los preceptos de la Ley 100/93 u otra norma favorable, en contraposición a los de la Ley 797/03 en lo referente a la determinación de los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez, cuando la estructuración de la discapacidad operó durante la vigencia de este último precepto. Ante la duda comprobada sobre la determinación de la norma aplicable, resulta perentoria la aplicación por parte del juez del principio constitucional de favorabilidad laboral, según el cual debe preferirse la norma que imponga condiciones menos gravosas al trabajador para la consolidación de una situación jurídica particular. En ese sentido, el estudio de los preceptos mencionados demuestra que las reglas del artículo 11 de la Ley 100/93 en su versión "original" muestran las condiciones más favorables de acceso a la prestación, en tanto exige una menor densidad de cotizaciones y omite el requisito de fidelidad mínima al sistema. Finalmente, debe tenerse en cuenta que esta conclusión no es novedosa, pues encuentra sustento en el precedente



constitucional, el que, en casos similares, ha aplicado idéntica razón de decisión ante la confluencia de interpretaciones aplicables al tema en comento.

(...)

Visto lo anterior, es claro que en el presente asunto se está ante una duda en la determinación de una norma aplicable. De esta manera, si bien está suficientemente definido que el precepto vigente al momento de estructurarse la invalidez era el artículo 11 de la Ley 797/03, esta norma no podría ser aplicada al momento de adoptar la decisión sobre el reconocimiento y pago de la prestación económica, pues había sido retirada del ordenamiento como consecuencia de la decisión. Sin embargo, como lo consideraron tanto la entidad demandada como los jueces de instancia, en el asunto propuesto sí era viable aplicar la disposición inconstitucional, habida cuenta el efecto general e inmediato que se predica de las normas laborales. En el fundamento jurídico 7 de esta sentencia se demostró como esta controversia jurídica se ajusta al concepto de duda razonable sobre la determinación de la norma aplicable al reconocimiento de un derecho laboral. Ante esta circunstancia, la doctrina en comento considera que la disposición que debe utilizarse en esta circunstancia es aquella que resulte más favorable al trabajador, conforme lo previsto en el artículo 53 Superior.

(...)

5.1.2 SALA DE CASACIÓN LABORAL,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sentencia de fecha 9 de agosto de 2006

M. P. Dr. GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA.

Rad. 27464.

Las normas legales que fueron modificadas por el artículo 11 de la Ley 797 de 2003 no pueden entenderse revividas en el lapso en que aquel estuvo produciendo la plenitud de sus efectos.

"El tema a dilucidar consiste en determinar cuál es el precepto legal aplicable respecto de la pensión de pensión de invalidez que reclama el demandante, si el que estaba vigente cuando se estructuró su estado de invalidez o el que estaba en vigor cuando la Junta Regional de Calificación de Invalidez la dictaminó, o sea el 28 de junio de 2004".

"Para dar respuesta a los argumentos expuestos por el fondo recurrente, cumple resaltar en primer término que para efectos de la calificación del estado de invalidez que dé derecho a un afiliado al sistema de seguridad social a obtener las prestaciones que éste consagra, la Ley 100 de 1993 y las normas que la reglamentan han establecido un sistema técnico en el que se ha



encargado a organismos especializados -las juntas de calificación del estado de invalidez- la facultad de establecer cuándo una persona puede ser considerada inválida. Y dentro de esas atribuciones se halla la de fijar la fecha en que se ha estructurado la pérdida de la capacidad laboral, esto es, en los términos del artículo 3º del Decreto 917 de 1999, "la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva".

Lo anterior supone que, como regla general, entre la fecha en que se estructura la invalidez de un afiliado y la fecha en que una junta de calificación del estado de invalidez establece a partir de cuándo se presenta esa pérdida de la capacidad laboral, media un período de tiempo, que puede ser más o menos prolongado dependiendo de diferentes factores como la fecha de realización de los exámenes médicos, la demora en el trámite, la interposición de recursos, etc.

Pero como es apenas lógico, el dictamen de la junta especializada simplemente declara la existencia del estado y la fecha a partir de la cual se presenta. Lo anterior significa que tal declaratoria surte efectos en relación con una situación de hecho, la invalidez, surgida con anterioridad. En ese caso, es claro que la declaración sobre la fecha de estructuración de la invalidez retrotrae sus consecuencias hacia el pasado, pues desde luego el derecho a las prestaciones surge desde el momento en que se presenta la invalidez, pero de acuerdo con la normatividad que se halle vigente en ese momento, pues de no ser de ese modo, esto es, de resultar pertinente la utilización de las normas en vigor cuando se produzca el dictamen, y no las vigentes cuando surja la invalidez, sería darles a aquellas un efecto retroactivo del cual carecen.

Tal situación, que surge de la forma como se ha regulado en nuestro medio la determinación del estado de invalidez, da lugar a que sea posible que entre la fecha en que se estructura o consolida un estado de invalidez y el momento en que es declarado, se presente una modificación en los preceptos legales que regulan algunos de los temas relacionados con esa invalidez, circunstancia que, importa anotar, fue la acontecida en el presente asunto.

Pero ello no significa, de otro lado, que las normas que han perdido vigencia por haber sido derogadas o modificadas no puedan producir efectos respecto de una pensión de invalidez, pues lo que interesa de cara a su eficacia para regular lo atinente a esa prestación es que se encontraran vigentes para el momento en que surgió el estado de invalidez del afiliado.

Y lo anterior es así porque como lo ha precisado esta Sala, salvo los casos de excepción de los afiliados que antes de la Ley 100 de 1993 cumplieron la densidad de semanas cotizadas exigidas por la normatividad anterior, que no es la situación del actor, la fecha de estructuración de la invalidez es la que determina la normatividad aplicable para efectos de los requisitos para el otorgamiento de la prestación por ese riesgo, en atención a que la Ley 100 de 1993 no contempló un régimen de transición, como sí lo hizo en el caso de las pensiones de vejez.



Por otra parte, tal como con acierto lo precisa el fondo impugnante, de conformidad con el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control tienen efectos hacia el futuro, a menos que la propia Corte resuelva lo contrario. (...)

Por lo tanto, en este asunto es claro que para la fecha en que se produjo la invalidez del actor, así ella fuera declarada cuando ya no se encontraba vigente, no cabe duda que el artículo 11 de la Ley 797 de 2003 gozaba de presunción de constitucionalidad y, por lo tanto, se hallaba en pleno vigor jurídico y por esa razón gozaba de aptitud para gobernar la situación de invalidez del actor en lo referente a los requisitos para acceder a la prestación correspondiente. Y al admitir esa posibilidad no se trata, entonces, como lo expresó equivocadamente el Tribunal, de aplicar una norma declarada inexequible por la Corte Constitucional, el artículo 11 de la Ley 797 de 2003, sino, por el contrario, de reconocerle los efectos jurídicos que produjo en el lapso en que estuvo vigente, efectos que deben entenderse convalidados precisamente por la propia decisión del tribunal constitucional, que, conforme se ha visto, pudo haber decidido la inconstitucionalidad de la norma con carácter retroactivo desde el momento de su expedición y no lo hizo.

Y si ello es así, es claro que las normas legales que fueron modificadas por el artículo 11 de la Ley 797 de 2003 no pueden entenderse revividas en el lapso en que aquél estuvo produciendo la plenitud de sus efectos, pues lo contrario sería igual a admitir que tanto ese precepto como los que modificó se hallaban vigentes al mismo tiempo, situación que desde luego no es jurídicamente posible. (resaltado fuera del texto)

De lo que viene de decirse se concluye que le asiste razón al recurrente, pues se observa que el Tribunal incurrió en los dislates jurídicos que aquél le reprocha, dado que la consolidación del estado de invalidez del demandante se estructuró el 2 de septiembre de 2003 y, por ende, la normatividad vigente para el reconocimiento de su pensión de invalidez era el artículo 11 de la Ley 797 de 2003, con lo cual dio lugar a la infracción legal denunciada, pues no lo aplicó al caso y, en su lugar, utilizó indebidamente el artículo 39 de la Ley 100 de 1993".
(...)".

5.1.3. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION LABORAL.

Sentencia de fecha 5 de febrero de 2008

M. P. Dr. EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS.

Rad. 29688.

En atención a que la actora con anterioridad a la vigencia de la Ley 797 cumplió con el requisito de las 26



semanas de cotización previsto en la reglamentación original de la Ley 100 de 1993 era ésta la que resultaba aplicable.

"Siguiendo esa línea argumental entendió que la normatividad vigente para el 21 de octubre de 2003, fecha de estructuración de la invalidez en el *sub examine* en lo relacionado con los requisitos para acceder a la prestación por ese motivo, era el artículo 11 de la Ley 797 de 2003.

Sin embargo, dispensó el derecho pensional deprecado a la luz del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, ante la constatación de que la actora no cumplía con el requisito del porcentaje de fidelidad de cotización introducido por el artículo 11 citado, el cual dijo no podía ser exigido en su caso, dado el poco tiempo de vigencia de esta disposición –que fue declarada inexequible mediante sentencia C-1056 de 11 de noviembre de 2003- que no dio margen para acceder a una fidelidad de cotizaciones con el sistema en el porcentaje allí previsto. Estimó entonces, que en atención a que la actora con anterioridad a la vigencia de la Ley 797 cumplió con el requisito de las 26 semanas de cotización previsto en la reglamentación original de la Ley 100 de 1993 era ésta la que resultaba aplicable.

Para la Corte, la aplicación que hizo el Tribunal del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, resulta acertada y para confirmarlo basta remitirse a lo expuesto por esta Sala en sentencia de 18 de septiembre de 2007, radicación 29063, donde se resolvió un caso de características similares al presente y que por lo tanto tienen aquí plena aplicación".

5.2 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN LABORAL

Sentencia 20 de noviembre de 2007.

M. P. Doctor CAMILO TARQUINO GALLEG
Radicación No.30123.

N o constituye impedimento alguno para acceder a la pensión de invalidez por riesgo común, el hecho de que el afiliado hubiera recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez,

Expuso la corte:

"(...) Al confrontar la sentencia impugnada con lo que prevén las disposiciones legales que acusa el recurrente, encuentra la Corte que, en efecto, el Tribunal sí incurrió en la infracción directa de los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993, normativas que gobiernan la pensión de invalidez por riesgo común, prevalido de la indebida aplicación que hizo al caso en estudio, del artículo 2º del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.



Precisamente, si la invalidez que sufre el actor por la pérdida de su capacidad laboral en el porcentaje ya precisado, se estructuró en vigencia de la Ley 100 de 1993, es con tales normativas con las cuales debe examinarse su pretensión, pues aun cuando la Corte ha aplicado disposiciones legales anteriores a la citada ley para resolver controversias en materia pensional, ello se ha justificado por la utilización del principio de la condición más beneficiosa, más no para negarle el derecho al afiliado por comportar una situación más desfavorable, máxime que en el sub judice, el actor cumplió con todas las exigencias previstas en el momento en que se consolidó su condición invalidante.

A juicio de la Sala, no constituye impedimento alguno para acceder a la pensión de invalidez por riesgo común, el hecho de que el afiliado hubiera recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, pues si bien es cierto que de conformidad con lo previsto en el literal d) del artículo 2º del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, están excluidos del Seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte, entre otras, las personas que "*hubieren recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o de invalidez por riesgo común*", ello no debe entenderse que dentro de ese grupo se encuentren aquellos con posibilidades de beneficiarse con una pensión por riesgo distinto al que corresponde a la indemnización sustitutiva.

Más bien, frente a la comentada norma, lo que es pertinente afirmar es que quien recibió la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, estaría excluido del seguro social obligatorio por esa misma contingencia, pues a nada se opone que un afiliado, que no reunió en su debido momento los requisitos para acceder a la pensión de vejez, y por ende se le cancele la citada indemnización, pueda seguir asegurado para otro tipo de contingencias, como la invalidez, situación que fue la que aconteció en el presente asunto.

Resulta contrario a los más altos postulados de justicia, que una persona que reúne los requisitos para tener derecho a la pensión de invalidez, con fundamento en las normativas que gobiernan su situación para el momento en que se estructuró su condición de inválida, pierda tal beneficio económico por la sola circunstancia de que otrora se le negó la pensión de vejez, por no haber cumplido los requisitos de semanas cotizadas, pues se trata de dos prestaciones completamente diferentes, que amparan diversos riesgos, y con exigencias disímiles.²

Además, advierte la Sala, que proceder en la forma como lo sugiere el ISS, conduce, ni más ni menos, a que un trabajador pese a no llenar las exigencias legales para cubrir un riesgo (vejez), y satisfacer los requisitos para otro (invalidez), como aquí ocurre, pierda el **cubrimiento de ésta última contingencia, porque ello sería tanto como prohijar un total y absoluto desamparo, con flagrante desconocimiento, no sólo de aquellos principios que irradian el derecho a la Seguridad Social (art. 48 de la C.P.), sino además su desarrollo legal, o del Sistema de Seguridad Social integral, como son la solidaridad, universalidad, integralidad, participación, unidad y eficiencia.**



En verdad, una exégesis restrictiva en ese sentido, significaría desconocer la no querida probabilidad de que quien recibe una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, no pueda invalidarse más adelante, sumándole la desprotección del Sistema frente a ese infortunio que, no puede ignorarse, le impide al inválido procurar su propio sustento, ante la pérdida de su capacidad laboral en el porcentaje previsto en la Ley.

Adicionalmente, de la lectura al artículo 49 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, no surge incompatibilidad alguna entre la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que recibió el actor en su debido momento, y la pensión de invalidez que reclama, dada la incapacidad que le sobrevino con posterioridad al cumplimiento de los 60 años de edad.

Debe destacarse, además, que en el presente caso hay una sola afiliación que no desapareció con el pago de la indemnización sustitutiva, pues dicho reconocimiento no es un acto definitivo sino provisional, que bien puede revisarse ante un mejor derecho, como sucedió en el presente caso. Tampoco se configura en el sub examine, la reafiliación que prohíbe el artículo 24 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, por cuanto el demandante continuó vinculado al sistema como aportante activo, y en esa condición realizó el pago de cotizaciones, conforme a los documentos de folios 13 a 33 del expediente".

5.3. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN LABORAL

Sentencia 22 de abril de 2008.

M. P.: Doctor GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA

Radicación No.32286.

Incompatibilidad de la pensión de invalidez de origen común con la pensión de vejez o de invalidez de origen profesional.

"Las pensiones de vejez y de invalidez (de origen común o profesional) son incompatibles, lo que traduce que una misma persona no puede disfrutarlas simultáneamente, como que apuntan a idéntico objetivo de protección social.

En efecto, la de invalidez tiene como designio inquebrantable atender la pérdida de la capacidad laboral en razón de contingencias, ya comunes ora profesionales, a través de la provisión de recursos económicos orientados a la satisfacción de las necesidades sociales del inválido. La de vejez procura cubrir, de igual manera, la pérdida de la capacidad de trabajo, que encuentra su fuente en las consecuencias propias de la senectud, mediante el otorgamiento de los medios económicos con los que satisfacer las necesidades de la persona que ha llegado al noble estado de la vejez.



De tal suerte que las pensiones de vejez y de invalidez, bien que difieren en cuanto a su origen, tienen la misma naturaleza jurídica de instrumentos de protección de las necesidades sociales, en tanto que persiguen la misma finalidad.

El carácter irreconciliable de ese linaje de pensiones fluye espontáneo de los principios de unidad y de universalidad que informan el Sistema de Seguridad Social, puesto que la tendencia a amparar a todas las personas contra todas las contingencias a que puedan verse sometidas, no consiente la duplicidad de beneficios o de prestaciones en una misma persona, por la misma eventualidad.

Adicionalmente, la incompatibilidad entre la pensión de vejez y de invalidez, de suyo lógica, natural y obvia en un sistema de seguridad social que se tilde de integral, en tanto que comporta una articulación de políticas, de normas, de procedimientos, de administración y de prestaciones, tiene hoy consagración legal expresa en el literal j) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Si bien es cierto ese precepto hace parte de la norma que señala las características del sistema general de pensiones, ello no significa que su mandato deba considerarse circunscrito a las pensiones de ese sistema y que, por lo tanto, no pueda comprender prestaciones otorgadas por cuenta de otro de los que integran el sistema integral de seguridad social, como lo es el de riesgos profesionales, pues desde luego que debe ser interpretado de conformidad con los principios orientadores de ese sistema y, dentro de ellos el de unidad.

Bien vale la pena precisar, de otra parte, que esa calidad de antitéticas de las pensiones de vejez y de invalidez no sufre crisis alguna frente al hecho de que la segunda sea de origen profesional, con reglamentación, financiación y administración diferentes de aquélla, porque tales circunstancias no les hace perder la igualdad en sus miras protectoras, independientemente de su origen: la atención de la congrua subsistencia de la persona imposibilitada para trabajar.

(...)"

6 PREGUNTAS:

6.1 ¿Qué normatividad rige para un afiliado que su invalidez se estructuró el 30 de septiembre de 2003?.

6.2 ¿Si una pensión de invalidez se suspendió en el año de 1974. ¿Para negar la reactivación se puede alegar el no haber cotizado en los términos de la Ley 100 de 1993?

6.3.- ¿Una persona que le pagaron la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y posteriormente queda invalida, tiene derecho a reclamar la pensión de invalidez?.

6.4. ¿La pensión de invalidez de origen profesional es compatible con la pensión de vejez?



7 CASOS

7.1 Juan Pérez, fue afiliado al I.S.S. para los riesgos de I.V.M el 1 de marzo de 1986. El 1 de mayo de 1994 se trasladó a Colfondos S.A. entidad a la que estuvo afiliado hasta el 30 de octubre de 1997; el 1 de julio se trasladó nuevamente al I.S.S. y estuvo afiliado hasta el 30 de enero de 2004. El 1 de agosto de 2003, en virtud de la calificación de la junta regional de invalidez, de la perdida de capacidad laboral del 71%, con fecha de estructuración el 30 de abril del año 2000, solicitó al I.S.S. la pensión de invalidez.

El I.S.S. negó la pensión, alega una múltiple afiliación, y que el llamado a responder es Colfondos.

Colfondos, alega que es el I.S.S quien debe reconocer la pensión por ser la última entidad a la cual el señor Pérez estuvo afiliado, y llamó en garantía a la Aseguradora de Vida Colseguros S.A.

A la fecha de estructuración de la invalidez el señor Juan Pérez estaba afiliado al I.S.S. El traslado de Régimen se efectuó transcurrido los 3 años de la afinación al régimen de ahorro individual.

Para Ud. ¿Quién es el llamado a responder por la pensión de invalidez de Juan Pérez?

7.2 Manuel Prieto, beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, cumplió 40 años el 30 de octubre de 1993, pretende el pago de la pensión de invalidez porque de acuerdo al dictamen de la junta de calificación de invalidez, realizada el 30 de octubre de 2004, se estructuró el 30 de octubre del año 2003, fecha en la cual, de acuerdo a la historia laboral del I.S.S. tenía cotizadas 104 semanas hasta el 30 de octubre de 1973 , 104 semanas entre el 30 de octubre de 1991 y el 30 de octubre de 1993, 270 semanas hasta el 30 de octubre del año 1999 y 40 semanas entre el 1 de mayo de 2002 y el 30 de abril de 2003.

El ISS le negó la pensión por no tener los requisitos que exigía el Art 11 de la ley 797 de 2003, vigente a la fecha de estructuración de la invalidez.

¿Hay lugar al pago de la pensión de invalidez que pretende Manuel Prieto?

7.3. ¿En qué cambiaría la situación de Manuel Prieto, si las últimas 40 semanas las cotizó entre el 1 octubre de 2002 y el 30 de julio de 2003?



7.4. ¿Si de acuerdo al dictamen que ordenó el juez la pérdida de capacidad laboral de MANUEL PRIETO fuera del 47%, tendría prosperidad la pretensión subsidiaria de la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez?

CAPITULO VI

PENSION DE SOBREVIVIENTES.

Con la pensión de sobrevivientes se busca proteger a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, y que a la muerte del causante sus beneficiarios puedan atender las necesidades de subsistencia.

El derecho a la pensión de sobrevivientes se genera por la muerte del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común o por la muerte del afiliado.

1. REQUISITOS Y MONTO

1.1 EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA

	Acuerdo 049	Ley 100 de 1993	Ley 797 de 2003
REQUISITOS	Art. 25 PENSIONADO por vejez o por invalidez.	Art. 46 PENSIONADO por vejez, o invalidez por riesgo común que fallezca. Vida marital con el causante Y hasta el momento de la muerte, Y halla convivido con el fallecido no menos de 2 años continuos con anterio- ridad a la muerte, salvo que halla pro- creado uno o más hijos con el causante.	Art. 12 PENSIONADO: por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca. Convivencia de 5 años continuos con anterioridad a la muerte del pensionado
	AFILIADO 150 semanas	AFILIADO Que el afiliado se	AFILIADO: 50 semanas cotizadas dentro de los



	<p>dentro de los 6 años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o 300 semanas en cualquier época con anterioridad al estado de invalidez.</p>	<p>encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos 26 semanas al momento de la muerte.</p> <p>Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.</p>	<p>tres últimos años anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:</p> <p>a) Muerte causada por enfermedad: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el 20% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento;</p> <p>b) Muerte causada por accidente: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el 20% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento.(1)</p> <p>Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o devolución de saldos de que trata el Art. 66 de la ley 100, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.</p> <p>El monto de la pensión en este caso es del 80%.</p>
MONTO		<p>PENSIONADO 100% de la pensión.</p> <p>AFILIADO 45% del IBL mas 2% cada 50 semanas, sin exceder del 75% del IBL. En ningún caso podrá ser inferior al salario mínimo.</p>	-----



		<p>Se podrá optar por la pensión de sobrevivientes que regía en el ISS a la vigencia de la ley 100, cuando se cumplan las condiciones que exigía el ISS.</p>	
--	--	--	--

NOTAS DE REFERENCIA AL CUADRO ANTERIOR

(1) La norma estableció una diferencia en el porcentaje de fidelidad según se tratara de muerte por enfermedad o por accidente, pero mediante sentencia C- 1094 de 2003 la Corte Constitucional declaró inexequible el 25% a que se refería el literal a del numeral 2 del art. 12 de la ley 797. Por lo que ninguna diferencia hay que señalar cuando la muerte se causa por enfermedad o por accidente

1. 2. EN EL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

1.2.1 En lo que hace relación a los requisitos y al monto, son los ya señalados para el régimen de prima media.

El Estado, en desarrollo del principio de solidaridad, garantiza el complemento para que los sobrevivientes tengan acceso a una pensión mínima, cuyo monto mensual será equivalente al 100% del salario mínimo legal mensual.

1.2.2 Cuando el afiliado fallezca sin cumplir con los requisitos para que se cause la pensión de sobrevivientes hay lugar a la devolución de la totalidad del saldo de la cuenta individual.

1.2.3 Las modalidades de la pensión de sobrevivientes son las señaladas para la pensión de vejez en este régimen de ahorro individual.

2. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

2. 1 En lo que hace relación al cónyuge o compañera o compañero permanente, la ley 797 consagró una pensión de carácter vitalicio, si a la fecha de la muerte del causante tenía 30 años o más de edad, o si siendo menor de 30 años procreó hijos con el causante.

Y una pensión de carácter temporal por 20 años, cuando el cónyuge o el compañero o compañera permanente sean menores de 30 años y no hayan procreado hijos con el causante. En



este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para hacerse acreedor o acreedora a su propia pensión.

Y dio paso a la pensión compartida en proporción al tiempo de convivencia con el causante, cuando exista sociedad conyugal no disuelta y compañero o compañera permanente con 5 años continuos mínimos de convivencia, anteriores a la muerte.

En caso de convivencia simultánea con el cónyuge y la compañera o compañero permanente en los últimos 5 años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y un compañero o compañera permanente, sigue primando el o la cónyuge.

La Corte Constitucional al estudiar la demanda de exequibilidad del inciso 3 del literal b del artículo 13 de la ley 797, mediante sentencia C-1035 del 22 de octubre de 2008, declaró la constitucionalidad condicionada de la expresión "En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobrevivientes será la esposa o el esposo" en el entendido que además de la esposa o el esposo, también es beneficiario de la pensión de sobrevivientes, el compañero o compañera permanente y dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a del artículo 13 de la ley 797 de 2003, en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante, siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá al cónyuge con el cual existe sociedad conyugal vigente.

2.2. Los hijos concurren en primer orden con el cónyuge y la compañera o compañero permanente, y se hizo la salvedad que el vínculo sea el establecido en el código civil, y tienen la calidad de beneficiarios:

- a) hasta los 18 años
- b) los hijos mayores de 18 años hasta los 25 años, incapacitados para trabajar para en razón de los estudios y dependían económicamente del causante al momento de su muerte, y
- c) los hijos inválidos que dependían económicamente del causante, mientras subsistan la condición de invalidez.

2.3 A falta de los anteriores, los padres, si dependían económicamente de forma total y absoluta de éste.

A parte subrayado declarado inexequible mediante C-111 de 2006, así:



"Lo que se espera es que los padres tengan una independencia económica mínima asegurada durante su vejez, para llevar una vida digna de acuerdo con un mínimo vital, que puede ser el fruto de un derecho pensional y un patrimonio, o en algunos casos en vez de este último, un apoyo generacional invertido como resultado de haberle dado a sus hijos la mejor formación posible para ser más competitivos y exitosos en lo económico. (...) Sin embargo, dado los niveles tan elevados de desempleo, subempleo y de economía informal imperantes en nuestro país y de las desigualdades sociales que con mayor vigor afectan a los ciudadanos de la tercera edad, es frecuente que haya padres que dependan económicamente de manera absoluta y total de los aportes de sus hijos, pero lo es más aún que tal dependencia para poder llevar unos niveles mínimos de vida digna se de acompañada de precarios ingresos de manera permanente o esporádica. (...) En situaciones como las referidas, los progenitores necesitan una ayuda parcial pero absolutamente necesaria para poder tener unas condiciones mínimas de vida digna, las cuales debe el Estado garantizar posteriormente a la muerte del causante en su condición de hijo, cuando no existan personas con mayor derecho a la pensión de sobrevivientes".

2.4 A falta de todos los anteriores, serán beneficiarios los hermanos inválidos si dependían económicamente del causante.

2.5 Cuando no existen beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

2.5.1. En el régimen de prima media con prestación definida hará parte del fondo común que constituye los aportes y rendimientos de los afiliados

2.5.2 En el régimen de ahorro individual con solidaridad, las sumas acumuladas en la cuenta individual harán parte de la masa sucesoral de bienes del causante.

Y a falta de causahabientes hasta el quinto orden hereditario, la suma acumulada se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional.

2.6 En lo que hace relación al nuevo modelo de protección patrimonial: parejas del mismo sexo.

El Art. 1 de la ley 54 de 1990 que consagra el régimen entre compañeros permanentes dispone:

"A partir de la vigencia de la presente Ley y para todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular.



Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho".

Este artículo al igual que el artículo 2º. de esta ley fue objeto de demanda de constitucionalidad, la que se decidió mediante sentencia C-098 del 7 de marzo de 1996. Artículo modificado parcialmente por el Art. 1º de la ley 979 de 2005, y también objeto de demanda de constitucionalidad, decidida mediante sentencia C- 075 de 2007. Las sentencias referidas se citan en el acápite de jurisprudencia para efectos de determinar la variación de criterio con respecto al derecho que como beneficiarios de la seguridad social les puede asistir a las parejas homosexuales.³⁹

El artículo. 1 de la ley 979 de 2005 dispone:

El artículo 2o. de la Ley 54 de 1990, quedará así:

Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos:

- a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio (...)

3 - CONVIVENCIA

Cuando la pensión se causa por la muerte del pensionado se exige una convivencia de 5 años continuos con anterioridad a su muerte.

4 - DESARROLLO NORMATIVO EN MATERIA DE SUSTITUCIÓN PENSIONAL Y PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.

Ley 90 de 1946 Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Art. 54

Ley 171 de 1961.- Fallecido un empleado jubilado o con derecho a jubilación, su cónyuge y sus hijos menores de diez y ocho (18) años o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él, tendrán derecho a recibir entre todos, según las reglas del artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo, la respectiva pensión durante los dos (2) años subsiguientes (lo resaltado fue modificado por la ley 5 de 1969).

³⁹ Consultar la sentencia C- 999 de 2000 en materia de salud, para las parejas homosexuales.



Decreto 3041 de 1966, aprobó el acuerdo 224 de 1966., por me dio del cual se expide el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte.

Ley 5 de 1969.- modificó el Art. 12 de la ley 171 de 1961.-Fallecido un empleado jubilado o con derecho a jubilación, su cónyuge y sus hijos menores o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él, tendrán derecho a recibir entre todos, según las reglas del artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo, la respectiva pensión durante los dos (2) años subsiguientes.

Ley 33 de 1973.- Por la cual se transforma en vitalicia las pensiones de las viudas

Ley 12 de 1975— Consagra el derecho del cónyuge supérstite o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, y sus hijos menores o inválidos, a la pensión de jubilación del otro cónyuge si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la Ley, o en convenciones colectivas

Ley 4 de 1976.- Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.

Ley 44 de 1980 Por el cual se facilita el procedimiento de traspaso y pago oportuno de las sustituciones pensionales

Ley 29 de 1982 Por la cual se otorga igualdad de derechos herenciales a los hijos legítimos extramatrimoniales y adoptivos.

Ley 113 de 1985.- Por la cual se adiciona la Ley 12 de 1975 y se dictan otras disposiciones.

Dispone que: el derecho de sustitución procede tanto cuando el trabajador fallecido estaba pensionado como cuanto había adquirido el derecho a la pensión.

Y extiende las previsiones del artículo 1º de la Ley 12 de 1975 y las disposiciones que las complementan al compañero permanente de la mujer fallecida.

Ley 126 de 1985 – Derecho a la sustitución del funcionario o empleado de la Rama Judicial que muere como consecuencia del homicidio voluntario durante el desempeño de su cargo sin haber cumplido el derecho a la pensión. Tendrá derecho al 75% del sueldo o salario a la fecha de la muerte.

Ley 71 de 1988.- Extendió las previsiones sobre sustitución pensional de la Ley 33 de 1973, de la Ley 12 de 1975, de la Ley 44 de 1980 y de la Ley 113 de 1985 en forma vitalicia, al cónyuge



supérstite compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos, a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado.

Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral

LEY 717 DE 2001

Por la cual se establecen términos para el reconocimiento de las pensiones de sobrevivientes y se dictan otras disposiciones.

ARTÍCULO 1o. El reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes por parte de la entidad de Previsión Social correspondiente, deberá efectuarse a más tardar dos (2) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho.

ARTÍCULO 2o. Las solicitudes que a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley se encuentren en trámite y lleven más de un (1) mes de radicadas, con su correspondiente documentación, deberán ser resueltas dentro del mes siguiente a su promulgación. Aquellas que hayan sido presentadas dentro del mes anterior a su vigencia, deberán resolverse dentro del término establecido en el artículo precedente.

Ley 797 de 2003. Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993.

Ley 1204 de 2008.- Modificó la ley 44 de 1980 para efectos de facilitar el procedimiento de traspaso y pago oportuno de las sustituciones pensionales y dispuso:

Artículo 1º.- El pensionado oficial que desee facilitar el traspaso de su pensión en caso de muerte a su cónyuge, sus hijos menores o inválidos permanentes, deberá dirigir un memorial en tal sentido a la entidad pagadora, en la cual indique la Resolución que le reconoció la pensión y el nombre de aquél o aquellos, adjuntando las respectivas partidas de matrimonio y de nacimiento.

Si entre los beneficiarios hay algún inválido permanente, deberá someterlo a examen de los médicos de la entidad para que dictaminen sobre la calidad de la invalidez, o de los médicos que dicha entidad señale, a falta de médicos a su servicio. La solicitud se presentará por duplicado a fin de que un ejemplar se adhiera a la Resolución de pensión y el otro se devuelva al solicitante con la constancia de su presentación.

Parágrafo.- El hecho de que el pensionado no hubiera revocado antes de su fallecimiento el nombre de su cónyuge, establece en favor de éste la presunción legal de no haberse separado de él por su culpa.



5. JURISPRUDENCIA.-

5.1 Demandas de Inconstitucionalidad.

5.1.1 Sentencia C-098 del 7 de marzo de 1996

M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Demandada de inconstitucionalidad de los artículos 1 y 2 de la ley 54 de 1990, por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes.

"(...)

2.1 La Ley 54 de 1990 se ocupa de definir las uniones maritales de hecho y establecer el régimen patrimonial entre compañeros permanentes.

En el artículo primero se define, en los siguientes términos, la unión marital de hecho: (...)

Lo que se cuestiona en la demanda no puede ser, por lo visto, la protección que a través de las normas examinadas, se dispensa a los miembros de uniones maritales heterosexuales, sino el hecho de que la misma se reduzca a éstos últimos. La definición y las presunciones que contiene la ley, en efecto, circunscriben la unión material de hecho a las parejas formadas entre un hombre y una mujer, vale decir, se excluyen las parejas homosexuales.

En este orden de ideas, se pregunta la Corte si la referida omisión legislativa es inconstitucional. En otras palabras, ¿el legislador al regular en términos de equidad y de justicia las relaciones patrimoniales entre concubinos heterosexuales, ha debido cobijar también a las parejas homosexuales, teniendo presente que respecto de éstas puede eventualmente predicarse una comunidad de vida permanente la cual igualmente se apoya en el trabajo, ayuda y socorro mutuos y que, de otra parte, se trata de un grupo humano socialmente estigmatizado y carente de protección legal

(...)

4. A juicio de esta Corte, desde el punto de vista constitucional, la conducta y el comportamiento homosexuales, tienen el carácter de manifestaciones, inclinaciones, orientaciones y opciones válidas y legítimas de las personas. La sexualidad, heterosexual u homosexual, es un elemento esencial de la persona humana y de su psique y, por consiguiente, se integra en el marco más amplio de la sociabilidad. La protección



constitucional de la persona en su plenitud, bajo la forma del derecho a la personalidad y a su libre desarrollo (C.P. Arts. 14 y 16), comprende en su núcleo esencial el proceso de autónoma asunción y decisión sobre la propia sexualidad. (...)

Las disposiciones acusadas, sin embargo, no por el hecho de contraer su ámbito a las parejas heterosexuales, coartan el derecho constitucional a la libre opción sexual. La ley no impide, en modo alguno, que se constituyan parejas homosexuales y no obliga a las personas a abjurar de su condición u orientación sexual. La sociedad patrimonial en sí misma no es un presupuesto necesario para ejercitar este derecho fundamental. En todo caso, la orientación sexual, en modo alguno empece a las personas a celebrar válidamente con sus pares o con terceros, contratos o negocios de contenido patrimonial, inclusive de naturaleza asociativa.

4.1 Así la sexualidad heterosexual corresponda al patrón de conducta más generalizado y la mayoría condene socialmente el comportamiento homosexual, por estos motivos no puede la ley, sin violar la Constitución, prohibirlo y sancionarlo respecto de los adultos que libremente consentan en actos y relaciones de ese tipo y lo hagan en condiciones que no afecten los estándares mínimos y generales de decencia pública.

(...)

La Corte no considera que el principio democrático pueda en verdad avalar un consenso mayoritario que relegue a los homosexuales al nivel de ciudadanos de segunda categoría. El principio de igualdad (C.P. art. 13), se opone, de manera radical, a que a través de la ley, por razones de orden sexual, se subyugue a una minoría que no comparta los gustos, hábitos y prácticas sexuales de la mayoría. Los prejuicios fóbicos o no y las falsas creencias que han servido históricamente para anatematizar a los homosexuales, no otorgan validez a las leyes que los convierte en objeto de escarnio público.

(...) Entre otras manifestaciones de diversidad, amparadas constitucionalmente (...) La Corte no puede dejar de mencionar la religiosa y la sexual. La opción soberana del individuo en estos dos órdenes no concierne al Estado, que ha de permanecer neutral, a no ser que la conducta de los sujetos objetivamente produzca daño social.

4.2. Las disposiciones demandadas, adoptadas por el legislador, no prohíben ni sancionan el homosexualismo. Se limitan a tratar los aspectos patrimoniales de un determinado tipo de relaciones. No se descubre en ellas censura o estigmatización de ningún género hacia las parejas homosexuales. El hecho de que la sociedad patrimonial objeto de la regulación, no se refiera a las parejas homosexuales, no significa que éstas queden sojuzgadas o dominadas por una mayoría que eventualmente las rechaza y margina. La ley no ha pretendido, de otro lado, sujetar a un mismo patrón de conducta sexual a los ciudadanos, reprobando las que se desvían del modelo tradicional.



(...)

Sería deseable que el Legislador, en un único acto, eliminara todas las injusticias, discriminaciones y males existentes, pero dado que en la realidad ello no es posible, esta Corte no puede declarar la inexequibilidad de una ley que resuelve atacar una sola injusticia a la vez, salvo que al hacerlo consagre un privilegio ilegítimo u odioso o la medida injustamente afecte a las personas o grupos que todavía no han sido favorecidos.

(...)

Por último, la omisión del Legislador que le endilga el demandante, podría ser objeto de un más detenido y riguroso examen de constitucionalidad, si se advirtiera en ella un propósito de lesionar a los homosexuales o si de la aplicación de la ley pudiera esperarse un impacto negativo en su contra. Sin embargo, el fin de la ley se circunscribió a proteger las uniones maritales heterosexuales sin perjudicar las restantes y sin que estas últimas sufrieran detrimento o quebranto alguno, como en efecto no ha ocurrido.

Decidió la Corte:

PRIMERO.- Estarse a lo resuelto en la Sentencia C-239 de 1994 en relación con la expresión “a partir de la vigencia de la presente ley” del artículo primero; y **SEGUNDO:** Declarar **EXEQUIBLE**, el literal a) del artículo segundo de la Ley 54 de 1990.

Declarar **EXEQUIBLE** la parte restante del mismo artículo, que dice:

“para todos los efectos civiles, se denomina unión marital de hecho, **la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular.**

Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho. (Resaltado no pertenece al texto)

SALVAMENTO DE VOTO: DRS.: HERNANDO HERRERA VERGARA⁴⁰ Y JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO⁴¹,

⁴⁰ (...) tanto la definición como las presunciones consignadas en la ley, son procedentes en la medida en que la unión marital de hecho se haga entre un hombre y una mujer, excluyendo las parejas homosexuales. Ello está en consonancia con el precepto constitucional consagrado en el artículo 42, según el cual “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre **de un hombre y una mujer** de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”, sin que ella se extienda a las parejas homosexuales por la vía de la aplicación directa, ni menos de la interpretación de la misma o por omisiones legislativas en razones de equidad o de justicia, como se predica en la parte motiva de la sentencia en referencia.



ACLARACIÓN DE VOTO: DRS. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, VLADIMIRO NARANJO MESA⁴¹

De ahí que no esté de acuerdo con los razonamientos expuesto en la parte motiva de la sentencia de la cual me separo en estas apreciaciones, al considerar dicha providencia que la "ley no impide, en modo alguno, que se constituyan parejas homosexuales y no obliga a las personas a abjurar de su condición u orientación sexual (...); pues según el claro mandato del artículo 42 de la Constitución Política vigente, la familia (...)

⁴¹ (...)

3) La Constitución colombiana es amplia en lo que respecta a la conformación de la familia, pero esa amplitud alude al origen matrimonial o extramatrimonial de ella, ya que reconoce su surgimiento de "vínculos naturales o jurídicos" y sanciona como válida toda decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o de conformar una familia por la voluntad responsable, también de un hombre y una mujer.

Esa amplitud no puede llevarse a terrenos tales como el controvertido por el demandante contra el diáfano texto constitucional: la posibilidad -que ninguna norma positiva reconoce en nuestro Derecho- de constituir células familiares a partir de la unión entre dos hombres o entre dos mujeres.

Digamos de una vez que de allí mismo se concluye, sin lugar a disquisición alguna, que la Constitución colombiana no acepta formas de unión matrimonial o de hecho entre un hombre y varias mujeres o entre una mujer y varios hombres (poligamia).

4) Debo decir, además, que, a mi juicio, mal podría admitirse el homosexualismo como origen válido, lícito y constitucional de la familia. Esta, por su misma esencia, está basada en la procreación, la cual no es posible sino sobre el supuesto de la pareja heterosexual. De modo que la permisividad en materia de uniones con pretensión de "conformar familia", establecidas entre homosexuales, atenta contra la idea misma de **familia**, pues tales uniones fracasan por principio respecto de uno de los fines primordiales del matrimonio y de la unión libre: la propagación de la especie humana a través de la procreación.

5) (...)

La "omisión" endilgada en este caso al legislador no existe, ante el claro y perentorio texto el artículo 42 de la Carta, (...)

Si la norma plasmada en el congreso reitera lo expresado por el constituyente no puede haber motivo de inconstitucionalidad que pueda esgrimirse ante la Corte, por lo cual era totalmente innecesario entrar en otro tipo de análisis.

(...).

⁴² (...) (3) la extensión, por vía judicial, del régimen legal existente a las uniones homosexuales, en este caso, no sería posible, pues desconocería que es el Congreso el llamado a adoptar tal medida, de conformidad con el primado del principio democrático.

Consideramos justo y pertinente que la ley establezca un régimen patrimonial propio en relación con las uniones homosexuales, lo cual es independiente de que éstas se consideren o no constitutivas de familia.

En todo caso, la idea de familia, su estructura, tipología y funciones, no responden a un concepto único, sino que por el contrario se trata de una institución que con distintas particularidades ha evolucionado y sigue evolucionando en el tiempo y en el espacio históricos. Contemporáneamente se ha impuesto la familia nuclear, luego de que por largo



5.1.2 CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia C-075/07 del 7 de febrero de 2007,
M.P. DR. RODRIGO ESCOBAR GIL,

Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso primero y el inciso segundo del literal a del Art. 1 de la ley 54 de 1990, modificada parcialmente por la ley 979 de 2005.

4.2. Sobre el contenido de la Ley 54 de 1990, previamente a su modificación por la Ley 979 de 2005, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-098 de 1996, expresó: (...). (Referida en el numeral anterior).

4.3. En la actualidad, diecisésis años después de expedida la Ley 54 de 1990, más de diez años después de producida la Sentencia C-098 de 1996, teniendo en cuenta los cambios introducidos por la Ley 979 de 2005 y el nuevo contexto social y jurídico en el que se desenvuelve el régimen patrimonial de los compañeros permanentes, puede decirse que, sin dejar de lado los criterios de protección a la familia y a la mujer que inspiraron la expedición de la ley, cobra mayor relevancia la dimensión regulatoria de la situación patrimonial de la pareja en condiciones de equidad y de ello es testimonio el énfasis que en el análisis del régimen previsto en la ley y en la consideración de los elementos que le dan sustento se pone en las condiciones de convivencia como expresión de un proyecto de vida en común con solidaridad y apoyo mutuo.

Destaca la Corte que en esa nueva aproximación al régimen de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, tal como se acaba de expresar, no desaparecen los fundamentos primigenios de la ley, y que, infortunadamente, la realidad de desprotección de la mujer y de la familia a la que ellos aluden continúa presente de manera significativa en nuestra sociedad. Esos supuestos constituyen, incluso, un elemento en gran medida determinante de la viabilidad constitucional del régimen tal como está concebido en el texto legal, puesto que no puede pasarse por alto que la imposición de una presunción sobre la existencia de una sociedad patrimonial, susceptible de ser judicialmente declarada en un proceso contencioso, comporta una restricción de la autonomía privada, que el legislador fundamentó y justificó en las normas constitucionales que contemplan una protección integral para la familia y prevén una especial protección para la mujer.

tiempo rigiera la denominada "familia troncal" o extensa. Sin embargo, nada asegura que aquélla sea inmutable y que con el transcurso del tiempo y los cambios económicos y sociales, vayan surgiendo otras formas y tipos de convivencia. El derecho de familia, por lo visto, aún incorporando valores sociales legítimos, debe también seguir el curso de la realidad histórica y ser respetuoso del pluralismo y del derecho a la libre opción sexual.



Por otro lado, sin embargo, tampoco puede dejar de observarse la insuficiencia de la regulación en relación con el objeto que le es propio, puesto que hoy, junto a la pareja heterosexual, existen -y constituyen opciones válidas a la luz del ordenamiento Superior- parejas homosexuales que plantean, en el ámbito patrimonial, requerimientos de protección en buena medida asimilables a aquellos que se predicen de la pareja heterosexual.

(...)

5. La situación de la comunidad homosexual frente al ordenamiento jurídico

La jurisprudencia constitucional en Colombia, tanto en decisiones de tutela como de constitucionalidad, ha señalado que los homosexuales han sido un grupo tradicionalmente discriminado, pero que a la luz del ordenamiento superior toda diferencia de trato fundada en la orientación sexual de una persona se presume inconstitucional y se encuentra sometida a un control constitucional estricto Cfr. Sentencia C-481 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero (...).

(...)

En Colombia, la jurisprudencia constitucional en esta materia se ha desarrollado en una línea de conformidad con la cual

- (i) de acuerdo con la Constitución, está proscrita toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual⁴³;
- (ii) (ii) existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, razón por la cual no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras⁴⁴;

⁴³ En la Sentencia T-097 de 1994 la Corte señaló que “[e]ntre las innovaciones de la Constitución política de 1991, tienen especial relevancia aquellas referidas a la protección del fuero interno de la persona. Es el caso del derecho al libre desarrollo de la personalidad (Art. 16) y del derecho a la intimidad y al buen nombre (art. 15). El Constituyente quiso elevar a la condición de derecho fundamental la libertad en materia de opciones vitales y creencias individuales y, en consecuencia, enfatizó el principio liberal de la no injerencia institucional en materias subjetivas que no atenten contra la convivencia y organización social. Es evidente que la homosexualidad entra en este ámbito de protección y, en tal sentido, ella no puede significar un factor de discriminación social. Se culmina así un largo proceso de aceptación y tolerancia normativa que se inicia con la despenalización de la conducta descrita en el Código Penal de 1936. Es de anotar que, si bien en este tema el derecho ha jugado un papel esencial en la transformación de las creencias sociales, éstas aún se encuentran rezagadas en relación con los ideales normativos. Los valores de la tolerancia y del pluralismo, plenamente asumidos por el ordenamiento jurídico, deben todavía superar enormes obstáculos para encontrar arraigo pleno en la vida cotidiana.” Esta posición ha sido reiterada en numerosas sentencias, entre las que pueden citarse la C-481 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero, y la T-268 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁴ En la Sentencia C-098 de 1996 la Corte expresó: “Se han señalado en esta sentencia algunos elementos que están presentes en las uniones maritales heterosexuales y que no lo están en las homosexuales, los cuales son suficientes para tenerlas como supuestos distintos —además de la obvia diferencia de su composición. Las uniones maritales de hecho de carácter heterosexual, en cuanto conforman familia son tomadas en cuenta por la ley con el objeto de



- (iii) (iii) corresponde al legislador definir las medidas necesarias para atender los requerimientos de protección de los distintos grupos sociales y avanzar gradualmente en la protección de quienes se encuentren en situación de marginamiento⁴⁵
- (iv) y (iv) toda diferencia de trato entre personas o grupos que sean asimilables solo es constitucionalmente admisible si obedece a un principio de razón suficiente.⁴⁶

garantizar su “protección integral” y, en especial, que “la mujer y el hombre” tengan iguales derechos y deberes (C.P. arts. 42 y 43), lo que como objeto necesario de protección no se da en las parejas homosexuales. (...) De otra parte, sin postular que la protección legal deba cesar por ausencia de hijos, la hipótesis más general y corriente es que la unión heterosexual genere la familia unida por vínculos naturales. En este sentido, es apenas razonable suponer que la protección patrimonial de la unión marital heterosexual, por lo menos mediamente toma en consideración esta posibilidad latente en su conformación, la que no cabe predicar de la pareja homosexual. En suma, son varios los factores de orden social y jurídico, tenidos en cuenta por el Constituyente, los que han incidido en la decisión legislativa, y no simplemente la mera consideración de la comunidad de vida entre los miembros de la pareja, máxime si se piensa que aquélla puede encontrarse en parejas y grupos sociales muy diversos, de dos o de varios miembros, unidos o no por lazos sexuales o afectivos y no por ello el Legislador ha de estar obligado a reconocer siempre la existencia de un régimen patrimonial análogo al establecido en la Ley 54 de 1990.” En el mismo sentido, en la Sentencia SU-623 de 2001, la Corte puntualizó que “... a pesar de que la orientación sexual es una opción válida y una manifestación del libre desarrollo de la personalidad que debe ser respetada y protegida por el Estado, no es equiparable constitucionalmente al concepto de familia que tiene nuestra Constitución. En esa medida, la diferencia en los supuestos de hecho en que se encuentran los compañeros permanentes y las parejas homosexuales permanentes, y la definición y calificación de la familia como objeto de protección constitucional específica, impiden efectuar una comparación judicial entre unos y otros.”

⁴⁵ En la Sentencia C-098 de 1996, la Corte señaló que “[s]ería deseable que el Legislador, en un único acto, eliminara todas las injusticias, discriminaciones y males existentes, pero dado que en la realidad ello no es posible, esta Corte no puede declarar la inexequibilidad de una ley que resuelve atacar una sola injusticia a la vez, salvo que al hacerlo consagre un privilegio ilegítimo u odioso o la medida injustamente afecte a las personas o grupos que todavía no han sido favorecidos. En la Sentencia T-349 de 2006 la Corte concluyó que el legislador dentro de su ámbito de configuración, puede, en desarrollo del mandato de ampliación progresiva de la seguridad social, contemplar medidas especiales de protección en seguridad social para las parejas homosexuales, que consulten sus particulares circunstancias y necesidades, pero que en relación con la prestación que entonces era objeto de consideración -la pensión de sobrevivientes- no había un imperativo constitucional, conforme al cual, a partir del principio de igualdad, dicha prestación debiese hacerse extensiva a las parejas homosexuales.

⁴⁶ En la Sentencia C-1043 de 2006 la Corte expresó que “[l]a existencia de esas diferencias [entre parejas heterosexuales y parejas homosexuales] hace imprescindible que, para configurar un cargo por omisión legislativa el actor especifique las razones por las cuales, en su criterio, el contenido normativo acusado excluye de sus consecuencias jurídicas situaciones que, por ser asimilables, tenían que estar contenidas en el texto normativo cuestionado, que tal exclusión carece de un principio de razón suficiente, y que, por consiguiente, se produce una lesión del principio de igualdad.” Agregó la Corte que en el caso que entonces fue objeto de consideración esa carga argumentativa no se satisfacía debido a que el actor se limitó “... a señalar que, en su criterio, las parejas homosexuales y heterosexuales deben recibir el mismo trato en materia de pensión de sobrevivientes, y que no hacerlo así resulta discriminatorio”, pero no presentó las razones que mostraran que en esa materia resultaba imperativa una identidad de trato.



En ese contexto jurídico la realidad homosexual se ha hecho más visible, en un marco más receptivo de la diversidad en el campo de las preferencias sexuales y que implica, por consiguiente, la apertura efectiva de nuevas opciones que, con anterioridad, un ambiente hostil mantenía vedadas.

6. Análisis de los cargos

6.1 (...) Aunque la pretensión de la demanda de inconstitucionalidad es la de que por virtud de la declaratoria de inexequibilidad de las expresiones, "hombre" y "mujer" contenidas en la definición de unión marital de hecho, los beneficios y las medidas de protección que de tal definición se desprenden para las parejas heterosexuales, se apliquen por igual a las parejas homosexuales, y, concretamente, en el aspecto en el que esta demanda fue considerada apta, que se les aplique el mismo régimen de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, de los argumentos que sustentan la demanda se desprende una pretensión más amplia, que alude a la necesidad de reconocimiento jurídico de la pareja homosexual, que, en este caso, se manifiesta en el ámbito de las relaciones patrimoniales entre sus integrantes.

6.2. En este enfoque del problema surge la necesidad de establecer la existencia de un deber constitucional de protección, en cuya virtud la ausencia de previsión legislativa deba tenerse como contraria al ordenamiento superior.

(...)

6.2.2. En la situación que ahora es objeto de consideración por la Corte se tiene que la ley, al regular la denominada "*unión marital de hecho*", establece un régimen de protección patrimonial para los integrantes de las parejas heterosexuales, pero no hace lo propio con las parejas homosexuales. En principio cabe señalar que la manera como se pueda brindar protección patrimonial a quienes han decidido conformar una pareja como proyecto de vida permanente y singular, entra en el ámbito de configuración legislativa, porque no hay una fórmula única que resulte obligada conforme a la Constitución para ese efecto y la protección requerida puede obtenerse por distintos caminos. Sin embargo, resalta la Corte que ese ámbito de configuración legislativa se encuentra limitado por la Constitución y por el respeto a los derechos fundamentales de las personas. En ese escenario, para la Corte, la ausencia de protección en el ámbito patrimonial para la pareja homosexual resulta lesiva de la dignidad de la persona humana, es contraria al derecho al libre desarrollo de la personalidad y comporta una forma de discriminación proscrita por la Constitución.

(...)

6.2.3.2. En el ámbito del problema que ahora debe resolver la Corte, resulta claro que la falta de reconocimiento jurídico de la realidad conformada por las parejas homosexuales es un atentado contra la dignidad de sus integrantes porque lesiona su autonomía y capacidad de



autodeterminación al impedir que su decisión de conformar un proyecto de vida en común produzca efectos jurídico patrimoniales, lo cual significa que, dado un régimen imperativo del derecho civil, quedan en una situación de desprotección que no están en capacidad de afrontar.
(...)

6.2.4. Las mismas consideraciones que permiten establecer que en relación con la situación patrimonial de las parejas homosexuales existe un déficit de protección a la luz del ordenamiento constitucional, llevan a la conclusión de que el régimen la Ley 54 de 1990, tal como fue modificado por la Ley 979 de 2005, en la medida en que se aplica exclusivamente a las parejas heterosexuales y excluye de su ámbito a las parejas homosexuales, resulta discriminatorio. Así, no obstante las diferencias objetivas que existen entre los dos tipos de pareja, y las específicas consideraciones que llevaron al legislador del año 1990 a establecer este régimen de protección, fundadas en la necesidad de proteger a la mujer y a la familia, no es menos cierto que hoy por hoy puede advertirse que las parejas homosexuales presentan requerimientos análogos de protección y que no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado.

(...).

6.3. A la luz de los anteriores criterios y sin desconocer el ámbito de configuración del legislador para la adopción, en proceso democrático y participativo, de las modalidades de protección que resulten más adecuadas para los requerimientos de los distintos grupos sociales, encuentra la Corte que es contrario a la Constitución que se prevea un régimen legal de protección exclusivamente para las parejas heterosexuales y por consiguiente se declarará la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección allí previsto también se aplica a las parejas homosexuales.

(...)

Decidió la Corte:

Declarar la EXEQUIBILIDAD de la ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales.



SALVAMENTO DE VOTO: DR. JAIME ARAUJO RENTARÍA⁴⁷.

ACLARACIÓN DE VOTO: DRS.: MARCO GERARDO MONROY CABRA, RODRIGO ESCOBAR GIL, NILSON PINILLA PINILLA⁴⁸, Y JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO⁴⁹

47 SALVAMENTO DE VOTO: DR. JAIME ARAUJO RENTARÍA (...)

Los demandantes solicitan, (...) que no se discrimine a las parejas homosexuales y esto en todas las esferas: política, (...) en particular en el tema de la seguridad social, de los beneficios prestacionales, (...) etc. De este modo, considero que no sólo deben tenerse en cuenta los efectos civiles sino también otros efectos jurídicos: laborales, seguridad social, los efectos en el ámbito penal, administrativo.

Así por ejemplo en materia alimentaria, (...)

En materia laboral, a pesar de que la ley 100 de 1993 estableció que los regímenes de salud y pensiones eran aplicables a todos los colombianos, las personas homosexuales no tienen la posibilidad de registrar o afiliar a su pareja, o de ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes o de la sustitución pensional, figuras a las que sí pueden acceder las parejas de heterosexuales.

(...)

7.- (...)

La Sentencia SU.623/01 del magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil, negó la inscripción como beneficiario en el sistema de seguridad social en salud a la pareja de un homosexual. El suscrito magistrado y los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Eduardo Montealegre Lynett salvamos voto conjuntamente por considerar que la negativa a vincular al sistema de seguridad social en salud a las parejas de homosexuales es violatorio del principio de universalidad del sistema de seguridad social, del derecho a la salud del homosexual, del principio de igualdad, y del derecho al libre desarrollo de la personalidad, entre otros, de los homosexuales.

9. Conclusión

En conclusión se puede sostener que este fallo no sólo se queda demasiado corto en el reconocimiento de derechos a los homosexuales, sino que también es confuso porque no reconoce la totalidad de los efectos civiles cuando la propia ley 54 de 1990 habla de "efectos civiles" que, como quedó expuesto, no sólo incluye efectos patrimoniales sino que se extiende necesariamente a otros muchos ámbitos.

En este mismo sentido, considero que esta sentencia es contradictoria porque se ha empequeñecido los efectos civiles, dejando por fuera temas como el del matrimonio, la adopción, la custodia de hijos, que son temas todos del derecho civil. Aún cuando la presente sentencia se refiere a los efectos civiles, en realidad no se refiere a todos los efectos civiles, y por tanto termina empequeñeciendo la aplicación de la norma.

De otra parte, considero que la presente sentencia no reconoce de manera íntegra la dignidad de los homosexuales al no reconocerles de manera total y plena sus derechos.

(...)

48 ACLARACIÓN DE VOTO: DRS.: MARCO GERARDO MONROY CABRA, RODRIGO ESCOBAR GIL, NILSON PINILLA PINILLA. Aunque compartamos plenamente la decisión adoptada en la presente Sentencia, así como las consideraciones expuestas para sustentarla, estimamos necesario aclarar que solamente hemos apoyado el fallo, tras cerciorarnos de que el mismo no significa un cambio de la jurisprudencia de esta Corporación, relativa al carácter heterosexual de la familia que la Constitución Política protege.



5.1.3. CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia C-336 de 2008

M.P. Dra. CLARA INES VARGAS HERNÁNDEZ

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1º. (parcial) de la ley 54⁵⁰ de 1990 art. 47 (parcial)⁵¹ de la ley 100 de 1993, 74⁵² (parcial) y 163 (parcial) de la ley 100 de 1993,

⁴⁹ **ACLARACIÓN DE VOTO DEL DOCTOR JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.** Compartí con la mayoría de la Corte el sentido y decisión adoptada mediante la sentencia de la referencia en virtud de la cual se declaró la exequibilidad condicionada de la ley 54 de 1990, modificada por la ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales.

⁵⁰ Artículo 1º. A partir de la vigencia de la presente Ley y para todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho.

⁵¹ ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. [Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003]. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un companionero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes ~~y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno~~; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo de la Ley 100 de 1993. [Aparte tachado INEXEQUIBLE]



d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente ~~de forma total y absoluta~~ de este; [A parte tachado INEXEQUIBLE]

e) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.

PARÁGRAFO. Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil.

⁵² ARTÍCULO 74. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este;

e) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.



modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003.

(...)

La Corte, mediante sentencia C-811 de 2007⁵³, declaró EXEQUIBLE el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas del mismo sexo, al estudiar unos cargos similares a los ahora propuestos.

De esta manera, existe cosa juzgada constitucional frente a las expresiones enunciadas de los artículos 1º de la Ley 54 de 1990 y 163 de la Ley 100 de 1994.

Por lo anterior, procede en esta ocasión un pronunciamiento de fondo sobre los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

3. Cargos de la demanda y problema jurídico que debe analizar la Corte.

1. Para los demandantes:

Con la Sentencia C-075 de 2007, el precedente en materia de parejas homosexuales cambió significativamente, pues la Corte decidió que el régimen patrimonial de la unión marital de hecho debía ser extendido a las parejas homosexuales. Consideran los accionantes que se deben utilizar criterios similares para ampliar la protección en materia de pensión de sobrevivientes, haciendo extensivos éstos beneficios a las parejas integradas con personas del mismo género.

(...)

2. Corresponde a la Corte Constitucional determinar si el conjunto normativo parcialmente acusado, de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, es inexequible por cuanto limita a favor de las parejas heterosexuales los beneficios de la protección en materia de pensión de sobrevivientes, excluyendo de los mismos a las parejas conformadas con personas del mismo sexo.

La Sala deberá establecer si la protección que se concede al cónyuge y al compañero o compañera permanente de las parejas heterosexuales, impide válidamente que el compañero o compañera permanente de una pareja homosexual acceda a la pensión de sobrevivientes.

PARÁGRAFO. Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil.

(...)

⁵³ Sentencia con aclaración de voto de los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla y Catalina Botero Marino. Y, salvamento de voto del Magistrado Jaime Araújo Rentaría.



3. Con el fin de analizar el mencionado problema jurídico, la Corte hará referencia previamente a las personas homosexuales frente al ordenamiento jurídico Colombiano nacional e internacional, y a la naturaleza y finalidad de la pensión de sobrevivientes.

(...)

5. Las personas homosexuales frente a la Constitución de 1991. Estado social de derecho, dignidad humana, igualdad, autonomía personal y libre desarrollo de la personalidad.

5.1. Cabe recordar, que la Constitución Política de 1991 estableció para Colombia el modelo de Estado social de derecho, considerado como un gran avance para los sistemas democráticos que lo han acogido, si se tiene en cuenta que con él se pretende ampliar eficazmente la órbita de protección de la persona...

(...)

5.10. En efecto, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-075 de 2007, estableció que el reconocimiento de determinadas garantías a las parejas heterosexuales (...)

5.11. Mediante sentencia C-811 de 2007, la Corte reitera las consideraciones hechas en la sentencia C-075 de 2007 en cuanto a los derechos al libre desarrollo de la personalidad e igualdad de que son titulares las parejas del mismo sexo, dispuso que el régimen de protección consagrado en el Plan Obligatorio de Salud se aplica también a las parejas del mismo sexo. (...)

5.12. Los recientes pronunciamientos de la Corte Constitucional llevan a considerar que aunque la legislación positiva no establezca de manera expresa un determinado ámbito de garantías para la comunidad homosexual, ello no ha sido obstáculo para que en áreas específicas, como la relacionada con el régimen patrimonial de las uniones maritales de hecho y la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, la jurisprudencia haya reconocido un tratamiento igual para las parejas heterosexuales y homosexuales.

6. Naturaleza y finalidad de la pensión de sobrevivientes. Los límites de la potestad de configuración del legislador en esta materia.

(...)

Como la pensión de invalidez, la pensión de sobrevivientes es una institución de la seguridad social favorable a quienes se encuentran en situación involuntaria e insufrible de necesidad y requieren un tratamiento diferencial positivo o protector que les permita un reconocimiento digno e igualitario por parte de la sociedad. Por esta razón, el ordenamiento jurídico crea un determinado orden de prelación respecto de las personas afectivamente más cercanas al



causante, privilegiando a quienes más dependían emocional y económicamente de él. Su naturaleza jurídica ha sido explicada en los siguientes términos:

"La Corte Constitucional en varias oportunidades se ha pronunciado respecto de la naturaleza de la pensión de sobrevivientes⁵⁴, (...)

Adicionalmente, la Corte ha planteado que la pensión de sobrevivientes '*...responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria*'⁵⁵. La ley prevé entonces que, en un determinado orden de prelación, las personas más cercanas y que más dependían del occiso y compartían con él su vida, reciban una sustitución pensional para satisfacer sus necesidades'⁵⁶. "⁵⁷

6.2. La pensión de sobrevivientes ha sido definida como una de las expresiones del derecho a la seguridad social consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política y como aquella prestación que se genera a favor de las personas que dependían económicamente de otra que fallece, con el fin de impedir que éstas últimas deban soportar las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento⁵⁸. Sobre esta materia la Corte ha precisado:

(...)

6.3. Si bien, el derecho a la pensión de sobrevivientes es de carácter prestacional, adquiere el de derecho fundamental cuando de ésta depende la materialización de mandatos constitucionales que propenden por medidas de especial protección a favor de personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. Sobre esta materia la Corte ha explicado:

(...)

6.4. En cuanto a la finalidad de esta prestación, tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia son acordes. Así, ésta Corporación ha dicho:

"(...) no puede hacerse abstracción del sentido mismo y finalidad de la institución de la pensión de sobrevivientes que busca precisamente impedir que quien haya convivido permanente, responsable y efectivamente, y prestado apoyo afectivo a su pareja al

⁵⁴ Cfr. entre otras, las sentencias, C-080 de 1999, T-049 de 2002, T-524 de 2002 y C-111 de 2006.

⁵⁵ Sentencia C-002 de 1999.

⁵⁶ Sentencia C-1176 de 2001

⁵⁷ Sentencia T-460 de 2007

⁵⁸ Cfr., entre otras, las sentencias T-190 de 1993; T-553 de 1994; C-389 de 1996; C-002 de 1999; T-049 de 2002, C-1094 de 2003 y T-326 de 2007



momento de su muerte, se vea abocado a soportar aisladamente las cargas, tanto materiales como espirituales, que supone su desaparición”⁵⁹

6.5. Igualmente, el Consejo de Estado se ha referido a esta institución expresando:

“(…) puesto que el espíritu que orienta la normas que rigen la sustitución pensional a cargo de los empleadores particulares es el de proteger a la persona que en realidad prestó asistencia y compañía al trabajador o a la persona pensionada hasta el momento de su fallecimiento, claro está, que sin perjuicio del cónyuge que no lo pudo hacer por culpa del causante”⁶⁰.

6.6. Ahora bien. De conformidad con lo previsto en el artículo 48 de la Constitución, la seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley, y como derecho irrenunciable se garantiza a todos los habitantes.

6.7. En efecto, la Constitución Política le ha atribuido al Legislador un amplio margen de configuración para regular todo lo concerniente a la seguridad social al tiempo que ha establecido unos principios y reglas generales, básicas y precisas, a las cuales debe ceñirse el legislador para regular o limitar el alcance de dicho servicio público y derecho prestacional a la seguridad social⁶¹

(…)

7. Análisis de las expresiones demandadas

7.1. Los textos demandados hacen parte de los artículos 47, 74 de la ley 100 de 1993, sobre los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Según los accionantes, la aplicación de los mismos significa discriminar a las parejas integradas con personas del mismo sexo, pues éstas no pueden acceder a la pensión de sobrevivientes en las mismas condiciones que lo hacen quienes conforman parejas heterosexuales.

7.2. En el presente caso, la aplicación de las expresiones demandadas ha permitido dar a las parejas homosexuales un tratamiento distinto al que se otorga a las parejas heterosexuales en cuanto éstas son beneficiaria de la pensión de sobrevivientes y aquellas no, trato distinto que resulta discriminatorio respecto de las parejas homosexuales, las cuales, aún cuando no están excluidas de manera expresa de los beneficios de la pensión de sobrevivientes, sí resultan de hecho exceptuadas del sistema de seguridad social, pues la falta de claridad del legislador ha

⁵⁹Corte Suprema de Justicia. 17 de abril de 1998, Radicación 10406.

⁶⁰Consejo de Estado, Sección Segunda, sent. julio 1º/93.

⁶¹ Ver entre otras sentencias las C-1089 de 2003, C-623 de 2004, C-516 de 2004 y C-543 de 2007.



conducido a implementar una situación contraria a los valores del Estado social de derecho, a los principios de reconocimiento y respeto por la dignidad de la persona humana, y a las normas que desde la Constitución amparan el libre desarrollo de la personalidad y su extensión: la libertad de opción sexual.

7.3. Trato discriminatorio para las parejas homosexuales que conlleva a que se encuentren en un déficit de protección en cuanto al beneficio de la pensión de sobrevivientes. Por tanto, con el fin de remover la citada situación, contraria a la Constitución, la protección otorgada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas heterosexuales, debe ser ampliada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas homosexuales, (...)

7.4. Cabe recordar, que a la luz de las disposiciones superiores, no aparece justificación alguna que autorice un trato discriminatorio en virtud del cual las personas que conforman parejas homosexuales no puedan acceder a la pensión de sobrevivientes en las mismas condiciones que lo hacen quienes integran parejas heterosexuales.

7.5. La Corte tiene establecido que el examen de medidas legislativas como las dispuestas por las expresiones demandadas se debe llevar a cabo mediante un control riguroso de constitucionalidad, cuando la norma impugnada “*(i) incorpora una clasificación sospechosa, como ocurre con aquellas que están basadas en las categorías prohibidas para hacer diferenciaciones según lo previsto en el inciso 1º del artículo 13 Superior; (ii) afecta a personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, a grupos marginados o a sujetos que gozan de especial protección constitucional; (iii) desconoce prima facie el goce de un derecho constitucional fundamental; o finalmente, (iv) incorpora -sin causa aparente- un privilegio exclusivo para un sector determinado de la población*”; en estos casos se debe verificar que la medida legislativa sea adecuada y conducente para realizar un fin constitucional y que además sea proporcional “*esto es, que el logro del objetivo perseguido por el legislador no puede llegar al extremo de sacrificar principios o derechos que constitucionalmente se consideran de mayor entidad en defensa del Estado Social de Estado*”.⁶²

7.6. Si bien, con las expresiones atacadas el legislador propende por un sistema de protección acorde con los mandatos del artículo 48 de la Carta Política, sin embargo, la búsqueda de este propósito, así como su potestad de configuración, no lo habilitan para sacrificar principios y derechos considerados de mayor entidad dentro del modelo que caracteriza al Estado social de derecho,...

Al ponderar los derechos de las parejas en relación con la pensión de sobrevivientes, la Sala no encuentra razones objetivas ni constitucionalmente validas que puedan constituirse en un obstáculo o significar un déficit de protección para las parejas conformadas con personas del

⁶² Sentencia C-111 de 2006.



mismo sexo que les impida ser destinatarias de los beneficios reconocidos por el legislador en materia de pensión de sobrevivientes.

7.7. Entre las objeciones formuladas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en las condiciones reclamadas por los demandantes, aparece el siguiente argumento:

"...Por ello, las leyes y normas, que regulan la seguridad social, deben tener en cuenta aspectos presupuestales y financieros, sin los cuales no podrían hacerse efectivos los derechos prestacionales y por tanto, materializarse acorde con los procesos de planificación económica y principios presupuestales, como lo ha señalado la H. Corte Constitucional"⁶³.

Lo expresado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público amerita una respuesta en tres dimensiones: legal, económica y axiológica. En primer lugar, es cierto que el legislador goza de libertad para configurar el sistema de seguridad social, libertad que, como ya se advirtió, no es absoluta por cuanto está limitada por el texto de la Constitución Política.

En segundo lugar, no es cierto que el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes al compañero o compañera permanente en las parejas homosexuales desemboque en un desequilibrio financiero que impida la sostenibilidad económica del sistema de protección de salud en pensiones, por cuanto al ampliar la protección a estas personas simplemente se está introduciendo una variante en el orden de prelación establecido por la ley para el caso de la sustitución pensional; es decir, cuando sobrevenga la muerte del pensionado o afiliado integrante de una pareja homosexual, en adelante su compañero o compañera permanente tendrán el orden de prelación que la ley prevé para cuando las parejas heterosexuales afrontan la misma contingencia.

(...)

En tercer lugar, la Sala considera que llegado el momento de ponderar las decisiones del legislador respecto de los derechos intrínsecos e inherentes del ser humano, se debe tener en cuenta el sistema axiológico propio del Estado social de derecho, al interior del cual existen valores, principios, disposiciones y normas que prevalecen, entre ellos los relacionados con la protección a la dignidad de la persona humana, el pluralismo, el libre desarrollo de la personalidad y su corolario, esto es la libertad de opción sexual, los cuales, desde una perspectiva constitucional, no pueden resultar abolidos en beneficio de derechos e intereses jurídicamente subalternos, como serían la defensa a ultranza de la libertad de configuración legislativa y, derivada de ésta, la posibilidad de excluir del sistema de seguridad social en

⁶³ Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, fl. 102 y siguientes del expediente.



pensiones a un grupo de la sociedad habitualmente discriminado como lo es la comunidad homosexual.

7.8. En conclusión, como lo ha considerado esta corporación⁶⁴, desde la perspectiva de la protección de los derechos constitucionales, la ausencia de una posibilidad real de que un individuo homosexual pueda acceder a la pensión de sobreviviente de su pareja fallecida que tenía el mismo sexo, configura un déficit de protección del sistema de seguridad social en pensiones que afecta sus derechos fundamentales por razón de la discriminación que dicha exclusión opera respecto de la condición sexual del mismo, exteriorizada en su voluntad de formar pareja.

En efecto, si se reconoce jurídicamente a las parejas del mismo sexo, por ahora, y en este caso, la Corte deriva de tal condición solo la consecuencia jurídica del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

8. Formalización de la convivencia

8.1. En el ordenamiento jurídico, la pensión de sobrevivientes se reconoce en el régimen solidario de prima media con prestación definida y en el de ahorro individual con solidaridad, siempre y cuando se cumplan las condiciones previstas en la ley, particularmente en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Al resultar extensivos los efectos de estas normas a las parejas integradas con personas del mismo sexo, a los compañeros o compañeras del mismo sexo les corresponde acreditar su condición de pareja, para lo cual deberán acudir ante un notario para expresar la voluntad de conformar una pareja singular y permanente, que permita predicar la existencia de una relación afectiva y económica responsable, de la cual posteriormente pueden derivar prestaciones de una entidad tan noble y altruista como la correspondiente a la pensión de sobrevivientes.

8.2. Como lo expresó la Corte en la Sentencia C-521 de 2007, para todos los efectos se entenderá que lo dicho ante el notario es cierto y es expresado bajo juramento; de esta manera, los integrantes de la pareja asumen las consecuencias judiciales y administrativas derivadas del fraude, la falsedad o la ausencia de veracidad en sus declaraciones. En la Sentencia que se menciona, sobre la formalización de la convivencia, la Corte expresó:

(...)

8.3. En efecto, para acceder a la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo deben acreditar dicha condición en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales.

⁶⁴ Sentencia C-811 de 2007



1.3. Decisión

Primero.- Declarar exequibles las expresiones “la compañera o compañero permanente”; “compañero o compañera permanente”; (...) contenidas en el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, en el entendido que también son beneficiarias de la pensión de sobreviviente, las parejas permanentes del mismo sexo cuya condición sea acreditada en los términos señalados en la Sentencia C-521 de 2007, para las parejas heterosexuales.

Segundo.- Respecto del artículo 1º de la ley 54 de 1990, estarse a lo resuelto en la Sentencia C-075 de 2007.

Tercero.- En cuanto a las expresiones “familiar”, “compañero o la compañera permanente” y “compañero o compañera permanente”, contenidas en el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, estarse a lo resuelto en la Sentencia C-811 de 2007.

SALVAMENTOS DE VOTO⁶⁵

5.1.4 CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia C-081/99

Expediente D-2135

Febrero 17 de 1999.

Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 47⁶⁶ parcial, de la ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.

⁶⁵ El magistrado JAIME ARAUJO RENTERIA manifestó su **salvamento de voto parcial**, en cuanto en su momento se apartó de las decisiones adoptadas en las sentencias C-075/07 y C-811/07, a las cuales se dispone estar a lo resuelto en esas oportunidades. De otra parte, anunció la presentación de una **aclaración de voto**, relativa a la posición más amplia que ha sostenido, de protección integral de los derechos constitucionales de las parejas del mismo sexo.

El magistrado NILSON PINILLA PINILLA, **salvó el voto**, toda vez que en su concepto, el legislador no está obligado a dar a las parejas del mismo sexo la misma protección que a las parejas heterosexuales en materia de sustitución pensional, toda vez que dicha protección está respaldada en la propia Constitución que reserva la concepción de matrimonio, unión permanente y familia, a la pareja conformada por un hombre y una mujer (art. 42). A su juicio, las normas demandadas resultan acordes con el ejercicio de la potestad de configuración del legislador en materia de seguridad social.

⁶⁶ “ARTICULO 47.- Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes.

Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a. En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite.

En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y



"(...)

En este mismo sentido, en sentencia de fecha junio 17 de 1998, M.P. Dr. José Roberto Herrera Vergara, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, dijo en relación con la pensión de sobrevivientes lo siguiente:

"Dentro del esquema normativo de la ley 100 de 1993, en el régimen de prima media con prestación definida se consagran las eventualidades de la pensión de sobrevivientes ocasionada en muerte de origen común, tanto por fallecimiento del pensionado como del afiliado. Respecto de aquél, basta que al momento del deceso tenga derecho a una pensión por vejez o invalidez, al paso que para éste se necesita haber cotizado 26 semanas y estar aportando al sistema al momento de su muerte o haberlas sufragado dentro del año inmediatamente anterior en el caso de haber dejado de aportar.

"En ambos casos, son 'beneficiarios' los miembros del grupo familiar en las condiciones previstas en el literal a) del artículo 47 de la ley 100 de 1993, esto es 'en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente superstite...' y '...en caso de que la pensión de sobreviviente se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido'..."

hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido.

b. Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez.

c. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste.

d. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste."



“Así las cosas, la norma en cuestión, en síntesis, enuncia básicamente tres requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, ya con la calidad de cónyuge o compañera (o) a saber: a) la convivencia del pensionado con el reclamante al momento de su muerte; b) que haya hecho vida marital desde el momento en que el fallecido tuvo derecho a la pensión y c) que haya convivencia por lo menos dos años continuos con anterioridad al fallecimiento, salvo que se haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido.

“En desarrollo de la norma legal mencionada, se dictó el decreto reglamentario 1889 de 1994, cuyo artículo 9, intitulado ‘cónyuge beneficiario de la pensión de sobreviviente por muerte del pensionado’; es del siguiente tenor: ‘el cónyuge del pensionado que fallezca tendrá derecho a la pensión de sobreviviente cuando cumpla los requisitos exigidos por los literales a) de los artículos 47 y 74 de la ley 100 de 1993.

Empero, esta Corte con relación al mismo tema, también ha establecido las pautas de interpretación que permiten entender la constitucionalidad de la disposición acusada, y la parte pertinente del fallo dijo:

“...respecto del derecho a la sustitución pensional rige el principio de igualdad entre cónyuges supérstites y compañeros (as) permanentes porque, siendo la familia el interés jurídico a proteger, no es jurídicamente admisible privilegiar un tipo de vínculo específico al momento de definir quién tiene derecho a este beneficio. Por el contrario, la ley acoge un criterio material -convivencia efectiva al momento de la muerte- y no simplemente formal -vínculo matrimonial- en la determinación de la persona legitimada para gozar de la prestación económica producto del trabajo de la persona fallecida. En consecuencia, en el hipotético caso de la negación de este derecho a la compañera permanente bajo el argumento de un vínculo matrimonial preexistente, pero disociado de la convivencia efectiva - v.gr. por el abandono de la esposa debido a la carga que representaba el cónyuge limitado físicamente -, se configuraría una vulneración del derecho de igualdad ante la ley en perjuicio de quien materialmente tiene derecho a la sustitución pensional.”

Ahora bien, la Corte debe resaltar que el anterior criterio fue, posteriormente, reiterado por esta Corporación en sentencia C-389 de 1996, en la cual esta Corporación dijo lo siguiente:

“....la legislación colombiana acoge un criterio material - esto es la convivencia efectiva al momento de la muerte - como elemento central para determinar quien es el beneficiario de la sustitución pensional, por lo cual no resulta congruente con esa institución que quien haya procreado uno o más hijos con el pensionado pueda



desplazar en el derecho a la sustitución pensional a quien efectivamente convivía con el fallecido.

Por todo lo anterior, la Corte considera que es equivocada la interpretación que efectúa el actor del literal parcialmente acusado, pues la norma establece que para que el compañero o cónyuge supérstite pueda acceder a la pensión de sobreviviente es necesario:

- que conviva con el pensionado al momento de su muerte;
- que haya hecho vida marital desde el momento en que el fallecido tuvo derecho a la pensión;
- y, finalmente, que haya convivido al menos dos años continuos, y sólo este último requisito puede ser reemplazado por la condición alterna de haber procreado uno o más hijos con el pensionado.

Precisado así el sentido del literal, entra la Corte a analizar la constitucionalidad de la expresión impugnada.

La razonabilidad de la procreación de uno o más hijos como requisito sustituto.

6- Los requisitos establecidos por el literal parcialmente impugnado pretenden evitar, como bien lo señala el Ministerio Público, convivencias de última hora para acceder a la sustitución pensional de quien está a punto de fallecer. En principio la Corte no encuentra ninguna objeción a que la ley establezca mayores exigencias que la simple convivencia al momento de la muerte, pues la pensión de sobrevivientes es una institución en donde el Legislador tiene una amplia libertad de configuración. Además, la norma persigue de esa manera una finalidad legítima pues, como lo muestra la regulación legal, la pensión de sobreviviente es asignada, según diferentes reglas, a diversos beneficiarios. Así, según los literales b, c y d de ese mismo artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en caso de que no haya cónyuge, la pensión se reparte entre los hijos, y en su defecto es asignada a los padres del causante si dependían económicamente de éste o a los hermanos inválidos. En ese orden de ideas, al evitar convivencias de última hora, la ley protege los derechos de otros posibles beneficiarios de la sustitución pensional, por lo cual no viola la Carta que, dentro de límites de razonabilidad, la ley consagre requisitos suplementarios para que los cónyuges o compañeros supérstites puedan acceder a la pensión de sobrevivientes." (M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero)

De lo anterior se concluye que, a contrario de lo sostenido por la demandante y con arreglo a las consideraciones anteriores, de índole jurisprudencial, es apropiado entonces afirmar que la convivencia afectiva al momento de la muerte del titular de la pensión, constituye el hecho que



legitima la sustitución pensional y que, por lo tanto, es conforme a la Carta Política, el hecho de que la disposición cuestionada exija, tanto para los cónyuges como para los compañeras o compañeros permanentes, acreditar los supuestos de hecho previstos por el legislador para que se proceda al pago de la prestación, con lo cual se busca, por parte del Congreso de la República, dentro de su amplia libertad de configuración legal, impedir, que sobrevenida la muerte del pensionado, el otro miembro de la pareja cuente con los recursos económicos indispensables para satisfacer sus necesidades, porque el literal a) del artículo cuestionado acoge un criterio real o material, como lo es la convivencia al momento de la muerte del pensionado, como el supuesto de hecho para determinar el beneficiario de la pensión, pero claro está, éste último requisito conforme a los dispuesto en la sentencia C-389 de 1996, esto es, puede remplazarse tal supuesto de hecho con la condición alterna de haber procreado o adoptado uno o más hijos con el pensionado fallecido para que se proceda a su pago.

(...)

DECLARAR EXEQUIBLE el segmento "...la compañera o compañero permanente supérstite...", de los artículos 47 y 74 de la ley 100 de 1993.

5.3 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Sentencia del 20 de mayo de 2008

M.P. Dra. ISAURA VARGAS DIAZ.

SALVAMENTO DE VOTO DE los Doctores Eduardo López Villegas y Gustavo

Gnecco Mendoza.

.Radicación No. 33033

Consideró la Corte:

"Corresponde determinar si el ad quem se equivocó al dar aplicación a los artículos 6° y 25 del Decreto 758 de 1990, en lugar de los artículos 46 y 49 de la Ley 100 de 1993.

no hay controversia: (i) que el causante estuvo afiliado al ISS, lapso durante el cual cotizó 614 semanas; (ii) que falleció el 7 de septiembre de 2001; (iii) que al momento del deceso no estaba aportando al Instituto demandado; y (iv) que estuvo casado con la demandante.

En ese orden, se impone afirmar que el fallador de alzada no incurrió en los desaciertos jurídicos que le atribuye la censura, puesto que, sin duda alguna, La demandante tiene derecho a que se le reconozca la pensión de sobrevivientes, toda vez que, no obstante que el causante MARCELIANO RODRÍGUEZ no aportó semanas en el último año anterior a su muerte, sí lo hizo durante más de 12 años, lapso durante el cual cotizó un abundante número de semanas que le permitían configurar y acceder a los seguros contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte.



En efecto, las disposiciones que rigen el asunto y que le dan derecho a CAMBINDO LÓPEZ a reclamar la pensión de sobrevivientes, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa previsto por el artículo 53 de la Constitución Política, son precisamente los artículos 6º y 25 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año. Ello es así, porque el causante en vida cotizó más de 300 semanas en cualquier época, requisito que consagran las preceptivas referidas.

Por ello no resulta lógico ni acorde con los postulados protectores del derecho del trabajo y los de la seguridad social, que una persona como MARCELIANO RODRÍGUEZ, que en vida completó 614 semanas, de las cuales más de 300 <antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993>, que le darían derecho a acceder a los seguros de invalidez y muerte, al fallecer, no pueda transmitir ese derecho a sus causahabientes, por el simple hecho de no haber reunido 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior a su fallecimiento, por cuanto para la fecha en que dejó de cotizar ya tenía una expectativa con respaldo en la normatividad traída a colación. En ese orden, se renueva en el *sub judice*, el principio de la condición más beneficiosa consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política.

Al punto sirven las reflexiones de esta Sala de la Corte en pronunciamiento mayoritario expuesto en fallo 26178 de 2 de marzo de 2006, posición ratificada, entre otras, en las de 15 de mayo y 14 de noviembre de 2006, radicados 25216, y 29176, respectivamente, y 12 de marzo de 2007, radicación 29857, cuyo texto es: (contenido en la sentencia Rad. 15760, citada en el numeral 7.3.1 del acápite la Condición más beneficiosa)

"El anterior criterio, que hasta el momento se mantiene, en lo esencial, invariable, fue precisado en la sentencia del 15 de junio de 2004, radicación 21639, donde se dijo:

"De lo antes transscrito debe concluirse que el criterio de la Sala respecto a las semanas no es como lo entiende el Tribunal, o sea, que basta con que el afiliado tenga ese número cotizadas en la fecha de su fallecimiento para que tenga derecho a la pensión de sobrevivientes con sustento en el artículo 6 del acuerdo 049 de 1990. Y no lo es porque como se lee en los apartes de la sentencia antes transcrita, lo que se le criticó al juzgador de ese asunto es que 'no se detuvo a examinar si teniendo en cuenta las cotizaciones pagadas con antelación a la multicitada ley 100 de 1993, al aquí demandante le asistía el derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes que se reclama'. Y de esto lo que se colige y, por consiguiente, se destaca y precisa, es que con dicha pauta jurisprudencial lo que se quiso y quiere es proteger a aquellos afiliados que para la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 en materia de pensiones: 1 de abril de 1994, ya habían satisfecho el mínimo de cotizaciones que la normatividad vigente hasta esta data les exigía para tener derecho a la pensión de



sobrevivientes, como era, al tenor del artículo 6 del acuerdo 049 de 1990, 300 semanas en cualquier tiempo.

"Lo antes afirmado significa que la ley 100 de 1993, como se expresa en el fallo que trae a colación el recurrente, no quedaron abolidas las prerrogativas de los derechohabientes originadas por afiliados que durante su vinculación como sujetos activos habían cumplido todas las cotizaciones exigidas en el reglamento aplicable y antes de entrar a regir la nueva ley se desafiliaron del sistema al considerar fundadamente que por faltarles únicamente el requisito del fallecimiento, sus familiares podrían reclamar la respectiva prestación al momento del deceso. Predicamento que también lógicamente es extensivo a quienes siguieron afiliados al sistema y para la época en que entró a regir el mismo tenía las 300 semanas cotizadas en la normatividad vigente para esa data."

Por consiguiente, el Tribunal no incurrió en la infracción legal que denuncia el impugnante, toda vez que, tal como se infirió, es incuestionable que el causante aportó durante su vida laboral 614 semanas, mínimo de ciclos requerido para el cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

Ahora, en cuanto a lo que plantea la acusación, de que el fallador de segundo grado desconoció los artículos 46 y 49 de la Ley 100 de 1993, para darle cabida equivocada a los artículos 6° y 25 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, debe decirse (...)

Así las cosas, cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993, el afiliado MARCELIANO RODRÍGUEZ tenía satisfechas más de 300 semanas, es decir cumplía con el requisito del artículo 6° del Acuerdo 049 de 1990 para aspirar a una pensión en el evento de estructurarse una invalidez.

En tales circunstancias, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, ANAÍS GRACIELA CAMBINDO LÓPEZ tiene derecho a la pensión de sobrevivientes con base en el régimen legal anterior --artículos 6° y 25 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año--, sin que tenga que acreditar la densidad de cotizaciones que exigía la nueva preceptiva <artículo 46 Ley 100 de 1993>

En cuanto a que para que aplique el principio de la condición más beneficiosa se requiere "*una situación concreta anteriormente reconocida*", se reitera que cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993, el afiliado MARCELIANO RODRÍGUEZ reunía los requisitos exigidos por el artículo 6° del Acuerdo 049 de 1990, para acceder a la pensión ante una eventual invalidez, hecho no controvertido en el proceso, amén de que como lo ha sostenido la jurisprudencia en torno al tema, en aquellos casos en que se trate de una persona que ha cotizado y reunido los requisitos para la pensión ante una contingencia que lo invalide en el porcentaje requerido, fallece y la



nueva normatividad le hace nugitorio el derecho a su grupo familiar, aplica el conjunto normativo vigente al completar las exigencias pertinentes".

**6.3 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,
SALA DE CASACIÓN LABORAL**
Magistrada Ponente: ISAURA VARGAS DIAZ.
Referencia No. 33.481
29 de julio de 2008.

Hija de crianza no tiene derecho a considerarse como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes.

"(...), para los efectos de que trata el artículo 13 de la Ley 797 de 29 de enero de 2003, en la forma como modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, aplicable al caso por haber ocurrido el deceso del causante en su vigencia, no podía el Tribunal concluir que por ostentar la condición de '*hija de crianza*' que se adujo en la demanda, tenía derecho a considerársele como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por cuenta de Gabriel de Jesús Ospina López.

En efecto, siendo que el Parágrafo del artículo en cita impone que para sus efectos, esto es, ser beneficiario de la dicha pensión de sobrevivientes, '*se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil*'; y que a su vez, ni en el Código Civil, ni en las disposiciones que complementan la materia relativa al derecho de personas y familia, entre otras, las de las Leyes 45 de 1936, 75 de 1968 y 29 de 1982, el Decreto 1260 de 1970 y el Código del Menor, está concebida la noción de '*hijo de crianza*', sino las de hijos legítimos, legitimados, adoptivos y extramatrimoniales, estando dentro de éstos quien por la mera convivencia se le dispensa afecto y trato familiar, se equivocó el juez de alzada al concluir que hacía parte de tales beneficiarios quien no estaba comprendido dentro de las precisas personas a las que se refieren las aludidas disposiciones.

De suerte que, estando previsto en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, aplicables a la pensión de sobrevivientes causada en su vigencia, que las relaciones de parentesco entre padres, hijos y hermanos que dan lugar al derecho sean las predicadas en el Código Civil, el Tribunal aplicó indebidamente dichas disposiciones y de contera dejó de aplicar las pertinentes de ese estatuto sustantivo, como las que lo complementan, al considerar que LAURA MARIA GRAJALES SUAZA, hija de BEATRIZ ELENA SUAZA OSPINA y ARLEY DE JESUS GRAJALES SEPULVEDA (folio 15), también era '*hija*' de GABRIEL DE JESUS OSPINA LOPEZ, cuando quiera que desde el umbral del proceso --folio 1, hecho 2--, se reconoció que la verdad biológica --que es la que regula los vínculos de parentesco-- fue que ésta no era hija de aquél, sino apenas lo que es dado comúnmente en llamar '*hija de crianza*'.



No sobra eso sí recordar que antes de la vigencia de las mentadas disposiciones que regulan hoy la pensión de sobrevivientes, la Corte había asentado el criterio que permitía bajo ciertas circunstancias, que no es menester aquí estudiar, considerar como beneficiarios del derecho pensional a personas que, no empece no contar con vínculos de sangre o civiles como las ya mencionados, respecto del causante se encontraran en una verdadera relación paterno filial. Pero tal criterio debió ser modificado ante el nuevo marco jurídico legal que imperativa restringe la calidad de beneficiario pensional a quienes de acuerdo con la ley civil pueden ser tenidos como padres, hijos y hermanos; tal como lo expresó la Corte en los términos de la sentencia de 14 de agosto de 2007”.

**5.5 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,
SALA DE CASACIÓN LABORAL
Sentencia del 15 de abril de 2008
M. P: Dra. ISAURA VARGAS DIAZ.
Referencia No. 30434**

Los requisitos que han de cumplir los beneficiarios se han de mirar en el momento de la muerte.

“El carácter rogado del recurso de casación no puede hacerse valer como una restricción al imperativo de proveer el derecho, en circunstancias como las del *sub lite*, en la que se propone un yerro con efectos controlados, la de analizar la pretensión bajo el supuesto de su causación en el año 2000, a la muerte de la madre sustituta del padre, y no para el año de 1982, a la muerte del jubilado.

Ciertamente incurre el tribunal en yerro protuberante en conceder al “beneficiario” de la sustituta, el derecho a la pensión de sobrevivientes, cualquiera que fuere el marco legislativo que se adopte, y lo cual es suficiente para que el cargo sea fundado.

En consideraciones de instancia se ha de señalar que el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 es indebidamente aplicada, no sólo por lo que pretende la censura, sino también porque no es la norma aplicable; las que gobiernan el *sub examine*, son las Leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 4 de 1976, 44 de 1980, vigentes para el año de 1982, cuando al actor se le causó el derecho de sustituir el derecho a la pensión de jubilación de su padre fallecido.

El artículo 1 de la Ley 33 de 1973 consagra el derecho de los hijos menores, inválidos y dependientes económicamente del pensionado, a sustituirlo cuando este fallezca, en su pensión de jubilación.



Ha sido reiterada la posición de la Sala en el sentido de que, por regla, los requisitos que han de cumplir los beneficiarios se han de mirar en el momento de la muerte.

Mas la anterior regla se debe precisar en lo que concierne a forma en que han de probarse el supuesto normativo de la invalidez: debe sujetarse a las reglas vigentes para el momento en que se solicita el dictamen pericial.

De esta manera la única prueba válida de invalidez aportada al proceso, es la practicada en el proceso civil de interdicción en el año de 2001.

En el *sub lite* fue aportada una pericia médico forense, trasladada del proceso de interdicción civil, en el que da cuenta de una enfermedad mental incurable que le impide tener capacidad de administrar o de disponer de sus bienes, y diagnosticada para noviembre de 2000.

A partir de la Ley 100 de 1993 a los efectos de determinar y graduar la invalidez es necesario que dicho dictamen surja de las Juntas calificadoras lo que no aparece dentro de la prueba aportada".

5.6 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL

Sentencia de fecha 5 de febrero de 2008.

M. P: Dr. EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS.

Referencia No. 30992

"(...) Al ser un hecho indiscutido dentro de la litis, que el asegurado NILTON JHONNY DÍAZ ROMÁN falleció el 26 de marzo de 2003, (...) es el citado precepto legal literal d) del artículo 13 de la Ley 797 del 29 de enero de 2003, el que verdaderamente gobierna el asunto en cuanto a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en su versión anterior a la sentencia de constitucionalidad C-111 del 22 de febrero de 2006 que declaró la inexequibilidad de algunos apartes de la norma, siendo su texto original del siguiente tenor:

"Artículo 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así:

47.- Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

(...)

d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de forma total y



absoluta de éste...."

De acuerdo con la motivación de la sentencia acusada, el Juez colegiado al interpretar la norma en comento, razonó diciendo que si bien de su texto literal se desprende que "la aspiración de los padres del cotizante, para que resulte próspera, en primer término está supeditada a que no existan otros beneficiarios con mejor derecho a la misma; y, en segundo lugar, que tales progenitores tengan una dependencia económica definitiva de aquél, es decir, total y absoluta", era de entender que allí no se hacía alusión a una simple colaboración o ayuda que pudiera provenir del causante hacia sus padres, sino a un aspecto muy distinto que tiene como característica la imposibilidad o la dificultad extrema de estos beneficiarios en acceder a los ingresos mínimos e indispensables que les permita llevar una existencia digna, dicho de otro modo, que "la dependencia económica se da cuando los beneficiarios de la prestación, por no poseer la autonomía que les procure la atención de los costos que su propia subsistencia demande, bien a través de su propio trabajo, ora de la existencia de un patrimonio del cual son titulares, se hallan supeditados al ingreso proveniente del de cujus", para así concluir que "si tales beneficiarios tienen un ingreso que no alcanza a paliar ese mínimo vital que les asiste, es necesario entender que se encuentran en la situación descrita" (resalta la Sala).

(...)

Visto lo anterior, esta Corporación observa que el Tribunal no cometió los yerros jurídicos que le atribuye el censor, puesto que lo señalado en la decisión impugnada, alrededor del tenor literal de la norma controvertida, es ni más ni menos lo que es dable extraer de la misma, valga decir, que el legislador con la reforma que introdujo con la Ley 797 de 2003 y específicamente con su artículo 13 numeral d), fijó como requisito para poder reconocer la pensión de sobrevivientes en cabeza de los padres, la dependencia económica definitiva o "total y absoluta".

Y la circunstancia que independientemente de la posterior declaración de inexequibilidad contenida en la sentencia C-111 del 22 de febrero de 2006, el ad quem a reglón seguido haya estimado que pese a lo consagrado originalmente en el citado literal d) del artículo 13, que incorporó al ordenamiento la expresión "total y absoluta", debía entenderse que la dependencia allí exigida no podía tener tal connotación, en la medida que en su sentir aquella se configura cuando los beneficiarios de la prestación, no son autosuficientes económicamente así tengan un ingreso o patrimonio, y cuando para poder subsistir dignamente "se hallan supeditados al ingreso proveniente del de cujus"; tampoco esas aserciones constituyen un error jurídico, dado que tales razonamientos están acordes a los parámetros jurisprudenciales que de tiempo atrás la Sala de Casación Laboral ha adoctrinado sobre esta precisa temática, antes y después de la expedición de la norma de marras, e incluso mientras estuvo en vigor el enunciado "de forma total y absoluta", en el sentido de que el requisito de la dependencia económica, está concebido bajo el presupuesto de la subordinación de los padres en relación con la ayuda pecuniaria del hijo para poder subsistir, con la precisión de que "no descarta que aquellos puedan recibir un ingreso adicional fruto de su propio trabajo o actividad, siempre y cuando éste no los convierta



en autosuficientes económicamente, desapareciendo así la subordinación que predica la norma legal”, como se puede ver en la sentencia del 11 de mayo de 2004 radicado 22132, reiterada en decisiones del 7 de marzo de 2005 y 21 de febrero de 2006 con radicación 24141 y 26406 respectivamente.

(...)

Adicionalmente, cabe agregar que como también lo ha expresado la Sala, esa dependencia económica en los términos que se acaban de delinejar, indudablemente se erige como una situación que sólo puede ser definida y establecida para cada caso concreto, pues si los ingresos que perciben los padres fruto de su propio trabajo o los recursos que éstos obtengan de otras fuentes, son suficientes para satisfacer las necesidades básicas o relativas a su sostenimiento, no se configura el presupuesto de la norma para poder acceder al derecho pensional, y es por esto, que se ha puntualizado jurisprudencialmente que la mera presencia de un auxilio o ayuda monetaria del buen hijo, no siempre es indicativo de una verdadera dependencia económica, y en esta eventualidad no se cumpliría las previsiones señaladas en la ley”.

6. PREGUNTAS

- 4.1 ¿Qué normatividad se debe aplicar, para efectos de determinar los requisitos de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en el evento de cambio de normatividad entre el hecho de la muerte y la pretensión del derecho a la pensión?
- 4.2 ¿Qué normatividad se debe aplicar, para efectos de demostrar el supuesto normativo de la invalidez que determina la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en el evento de cambio de normatividad entre el hecho de la muerte y la solicitud del dictamen pericial?
- 4.3 ¿Es razón para negar la pensión de sobrevivientes, del hijo que falleció en el año 2005, el que la madre reciba una pensión de invalidez?

5. CASOS:

5.1. María Zuleta demandó a Laboratorios Jabones y Jabones para que se le reconozca la pensión de sobrevivientes y ordene el pago de las mesadas atrasadas, de su difunto esposo Juan Patiño quien laboró con dicha entidad del 1 de enero de 1990 hasta el 30 de mayo de 2000, fecha en que falleció.

Alega la demandante que el empleador descontaba del sueldo del causante la suma correspondiente a los aportes.



Comprobada la muerte del señor Juan Patiño, el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección, con quien el juez de primera instancia, ordenó integrar el litis consorcio necesario, manifestó que el pago de las cotizaciones registró un comportamiento de mora, y que al momento de su deceso no registraba ninguna semana de cotización en el último año, negó la pensión de sobrevivientes.

La entidad demandada alega que si bien es cierto, que por disposición legal existe la obligación de afiliar a todos los trabajadores vinculados por medio de contrato de trabajo, esta obligación cesa una vez el afiliado cumpla con los requisitos para acceder a la pensión de vejez. Afirma que desde el mismo instante en que fue vinculado el señor Patiño, la sociedad demandada realizó los aportes por pensión a la entidad elegida por el empleado, entidad que en un principio fue el ISS, hasta el 8 de marzo de 1996 cuando el causante de manera voluntaria se afilió al Fondo de Pensiones Protección, donde continúo realizando los aportes correspondiente y, que los que no se realizaron dentro del plazo, fueron consignados con los respectivos intereses.

En el proceso se demostró que:

El señor Juan Patiño falleció el día 15 de Junio de 2.000, que al momento de su muerte se encontraba al servicio del demandado Jabones y Jabones, desde el 1 de enero de 1.990 y que la demandante es la cónyuge supérstite del trabajador fallecido.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A., negó la pensión argumentando que el causante al momento de su fallecimiento no era cotizante al Sistema de Seguridad Social; presenta un total de 1.307,42 semanas cotizadas, de las cuales 156,28 son cotizadas a Protección y ninguna corresponde al año inmediatamente anterior a la fecha del siniestro”, “en el numeral 4 de esta resolución”. Por no cumplir con el requisito de las 26 semanas de cotización. En su lugar, se le reconoció el derecho a reclamar los dineros de la cuenta individual del afiliado fallecido que corresponde a la suma de \$9.569.962, quedando pendiente el pago del bono pensional por parte de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, donde Protección S.A. adelantara las acciones de cobro tendiente a la recuperación del pago correspondiente al Bono (o cupón).

Está demostrado que el señor Juan Patiño, fue afiliado inicialmente al Seguro Social desde el inicio de su relación laboral <11-01-90> y a partir del 8 de Marzo de 1.996 se afilió y traslado al Fondo de pensiones Obligatorias PROTECCION S.A., pagando los aportes en este fondo desde Abril de 1.996 hasta Abril de 1.999 con anterioridad a la fecha del siniestro y, a partir de Mayo de 1.999 hasta Mayo de 2.000 fueron cancelados el 20 de Junio de 2.000.

La demandante al absolver el interrogatorio de parte acepto haber recibido el valor de \$10.142.493 por devolución de saldos y de \$136.244.084 correspondiente al Bono pensional acreditado en la cuenta del afiliado fallecido.



El juez de primera instancia absolió al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. de los cargos de la demanda y condenó a Jabones y Jabones a pagar la pensión de sobrevivientes a partir del 1 de junio de 2000. más las mesadas adicionales y reajustes legales.

el apoderado judicial del demandado Jabones y Jabones interpuso recurso de apelación, alegando desconocimiento de la jurisprudencia de la C.S.J. que en forma reiterada concluye que no se puede negar la pensión de sobreviviente a los derechohabientes de un afiliado so pretexto de no reunir 26 semanas de cotización en el año anterior a su deceso, si durante su vinculación con la seguridad social cumplió cabalmente los requisitos exigidos por el Acuerdo 049 de 1.990; y, que no se tuvo en cuenta que la demandante en su interrogatorio manifiesta haber recibido de Protección S.A. la suma de \$10.142.493 como devolución de saldos de la cuenta individual de su esposo fallecido y de \$136.244.084 por concepto de bono pensional, dineros que tienen una finalidad específica legal de financiar la pensión de los afiliados o derechohabientes y por lo tanto mal podría beneficiarse la demandante del pago de la pensión y al beneficio de los dineros acreditados en la cuenta individual de su esposo fallecido.

El Tribunal Resolvió:

PRIMERO: Revocar La condena a Jabones y Jabones, para en su lugar, "Declarar probadas las excepciones propuestas por la demandada "Inexistencia del derecho aludido y "Falta de causa para pedir" y, como consecuencia, se le absolverá de todas las pretensiones formuladas por la demandante en su contra".

SEGUNDO: "Condenar a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS - PROTECCION S.A. a reconocer y pagar a favor de la demandante la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento del afiliado, a partir del 15 de Junio de 2.000, en cuantía equivalente al 75% del ingreso base de liquidación, sin que pueda ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente para la época, junto con los reajustes de ley y las mesadas adicionales de junio y diciembre..

¿Cuál será su decisión como Sala de Casación?

5.2 María Jiménez, en calidad de compañera permanente del señor Mario Prado, pretende que La compañía Frutos de Colombia reconozca y pague la sustitución pensional del señor Mario Prado quien falleció el 1º. de septiembre de 1986.

No es motivo de discusión que la Compañía Frutos de Colombia, le reconoció la pensión de jubilación al señor Mario Prado a partir del año 1970.

La jueza de primera instancia concedió el derecho a la demandante.



Apela la apoderada de la parte demandada, centra su inconformidad en la condena a reconocer y pagar pensión de sobrevivientes pues a la fecha de la muerte del señor Mario Prado, no existía este beneficio a favor de la compañera permanente, y no podía darse efectos retroactivos a la Ley 71 de 1988.

5.3 María José Ramírez, pretende que se le reconozca la pensión de sobrevivientes del señor David Marín, en virtud de la convivencia de su madre con el causante, durante más de cinco años y hasta la fecha de la muerte de éste en el año 2003, cuenta con 19 años y cursa la carrera de administración de empresas. Hechos que están plenamente demostrados en el proceso.

¿Tiene derecho María José a la pensión pretendida?

5.4. Mary Padilla pretende que se le pague la pensión de sobrevivientes de su esposo Mariano Ramírez con quien contrajo matrimonio el 7 de octubre del año 2000 y con quien convivió hasta la fecha de su fallecimiento. A la fecha del matrimonio ya convivía con el señor Mariano Padilla desde el 18 de diciembre de 1996.

El ISS negó la pensión de sobrevivientes por cuando desde la fecha del matrimonio de la demandante con el causante hasta la muerte, no transcurrió el término de 5 años que el artículo 13 de la Ley 797 exige para tener derecho a la pensión de sobrevivientes.



CAPITULO VIII

ASPECTOS COMUNES AL SISTEMA DE PENSIONES

1.- ACTUALIZACIÓN DE LAS OBLIGACIONES EN MATERIA DE PENSIONES

La inflación produce la perdida de la capacidad adquisitiva de la moneda, en consecuencia entre la fecha en que se contrae una obligación y la fecha en que se paga, la capacidad adquisitiva de la moneda puede verse afectada por la inflación. Y uno de los mecanismos de actualización es la indexación.

1. 1 INDEXACIÓN o corrección monetaria, es la forma como en Colombia se mantiene el valor originario del crédito dinerario, en nuestro estudio: de las pensiones.

Hay que distinguir la actualización periódica de las mesadas pensionales y del ingreso base para liquidar la primera mesada pensional.

1.1.1. Indexación de la primera mesada. El hecho que genera la figura de la indexación es que personas que reúnen el requisito del tiempo de servicio o semanas cotizadas, no tienen cumplido el requisito de la edad, por lo que transcurre un lapso de tiempo entre el retiro del servicio y la exigibilidad de la pensión.

1.1.2 Liquidación de la primera mesada.- respecto a la fórmula para obtener el IBL indexado, en sentencia del 13 de diciembre de 2007, Rad. 31222 la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recogió cualquier pronunciamiento anterior que resulte contrario con respecto a la formula que se venía utilizando y tomo la siguiente:

$$VA = VH \times IPC \text{ final}$$

IPC Inicial

VA=IBL o valor actualizado

VH = Valor histórico que corresponde al último salario promedio mes devengado.



IPC final = Índice de precios al consumidor de la última anualidad en la fecha de pensión (31 de diciembre del año anterior a la fecha de pensión). (Paréntesis no pertenece al texto).

IPC inicial= Índice de precios al consumidor de la última anualidad (31 de diciembre) en la fecha de retiro o desvinculación del trabajador. (Paréntesis no pertenece al texto).

1.2.2 En los términos del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 las pensiones se reajustarán el 1º de enero de cada año, de oficio, con base en el IPC, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. Y en el caso de las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo, se reajustarán con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno

1.2.3. El Art. 143 de la Ley 100 consagra un reajuste mensual equivalente a la elevación de la cotización para salud que resulte de la aplicación de esta ley, para los pensionados a quienes con anterioridad al 1 de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez o muerte.

1.2.4 El Art. 150 de la Ley 100 de 1993 ordena una reliquidación de la mesada para los funcionarios y empleados públicos que hubiesen sido notificados de la resolución de jubilación y que no se hayan retirado del cargo, incluyendo los sueldos devengados con posterioridad a la fecha de notificación de la resolución.

1.3. De otra parte el Art. 141 de la ley 100 de 1993, ordenó, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata dicha ley., el reconocimiento y pago de la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectué el pago.

De otra parte está el tema de la indexación, tanto para el ingreso base de liquidación o primera mesada pensional, como para las mesadas atrasadas.

1.1 En lo que a INTERESES se refiere, más que una sanción son una medida resarcitoria y se causan desde el momento en que se debe efectuar el pago y no se realiza. Para lo anterior hay que tener presente:

A) El vencimiento del plazo que la ley otorga a las administradoras de pensiones para resolver la petición de reconocimiento de la pensión.

B) El plazo, en el caso del régimen de prima media puede ser el señalado en el Art. 19 del Decreto 656 de 1994⁶⁷ para las administradoras de pensiones, de 4 meses.

⁶⁷ El Artículo 19 dispone: El Gobierno Nacional establecerá los plazos y procedimientos para que las administradoras decidan acerca de las solicitudes relacionadas con pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia, sin que en ningún caso puedan exceder de cuatro (4) meses.



C) El Art. 4 de la ley 700 de 2001⁶⁸ concedió un plazo de 6 meses a partir del momento en que se eleve la solicitud de reconocimiento por parte del interesado para tramitar las pensiones.

D) El Art.1 de la ley 717 de 2001⁶⁹ otorgó dos meses para el reconocimiento de a pensión de sobrevivientes.

E) El Art.9 de la ley 797 de 2003⁷⁰, que modificó el art. 33 de la ley 100 de 1993, otorgó a los fondos un plazo de 4 meses después de radicada la solicitud, para reconocer la pensión.

2. JURISPRUDENCIA.

La Corte Suprema de Justicia en materia de intereses moratorios y de indexación ha variado su criterio.

En cuanto a los primeros:

2.1 EN LO QUE HACE RELACIÓN A QUÉ CASOS SE APLICA LOS INTERESES MORATORIOS:

2.1.1. Sentencia del 28 de noviembre de 2003, RAD. 18273

Consideró la Corte que, los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sólo están previstos respecto de las pensiones gobernadas en su integridad por el Sistema de Seguridad Social en Pensiones consagradas en esa ley, dentro de las cuales no se hallan las surgidas del régimen de transición en pensiones.

⁶⁸ ARTÍCULO 4o. A partir de la vigencia de la presente ley, los operadores públicos y privados del sistema general de pensiones y cesantías, que tengan a su cargo el reconocimiento del derecho pensional, tendrán un plazo no mayor de seis (6) meses a partir del momento en que se eleve la solicitud de reconocimiento por parte del interesado para adelantar los trámites necesarios tendientes al pago de las mesadas correspondientes.

⁶⁹ "Artículo 1° El reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes por parte de la entidad de Previsión Social correspondiente, deberá efectuarse a más tardar dos (2) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho".

⁷⁰ Parágrafo 1º. Inciso final. Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte.



2.1.2. El anterior criterio fue precisado en la sentencia del 20 de octubre de 2004 Radicación No. 23159; Magistrado Ponente: GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA, Y ratificado en sentencia de 24 de febrero de 2005, Rad. 23759 al considerar que:

“...No cabe duda de que el régimen pensional solidario de prima media con prestación definida regulado por la Ley 100 de 1993 conserva las mismas características principales del consagrado para el seguro de invalidez, vejez y muerte por los Acuerdos del Instituto de Seguros Sociales, vigentes antes de la expedición de la citada ley, particularmente el 049 de 1990..”

“...Lo anterior significa que, con las modificaciones introducidas por la Ley 100 de 1993, el actual régimen pensional de prima media con prestación definida es, en esencia, el mismo de que trata el Acuerdo 049 de 1990...”

“Por esa razón, a partir de la sentencia del 20 de octubre de 2004, radicado 23159, ha proclamado esta Sala de la Corte que una pensión que jurídicamente encuentra sustento en el Acuerdo 049 de 1990,... debe ser considerada como una pensión que origina “el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley”, como lo señala el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 para sancionar la mora en el pago de dichas mesadas, por cuanto es razonable concluir que corresponde a una pensión del susodicho régimen solidario de prima media con prestación definida, por las razones anotadas en precedencia”.

2.1.3. En la sentencia del 21 de septiembre de 2006 Rad. 27 295 Magistrado Ponente Dr.: Luis Javier Osorio. en la que cito las sentencias del 20 de octubre de 2004 y la del 24 de febrero de 2005, consideró la Corte que el Art. 141 de ley 100 no se aplica a las pensiones reconocidas en virtud del Art. 8 de la ley 171 de 1961.

Expuso la Corte:

“El cargo propuesto está encaminado a que se determine jurídicamente la procedencia de los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, respecto de una pensión especial o restringida de jubilación por retiro voluntario, a cargo directo del empleador y otorgada conforme a la normatividad anterior, concretamente el artículo 8º de la Ley 171 de 1961.

(...)

Así las cosas, habiéndose consolidado en el sub examine el derecho a la pensión restringida de jubilación con antelación a la vigencia de la nueva ley de seguridad social, específicamente en el año 1975 cuando se retiró el actor voluntariamente después de 15 años de servicios, se concluye que tal derecho no quedó cobijado por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, norma que se aplica sólo a las pensiones causadas con posterioridad a la expedición de la referida ley de seguridad



social que organizó el sistema general de pensiones y que sean reconocidas con fundamento en la normatividad integral de la misma.

En lo que tiene que ver con la imposición de los mencionados intereses de mora, esta Corporación ha fijado su propio criterio, sin que ahora los planteamientos de la censura logren variarlo, es así que desde la sentencia del 28 de noviembre de 2002 radicado 18273, reiterada en otras posteriores como por ejemplo en la 21640 del 6 de mayo de 2004, dijo:

".....) Empero, el aludido desacuerdo únicamente es suficiente para tener como fundado el cargo y no para quebrar el fallo recurrido, ya que para la mayoría de la Sala, en esta oportunidad, contrario a lo que se venía sosteniendo, los intereses del artículo 141 de la ley 100 de 1993 se imponen cuando se trata de una pensión que debía reconocerse con sujeción a su normatividad integral.

Y es que no obstante lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C- 601 del 24 de mayo de 2000 al declarar exequible el mencionado artículo 141, para la Corte esa disposición solamente es aplicable en el caso de mora en el pago de pensiones causadas con posterioridad a la vigencia de la ley de Seguridad Social y que sean reconocidas con fundamento en la normatividad integral de la misma, y no, como ocurre en este caso, respecto de una pensión que no se ajusta a los citados presupuestos.

Lo anterior conlleva, entonces, que como la pensión que se le concedió al demandante Hernando Francisco Olaya Román, no es con sujeción integral a la ley 100 de 1993, no había lugar a condenar al pago de los intereses moratorios que consagra tal ley en su artículo 141 que claramente dispone: <...> en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley (...).

Además, en este asunto tampoco se presenta la situación prevista por el artículo 288 de la ley 100 de 1993 para que se pudiera dar aplicación a su artículo 141, pues la primera norma dispone: <Todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a la vigencia de la presente ley le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo por lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de las disposiciones de esta ley>.

En este orden de ideas, como la pensión que el Tribunal ordenó le fuera reconocida al demandante, bajo el amparo de lo consagrado en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, no hace parte del sistema integral de la seguridad social de la Ley 100 de 1993, no hay lugar a condenar al pago de los intereses moratorios previstos en su artículo 141.



De otro lado, en lo concerniente a lo expresado en el escrito de sustentación del recurso extraordinario, en el sentido de que en el sub lite tiene plena aplicabilidad la enseñanza jurisprudencial contenida en la sentencia de la Corte que data del 20 de octubre de 2004 radicado 23159, que refiere a los intereses de mora de marras; (...)

De ahí que, la circunstancia de encontrarse en transición no le da el derecho a que se le aplique el multicitado artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Para una mayor ilustración, es pertinente traer a colación lo señalado por esta Sala de la Corte, en sentencia del 24 de febrero de 2005 radicado 23759, en la que se amplió la postura fijada en la rememorada decisión del 20 de octubre de 2004 radicación 23159, pero manteniendo dicha posición sólo frente al régimen pensional de los Acuerdos del Instituto de Seguros Sociales y respecto de las situaciones pensionales con las características antedichas, puntualizándose lo siguiente: (...)".

2.1.4 En la sentencia del 13 de diciembre de 2007. Rad. N° 30602, M.P. Dr. Luís Javier Osorio López, sostuvo la Sala laboral, de la Corte Suprema:

"Tiene razón la demandada recurrente en el reproche que le hace a la sentencia impugnada, en relación con el tema de los intereses a que fue condenada, habida consideración que la pensión que le fue reconocida al actor no es de aquellas que se conceden con sujeción a la normatividad integral de la Ley 100 de 1993, que los consagra, sino que proviene de la aplicación del régimen anterior para los trabajadores oficiales conforme a la citada Ley 33 de 1985, así su base salarial se haya actualizado en virtud de lo previsto en la nueva ley de seguridad social.

Esta Sala de la Corte desde la sentencia 28 de noviembre de 2002, radicado 18.273, fijó el criterio mayoritario que no ha variado, reiterado entre otras en sentencias del 2 de diciembre de 2004, radicación 23725 y más recientemente en las del 18 de mayo, 26 de septiembre y 3 de octubre de 2006, y 30325 del 24 de mayo de 2007, radicaciones 28088, 27316, 29116 y 30325, respectivamente, donde concluyó que para esta clase de pensiones no proceden los intereses moratorios implorados, salvo las pensiones en transición a cargo del Instituto de Seguros Sociales en el régimen de prima media con prestación definida. Desde aquella oportunidad se viene adoctrinando:

"(...)....para la mayoría de la Sala, en esta oportunidad, contrario a lo que se venía sosteniendo, los intereses del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 se imponen cuando se trata de una pensión que debía reconocerse con sujeción a su normatividad integral.

Y continuó reiterando lo expuesto en la sentencia del 6 de mayo de 2004 Rad. 21640, citada en la sentencia del 21 de setiembre de 2006, ya comentada en el numeral anterior.



2.2 EN LO QUE HACE RELACIÓN AL MOMENTO A PARTIR DEL CUAL SE DEBEN RECONOCER Y PAGAR LOS INTERESES MORATORIOS POR MESADAS PENSIOANLES.

**2.2.1 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,
SALA DE CASACIÓN LABORAL**
Sentencia del 15 de agosto de 2006
M.P. Dr. LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ
Rad. No. 27540

"(...) Para que nazca el derecho a la cancelación de los intereses de mora consagrados en el citado precepto legal, solamente debe estarse frente al incumplimiento de la obligación de la entidad llamada a reconocer la pensión a su cargo, y que por tanto tales intereses no están sujetos a miramientos, condiciones o requisitos diferentes a ese mero incumplimiento, es así que en sentencia del 9 de abril de 2003 radicado 19608, puntualizó:

"....) Para demostrar la aplicación indebida del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la recurrente afirma, en síntesis, que los intereses de mora no pueden decretarse sino desde el momento en que se declare la existencia del derecho pensional y no antes.

Para la Corte, ese razonamiento resulta equivocado, pues, como ha tenido oportunidad de precisarlo al determinar el momento a partir del cual, en eventos como el presente, se configura el derecho a percibir los intereses en caso de mora en el pago de mesadas pensionales, consagrado en el citado artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la causación de ese derecho no está sujeta a condiciones o requisitos distintos al incumplimiento de la respectiva obligación pensional, la cual surge cuando se consolida el derecho prestacional por reunirse los requisitos establecidos en la ley.

"El espíritu del soporte legal traído a colación, radica en que ante la "mora" en el pago de la obligación pensional, surgen de manera accesoria los intereses, sin miramientos o análisis de responsabilidad, buena fe, cumplimiento o eventuales circunstancias".

"Y ello es así porque, como es apenas natural, para que se configure el derecho al pago de los intereses de mora consagrados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, solamente debe estarse frente al incumplimiento de la obligación de la entidad de reconocer la pensión a su cargo, que se tiene desde que el reclamante reúne las exigencias de edad, tiempo de servicio y demás exigencias legales en particular"



Lo que significa que la fecha en que se hacen exigibles los citados intereses de mora, no es otra que la del retardo o retraso en el pago de ese beneficio pensional.

En un asunto como el que ocupa la atención a la Sala, es de precisar, que sólo es dable hablar de retardo una vez los beneficiarios que se consideran con derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, realizan la respectiva solicitud de reconocimiento, que es cuando en verdad la entidad ha debido proceder a su pago, más no la fecha de la decisión judicial que declara que la entidad que se negó a reconocer el derecho pensional debió haberlo cancelado desde su causación.

Así las cosas, **la intelección del Tribunal no se aviene al genuino y cabal sentido de la norma acusada, y por ende resulta equivocada su interpretación al disponer que los intereses de mora se paguen desde la ejecutoria de la sentencia que los declara, más no desde el preciso momento en que se dio el retardo, para el caso a partir del 23 de diciembre de 1996, que es la data en que la actora ISABEL GIL DE MATTA efectuó a PORVENIR S.A. la solicitud de la pensión de sobrevivencia,... siendo a partir de ese instante que surge la obligación de la demandada de reconocer y pagar las mesadas pensionales**, pues de no hacerlo y controvertir el derecho ante la justicia ordinaria, debe asumir las consecuencias en el evento de no dársele la razón, y entre ellas está la cancelación de los aludidos intereses, que se configuran como se dijo con el retraso o incumplimiento de la respectiva obligación pensional. (**Resaltado fuera del texto**)

2.2.2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,

SALA LABORAL

En sentencia del 12 de diciembre de 2007-

Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón

Rad.32003.

Expuso la Corte:

"Valga puntualizar que el derecho a recibir el pago de las mesadas no emerge del reconocimiento de la pensión por parte de la entidad que le corresponde, sino del cumplimiento legal de la edad y el tiempo de servicios o la densidad de cotizaciones, a lo cual se debe adicionar el retiro definitivo del servicio activo, tan es así que cuando el reconocimiento se hace con posterioridad al retiro se ordena el pago de los retroactivos respectivos. Lo anterior no quiere decir, sin embargo, que los intereses moratorios nazcan también a partir de ese mismo momento, por cuanto como ya se dijo y lo resaltó atinadamente el Tribunal, no puede perderse de vista que la entidad administradora cuenta con un término para resolver la petición, de modo que los intereses solamente empiezan a causarse si el pago se hace por fuera de aquel plazo. Todo lo expuesto permite afirmar que el Tribunal no se equivocó cuando consideró que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 se generan desde el momento en que,



vencido el término de gracia que tienen las administradoras de pensiones para resolver la solicitud de pensión y proceder a su pago, no lo hacen".

(...) debe destacarse que en el país siempre se ha privilegiado el pago rápido de las prestaciones de los trabajadores, entre ellas las pensiones, se ha otorgado un plazo de gracia para el reconocimiento del derecho y se ha establecido que los efectos resarcitorios o sancionatorios solamente se producirían una vez vencido dicho plazo de gracia, de suerte que con base en esos criterios, que estima la Sala aparecen reflejados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, queda sin sustento el argumento del recurrente respecto a que los intereses se causan cuando el derecho no es materia de discusión o cuando se omite el pago de una pensión ya reconocida(...).

(...) la finalidad del artículo 141 de la Ley 100 fue afianzar el carácter vital de la pensión, propender por su pronto pago y proteger a los pensionados, disuadiendo las dilaciones en su trámite y por ello los intereses moratorios antes que ser una sanción para la entidad obligada, son una medida resarcitoria en el caso del no pago oportuno de la mesada, y por lo mismo hay que entender que se causan desde el momento en que debe hacerse el pago y no se realiza".

2.2.3. El anterior criterio se reiteró en la sentencia del 4 de junio del 2008, Rad. 32141 M.P. Eduardo López Villegas, al conceder una pensión de sobrevivientes.

Expuso la corte:

"(...)

Sin embargo, en fecha más reciente, 12 de diciembre de 2007, Rad. N° 32003, esta interpretación fue precisada -con ocasión de una prestación de vejez pero argumentaciones que resultan plenamente aplicables a una de sobrevivientes-, **y se admitió que el estado de mora surge una vez vencido el término que la ley concede a la administradora de pensiones para proceder al reconocimiento y pago de la prestación, sin que lo haya hecho.** No basta entonces, la reclamación por parte del interesado o beneficiario, sino que se debe dejar correr el término previsto legalmente para que la administradora dé respuesta a la solicitud, y sólo hasta ese momento si no se ha satisfecho la obligación o se hace tardíamente fuera de ese término, es dable predicar incumplimiento de su parte. (Resaltado fuera del texto).

En instancia se ha de señalar lo siguiente:

La Sala ha tenido oportunidad de aplicar lo previsto en el artículo 19 del Decreto 656 de 1994, que establece un plazo de 4 meses para el reconocimiento de todos los derechos prestacionales que deban las administradoras del régimen de ahorro individual (Sentencia de 12 de diciembre de 2007, Rad. N° 32003).



Este plazo fue ampliado por la Ley 700 de 2001 que fue más comprensiva por cuanto está dirigida a “*todos los operadores públicos y privados del sistema general de pensiones y cesantías*” y según el párrafo del artículo 1º se aplica a las pensiones de “*jubilación, vejez, invalidez y sobrevivientes*”; es decir, se dirige no solo para quienes responden las reclamaciones de pensiones sino también de cesantías.

De manera específica para la pensión de sobrevivientes el legislador después, señaló el plazo de 2 meses en el artículo 1º de la Ley 717 de 2001 (...)

Nuevamente el legislador se ocupó del término de reconocimiento de prestaciones en el año de 2003, cuando en el artículo 9º de la Ley 797 de ese año que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, señaló un plazo de 4 meses pero para efectos de las pensiones de vejez.

De lo anterior entonces, concluye la Sala, que tratándose en el *sub lite* de una reclamación de pensión de sobrevivientes, la situación está cobijada por las disposiciones de la Ley 717 de 2001, y por ello el plazo dentro del cual debió haber concedido la entidad la pensión de sobrevivientes era de 2 meses, vencidos los cuales, corren los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993(...”).

2.3. Con respecto A LA INDEXACIÓN, hay que considerar dos aspectos:

1. Que se indexa y
2. Como se liquida la indexación

2.3.1 QUE SE INDEXA-

Sobre este tema, a partir de 1992, puede decirse que empezó a considerarse lo de la indexación de la primera mesada pensional, la jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia, Sala laboral ha tenido diversas posiciones:

2.3.1.1 En el año de 1992 la sección primera consideró: que las razones de justicia y equidad, hasta el momento reconocidas a favor de obligaciones laborales exigibles insolutas, debían aplicarse para ordenar la actualización de la primera mesada pensional, cuando entre la terminación del contrato de trabajo y la exigibilidad de la pensión transcurría un tiempo que hacía imposible, por las razones anotadas, que el último salario pudiese ser la base de la prestación jubilatoria, como quiera que sobre aquel “*se proyectan indudablemente los efectos negativos de la inflación (...)*”

2.3.1.2 En sentencias del 8 de febrero, Rad. 7996 y 5 de agosto de 1996, Rad. 8616 la Sala Laboral de la Corte, Suprema de Justicia, consideró que procedía la indexación de la primera mesada de las pensiones extralegales. Criterio que existía desde el año 1992, -cuando se pronunció sobre la



viabilidad de indexar el I.B.L no sólo de la pensión de jubilación, sino de la pensión sanción, pensiones convencionales, y la del Art. 260 del C. S. del T.

2.3.1.3. En el año de 1999, la Sala Laboral en sentencia del 18 de agosto, RAD. 11818. M.P Carlos Isaac Nader, fijó un nuevo criterio y expuso:

"En Colombia existe un vacío legislativo, casi total, sobre el fenómeno de la indexación. Ello responde a la aceptación indiscutida de que el país se halla inserto en un ordenamiento jurídico de corte nominalista, sistema que, no obstante las dificultades que toda economía de mercado presenta, ofrece garantía de seriedad a la inmensidad de relaciones de orden patrimonial que a diario se suscitan en ella..."

(...)

El carácter relativo de la indexación emerge de una exigencia de la ley, a la cual el juez debe someterse en virtud del imperativo categórico contenido en el artículo 230 de la Constitución Política. La estructura del régimen general de las obligaciones impide que de manera indiscriminada los jueces, amparados en el principio de equidad, procedan a revalorizar cualquier obligación, porque ello iría en detrimento de la seguridad jurídica en las relaciones económicas menoscabándose toda convivencia social..."

"... Ahora bien, cierto es que el juez laboral, en tanto operador del derecho y realizador de la justicia del trabajo, no puede ser indiferente a lo que Bruce Ackerman denomina el "contexto de percepción social", o conjunto de realidades de una comunidad determinada..."

A partir de éste nuevo contexto de realidades económicas, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado han dado paso bajo específicas circunstancias a la revalorización de algunas obligaciones dinerarias. Se ha reconocido, entonces, que la pérdida de poder adquisitivo del peso (depreciación), originada en una alza generalizada de los precios de bienes y servicios ofertados (inflación), exige una respuesta del derecho para compensar el desequilibrio del sinalagma contractual (indexación).

".. Mas, existen aspectos puntuales sobre esta materia que en esta oportunidad la Sala de Casación Laboral precisa, a fin de rectificar los criterios que en ocasiones anteriores se han esbozado:

a) Huelga resaltar, en principio, que no se indexan las obligaciones contractuales, en tanto acreedor y deudor han tenido la oportunidad de pactar mecanismos de protección contra el proceso inflacionario. El juez no puede interferir en el libre juego de las voluntades de los contratantes, quienes, en presencia de un hecho notorio como la inflación, deciden celebrar una negociación y mantener incólumes el valor de sus prestaciones exigibles en un mediano o largo plazo. (...)



Ahora bien, esta primera tesis es válida mientras se cumpla la obligación en la oportunidad convenida. Porque no satisfecha en tiempo, si del incumplimiento se deriva una significativa depreciación de la misma, entonces puede solicitarse su indexación como un componente del daño emergente ocasionado al acreedor.

- b) Se indexan las obligaciones puras y simples, vale decir, existentes y exigibles, cuya fuente es directamente la ley, cuando ésta no previó ningún mecanismo para que al acreedor se le entregara la prestación a que realmente tiene derecho. Se propende con ello restablecer el equilibrio perdido en la relación jurídica emanada de la norma, por no haber precavido los alcances de su tendencia nominalista. (...).
- c) No se indexan, pues, en primer lugar las obligaciones condicionales suspensivas, (...) En segundo término, tampoco se revalorizan los derechos eventuales(...) Mucho menos, no está demás decirlo, pueden ser valorizadas las meras expectativas de derechos, respecto de las cuales no cabe hablar, siquiera, de obligación.

"... Lo antes expresado conduce a la Corte a rectificar su doctrina expuesta en fallos de mayoría, citados por el juzgador ad quem, para dejar por sentado que no es posible, jurídicamente hablando, indexar la primera mesada pensional cuando el derecho se reconoce en la oportunidad indicada en la ley y el empleador, obligado a su pago por no haberla sustituido en ninguna entidad encargada del riesgo, no ha retardado su cancelación. Lo dicho se funda en las siguientes razones: (subrayado fuera del texto)

- a) Porque el derecho a reclamar la pensión sólo surge respecto de su acreedor a partir de la concurrencia de dos elementos esenciales para su existencia: 1) el cumplimiento de una cantidad pre-establecida de cotizaciones o de un determinado número de años de labores, según se estuviera, o no, cubierto por el régimen de la seguridad social; y 2) el advenimiento de la edad señalada en la ley para obtenerla. (...)
- b) Así pues, integrados los requisitos necesarios para la consolidación del derecho en cabeza de su titular, nace la obligación de pagar la mesada que la ley impone, conforme a los parámetros en ella señalados, y el derecho correlativo de quien adquiere la pensión. Antes no, porque mientras el derecho eventual se perfeccionaba había apenas una expectativa de derecho, o mejor, un derecho en perspectiva, esto es, en vías de adquirirse; pero, jamás, un derecho adquirido.
- c) La obligación surgida a la luz del derecho es la indicada en la ley, esto es, la mesada pensional, para cuyo cálculo el legislador dispuso, de manera expresa, factores matemáticos precisos. No existe, pues, vacío legal alguno al respecto y, por lo mismo, no le cabe al juzgador apartarse de lo preceptuado en las normas vigentes, según cada caso, por cuanto sería asumir una conducta contraria a su claro tenor literal, so pretexto de decidir en equidad que, valga



decirlo, sigue siendo criterio auxiliar en la resolución de los conflictos. No existe, en consecuencia, laguna legal que llenar con los principios generales del derecho, y tanto es ello así, que desde la década del sesenta se dispusieron mecanismos para conjurar el deterioro real de las pensiones, hasta llegar a la actualización anual con base en el salario mínimo legal, en la Ley 71 de 1988, mejorada con la fórmula consagrada en la Ley 100 de 1993. (subrayado fuera del texto)

d) Puede reclamarse el reconocimiento de la pensión, de acuerdo con lo antes dicho, desde cuando se constituye el derecho, esto es, se completan los elementos requeridos para su existencia. Y sólo entonces se podrá exigir la mesada reconocida, entendiéndose, desde luego, que el acreedor de ella deberá estar retirado del servicio, en la medida en que esta sí es una condición de la cual pende la exigibilidad de su pago.

“... Las conclusiones expuestas constituyen la nueva doctrina de la Sala Laboral de la Corte sobre esta temática, para lo cual se tuvo en cuenta, además, que la tesis estricta de la “indexación de la primera mesada pensional” conduciría al extremo de tener que actualizar, con base en el costo de la vida, no solo los derechos exigibles, sino las bases salariales de su establecimiento, principio que aplicado a otras situaciones iguales aparejaría fatalmente una indexación general de los salarios y de las bases de liquidación de todas las prestaciones con sus perturbadoras consecuencias jurídicas y económicas; así las cosas, los acuerdos celebrados en el contrato de trabajo o en las convenciones colectivas perderían su validez, en tanto tendrían que quedar sujetos a la referida actualización. De igual modo, aplicados esos criterios aún después de la vigencia de la ley 100 de 1993, se aniquilarían los efectos del inciso 3º de su artículo 36, que sí estableció, por primera vez, la corrección monetaria del ingreso base de liquidación de pensión de vejez o jubilación, pues lo concebido en los fallos anteriores al presente sobre el punto contraría el texto de la nueva ley, si en cuenta se tiene que ésta actualiza la base de las cotizaciones de los años indicados en el precepto, y no la primera mesada. (subrayado fuera del texto)

(...).”

2.3.1.4 En Sentencia del 25 de julio de 2005, Rad. 23.913 M.P. Luis Javier Osorio López.
La Corte Suprema de Justicia, hizo un recuento de la posición de la sala y concluyó:

“El asunto de la indexación o mejor actualización de la primera mesada pensional, ha sido ampliamente controvertido al interior de esta Corporación, en un principio se aceptó por vía jurisprudencial la revaluación de la base salarial de todas las pensiones, en el entendido de que por el principio de equidad y ante el vacío legal la obligación pensional debía ser satisfecha de manera actualizada por quien la pagara, criterio que se mantuvo hasta que la mayoría de esta Sala resolvió en sentencia del 18 de agosto de 1999 radicado 11.818, (referida en el numeral anterior) que ninguna de las pensiones eran indexables cuando el derecho se había reconocido con anterioridad a la vigencia de la actual Ley de seguridad social.



De ahí en adelante, la Corte ha tenido la oportunidad de reexaminar lo antes adoctrinado y también por mayoría ha venido aceptando, **siendo jurisprudencia actual, la actualización de la base salarial para liquidar las pensiones en los eventos en que el beneficiario ha cumplido el tiempo de servicio o la densidad de cotizaciones antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, pero sólo cuando cumple la edad con posterioridad a dicha legislación y que se refiera a pensiones legales**, acorde con los artículos 11, 21 y 36 de la Ley 100 de 1993 en armonía con el artículo 53 de la Constitución Política. (Resaltado fuera del texto)

Así las cosas, la Corte basada en su criterio interpretativo de la misma Ley, estima que si la pensión de carácter legal se causa en vigencia del nuevo sistema de seguridad social, por completarse la totalidad de requisitos después del 1º de abril de 1994, rige actualizar la primigenia mesada pensional.

De modo que, frente a una pensión legal no solamente se debe mirar que el derecho se haya reconocido tiempo después de la desvinculación del servicio, **sino que es necesario entrar a determinar para cada caso si se configuró antes o después de la Ley 100 de 1993**, puesto que, como se dijo, únicamente quien haya cumplido el requisito de la edad en vigencia del nuevo régimen de pensiones, tiene la posibilidad de que se le revalúe la base con la que esa prestación se ha de liquidar. (Resaltado fuera del texto)

Visto lo anterior, la pensión que el fallador de alzada dispuso reajustar si bien es de origen legal, no es susceptible de revaluación en la forma indicada en la sentencia impugnada, pues fue concedida por el empleador a partir del 16 de agosto de 1988, cuando aún no había entrado en vigor la disposición que permitió la referida actualización, esto es, los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, que fue la legislación que de manera directa y concreta consagró la actualización monetaria de la base salarial de las pensiones legales causadas a partir de su vigencia.

En estas condiciones, mantiene vigencia lo adoctrinado en la sentencia del 18 de agosto de 1999 radicación 11818, **en lo que respecta a las pensiones legales causadas con antelación al 1º de abril de 1994**, cuya actualización no resulta viable en ningún caso, posición reiterada en fallos de junio 16 y 29 de junio y 14 de julio de 2004 radicados 23291, 22613 y 22698 respectivamente..."

"Por consiguiente, aunque son infundados los planteamientos del recurrente tendientes a demostrar que no tiene cabida la indexación de las pensiones legales de jubilación a cargo directo de una entidad oficial, al igual de que por el régimen de transición se exceptúen las personas que hayan servido a un empleador oficial por más de 20 años y su relación contractual hubiera finiquitado antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993; en lo que si tiene asidero el censor, es que al estar reconocida la pensión por haber reunido la totalidad de los requisitos exigidos por la Ley 33 de 1985, cuando aún no había entrado en vigor el nuevo sistema de



seguridad social, no procede la indexación de la primera mesada o salario base, por no existir norma positiva que así lo consagre, sumado a que por vía jurisprudencial tampoco es posible darle paso a este mecanismo de actualización, por la potísima razón, como quedó visto, que el cumplimiento de la edad no se concretó después de la Ley 100 de 1993".

2.3.1.5 En sentencia del Sentencia del 20 de abril de 2007. Rad. No. 29470, M.P. Dr. Luís Javier Osorio López con salvamento de voto de los Drs. Carlos Isaac Nader y Eduardo López Villegas y Aclaración de voto del Dr. Francisco Ricaurte Gómez, la Sala, por mayoría de sus integrantes cambió su criterio, sobre el punto aludido de la indexación, con lo cual recoge el fijado en otras oportunidades, como en la sentencia 11818 de 18 de agosto de 1999, y Expuso:

"(...)

Esta Corporación en otros asuntos análogos, en donde se analizaron argumentos semejantes a los que se plantean en la demanda, ha definido que por tratarse de una pensión de origen legal, donde el tiempo de servicios estaba satisfecho al momento de la desvinculación o retiro del servicio y se llegó a la edad requerida en vigencia del artículo 36 de Ley 100 de 1993, es conforme a ese ordenamiento jurídico que se debe definir el reajuste del valor inicial de la pensión a reconocer, al quedar expresamente consagrada en dicha norma la actualización del ingreso base de liquidación de las pensiones, de acuerdo con la variación del índice de precios al consumidor certificado por el Dane. Así lo definió en sentencia del 16 de febrero de 2001, radicación 13092, y lo ha venido reiterando hasta ahora en muchas otras, siendo una de las más recientes la del 14 de noviembre de 2006, radicado 28807.

No obstante lo anterior, el tema de la actualización del salario base para liquidar las pensiones de jubilación fue objeto de reciente pronunciamiento en las sentencias C-862 y C-891A de 2006, en las que se declaró la exequibilidad de los apartes concernientes al monto del derecho pensional consagrado en los artículos 260 del Código Sustantivo del Trabajo y 8 de la Ley 171 de 1961, "en el entendido de que el salario base para la liquidación de la primera mesada pensional de que trata este precepto, deberá ser actualizado con base en la variación del índice de precios al consumidor, IPC, certificado por el DANE".

En tales sentencias se aludió a la omisión del legislador de consagrarse la indexación del salario base, para liquidar las pensiones de los trabajadores que se desvinculan de su empleador, sin tener la edad para pensionarse, y cuyo salario sufre necesariamente una afectación, derivada de fenómenos como el de la inflación; se hizo un recuento legislativo de la indexación en distintos ámbitos, para llegar a la previsión contenida en la Ley 100 de 1993, respecto a la actualización del ingreso base de liquidación de las pensiones previstas en esa normatividad, como para las del régimen de transición. Así mismo, rememoró la evolución de la jurisprudencia de esta Sala de la Corte, (...).



El vacío legislativo, en punto a la referida actualización del salario base para liquidar las pensiones distintas a las previstas en la Ley 100 de 1993, sostuvo la Corte Constitucional, en su función de analizar la exequibilidad de las normas demandadas (Art. 260 CST y 8º Ley 171 de 1961), debe subsanarse a efecto de mantener el poder adquisitivo de las pensiones, conforme a los artículos 48 y 53 de la C.P. (...)

Frente al tema, antes de la Ley 100 de 1993, esta Sala había considerado la actualización de la base salarial para liquidar las pensiones, pese a no encontrar consagración legal, puesto que sólo existían las normas referentes a los reajustes anuales -Leyes 4^a de 1976 y 71 de 1988-, o la indemnización por mora -Ley 10^a de 1972-, después de estimar aplicables principios como la justicia y la equidad, para lograr el equilibrio social característico del derecho del trabajo; igualmente se consideraron y atendieron figuras como la inflación y la devaluación de la moneda colombiana, fenómenos económicos públicamente conocidos, que acarrean la revaluación y la depreciación monetaria (Sentencia 8616 de agosto de 1996).

Así mismo, la mayoría de la Sala de Casación Laboral, sobre los casos de las personas que no tenían un vínculo laboral vigente, ni cotizaciones durante todo “*el tiempo que les hiciera falta para (pensionarse)*”, como lo establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para quienes, amparados por el régimen de transición allí previsto, les faltaba menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión, ofreció una solución con la finalidad de impedir que la mesada pensional de ese contingente quedara menguada, por carecer de valores correspondientes al citado período (salarios o aportes); así, se logró integrar el ingreso base de liquidación de la pensión, con la actualización del salario, sustentado en el IPC certificado por el DANE, entre la fecha de la desvinculación y la de la fecha del cumplimiento de los requisitos de la pensión, tal cual quedó explicado en la sentencia 13336 del 30 de noviembre de 2000, reiterada en múltiples oportunidades.

Pues bien, con las decisiones de constitucionalidad de los artículos 260 del Código Sustantivo del Trabajo y 8 de la Ley 171 de 1961, la Corte Constitucional orientó su tesis, contenida en la sentencia C-067 de 1999, atinente al artículo 1 de la Ley 445 de 1998, de estimar razonable y justificado, como viable, que el legislador determinara unos reajustes e incrementos pensionales, según los recursos disponibles para ellos, es decir, que había hallado factible una reglamentación pensional diferenciada. Pero reexaminado ese criterio por la citada Corporación, que ésta acepta, se impone como consecuencia, la actualización de la base salarial de las pensiones legales para algunos sectores de la población, frente a los cuales no se consagró tal mecanismo, como sí se hizo respecto de otros (Ley 100 de 1993); es decir, que dicho vacío legislativo requiere, en los términos de las reseñadas sentencias C- 862 y C-891 A, adoptar las pautas legales existentes, para asegurar la aludida indexación.

En esas condiciones, corresponde a esta Corte reconocer la actualización del salario base de liquidación de las **pensiones legales causadas a partir** de 1991, cuando se expidió la



Constitución Política, porque este fue el fundamento jurídico que le sirvió a la sentencia de exequibilidad. Así es, puesto que antes de ese año no existía el mencionado sustento supralegal para aplicar la indexación del ingreso de liquidación pensional, ni la fuente para elaborar un comparativo que cubriera el vacío legal, vale decir, la Ley 100 de 1993.

De este modo, la Sala, por mayoría de sus integrantes fija su criterio, sobre el punto aludido de la indexación, con lo cual recoge el fijado en otras oportunidades, como en la sentencia 11818 de 18 de agosto de 1999.

Valga aclarar que si bien el artículo 260 del CST. regula la situación pensional de trabajadores privados, ello no es impedimento para que esta Sala traslade las motivaciones y consideraciones a esta clase de asuntos, en que el actor tiene la calidad de trabajador oficial, puesto que la argumentación para justificar aplicable la figura o actualización de la base salarial, es la misma para cualquier trabajador, sea este privado o público. (...)

Ahora, debe recordarse que en el caso del artículo 8 de la Ley 171 de 1961, la sentencia de exequibilidad señaló en su parte considerativa que a los beneficiarios de esa norma, se les debe “aplicar el mecanismo de actualización de la pensión sanción previsto en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, esto es, el índice de precios al consumidor, respecto del salario base de liquidación y de los recursos que en el futuro atenderán el pago de la referida pensión” (sentencia C-891 A); de modo que se evidencia que el parámetro que se tuvo en cuenta para igualar a los pensionados en lo tocante a la actualización del IBL, fue el artículo 133 de la reseñada Ley 100 de 1993.

(...)

En ese sentido, la sentencia C-862, sobre la constitucionalidad del artículo 260 del CST tuvo como medida de la actualización del salario base de la jubilación la “*variación del índice de precios del consumidor IPC certificada por el DANE*,” y en el componente motivo de esa decisión se aludió explícitamente a aquella normatividad, para adoptarla como pauta o patrón de la igualdad de sus beneficiarios, respecto a los que no lo son, y que, se dijo, tienen derecho a la referida actualización. (...)"

2.3.1.6 Mediante sentencia del 31 de julio de 2007, Rad. No. 29022, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, M.P. Dr. Camilo Tarquino Gallego, admitió la actualización de la base salarial para las pensiones extralegales causadas con posterioridad a la entrada en vigencia la nueva Constitución, criterio en sentencia del 10 de junio de 2008, Rad. 33977 M.P. Eduardo López Villegas



Consideró la Corte:

"Pues bien, el fundamento constitucional jurisprudencial referido es el que a su vez otorga pleno soporte a la actualización de la base salarial de las pensiones, sin diferenciarlas por su origen, pues la misma tesis - según la cual la omisión del legislador no puede afectar a una categoría de pensiones, y a las que, por consiguiente, corresponde aplicarles la legislación vigente para otras, con el mecanismo de la indexación, para efectos de liquidar una mesada pensional actualizada-, es de recibo tratándose de pensiones extralegales o convencionales, pues éstas no corresponden, en rigor, a una prestación nueva, porque aún, con anterioridad a la nueva Constitución Política y a la expedición de la Ley 100 de 1993, existían regímenes legales que protegían a los trabajadores del sector privado y oficial, de ciertas contingencias surgidas con ocasión de la ejecución del contrato de trabajo, de la propia naturaleza humana del trabajador o también de eventos fortuitos de diferente orden, que afectaran su vida laboral o, incluso, que pusieran fin a su existencia, con perjuicio de su núcleo familiar.

(...)

Lo anterior porque, en verdad, no hay razón justificativa alguna para diferenciar, a un trabajador pensionado de acuerdo con la ley, con uno con arreglo a una convención, porque, valga agregar, el impacto del fenómeno económico de la inflación, lo padece tanto el uno como el otro, amén de que si la corrección monetaria no conduce a hacer más onerosa una obligación pensional, sino a mantener el valor económico de la moneda frente a su progresivo envilecimiento, su aplicación, respecto de pensiones extralegales, sean ellas convencionales o voluntarias, no altera de ninguna forma el acto inicial de reconocimiento, porque simplemente lo que se presenta es una actualización del monto para mantener su valor constante".

2.3.1.7 En Sentencia de febrero 5 de 2008, Rad. 29990, M. P. Dr. Francisco Javier Ricaurte Gómez. La, modificó el criterio con respecto a la pensión restringida de jubilación por retiro voluntario, derivada del artículo 8º de la ley 171 de 1961, en lo referente a la indexación de la base salarial tomada en cuenta para determinar estas pensiones, considerando ahora viable su aplicación, en general, a fin de preservar el poder adquisitivo de la base monetaria que se desvaloriza en el interregno transcurrido desde la fecha de retiro hasta cuando posteriormente se hace exigible la prestación al arribarse a la edad legal, pero, restringida tal posibilidad, a que la prestación se haya causado, por lo menos, desde cuando entró a regir la Carta de 1991, como fundamento normativo superior de tal procedimiento.

2.3.1.8 La Corte Constitucional respecto a la indexación ha considerado.

2.3.1.8.1 SU 120 de 2003

M.P. ALVARO TAFUR GALVES



SALVAMENTO DE VOTO DE Clara Inés Vargas y Jaime Araujo Rentaría.

"Al examinar el numeral 2 del artículo 260 del C. S. T. en lo relacionado a la indexación de la primera mesada pensional, la Corte destacó que: i) no existe norma que regule expresamente cuál debe ser la base de liquidación pensional para las personas que han sido retiradas o se han retirado voluntariamente del servicio sin haber llegado a la edad requerida; ii) no hay norma alguna que ordene concretamente la indexación de este tipo de pensiones; iii) ningún precepto prohíbe específicamente la actualización de la primera mesada pensional a esta suerte de extrabajadores. No obstante, anotó esta Corporación, el artículo 53 superior consagra expresamente el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y, además, diversas disposiciones normativas denotan la preocupación del legislador por evitar la pérdida de poder adquisitivo de las mismas. Es deber del Juez, de conformidad con esta providencia, comportarse ante el vacío normativo en materia laboral como lo habría hecho el legislador de haber regulado la hipótesis no normada expresamente. (...)

Concluyó esta Corporación que, en atención a las fuentes auxiliares de derecho contempladas en el artículo 230 constitucional, la definición de la actualización en estas hipótesis no puede ser arbitraria. Indicó que, criterios como la equidad llevan al operador jurídico a descartar las desigualdades que se derivan de los vacíos normativos, al igual que la prescripción del artículo 53 superior, según la cual debe preferirse aquella que beneficie en mayor medida al trabajador (principio de favorabilidad). De igual manera, recordó esta Corporación que el principio *pro operario* es fuente de derecho y, por tanto, debe ser aplicada por el operador judicial al momento de dirimir litigios laborales no expresamente regulados por el ordenamiento, en tanto debe propender por la defensa de la parte más débil de la relación laboral. Con fundamento entonces en estas reglas de interpretación, consideró la Sala que se cumple de manera más óptima el fin central de las normas protectoras laborales, el equilibrio de las relaciones de trabajo, inclinando la balanza a favor del extremo más débil: el trabajador⁷¹. Esta tesis fue reiterada posteriormente en numerosas decisiones de tutela proferida por esta Corporación⁷².

2. 3.1.8.2 en las Sentencias C- 862 de 2006 y C-891^a, La Corte Constitucional, estudió la exequibilidad de los apartes concernientes al monto del derecho pensional consagrado en los artículos 260 del C.S. del T. y 8 de la ley 171 de 1961 y lo declaró exequible "en el entendido de que el salario base para la liquidación de la primera mesada pensional de que trata este precepto, deberá ser actualizado con base en al variación del índice de precios al consumidor _IPC_ certificado por el DANE"

Consideró la Corte:

"(...)

⁷¹ Cfr. sentencia T-815 de 2004.

⁷² Entre las que cabe mencionar las sentencias T-663 de 2003, T-805 y T-815 de 2004 y T-098 de 2005.



4. La evolución legislativa en materia de la actualización de las obligaciones en materia laboral.

La indexación ha sido definida como un “*sistema que consiste en la adecuación automática de las magnitudes monetarias a las variaciones del nivel de precios, con el fin de mantener constante, el valor real de éstos, para lo cual se utilizan diversos parámetros que solos o combinados entre si, suelen ser: el aumento del costo de la vida, el nivel de aumento de precios mayoristas, los salarios de los trabajadores, los precios de productos alimenticios de primera necesidad, etc.*”⁷³.

(...)

En Colombia la indexación o corrección monetaria fue introducida inicialmente por los Decretos 677, 678 y 1229 de 1972, con el fin de canalizar el ahorro privado hacia la industria de la construcción y posteriormente (...).

En lo que hace relación a las pensiones, inicialmente el Código Sustantivo del Trabajo preveía en su artículo 261⁷⁴ la congelación del salario base para el cómputo de la pensión de jubilación, disposición derogada por la Ley 171 de 1961. Posteriormente las leyes 10 de 1972⁷⁵, 4^a de 1976⁷⁶ y 71 de 1988⁷⁷ dispusieron el reajuste de las pensiones de jubilación, de invalidez y de sobrevivientes del sector privado, público, oficial y semioficial, así como de las que tuviera a su cargo el Instituto de Seguro Social, atendiendo a diferentes criterios.

(...)

Así mismo, la Ley 100 de 1993 establece una norma general en materia de reajuste. (...)

Finalmente el artículo 1º de la Ley 445 de 1998, en consideración al sistema de reajuste pensional previsto en las leyes antes mencionadas para las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes del sector público del orden nacional, (...)

⁷³ JIMÉNEZ DÍAZ, loc. cit., p. 25.

⁷⁴ El artículo en cuestión preveía textualmente: ARTÍCULO 262. CONGELACION DEL SALARIO BASE. Si después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, se mantiene prórroga o renueva el respectivo contrato de trabajo, las modificaciones que tenga el salario durante el período posterior no se toman en cuenta para el cómputo de la pensión de jubilación, sino solamente para efectos de la liquidación de la cesantía correspondiente.

⁷⁵ La Ley 10 de 1972 regulaba las pensiones en el sector privado y su artículo segundo preveía expresamente el reajuste cada dos años de las pensiones de jubilación, invalidez y sobrevivientes “en proporción igual al porcentaje de variación que haya experimentado el índice nacional de precios al consumidor durante el bienio inmediatamente anterior”.

⁷⁶ La Ley 4^a de 1976 regulaba las pensiones en los sectores público, oficial, semioficial y privado y en su artículo primero establecía un sistema de reajuste anual de las pensiones de jubilación, invalidez y de sobrevivientes de conformidad con los aumentos del salario mínimo mensual legal.

⁷⁷ El artículo primero de esta ley preveía:

Las pensiones a que se refiere el artículo 1º. de la ley 4a. de 1976, las de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

Parágrafo.- Este reajuste tendrá vigencia simultánea a la que se fija para el salario mínimo.



Del anterior recuento legislativo se tiene entonces que a partir de los años setenta ha habido una constante preocupación por el reajuste periódico de las mesadas pensionales (...)

Una similar evolución se ha presentado en materia del reajuste periódico del salario base para la liquidación de las pensiones, materia en la cual se ha presentado una evolución de un régimen en el cual no se reconocía la indexación de la primera mesada pensional a la actual regulación donde por el contrario la regla general es la indexación del salario base para liquidar las pensiones. (...) (Resaltado no pertenece al texto)

La pensión de jubilación prevista originalmente en el C.S.T. fue sustituida por la pensión de vejez introducida por la Ley 100 de 1993. El artículo 21 de esta última normatividad prevé expresamente la actualización del ingreso base para la liquidación de las pensiones previstas en dicha ley –esto es no sólo de la pensión de vejez, sino también la pensión de invalidez y la de sobreviviente- “*con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE*”. Así mismo, el artículo 36 de la misma contempla la indexación del salario base para la liquidación de la pensión de jubilación de los trabajadores que entraban dentro del régimen de transición previsto por dicho estatuto. Finalmente, el mismo precepto señala que al entrar a regir la Ley 100 quienes hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez, conforme a normas favorables anteriores, sin perjuicio de no haberse hecho el reconocimiento, tendrán derecho a que se les liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos, dentro de las cuales se incluye la indexación del salario base para la liquidación de la pensión.

Respecto de otras pensiones distintas a la de jubilación previstas por el C.S.T., como por ejemplo la pensión-sanción regulada por el artículo 267, inicialmente no se preveía la indexación de la primera mesada, no obstante el precepto inicial fue subrogado por el artículo 37 de la Ley 50 de 1990 y por el artículo 133 de la Ley 100 de 1993. Esta última disposición sobre el salario base para liquidar esta pensión establece:

(...)

Del anterior recuento legislativo se desprende que el legislador ha previsto por regla general la actualización periódica tanto de las mesadas pensionales ya reconocidas como del ingreso base para la liquidación de la primera mesada pensional. La legislación reciente ha previsto que tal actualización se realice con base en el índice de precios al consumidor, es decir, ha previsto la indexación de las mesadas pensionales y del ingreso base para su liquidación.

5. El derecho constitucional a la indexación de la primera mesada pensional –o al salario base para la liquidación de la pensión de jubilación- y el derecho a la indexación de la primera mesada pensional.



Ahora bien, tal reconocimiento legal no se trata de un mero acto de liberalidad del Legislador, pues la jurisprudencia constitucional ha sostenido que se trata de la materialización de diversos preceptos de rango constitucional, los cuales configuran realmente *un derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional*. Este derecho, además de estar consagrado expresamente en el artículo 53 de la Carta Política de 1991, puede derivarse de una interpretación sistemática de distintos enunciados normativos constitucionales.

Así, por una parte, el artículo 48 constitucional contiene una clara previsión al respecto cuando establece que (...)

Por otra parte, el artículo 53 constitucional señala que (...)

Igualmente para la configuración del derecho constitucional de los pensionados al mantenimiento del poder adquisitivo de la mesada pensional resultan también relevantes principios y derechos fundamentales consagrados en la Carta de 1991, algunos de los cuales encuentran aplicación específica en derecho laboral, como el principio *in dubio pro operario* (Art. 48 de la C.P.), (...)

(...). En efecto, desde la perspectiva constitucional resulta insostenible la tesis que la actualización de las pensiones es un derecho constitucional del cual sólo son titulares aquellos pensionados que el Legislador determine, precisamente porque tal postura acarrearía la vulneración de los restantes principios a los que se ha hecho mención y de los derechos fundamentales de aquellas personas excluidas del goce de la actualización periódica de sus pensiones. Si bien el derecho a la actualización de la mesada pensional surge en virtud de lo que la doctrina ha denominado el proceso de especificación en el reconocimiento de los derechos, de manera tal que su titularidad se reserva a un determinada categoría de sujetos –los pensionados- dentro de tal categoría su titularidad ha de ser universal, y por lo tanto exclusiones derivadas del tránsito legislativo carecen de justificación.

Por último, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la mesada pensional es un mecanismo que garantiza el derecho al mínimo vital de las personas de la tercera edad, (...) Por lo tanto la actualización periódica de esta prestación es simultáneamente una garantía del derecho al mínimo vital y una medida concreta a favor de los pensionados, por regla general adultos mayores o personas de la tercera edad y por lo tanto sujetos de especial protección constitucional.

La jurisprudencia constitucional se ha referido de manera reiterada tanto en sede de tutela como de constitucionalidad sobre el derecho a mantener el poder adquisitivo de las pensiones, y ha sostenido de manera reiterada que es un derecho de rango constitucional, que encuentra fundamento en los distintos preceptos constitucional a los cuales antes se hizo alusión, sobre este extremo resulta ilustradora la sentencia T-906 de 2005: (...)

Así, en algunas ocasiones se ha afirmado que precisamente la no indexación del salario base es un supuesto que le confiere carácter fundamental al derecho a la actualización de las mesadas pensionales, sobre esta línea argumentativa es ilustradora la sentencia T-906 de 2005, antes citada:

No obstante lo anterior, la Corte no desconoce que el derecho a mantener el poder adquisitivo de las pensiones puede llegar a considerarse excepcionalmente como un derecho fundamental por conexidad.

(...)

En otras oportunidades esta Corporación ha considerado que el derecho a la indexación del salario base para la liquidación de la mesada pensional es un derecho autónomo, que guarda estrecha relación con el derecho a la actualización de la mesada pensional. Así, en la T-098 de 2005 se sostuvo:

(...)

Se tiene, entonces que la jurisprudencia constitucional ha derivado de distintos preceptos constitucionales *un derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional* dentro de cuyo ámbito de conductas protegidas se encuentra el derecho a la indexación de la primera mesada pensional.

(...)”.

2.3.2 LIQUIDACIÓN DE LA INDEXACIÓN.-

En lo que Hace relación a la liquidación de la indexación la Corte Suprema de Justicia también ha tenido variaciones de criterio así:

2.3.2.1 En la sentencia del 31 de julio de 2007, **Radicación** No. 29022, M.P. Dr. Camilo Tarquino Gallego. Consideró que procedía la indexación y aplicó la formula siguiente:

Fórmula:

$$V_p = \sum SD \times \left[\frac{1}{n} \left\{ Año_{inicial} \times (IPC_{Año_{Inicial+1}} \right. \right. \\ \left. \left. \times (IPC_{Año_{Inicial+n}} \dots \times (IPC_{Año_{Final}}) \right) \right. \\ \left. \times \left(\frac{T_{SD}}{T_{IBL}} \times (75\%) \right) \right\} \right]$$



Definición de Términos:

Vp = VALOR PENSIÓN

SD = SALARIO DEVENGADO PROMEDIO MES ÚLTIMO AÑO

IPC Año inicial = IPC AÑO DEL ÚLTIMO SALARIO DEVENGADO

IPC AÑO INICIAL+1 = IPC DEL AÑO SIGUIENTE

IPC AÑO FINAL = IPC DEL AÑO Y FECHA DE PENSIÓN

T SD = NUMERO DE DIAS DE CADA SALARIO

TIBL = NUMERO DE DIAS PARA IBL.

Se toma el salario promedio mensual devengado por el trabajador en el ultimo año y – dejándolo constante – se actualiza, año por año, con la variación anual del IPC del Dane, para llevarlo al año de fecha de pensión; luego se pondera dicho resultado, multiplicándolo por el numero de días que tuvo cada salario y se divide por el total de días que se toman para el I.B.L A esa sumatoria se le calcula el 75%, obteniendo así el valor de la pensión, tal cual se explica a continuación: (...)

2.3.2.2 En la Sentencia del 13 de noviembre de 2007, **Radicación No. 30602, M.P. Dr. LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ.**

Expuso:

"(...)

Partiendo entonces, de que el cometido del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es actualizar anualmente la base salarial para tasar la mesada pensional, esto es, garantizar que los ingresos que integran ese IBL conserven su valor, se estima que en asuntos donde sea procedente la actualización, dicho fin se logra adecuando el mencionado precepto legal a cada situación, y en términos de la fórmula a aplicar, buscar la que más se ajuste al mecanismo de mantener el poder adquisitivo de las pensiones.

En este orden de ideas, el tomar el valor monetario a actualizar y multiplicarlo por el índice de precios al consumidor final y dividirlo por el IPC inicial, es dable sostener que esta fórmula también cumple a cabalidad con el designio y espíritu de la norma en comento y demás postulados de rango constitucional que en materia pensional consagran los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, para efectos de determinar el ingreso base de liquidación y establecer el



monto de la primera mesada en aquellos casos no contemplados en la ley de seguridad social, empero observando la variación del IPC para cada anualidad en la medida que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 así lo exige; lo cual es semejante a la fórmula que viene aplicando la jurisprudencia constitucional y del Consejo de Estado.

Así pues, que en lo sucesivo para determinar el ingreso base de liquidación de pensiones como la que nos ocupa, se aplicará la siguiente fórmula, que más adelante se desarrollará en sede de instancia:

$$VA = VH \times \frac{\text{IPC Final}}{\text{IPC Inicial}}$$

De donde:

VA = IBL o valor actualizado

VH = Valor histórico que corresponde al último salario promedio mes devengado.

IPC Final = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de pensión.

IPC Inicial = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de retiro o desvinculación del trabajador.

Con esta nueva postura, la Sala recoge cualquier pronunciamiento anterior que resulte contrario con respecto a la fórmula que se hubiere venido empleando en casos similares donde no se contempló la forma de actualizar la mesada pensional, acorde con la teleología de las normas antes citadas.

2.3.2.3 El anterior criterio se reiteró en las sentencias con RAD. No. 29171 del 22 de enero de dos mil ocho (2008) y Rad. 32419 del 12 de febrero de 2008, en las que se cita lo expuesto en la sentencia 30602 del 13 de diciembre de 2007.

(...)

3. FLUJO DE CAPITAL EN EL SISTEMA DE PENSIONES.-

Otro aspecto que hay que considerar en el sistema de pensiones, es que el traslado entre regímenes pensionales y el cambio de entidad encargada de pagar las pensiones, generan unos



movimientos de capital o representan tiempo de servicio al Estado, que en el primer caso se denomina bono pensional y en el segundo cuota pensional⁷⁸.

3.1 BONO PENSIONAL. En los términos del Art. 1 del Decreto 1299 de 1994, constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones.

3.1.1. Los bonos pensionales pueden ser de tipo A, B , C y E así:

	BONO PENSIONAL TIPO A Decreto 1299 de 1994	BONO PENSIONAL TIPO B Decreto 1314 DE 1994	BONO PENSIONAL TIPO C Decreto 816 de 2002	BONO PENSIONAL TIPO E Decreto 876 de 1998
A QUIEN SE EXPIDEN	A las personas que se trasladen al régimen de ahorro individual con solidaridad ya se trate de trabajadores particulares o servidores públicos.	A servidores públicos que se trasladen al ISS a la entrada en vigencia del sistema de pensiones o después de esta fecha.	Se expedirán a favor del Fondo de Previsión Social del Congreso.	Son los Bonos que recibe ECOPETROL por las personas que se hayan vinculado a dicha empresa con posterioridad al 31 de marzo de 1994.
REQUISITOS	1) Que hubiesen efectuado cotizaciones al ISS o a las cajas o fondos de previsión del sector público; 2) Que hubiesen estado vinculados al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos; 3) Que hubieren estado vinculados mediante contrato de trabajo con empresas que tienen a su cargo el	Que estén prestando servicios o hubieren prestado servicios al Estado o a una entidad descentralizada de cualquier orden, en calidad de servidores públicos.		

⁷⁸ Decreto 1299 de 1994, Art. 16.



	<p>reconocimiento y pago de pensiones;</p> <p>4) Que hubieren estado afiliados a cajas de previsión del sector privado que tuvieran a su cargo exclusivo el reconocimiento y pago de pensiones.</p> <p>5) Que las cotizaciones o servicios no sean inferior al equivalente de 150 semanas.</p> <p>6) Que no se haya reclamado o recibido indemnización sustitutiva de pensión.</p>			
ENTIDAD RESPONSABLE DE EXPEDIR EL BONO	<p>A) La Nación, (Ministerio de Hacienda) emite los bonos de los afiliados al ISS o caja de previsión sustituida por el fondo de pensiones públicas de nivel nacional (fopep), respecto de los afiliados antes del 1 de abril de 1994.</p> <p>B) El ISS, respecto de los afiliados a partir del 1 de abril del 1994.</p> <p>C) las cajas, fondo o entidades del sector público nacional no sustituidas por el focep; las cajas, fondos o entidades de previsión de nivel territorial, y las cajas de previsión privadas.</p> <p>D) Entidades públicas que hayan asumido el pago de pensiones.</p> <p>E) Empresas privadas que pagaban directamente pensiones de</p>	<p>.A) Serán emitidos por la última entidad pagadora de pensiones a la cual haya pertenecido el afiliado.</p> <p>B) Podrán ser emitidos por la Nación o entidad territorial cuando la responsabilidad corresponda a una caja sustituida por el focep o por un fondo territorial.</p>	<p>Cuando una persona este cotizando a este fondo y se traslade al régimen de prima media o al de ahorro individual el fondo expedirá los bonos pensionales tipo A o B.</p>	



	trabajadores vinculados antes de la ley 100. ⁷⁹			
CARACTERÍSTICAS			Representan en dinero lo que la persona tiene en tiempo	

3.1.2 ESTADOS DEL BONO PENSIONAL

3.1.2.1 EMISIÓN: Resolución o acto Administrativo mediante el cual el emisor del Bono pensional reconoce la obligación y se compromete a pagarla. Y de acuerdo al tipo de bono A,B,C o E serán emitidos o expedidos por la entidad responsable, como se relaciona en el cuadro anterior.

3.1.2.2 EXPEDICIÓN: generación el título valor para negociarlo o pagararlo

3.1.2.3 REDENCIÓN:

3.1.2.3.1 Cuando el afiliado cumpla la edad que se tomó como base para el cálculo del mismo.

3.1.2.3.2 Cuando se cause la pensión de invalidez o de sobrevivencia; o

3.1.2.3.3. Cuando haya lugar a la devolución de saldos de conformidad con la ley 100 de 1993 bajo el Régimen de Ahorro Individual. (Artículo 11Decreto 1299 de 1994).

3.2 CUOTAS PARTES PENSIONALES: aplicables exclusivamente en el sector público y representa el tiempo que el servidor público tenga al servicio del Estado, cuando una entidad pública empleadora o una caja de previsión debe reconocer una pensión de jubilación. Por ejemplo, Cajanal no emite bono pensional, la Nación emite en su nombre. Lo que reconoce Cajanal son cuota parte pensional.

3.3 TITULOS PENSIONALES.- Representan el valor que se genera en virtud del calculo de la reserva actuarial o cálculo actuarial que deberán trasladar al Instituto de Seguros Sociales las empresas o empleadores del sector privado que, con anterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones, tenían a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, en relación con sus trabajadores que seleccionen el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y cuyo

⁷⁹ Arenas Monsalve, Gerardo. El derecho Colombiano de la Seguridad Social. Legis, segunda edición 2007.



contrato de trabajo estuviese vigente al 23 de diciembre de 1993 o se hubiere iniciado con posterioridad a dicha fecha⁸⁰.

4.- JURISPRUDENCIA:

4.1 SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD

4.1.1. BONOS PENSIONALES

El decreto 1299 del 22 de junio de 1994, por el cual se dictan las normas para la emisión, redención y demás condiciones de los bonos pensionales fue objeto de varias demandas de constitucionalidad, decididas mediante las sentencias C-498 de 1995, C-611 de 1996, C-389 de 2000.

4.1.1.1 CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia C- 498 de noviembre 7 de 1995

M.P. Magistrados Ponentes: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA

Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Acción pública de inconstitucionalidad contra los incisos 1o. y 2o. (parciales) del artículo 24 del Decreto 1299 de 1994⁸¹, "por el cual se dictan las normas para la emisión, redención y demás condiciones de los bonos pensionales."

⁸⁰ Artículos 2 y 6 del Decreto 1887 de 1994.

⁸¹ ARTICULO 24⁸¹. Emisión de los bonos pensionales. Correspondrá al Ministerio de Hacienda y Crédito Público el reconocimiento, liquidación, emisión y pago de los bonos pensionales y cuotas partes a cargo de la Nación, y el reconocimiento y liquidación de pensiones causadas que deban ser asumidas por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional.

Para tal finalidad se crea la Dirección General del Tesoro Nacional, la Oficina de Obligaciones Pensionales que tendrá como función desarrollar las actividades relacionadas con el reconocimiento, liquidación y emisión de bonos pensionales y cuotas partes a cargo de la Nación, y el reconocimiento y liquidación de pensiones causadas que deban ser asumidas por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional. El desarrollo de estas funciones y la realización de todos los trámites necesarios, podrá contratarse con entidades públicas o privadas o personas naturales.

El pago de los bonos pensionales estará a cargo de la Tesorería General de la Nación y el de pensiones a cargo del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional.

Parágrafo 1o. (...)

Parágrafo 2o. (...)

Parágrafo 3o. (...)."



"(-)

8- El Título IV, Capítulo I, de la mencionada ley regula lo relativo a los denominados "Bonomos Pensionales". Así, el artículo 115 de dicho estatuto define los bonos pensionales como aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones y precisa que a ellos tienen derecho aquellos afiliados al Sistema General de Pensiones que con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual cumplan ciertos requisitos señalados por ese mismo artículo.

Por su parte, el artículo 118 ibídem contiene una clasificación de los mencionados bonos, dentro de los cuales se consagran los llamados "Bonomos pensionales expedidos por la Nación".

En desarrollo de dicha disposición, el artículo 121 de la ley en comento, dispone que:

"La Nación expedirá un instrumento de deuda pública nacional denominado bono pensional, de la naturaleza y con las características señaladas en los artículos anteriores, a los afiliados al Sistema General de Pensiones, cuando la responsabilidad corresponda al Instituto de los Seguros Sociales, a CAJANAL, o a cualesquiera otra Caja, Fondo o entidades del sector público sustituido por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, y asumirá el pago de las cuotas partes a cargo de estas entidades (...)"

A su vez, el artículo 127 ibídem establece que:

"Autorízase al Gobierno Nacional para expedir los Bonos Pensionales a cargo de la Nación y títulos de deuda pública interna de la Nación....

La emisión de los títulos que por la presente ley se autoriza, sólo requerirá concepto previo de la Junta Directiva del Banco de la República y Decreto del Gobierno Nacional, mediante el cual se señalen las clases, características y condiciones financieras de emisión, colocación y administración de los títulos.

La Nación, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, podrá administrar directamente los títulos de deuda pública que por la presente ley se autorizan..." (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Finalmente, el artículo 130 de la citada Ley 100 de 1993 creó el llamado "Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional", como una cuenta de la Nación adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, cuyo objeto esencial es sustituir a la Caja Nacional de Previsión Social en lo relacionado con el pago de las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobrevivientes, y a las demás cajas de previsión o fondos insolventes del sector público del orden nacional que el Gobierno determine y para los mismos efectos.



Agrega la norma, que a partir de 1995 todas las obligaciones por concepto de pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes, reconocidas por la Caja Nacional de Previsión, serán pagadas por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional.

9- (...)

En su artículo 1o., el decreto define los bonos pensionales, como “*aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones*”, y establece las normas necesarias para la emisión de los bonos pensionales, su redención, la posibilidad de negociarlos y las condiciones de los bonos pensionales cuando estos deban expedirse a los afiliados del Sistema General de Pensiones que se trasladen del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Por su parte, el artículo 14 del decreto que se examina, establece a cargo de que entidad se le adscribe la función de emitir bonos pensionales, señalando en su literal a), que ello corresponderá a “la Nación en los casos de que trata el artículo 16 del presente decreto”. Dispone además, que:

“La Nación emitirá el Bono pensional a los afiliados al Sistema General de Pensiones, cuando la responsabilidad corresponda al Instituto de los Seguros Sociales, a la Caja Nacional de Previsión Social, o a cualquiera otra Caja, Fondo o entidad del sector público sustituido por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, y asumirá el pago de las cuotas partes a cargo de estas entidades...”.

10- Las anteriores normas muestran que, en términos generales, el contenido del Decreto 1299 de 1994 regula efectivamente los bonos pensiones y corresponde entonces a las facultades extraordinarias concedidas por la ley habilitante. Sin embargo, el artículo 24 del decreto, cuyo examen de constitucionalidad efectúa en esta oportunidad la Corte, en virtud de la demanda formulada en forma parcial contra sus incisos 1o. y 2o., establece lo siguiente:

- a) El primer inciso otorga al Ministerio de Hacienda y Crédito Público la función del reconocimiento, liquidación, emisión y pago de los bonos pensionales y cuotas partes a cargo de la Nación, y señala en la parte impugnada, que además tendrá la atribución “del reconocimiento y liquidación de pensiones causadas que deban ser asumidas por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional”.
- b) Por su parte, el inciso segundo señala que para tal finalidad, “se crea en la Dirección General del Tesoro Nacional, la Oficina de Obligaciones Pensionales, con el objeto de desarrollar las actividades relacionadas con el reconocimiento, liquidación y emisión de los bonos pensionales y cuotas partes a cargo de la Nación, y el reconocimiento y liquidación de pensiones causadas



que deben ser asumidas por el Fondo de Pensiones Públicas", parte esta que se resalta por corresponder a lo demandado.

11 Para esta Corporación, es evidente el exceso en que incurrió el Ministerio de gobierno Nacional - hoy del interior- al desarrollar las facultades extraordinarias otorgadas por el numeral 5º. del Art. 139 de la ley 100 de 1993, pues éstas se confirieron (...)

b) Para reafirmar lo anterior, resulta procedente hacer la diferencia entre el "bono pensional" y "la pensión" como tal. Así, el "**bono pensional**" se encuentra definido en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, como "aquellos aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones". Y se agrega, que constituyen adicionalmente, instrumento de deuda pública nacional. Por su parte, la **pensión** constituye, como lo ha afirmado esta Corte, "un salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo... En otras palabras, el pago de una pensión no es una dádiva súbita de la Nación, sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador⁸²"

13- Los bonos pensionales son entonces diferentes a las pensiones mismas, pues los primeros son un instrumento de deuda pública nacional destinado a financiar el pago de las segundas. Por ello, la autorización para la regulación de la emisión de los bonos pensionales, su redención, la posibilidad de transarlos en el mercado secundario y la condición de los mismos, no incluye el establecimiento de normas sobre reconocimiento y liquidación de pensiones. (...)

Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión "y el reconocimiento y liquidación de pensiones causadas que deban ser asumidas por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional", contenida en los incisos 1º. y 2º. del artículo 24 del Decreto 1299 de 1994, por exceder las facultades extraordinarias señaladas en el numeral 5º. del artículo 139 de la Ley 100 de 1993.

4.1.1.2 CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia C- 611 de 1996

M.P. Dr. FABIO MORON DIAZ.

Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 1º. (parcial) 6º. (parcial), 10 y 18 del Decreto 1299 de 1994, y contra el artículo 3º. (parcial) del Decreto 1314 de 1994.

"(...)

⁸²Sentencia. C-546/92 M.P. Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez Caballero, reiterado por la sentencia C-387/94. MP Carlos Gaviria Díaz.



Conviene apuntar que la ley 100 de 1993, "por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones", contempla en su artículo 60, literal h, dentro de las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, el derecho al reconocimiento de los bonos pensionales que tienen los afiliados "que hayan efectuado aportes o cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, o a las cajas, fondos o entidades del sector público, o prestado servicios como servidores públicos, o trabajado en empresas que tienen a su exclusivo cargo las pensiones de sus trabajadores y trasladen la parte proporcional del cálculo actuarial correspondiente".

(..)

En esta ley parcialmente acusada, se propone establecer las reglas para asegurar que las obligaciones pensionales del responsable financiero de atenderlas institucionalmente dentro del sistema legal de seguridad social, tengan una representación instrumental de carácter crediticio que pueda circular en el mercado financiero y de capitales, para asegurar las condiciones económicas mínimas de eficiencia, universalidad y solidaridad que aseguren la participación de los particulares en su atención, en concurrencia con el Estado, tal como lo ordena el artículo 48 de la carta Política y permitan la ampliación progresiva de su cobertura; empero es preciso tener en cuenta las situaciones anteriores de la materia y los diversos regímenes como el de los sectores educativo, salud y de las fuerzas militares y de policía nacional, en las que han prevalecido reglas de diversa especie y finalidad, lo que supone la necesidad de distinguir entre unas y otras y de permitir la uniformidad de reglas con fines de igualdad. Con este propósito, se expidió el Decreto 1314 de 1994, también demandado, cuyo campo de aplicación es el de la regulación de los bonos pensionales emitidos con ocasión de traslado de servidores públicos al régimen de prima media con prestación definida, administrado por el ISS y de la desvinculación de los trabajadores de empresas, entidades y fondos de los sectores salud, educativo, de las fuerzas militares y de policía nacional.

(..)

De acuerdo con el artículo 1o. del Decreto 1299 de 1994, los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al sistema general de pensiones.

Con fundamento en dicha definición la función de los bonos pensionales es la de contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al sistema general de pensiones. Es decir, en los bonos pensionales no se están recaudando ni colocando nuevos recursos, sino estableciendo el valor de una obligación que se hará exigible el día en que se tenga derecho a la pensión.

Entonces, la regulación crediticia vinculada al hecho de que se recaudan recursos para invertirlos en determinadas actividades, no está presente en los bonos pensionales.



En consecuencia, la determinación y actualización del valor de los bonos, no se enmarca como una de las competencias del Banco de la República como autoridad crediticia, como lo piensa el actor, toda vez que tal determinación y actualización del valor de los mismos, no son las de un crédito, sino un mecanismo para que los recursos destinados a pensiones, como los bonos pensionales, mantengan su poder adquisitivo constante, como ya se advirtió, lo cual escapa a las competencias ordinarias de carácter constitucional de la Junta Directiva del Banco.

Vale destacar que el mantenimiento del poder adquisitivo constante en materia pensional, tiene consagración expresa a nivel constitucional precisamente por la importancia que adquieren para el constituyente los derechos de la tercera edad, dentro de los cuales se encuentran sus derechos pensionales.

Para esta Corporación, la función que pretende atribuir el demandante al Banco de la República en lo relacionado con los bonos pensionales es impropia, toda vez que la regulación del crédito es un asunto completamente distinto al de la regulación de pensiones. A nivel constitucional esas competencias separadas tienen expresión en el hecho, de que mientras que el mantenimiento del poder adquisitivo constante de los recursos en materia pensional se encuentra regulado en el artículo 48 de la Carta, la función crediticia del Banco, tiene su fundamento en el artículo 372 de la misma.

De lo anterior, se puede concluir que la tasa del bono es en sí misma flexible, pues el mismo devenga un interés equivalente al DTF pensional (artículo 116 de la ley 100), el cual es igual al IPC más cuatro puntos efectivos (artículo 10 del Decreto 1299 de 1994).

(...)

Por lo anterior, se entiende que los bonos pensionales si bien guardan la misma entidad formal con los instrumentos de deuda pública interna, (art. 121 de la Ley 100 de 1993), no es menos cierto que ellos son aportes cuyos fines tienden a darle viabilidad financiera al sistema general de pensiones, como se vio más arriba.

De acuerdo con la definición legal de los bonos pensionales, éstos son aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al sistema general; por ello no corresponden a la noción de recursos captados del público, - perceptiva del actor en la demanda-, sino por el contrario, subyace un reconocimiento patrimonial para el trabajador aportante sin el cual no podría acceder a su derecho pensional.

El acto de emisión de los bonos pensionales a cargo de la nación y de los títulos de la deuda pública interna, tal como lo determina la misma Ley 100 de 1993, debe contar con el concepto previo de la Junta Directiva del Banco de la República en reconocimiento de sus atribuciones constitucionales. (art. 127 de la ley 100 de 1993).

(...)



DECLARAR EXEQUIBLES las expresiones acusadas de los artículos 1º, 6º, 10º, 11, y 18 del Decreto Ley 1299 de 1994.

Segundo: **DECLARAR EXEQUIBLES** las expresiones acusadas del artículo 3º, del Decreto Ley 1314 de 1994.

4.1.1.3 CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia C- 389 del 5 de abril de 2000

M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Demandada de inconstitucionalidad contra los artículos 117⁸³ (parcial) de la Ley 100 de 1993 y los artículos 3º (parcial), 4º (parcial), 7º (parcial) y 11 (parcial) del decreto 1299 de 1994⁸⁴.

⁸³ ARTÍCULO 117.- Valor de los Bonos Pensionales.

Para determinar el valor de los bonos, se establecerá una pensión de vejez de referencia para cada afiliado, que se calculará así:

a. Se calcula el salario que el afiliado tendría a los sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, como el resultado de multiplicar la base de cotización del afiliado a 30 de Junio de 1992, o en su defecto, el último salario devengado antes de dicha fecha si para la misma se encontrase cesante, actualizado a la fecha de su ingreso al Sistema según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor del DANE, por la relación que exista entre el salario medio nacional a los sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, y el salario medio nacional a la edad que hubiere tenido el afiliado en dicha fecha. Dichos salarios medios nacionales serán establecidos por el DANE.

b. El resultado obtenido en el literal anterior, se multiplica por el porcentaje que resulte de sumar los siguientes porcentajes:

45%, más un 3% por cada año que exceda de los primeros 10 años de cotización, empleo o servicio público, más otro 3% por cada año que faltare para alcanzar la edad de sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, contado desde el momento de su vinculación al sistema.

La pensión de referencia así calculada, no podrá exceder el 90% del salario que tendría el afiliado al momento de tener acceso a la pensión, ni de quince salarios mínimos legales mensuales.

Una vez determinada la pensión de referencia, los bonos pensionales se expedirán por un valor equivalente al que el afiliado hubiera debido acumular en una cuenta de ahorro, durante el período que haya efectuado cotizaciones al ISS o haya sido servidor público o haya estado empleado en una empresa que deba asumir el pago de pensiones, hasta el momento de ingreso al sistema de ahorro, para que a ese ritmo de acumulación, hubiera completado el capital necesario para financiar una pensión de vejez y para sobrevivientes, a los 62 años si son hombres y 60 años si son mujeres por un monto igual a la pensión de referencia.

En todo caso, el valor nominal del bono no podrá ser inferior a las sumas aportadas obligatoriamente para la futura pensión con anterioridad a la fecha en la cual se afilie al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.



El Gobierno establecerá la metodología, procedimiento y plazos para la expedición de los bonos pensionales.

PARAGRAFO 1. El porcentaje del 90% a que se refiere el inciso quinto, será del 75% en el caso de las empresas que hayan asumido el reconocimiento de pensiones a favor de sus trabajadores.

PARAGRAFO 2. Cuando el bono a emitir corresponda a un afiliado que no provenga inmediatamente del Instituto de Seguros Sociales, ni de Caja o fondo de previsión del sector público, ni de empresa que tuviese a su cargo exclusivo el pago de pensiones de sus trabajadores, el cálculo del salario que tendría a los 62 años si son hombres y 60 años si son mujeres, parte de la última base de cotización sobre la cual haya cotizado o del último salario que haya devengado en una de dichas entidades, actualizado a la fecha de ingreso al Sistema, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor del DANE.

PARAGRAFO 3. Para las personas que ingresen por primera vez a la fuerza laboral con posterioridad al 30 de junio de 1992, el bono pensional se calculará como el valor de las cotizaciones efectuadas más los rendimientos obtenidos hasta la fecha de traslado.

⁸⁴ DECRETO LEY 1299 DE 1994, "Por el cual se dictan las normas para la emisión, rendición y demás condiciones de los bonos pensionales.

(....)

ARTICULO 3º.- Valor del bono pensional. El valor base del bono pensional se determinará calculando un valor equivalente al que el afiliado hubiera debido acumular en una cuenta de ahorro durante el período que estuvo cotizando o prestando servicios hasta el momento del traslado al régimen de ahorro individual, para que a este ritmo hubiera completado a los 62 años si son hombres o 60 si son mujeres, el capital necesario para financiar una pensión de vejez de referencia del afiliado de que trata el artículo siguiente.

El bono pensional será expedido por un valor base, actualizado con la tasa de interés equivalente al DTF pensional definido en el artículo 10 del presente decreto, desde la fecha del traslado, hasta la fecha de su expedición.

En todo caso, el valor base del bono no podrá ser inferior a las sumas aportadas con anterioridad a la fecha en la cual la persona se traslade al régimen de ahorro individual.

PARAGRAFO. Para efectos de lo previsto en el inciso 1º de este artículo se entiende por período de cotización o de prestación de servicios, la suma del tiempo durante el cual el afiliado estuvo cotizando al SEGURO SOCIAL, a alguna caja o fondo de previsión del sector público, prestando servicios como servidor público, vinculado mediante contrato de trabajo a una empresa o empleador del sector privado que tenía a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, o afiliado a una caja o fondo de previsión del sector privado.

El tiempo de servicios prestado a empleadores del sector privado que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones con anterioridad a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993, por trabajadores que en la citada fecha ya no se encontraban vinculados con el respectivo empleador, no será computable para el cálculo del bono pensional.

ARTICULO 4º Cálculo de la pensión de vejez de referencia para los vinculados con anterioridad al 30 de julio de 1992. La pensión de vejez de referencia para cada afiliado se calculará así:

"a) Se calcula el salario de referencia que el afiliado tendría a los sesenta (60) años si es mujer o los sesenta y dos (62) si es hombre, y el salario medio nacional a la edad que tenga el afiliado a la fecha de selección o de traslado al régimen



(....)

de ahorro individual. La tabla de salarios medios nacionales será establecida por el DANE y oficializada por el Gobierno Nacional.

"El salario de referencia así calculado, no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente a la fecha del traslado ni superior a veinte veces dicho salario, y

"b) La pensión de referencia será el resultado de multiplicar el salario de referencia por el porcentaje que resulte de sumar los siguientes porcentajes:

"45% más un 3% por cada año que exceda de los primeros 10 años de cotización, afiliación, empleo o servicio público hasta el 1º de abril de 1994, más otro 3% por cada año que faltare para alcanzar la edad de los sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, contado a partir de la misma fecha.

"La pensión de referencia así calculada, no podrá exceder el 90% del salario de referencia, ni quince veces al salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de traslado. Tratándose de trabajadores vinculados con contrato de trabajo a empresas o empleadores del sector privado que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, y de servidores públicos, la pensión de referencia no podrá exceder el 75% del salario de la referencia. La pensión de referencia no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente a la fecha del traslado.

"PARAGRAFO. Para los efectos de que trata el presente decreto, se entiende por cada año un periodo de 52 semanas.
(...)

"ARTICULO 7º. Cálculo del bono pensional por traslado al régimen de ahorro individual en circunstancias especiales. Para efectos del cálculo del bono pensional de los afiliados al sistema general de pensiones que de conformidad con lo dispuesto en el literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, se trasladan al régimen de ahorro individual y que al 1º de abril de 1994 tuvieran 55 años o más de edad si son hombres o 50 años si son mujeres, la edad para determinar su valor, así como para calcular el salario de referencia y la pensión de vejez de referencia, será aquella que tendría el afiliado a la fecha en que completaría 500 semanas adicionales de cotización de dicho régimen, sin que esta edad pueda ser inferior a la que tendría el afiliado al cumplir el tiempo mínimo de cotización requerido para pensionarse.

"Para las personas que no alcancen a cumplir el tiempo mínimo de cotización o de servicios para acceder a la pensión de vejez en las edades de referencias del bono, 60 ó 62 años según el caso, la edad para determinar el valor del bono pensional, así como para calcular el salario de referencia, será aquella que tendría la persona al complementar dicho tiempo de servicios o de cotización, teniendo en cuenta para ello lo dispuesto en el parágrafo del artículo 3º del presente decreto.

(...)

"ARTICULO 11.- Redención del bono pensional

1. Cuando el afiliado cumpla la edad que se tomó como base para el cálculo del respectivo bono pensional

"Cuando se cause la pensión de invalidez o de sobrevivencia.

"3. Cuando haya lugar a la devolución de saldos de conformidad con la Ley 100 de 1993.



Por su parte, los artículos impugnados del decreto 1299 de 1994, conforme a su publicación el Diario Oficial No 41411 del 28 de junio de 1994, establecen:

El problema constitucional que plantea la presente demanda es si la regulación de las edades a ser tomadas en cuenta para liquidar el bono pensional de hombres y mujeres implican una discriminación para estas últimas, como lo sostiene la actora, o si, por el contrario, constituyen un desarrollo razonable del sistema pensional diseñado por la Ley 100 de 1993, según la tesis del Procurador. Para responder a este interrogante, y en la medida en que la Vista Fiscal y la actora entienden de manera distinta la lógica para calcular el valor de los bonos pensionales, así como para redimirlos, la Corte comenzará por indicar brevemente cuál es el sentido de este bono, en el sistema de pensiones de la Ley 100 de 1993, para luego estudiar específicamente el cargo sobre discriminación.

(...)

Ahora bien, la ley establece un sistema de cálculo del valor de ese bono y un momento para su redención. Así, para su cálculo, la ley toma como referencia el salario que el afiliado tendría a los sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre; e igualmente toma en cuenta esas edades para establecer a partir de qué momento puede darse la redención del bono. Es precisamente ese punto el que cuestiona la actora, pues la edad de referencia para el cálculo del bono y para su redención es, en el caso de los hombres, igual a su edad de jubilación en el régimen de prima media, mientras que en las mujeres es superior a esa edad de jubilación. Entra pues la Corte a examinar si esa aparente diferencia de trato es o no violatoria del principio e igualdad.

La razonabilidad de la diferencia de trato.

5- Como bien lo destaca la Vista Fiscal, el primer punto que debe esclarecer la Corte, con el fin de determinar si existe o no violación a la igualdad, es el patrón de referencia o criterio de comparación para analizar las edades que la ley toma en cuenta para calcular y redimir el bono pensional. En efecto, la actora considera que el criterio relevante es la edad definida por la ley para acceder a la pensión en el sistema de prima media, mientras que la Vista Fiscal considera que ese punto de vista no es el adecuado, pues el bono pensional opera para trasladarse al régimen de ahorro individual.

5- Para determinar cuál es el criterio relevante de comparación, la Corte recuerda que la diferencia que existe entre los dos sistemas de pensiones implica que los dos regímenes presentan también regulaciones distintas en muchos aspectos. Así, en el sistema de prima media existen edades definidas para obtener la pensión y para acceder a ella debe haberse un mínimo de semanas en cualquier tiempo. El monto mensual de la pensión es entonces fijado por



la ley. En cambio, el sistema de ahorro individual funciona con otra lógica, pues el derecho a la pensión de vejez, en las diferentes modalidades (renta vitalicia inmediata, retiro programado o retiro programado con renta vitalicia o cualesquiera otras autorizadas) no se adquiere a una edad definida sino que se causa en favor del afiliado a la edad que cada uno de ellos escoge, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual le permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo mensual legal.

El análisis precedente muestra entonces que la Vista Fiscal tiene razón en que la edad de jubilación en el régimen de prima media no es relevante para establecer cuál debe ser la edad para calcular el bono pensional, o para señalar cuando éste puede redimirse, puesto que precisamente ese bono es utilizado para trasladarse del sistema de prima media a aquel de ahorro individual. Por ende, si ese bono existe para abandonar el régimen de prima media y entrar en el otro régimen ¿qué sentido tiene exigir que la edad de referencia para su cálculo, o para su redención, sea igual a la edad de jubilación en el sistema que se está dejando? No existe ninguna razón. Por el contrario, como bien lo señala la Vista Fiscal, lo razonable es que para fijar esa edad de referencia para el cálculo o la redención del bono, la ley recurra a un elemento propio del sistema de ahorro individual. Y efectivamente ese factor existe, pues el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 establece:

"Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE. Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a éste hubiere lugar."

*"Cuando a pesar de cumplir los requisitos para acceder a la pensión en los términos del inciso anterior, el trabajador opte por continuar cotizando, el empleador estará obligado a efectuar las cotizaciones a su cargo, mientras dure la relación laboral, legal o reglamentaria, y hasta la fecha en la cual el trabajador cumpla **sesenta (60) años si es mujer y sesenta y dos (62) años de edad si es hombre** (subrayas no originales)".*

Como vemos, y como bien lo destaca la Vista Fiscal, la ley establece como marco de referencia para calcular y redimir el bono pensional la misma edad prevista para que el empleador efectúe las cotizaciones a su cargo de los trabajadores afiliados al régimen de ahorro individual, lo cual constituye un criterio pertinente y razonable, en la medida en que esos bonos precisamente configuran los aportes destinados a conformar el capital para financiar las pensiones de quienes se trasladen al sistema de ahorro individual.

6- El anterior examen ha mostrado que el cargo de la actora carece de sustento, pues no es cierto que las expresiones acusadas discriminen a las mujeres, ya que no existe ninguna razón para



que la edad de referencia para calcular o redimir los bonos pensionales, que sirven para ingresar al sistema de ahorro individual, deba ser definida de acuerdo a la edad de jubilación en el sistema de prima media. Las expresiones acusadas serán declaradas exequibles, pero la Corte limitará el alcance de la cosa juzgada, en la medida en que esta sentencia se circunscribió a estudiar el cargo formulado en la demanda.

(..)

Declarar EXEQUIBLES los apartes impugnados del artículo 117 de la Ley 100 de 1993 y de los artículos 3º, 4º, 7º y 11 del decreto 1299 de 1994, pero únicamente por el cargo de la demanda estudiado en esta sentencia.

4.1.2 CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia C- 506 de mayo 16 de 2001

M.P. AVLARO TAFUR GALVIS

Demandada de inconstitucionalidad contra los artículos 33, 115, 119 y 120, todos
Parcialmente, de la Ley 100 de 1993.

"(...)

De acuerdo con la demandante, los artículos 119 y 120 imponen bien a la última entidad pagadora de pensiones, bien a aquella en la cual se hubiere efectuado el mayor número de cotizaciones o se hubiere cumplido el mayor tiempo de servicios, según el caso, "una especie de mandato" respecto de las demás entidades empleadoras, sin que hubiera existido entre ellos vinculación alguna. Dicho mandato implícito infringiría los artículos 13, 25, 46, 48, 53, 209 y el preámbulo de la Constitución.

(...)

Ahora bien, como lo recuerda en su intervención el representante del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en relación con este cargo, cabe recordar que por razones "logísticas y económicas", en la ley 100 de 1993 se estableció la obligación de expresar la historia laboral del empleado en un *bono pensional*.

(...)

Ello significa que la entidad responsable, de acuerdo con la ley, de la emisión del respectivo bono pensional, cumple una función derivada de su naturaleza de entidad empleadora o previsional, y se encuentra en la obligación de compilar integralmente la historia laboral del trabajador, comunicar a los demás responsables el monto de su contribución y emitir un bono pensional que refleje la totalidad de dicha historia.



La Corte, en la decisión de tutela citada por la demandante (sentencia T-630-99) tuvo ya oportunidad de recalcar que es obligación de la entidad emisora cumplir integralmente con el procedimiento establecido para el reconocimiento de las cuotas parte respectivas por parte de los demás responsables, en la forma y oportunidad señalada en la norma. Así señaló en esa ocasión que:

(...)

Al respecto es oportuno reiterar lo expuesto en algunos fallos de tutela:

(...)

La Sala encuentra que en esta oportunidad el asunto se enmarca, a diferencia de los fallados en las sentencias antes mencionadas, en el conflicto por el reconocimiento de la totalidad de las cuotas partes para lograr el cubrimiento de la totalidad del bono pensional.

Es decir, el perjuicio que se ocasionó al actor por el hecho de que la última de las entidades empleadoras efectuara el pago de su cuota parte, sin haber realizado previamente el cobro de las respectivas cuotas a las otras dos empleadoras.

(...)

Ahora bien, cabe recalcar que "las responsabilidades administrativas del emisor en relación con la emisión y expedición del bono pensional son diferentes de las responsabilidades financieras que incumben a todas las entidades contribuyentes al pago del bono". Al respecto no resulta conducente la afirmación contenida en la demanda según la cual en la emisión y pago de los bonos pensionales se imponen cargas financieras al emisor por hechos de terceros.

Si bien el emisor está obligado a emitir integralmente el bono pensional, en su propio nombre y en nombre de los demás contribuyentes, la carga financiera se divide entre los múltiples responsables.

Sobre este punto la Corte acoge el análisis que se hace en la intervención ya reseñada en la que al respecto se explica:

"(...) Si bien el artículo 120 de la ley 100 dispone que las entidades empleadoras o pagadoras de pensiones deben contribuir al emisor al pago del bono pensional, es evidente que dicha disposición no tenía por propósito crear una carga financiera adicional en cabeza del emisor sino centralizar el pago de la obligación en uno de los múltiples responsables, de manera que se evitara al pensionado la carga administrativa de realizar múltiples cobros a diferentes obligados.

Esta afirmación tiene además respaldo en el artículo 15 del Decreto Ley 1299 de 1994, cuyo inciso final dispone:



"Las entidades emisoras de bonos pensionales, dentro de los seis meses siguientes a la emisión del bono, deberán informar el valor y las condiciones de las cuotas partes a la entidad o entidades contribuyentes del mismo. Las entidades que incumplan esta obligación deberán responder por la totalidad del bono" (subrayas nuestras).

En los términos de la norma citada debe entenderse que contrario sensu, si las entidades emisoras cumplen con la obligación de informar el valor y condiciones de las cuotas partes, no deberán responder por la totalidad del bono sino por la porción a cargo, de acuerdo con el tiempo servido por el trabajador"

Entonces, del análisis de las normas atacadas se desprende que lo que se concentra es el pago de la obligación en beneficio de los pensionados, correspondiendo al emisor la función esencial de emitir y expedir, bajo un título único, la totalidad del bono pensional a favor del trabajador, estando obligados los demás empleadores o contribuyentes a responder cada uno por su cuota parte en el bono.

En la medida en que el emisor cumpla integralmente con su obligación administrativa como emisor del bono y receptor de las contribuciones respectivas, y, concretamente, adelante oportunamente las gestiones para que los contribuyentes le paguen o reembolsen la cuota parte pertinente, no surge para él ninguna obligación financiera distinta de la que en todo caso le corresponde en relación con la cuota parte de la que es responsable.

(...)

Examinados estos elementos la Corte concluye que no resultan contrariados, sino por el contrario desarrollados con las normas acusadas los principios contenidos en los artículos 13, 25, 46, 53 y 209 de la Constitución Política invocados por la demandante.

Así, la alegada discriminación entre quienes han cotizado a una sola administradora de pensiones y quienes han cotizado en diferentes entidades no existe, por cuanto la diferencia de situación en este caso no se deriva de la ley, sino de la circunstancia misma de haber prestado el trabajador sus servicios a diferentes empleadores.

(...)

Asiste en consecuencia razón al Señor Procurador cuando afirma que resulta razonable y proporcionado que la ley asigne responsabilidades a las entidades pagadoras de pensiones en las cuales el trabajador haya prestado servicios o efectuado cotizaciones en los términos señalados en la norma. El legislador en desarrollo de los principios de eficiencia y solidaridad que rigen la seguridad social, consideró que para aquellas personas que se trasladaron de administradora de pensiones con posterioridad a la expedición de la ley 100 de 1993, la totalidad de su historia laboral debe expresarse en un único bono pensional, el cual contrariamente a lo que considera la demandante, facilita el acceso a la pensión y reduce el volumen y el costo de los trámites que debe realizar el beneficiario con el fin de compilar e integrar su historia laboral.



Por todo ello, en relación con los cargos estudiados, esta Corporación encuentra plena concordancia con la Constitución de los textos acusados contenidos en los artículos 119 y 120 de la ley 100 de 1993 y así lo declarará en la parte resolutiva de esta Sentencia.

4.5. La Constitucionalidad del parágrafo del artículo 115 de la ley 100 de 1993

(...)

Dentro de la reglamentación vigente de la Ley 100 de 1993 (D.R. 692 de 1994) se establece la posibilidad de traslado de régimen y se hacen las precisiones siguientes:

"Art.15 (...)

"Para el traslado del régimen solidario de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad y de éste al de prima media, se aplicará lo siguiente:

a) Si el traslado se produce del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, habrá lugar al reconocimiento de bonos pensionales.

(...)

b) Si el traslado se produce del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, se le acreditará en este último el número de semanas cotizadas en el primero y se transferirá el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos y el bono pensional cuando sea el caso (...)".

Por su parte, el Decreto 1161 de 1994 consagra la posibilidad de retractarse de la selección que haya hecho el afiliado en estos casos. Así, el artículo 3 señala que:

"Se entenderá permitido que el retracto del afiliado (...)

Las personas que con anterioridad a la entrada en vigor del presente decreto hubieren seleccionado expresamente un régimen de pensiones, podrán ejercer el derecho de retracto dentro de los quince días hábiles a partir de la vigencia de éste. Dicho derecho deberá expresarse por escrito a la administradora o al empleador, según se trate de trabajador dependiente o independiente y dejará sin efectos la selección inicial. Este podrá utilizarse entre otros casos, en los siguientes:

a) Aquellas personas afiliadas al Instituto de los Seguros Sociales, cajas o fondos del sector público que no hubieran cotizado en dichas administradoras de prima media al menos ciento cincuenta (150) semanas y no tengan derecho a bono pensional, y



(...)

Cuando las administradoras efectúen procesos de promoción, deberán informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados el derecho a retractarse de que trata el presente artículo".

Con base en estos elementos de interpretación de la norma legal acusada esta Corporación entra en el análisis de los argumentos de la demandante.

(...)

En ese orden de ideas, el argumento de la demandante según el cual se estaría frente a un enriquecimiento sin causa del ISS o de las cajas o fondos de previsión del sector público que no estarían obligados a transferir las cotizaciones efectivamente recibidas carece igualmente de fundamento. Al respecto cabe recordar que el artículo 13 de la Ley 100 en su literal g) señala que "para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos". Por su parte el artículo 33 de la ley en comento, al definir los requisitos generales para tener derecho a la pensión de vejez en el régimen de prima media, señala que para efectos del cómputo de las semanas respectivas se tendrá en cuenta "a) el número de semanas cotizadas en cualesquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones".

El trabajador, que por inadvertencia o por desinformación escogió el régimen de ahorro individual con solidaridad sin haber completado las 150 semanas mínimas exigidas en la norma, podrá regresar al régimen de prima media en las condiciones y en los tiempos atrás reseñados (D.R. 692/94 art.15) y ver reconocidas las semanas cotizadas, que sin embargo no resultaban suficientes para que pudiera tener derecho al bono pensional en el momento de su ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Podría alegarse de otro lado, que con el párrafo atacado el legislador estaría incidiendo de alguna manera en la decisión del trabajador, buscando propiciar el mantenimiento del mismo dentro de un determinado régimen. (...)

El término de 150 semanas (cerca de tres años) establecido en la norma, no resulta desproporcionado ni irrazonable como para concluir que con el se priva del derecho de opción a los trabajadores. De otro lado no debe olvidarse al respecto, que los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al sistema general de pensiones. Estos bonos, dentro del sistema de seguridad social permiten la migración de los afiliados por todas las instituciones que participan en dicho sistema, constituyéndose en un instrumento financiero y contable con el que el legislador pretendió asegurar la conformación de unidades de capital con proyecciones de



rentabilidad suficientemente sólida que permitieran asegurar la futura atención de los afiliados al régimen contributivo de la seguridad social en pensiones.

Consideraciones financieras y administrativas que atienden a la necesidad de asegurar la sostenibilidad de cada uno de estos regímenes de pensiones, fueron entonces tomados en cuenta por el legislador para establecer este condicionamiento al derecho de obtener un bono pensional en las circunstancias que alude la norma.

Contrariamente a los argumentos de la actora, la Corte considera que el límite de 150 semanas establecido por el legislador, es un requisito legítimo y ajustado a la Constitución con el cual éste no desbordó su competencia para establecer las condiciones mínimas en las que se tiene derecho al reconocimiento del bono dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad.

(...)

4.1.3 CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia C- 262 de 2001

M.P. JAIME ARAUJO RENTERIA

Acción pública de inconstitucionalidad artículo 17 de la Ley 549 de 1.999, “por la cual se dictan normas tendientes a financiar el pasivo pensional de las entidades territoriales, se crea el Fondo Nacional de Pensiones de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones en materia prestacional”.

“(…)

5. Destinación de los aportes no incluidos en los bonos pensionales

Aunque la demandante acusa gran parte del inciso cuarto del artículo 17, por infringir el derecho al trabajo y los beneficios que de él se derivan, el concepto de violación lo dirige exclusivamente contra el aparte que establece: *“Cuando algún tiempo no se incluya para el reconocimiento de la pensión y por ello no se incluya en el cálculo del bono pensional o no proceda la expedición de bono, se entregará a quien reconozca la pensión, por parte de la entidad que recibió las cotizaciones o aquella en la cual prestó sus servicios sin aportes, el valor equivalente a las cotizaciones para pensión de vejez que efectuó o hubiere efectuado al régimen de invalidez, vejez y muerte del ISS, actualizados con el DTF pensional”*. En consecuencia, la Corte se pronunciará únicamente sobre aquél y se inhibirá para emitir pronunciamiento de fondo sobre el resto de la disposición acusada, por carecer de concepto de violación.



El cargo central formulado en la demanda contra tal disposición se explica así: “*las vinculaciones laborales y cotizaciones no utilizadas para bono, que generaban una prestación adicional, se pierden en beneficio de la entidad a la que el trabajador no aportó pero que es a la que le corresponde reconocer la pensión, y lo más gravoso es que esos aportes del trabajador se trasladan a la entidad reconocedora de la pensión sin que tal hecho incida favorablemente en el derecho pensional*”. Es ésta una inconstitucionalidad por omisión, pues lo que la demandante aduce es que el legislador no dispuso expresamente que el valor de esos aportes deba ser entregado al trabajador, sino a la entidad encargada de reconocer la pensión. No comparte la Corte el criterio de la actora, por las razones que presentan a continuación.

(...)

Por lo anterior, la Corte declarará exequible la primera parte del inciso cuarto del artículo 17 de la ley 549/99, materia de acusación, únicamente por el cargo aquí analizado.

4. 2 SENTENCIAS DE TUTELA

4.2.1 CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia T-534 DEL 21 de mayo de 2001.

Magistrado Ponente: Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

“(…)

2. El actor invoca el cumplimiento de los requisitos de edad y tiempo de servicios necesarios para acceder a la pensión de jubilación de acuerdo con el régimen establecido en la Ley 33 de 1985 y para ello solicita el reconocimiento del tiempo de equivalencia correspondiente a la publicación de libros, derecho que plantea con base en la Ley 50 de 1886 y el Decreto 753 de 1974.

En cuanto a la equivalencia de tiempo de servicios por publicación de libros, hay que indicar que ella está vigente para los servidores públicos exceptuados de la aplicación del sistema de seguridad social integral de la Ley 100 de 1993 en el artículo 279 de la misma y para los servidores públicos que se encuentren en el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de dicha ley pues así lo advirtió el Consejo de Estado en consulta de 22 de abril de 1998⁸⁵. Según esa Corporación, la entidad que reconoce la pensión debe asumir lo correspondiente a tal tiempo y por ello no puede solicitarse ni cuota ni bono pensional a otra entidad. Ello es así porque ni el Ministerio de Hacienda ni el Ministerio de Relaciones Exteriores, en este caso, tienen facultad

⁸⁵ Consulta Nro.1082. 22 de abril de 1998. Magistrado Ponente, Dr. CÉSAR HOYOS SALAZAR.



para destinar la suma referida a las cotizaciones correspondientes a los años de equivalencia en razón de los libros publicados.

Por consiguiente, la discusión no gira en torno a bonos pensionales o cuotas de cotizaciones sino en si debe o no cotizarse por los libros publicados y, en caso positivo, la pregunta sería quién cotiza. En este evento, para evitar que se presente una afectación del equilibrio financiero de la entidad que reconoce la pensión, lo correcto no es que se pidieran bonos o cuotas improcedentes sino que se cotice lo justo tanto por parte del empleador como por parte del trabajador. Orientándose por parámetros similares, en un caso en el que se consideraba la manera cómo debían cubrirse las diferencias en los aportes sobrevinientes a un reajuste pensional, la Corte expuso:

Por otro aspecto, como los aportes remitidos por el Ministerio de Relaciones al ISS correspondieron a un salario menor no devengado por el señor Valencia, el ISS tiene derecho a que se le remitan los aportes bien liquidados, según el salario real (no el de la equivalencia) y esta obligación es tanto del empleador como del trabajador, para lo cual el ISS indicará cuál es la suma que se le adeuda. Cuando principie a operar el reajuste pensional, el I.S.S. podrá descontar de la mesada las sumas que no se cancelaron por aporte, hasta cuando se cubra la totalidad de lo debido⁸⁶.

Lo expuesto en ese pronunciamiento no solamente se predica sobre el mayor valor del salario base para la liquidación de una pensión sino también en relación con el tiempo de servicios reconocido por concepto de la publicación de libros pues tanto en ese caso como en éste se está ante situaciones que tornan más favorables las circunstancias para el incremento o reconocimiento de una prestación económica y que imponen el correlativo incremento o cotización de los aportes. Esta postura respeta la necesaria armonía que debe existir entre el salario y el monto de las cotizaciones, deja a salvo los derechos del pensionado, distribuye equitativamente las cuotas de cotización y mantiene el equilibrio financiero de la entidad que reconoce la pensión.

4.2.2 CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia T-235 de abril 4 de 2002

M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra –

(...)

⁸⁶ Sentencia T-1016 de 2000. Magistrado Ponente, Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.



REGIMEN JURIDICO DE LOS BONOS PENSIONALES Y DE LAS CUOTAS PARTES

9. Planteamiento del problema: Los soportes financieros antes y después de la ley 100 de 1993

Los denominados bonos y cuotas partes son soportes financieros de un sistema de seguridad social en pensiones, cuando el trabajador ha cotizado a diferentes entidades gestoras.

a. **Los bonos** fueron establecidos por la ley 100 de 1993. El trámite a seguir está regulado por la ley 100/93 y especialmente por los siguientes decretos: a. 1299/94 (emisión, redención y demás condiciones de los bonos pensionales); b. 1726/94 (reglamenta el 1299/84); c. 1314/94 (emisión y redención de los bonos pensionales por traslado de servidores públicos al régimen de prima media con prestación definida); d. 1725/94 (reglamenta el 1314/94); e. 1748/95 (emisión, cálculo y redención de los bonos), f. 2222/95 (ampliación de plazo para la emisión); g. 1474/97 (redención anticipada de los bonos), 1513/98 (requisitos), como normas principales.²⁸ En el presente fallo se ha hecho referencia extensa a los denominados bonos tipo B.

b. **Las cuotas partes** figuran en la normatividad anterior a la Ley 100/93. Se establecieron para los tiempos servidos o cotizados a diversas entidades. En dichos eventos las normas contemplaban que las demás entidades contribuían para la mesada con cuotas partes.

Es así como el Decreto 3135 de 1968 que reguló la pensión de jubilación para los empleados públicos y trabajadores oficiales, dispuso en su artículo 28:

"La entidad de previsión obligada al pago de la pensión de jubilación tendrá derecho a repetir contra los organismos no afiliados a ella, a prorrata del tiempo que el pensionado hubiere servido en ellos. El proyecto de liquidación será notificado a los organismos deudores, los que dispondrán de un término de quince días para objetarlo."

A su vez, el decreto reglamentario 1848 de 1969 dispuso en el numeral 3º del artículo 75 lo siguiente:

"En los casos de acumulación de tiempo de servicios a que se refiere el artículo 72 de este Decreto, la entidad o empresa a cuyo cargo éste el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, tiene derecho a repetir con las entidades y empresas oficiales obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que les corresponda, a prorrata del tiempo servido a cada una de aquellas.

En este caso se procederá con sujeción al procedimiento señalado al efecto en el Decreto 2921 de 1948 y, si transcurrido el término de quince (15) días del traslado a que se refiere el inciso 3º del citado decreto, la entidad obligada a la cuota pensional no ha contestado, o lo



ha hecho oponiéndose sin fundamento legal, se entenderá que acepta el proyecto y se procederá a expedir la resolución de reconocimiento de la pensión".

Por su parte, la Ley 33 de 1985 se refirió a las pensiones de los empleados oficiales así:

"La Caja Nacional de Previsión obligada al pago de pensión de jubilación, tendrá derecho a repetir contra organismos no afiliados a ellas, o contra las respectivas cajas de previsión, a prorrata del tiempo que el pensionado hubiere servido o aportado a ellos. El proyecto de liquidación será notificado a los organismos deudores, los que dispondrán del término de quince días para objetarla vencido el cual, se entenderá aceptado por ellos".

El artículo 11 del Decreto 2709 de 1994, con fundamento en la Ley 71 de 1988, estableció:

"Todas las entidades de previsión social a las que un empleado haya efectuado aportes para obtener esta pensión, tienen la obligación de contribuirle a la entidad de previsión pagando la cuota parte correspondiente.

Para el efecto de las cuotas partes a cargo de las demás entidades de previsión, la entidad pagadora notificará el proyecto de liquidación de la pensión a los organismos concurrentes en el pago de la pensión, quienes dispondrán del término de quince días hábiles para aceptarla u objetarla, vencido el cual si no se ha recibido respuesta se entenderá aceptada y se procederá a expedir la resolución definitiva de reconocimiento de la pensión.

La cuota parte a cargo de cada entidad de previsión será el valor de la pensión por el tiempo aportado a esa entidad, dividido por el tiempo total aportado".

c. La ley 100 de 1993 no excluye a las cuotas partes como soporte financiero. En efecto, la ley 100 de 1993, en el capítulo "Traslado entre regímenes - bonos pensionales -", en los artículos 121, 122 y 124, habla expresamente de "Bonos pensionales y cuotas partes a cargo de la Nación", "Fondos para pago de cuotas partes y bonos pensionales de las Cajas, Fondos o Entidades Públicas no sustituidos por el Fondo de pensiones públicas del nivel nacional" y "Fondos para pago de cuotas partes y bonos pensionales de las Empresas que tienen a su cargo exclusivo las pensiones de sus empleados". Significa lo anterior que la ley 100 estableció el mecanismo de los bonos, pero no excluyó, en determinadas situaciones, el método que antes de su vigencia se empleaba de distribuir la mesada por cuotas partes entre las entidades que en la vida laboral del jubilado recibieron cotizaciones.²⁹ No podía excluir las cuotas partes porque por ley está reconocido el régimen de transición.

El problema práctico radica en dilucidar cuándo el soporte financiero es el bono o la cuota parte. La solución habrá que darla teniendo en cuenta la reciente normatividad: la ley 499 de 1999 y del



decreto 013 de 2001. Además, se deben hacer algunas precisiones de índole constitucional sobre los regímenes especiales y el régimen de transición.

10. Normatividad reciente sobre bonos y cuotas partes y solución jurídica a los problemas que plantea

El artículo 4° de la ley 499 de 1999 dice en lo pertinente:

Las entidades públicas del orden nacional, que de acuerdo con lo establecido en las respectivas normas, estén obligadas a concurrir con el pago de las pensiones causadas con anterioridad al primero de abril de 1994, suprimirán las obligaciones recíprocas que por concepto de cuotas partes hayan asumido, efectuando en sus estados financieros los registros contables correspondientes. Las obligaciones pensiónales causadas a partir de tal fecha, se financiarán además de los recursos previstos en la ley, con el bono pensional o cuota parte que para el efecto deberá expedir la entidad que esté en la obligación de concurrir en el pago de la respectiva pensión, o la que haga sus veces, emitido a favor de la entidad encargada del pago de dicha prestación." (Subrayas fuera de texto).

Como se aprecia, la norma plantea la alternativa de la cuota parte.

Y, el artículo 1° del decreto 013/01, dice:

"Tiene derecho a bono pensional:

".....

"b. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 128 de la ley 100 de 1993 y el artículo 1° del decreto ley 1314 de 1994, los servidores públicos que a partir de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, se trasladen al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales."

La conclusión que surge del literal b. transcrita es terminante: el bono pensional B se predica para aquellos funcionarios que se **trasladan** al régimen de prima media **a partir** del 1° de abril de 1994. Por eso a continuación el mismo artículo regula:

"En los casos en que de acuerdo con la ley no corresponda emitir bonos pensiónales, la entidad que haya reconocido o que reconozca la pensión, tendrá derecho a obtener el pago de la cuota parte correspondiente a los tiempos de servicio prestados o cotizados a otras entidades que se hayan tomado en cuenta para el reconocimiento de la pensión, de conformidad con las normas aplicables y con sujeción a lo dispuesto en el artículo 4° de la ley 490 de 1998".

Cuáles son los casos en que no se expide el bono y el soporte financiero se logra por cuotas partes de la medida pensional?



El artículo 1º del Decreto 013 de 2001 se remite al artículo 128 de la Ley 100/93. Esta última norma se refiere a la selección de régimen por parte de los servidores públicos:

"Los servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones, podrán escoger el régimen al que deseen afiliarse, lo cual deberá informarse al empleador por escrito.

Los servidores públicos que se acojan al régimen de prestación definida, podrán continuar afiliados a la Caja, Fondo o Entidad de previsión a la cual se hallen vinculados. Estas entidades administrarán los recursos y pagarán las pensiones conforme a las disposiciones de dicho régimen previstas en la presente ley.

Los servidores públicos que no estén afiliados a una Caja, Fondo o Entidad de previsión o seguridad social, aquellos que se hallen afiliados a alguna de estas entidades cuya liquidación se ordene, y los que ingresen por primera vez a la fuerza laboral, en caso de que seleccionen el régimen de prestación definida se afiliarán al Instituto de Seguros Sociales.

Los servidores públicos nacionales cualquiera sea el régimen que seleccionen, tendrán derecho a bono pensional.

Parágrafo. La afiliación al régimen seleccionado implica la aceptación de las condiciones propias de éste para acceder a las pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes".

Como es sabido, los servidores públicos tenían la obligación, antes de la vigencia de la ley 100/93, de cotizar a Cajas (por ejemplo, Caja Nacional de Previsión) a Fondos o Entidades, que eran de carácter oficial.

No hay complicación alguna si en el momento de entrar en vigencia la mencionada ley 100/93, el servidor público estuviere trabajando el 1º de abril de 1944 y se traslada con posterioridad a tal fecha al ISS; en este caso hay lugar a que el ISS solicite la emisión del bono pensional a la anterior entidad o caja o fondo al cual cotizaba el usuario. Esto es lo que ha ocurrido con la gran mayoría de los servidores públicos. Tampoco hay problema en el caso de que un funcionario público se retira de su empleo antes del 1º de abril de 1994, estaba cotizando solamente a una caja y vuelve a trabajar después de tal fecha y se afilia al ISS. En este caso también hay lugar a solicitar el bono porque existe un traslado de una Caja o fondo al ISS de quien fue empleado público y vuelve a serlo con solución de continuidad.

El problema surge cuando no ocurre el **traslado**, que es un elemento indispensable para el derecho a reclamar el bono. Esa ausencia de traslado acontece en las siguientes hipótesis:



1^a. Al entrar en vigencia la Ley 100/93 el trabajador ya estaba cotizando a los Seguros Sociales porque en ese instante laboraba para una empresa privada, aunque anteriormente hubiere trabajado un tiempo al servicio del Estado.

2^a. El 1º de abril de 1994 la persona no estaba laborando, pero en años o meses o días anteriores sí estuvo trabajando para un empresa privada y por consiguiente cotizaba al ISS, aunque con anterioridad a la cotización al ISS hubiere sido funcionario público; y reinicia trabajo después del 1º de abril de 1994 y continúa cotizando al ISS.

3^a. El 1º de abril de 1994 la persona no estaba laborando, pero antes sí lo estuvo con diferentes contrataciones laborales y cotizaba en parte, no en su integridad, al ISS, estando de todas maneras afiliado al mismo.

En la primera hipótesis ocurre lo siguiente: si el día 1º de abril de 1994 el trabajador estaba cotizando al ISS es porque se trataba de un trabajador particular, luego no se le puede aplicar ni el artículo 128 de la ley 100 de 1993, ni el decreto 1314 de 1994, porque estas normas se predicen sólo para servidores públicos. Por lo tanto, el soporte financiero se hará a través de cuotas partes.

En las otras dos hipótesis, cotizaba todo o parte al ISS antes del 1º de abril, no laboraba el 1º de abril de 1994 y vuelve a trabajar y de inmediato continúa cotizando al ISS. En este aspecto tiene toda la razón el Ministerio de Hacienda cuando dice:

"... tampoco procede emisión de bono pensional por traslado de un servidor público al régimen de prima media administrado por el Instituto de Seguros Sociales, pues al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, el demandante no tenía el carácter de servidor público, y además, se encontraba afiliado al Instituto de Seguros Sociales, por lo cual no se está ante un servidor público que se traslade al régimen de prima media."

Si no hay lugar al bono, a contrario sensu hay lugar a la cuota parte, algo permitido por la ley 100 de 1993, la ley 499 de 1999 y el decreto 13 de 2001, como anteriormente se indicó.

Como las normas antes mencionadas no regulan la tramitación de las cuotas partes, se acude a la normatividad anterior a la ley 100 de 1993, respecto a la tramitación de la cuota parte, siempre y cuando el interesado esté cubierto por el régimen de transición que es el que permite la aplicación de la legislación preexistente.

La respuesta exige un análisis de la legislación anterior a la ley 100/93 porque el decreto 013 de 2001, que está vigente, dice: " *En los casos en que de acuerdo con la ley no corresponda emitir bonos pensionales, la entidad que haya reconocido o que reconozca la pensión, tendrá derecho a obtener el pago de la cuota parte correspondiente a los tiempos de servicio prestados o cotizados a otras entidades que se hayan tomado en cuenta para el reconocimiento de la pensión*". Es decir que el decreto exige que haya



una ley de la cual se infiera que no son los bonos la forma de cubrir la cuota de concurrencia, puesto que "*la entidad que esté en la obligación de concurrir en el pago de la respectiva pensión*" (frase de la ley 499/99) será la que paga la cuota. Esto ocurre siempre y cuando el interesado esté cubierto por el régimen de transición que es el que permite la aplicación de normas anteriores a la ley 100 de 1993.

(...)

4.3 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL

Sentencia de 7 de diciembre de 2006

M.P. Dr. Camilo Tarquino Gallego

Rad. 23216

En esta sentencia, la sala Laboral abordó dos temas con respecto a los bonos pensionales:

- 1) Que cuando un afiliado se traslade del I.S.S al régimen de ahorro individual, el empleador debe asumir cualquier diferencia que resulte en el valor del bono pensional, como consecuencia de haber reportado un salario inferior al realmente devengado.
- 2) Que los bonos pensionales constituyen un derecho imprescriptible. Que la sala tiene establecido que el derecho pensional, como tal, no se afecta por esa figura jurídica, y los bonos pensionales, contemplados en la nueva legislación de seguridad social, al constituir "aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados, también constituyen un derecho imprescriptible en sí mismo, dado que, finalmente, generan un derecho de naturaleza vitalicia.

Resalta, que no se trata aquí de la reliquidación de la pensión por falta de inclusión de determinados factores salariales, como fue el caso de la sentencia e radicación 19557 de julio de 2003.

En cambio, es aplicable, para le caso la sentencia 21378 de febrero de 2005. (Citada en el siguiente numeral).

4.4 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL

Sentencia de febrero 18 de 2005.

M. P. FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

Radicación No.21378

Expuso la Corte:



"Estimó el Tribunal, como fundamento esencial de su decisión, que no obstante ser procedente, de conformidad con los artículos 6 y 8 del Acuerdo 189 de 1965, ordenar a la demandada pagar al ISS los aportes dejados cancelar entre julio de 1968 y el 31 de julio de 1971, la acción para reclamar se encontraba prescrita, porque, según dijo, entre esas últimas fechas y la presentación de la demanda habían transcurrido más de 20 años.

(...)

Desde la existencia del extinto Tribunal Supremo del Trabajo, ha venido sosteniendo invariablemente la jurisprudencia, que el derecho a la jubilación en sí mismo, por su carácter vitalicio, es imprescriptible. Ya en fallo del 18 de diciembre de 1954, se dijo lo siguiente:

"El Art. 14, Ord. C de la ley 6a de 1945 – para hablar solo del caso en litigio -, dispuso que toda empresa de capital superior a un millón de pesos estaba obligada a pagar al trabajador que llegara a los cincuenta años de edad o pasara de ellos, después de veinte años de servicios continuos o discontinuos, una pensión de jubilación de carácter vitalicio. Esto es, creó para los trabajadores que estuvieren dentro de las circunstancias descritas, una garantía *sui generis*, un verdadero estado, el de jubilado, que le daba derecho a percibir de por vida una determinada suma mensual de dinero, calculada sobre su salario. (...). Del estado de jubilado se puede predicar su extinción, más no su prescripción. Este último fenómeno solo se presenta en cuanto a las mensualidades que debe percibir el trabajador una vez hecha la solicitud de reconocimiento con los requisitos de rigor, y que no recibe por su negligencia. (...)

No debe desconocerse que para su formación, el derecho de pensión requiere de la confluencia de dos circunstancias que necesariamente implica el transcurso de un lapso de tiempo bastante prolongado, que supera ampliamente los términos de prescripción de las acciones que emanen de las leyes sociales, en la medida que desde su iniciación hasta su culminación, deben transcurrir, por lo menos, 20 años de servicios o haberse cotizado al Seguro durante mínimo 1.000 semanas.

Mientras el derecho está en formación, se ha dicho igualmente por la jurisprudencia, la prestación está sometida "...a condición suspensiva, que solamente se perfecciona como derecho cuando concurren los requisitos que la ley exige..." (Cas. 31 de oct. De 1957 G. J., LXXXVI, núms. 2188 a 2190, 2^a parte, p. 747), lo que implica necesariamente que durante ese lapso no es exigible y, por lo mismo, que no opere en su contra plazo extintivo alguno, pues es solo a partir de que adquiere este atributo, que comienza a contarse el término de prescripción de las acciones tendientes a su protección, como lo tiene dicho esta Sala de tiempo atrás.

A pesar de ser complejo en su formación el derecho de pensión, no pueden mirarse aisladamente sus elementos constitutivos, en lo que respecta especialmente al tiempo de servicio o semanas de cotización que se requieren como condición para su exigibilidad, de modo que no



puede predicarse, en este caso específico, que aunque el derecho en sí no prescribe, si prescriben los elementos que lo conforman, porque en la práctica sería imposible su gestación, dado lo prolongado de los términos. Así no cabría entender que un empleador quedaría liberado de su obligación pensional con respecto a un trabajador, que no reclamare por el tiempo laborado, dentro de los tres años siguientes a la terminación de la relación de trabajo, cuando apenas su derecho a reclamar la pensión se perfeccionó en un tiempo posterior muy superior.

Ahora bien, si el derecho a la pensión es imprescriptible y durante su formación está sometido a la condición suspensiva de que confluyan los requisitos mínimos exigidos en la ley, no puede afirmarse contrariamente, que las acciones encaminadas a obtener su conformación, mediante el pago de las semanas dejadas de cotizar, estén sujetas al término trienal ordinario de prescripción, pues ello haría nugatorio su reconocimiento, toda vez que solo serían exigibles, tanto frente al empleador, como frente a la entidad de seguridad social, sino aquellas causadas durante este último lapso.

En este sentido es incuestionable el dislate en que incurrió el Tribunal, como consecuencia de la aplicación indebida del artículo 151 del C. P. T. S. S..

Ahora bien, debe decirse que no se discute en el proceso que el demandante entró a laborar para la Fundación FES el 24 de julio de 1968 y lo hizo hasta el 31 de enero de 1972 (FL. 13)

Así mismo, tampoco está en discusión que el actor fue afiliado al ISS a partir del 1º de agosto de 1971 (FL. 14), es decir, que dejó de cotizar a esa institución dentro del lapso comprendido entre el 24 de julio de 1968 y el 31 de ese mismo mes del año de 1971, para un total de 156,428 semanas.

Planteadas así las cosas, resulta palmaria la infracción de las normas sustanciales que denuncia el cargo, por lo que al salir avante la acusación la sentencia deberá ser casada".

5.- PREGUNTAS.

- 5.1 ¿Quién tiene derecho al bono pensional tipo A?
- 5.2. ¿Quién emite bonos pensionales tipo A?
- 5.3 ¿Quién emite el bono pensional tipo B?
- 5.4. ¿A favor de quién se expiden los bonos pensionales tipo E?
- 5.5 ¿En qué casos no hay lugar a expedir Bono Pensional?
- 5.6 ¿A qué corresponde el título pensional?
- 5.7 ¿Qué entidades pueden emitir los Bonos tipo B?
- 5.8 ¿En el traslado del régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida hay lugar al reconocimiento de bono pensional?



6. CASOS

Mario Hernández pretende que se le reliquide la pensión de vejez reconocida por el I.S.S. Para tal efecto se le contabilice los 7 años de servicio en el Ministerio de Defensa Nacional Fuerza Aérea Colombiana, y en el ingreso base de liquidación se le incluya lo devengado hasta la última semana efectivamente cotizada, pues es beneficiario de régimen de transición.

No es materia de discusión, que Mario Hernández, nació el 30 de enero de 1935; laboró del 1 de julio de 1967 al 1 de septiembre de 1971 y del 1 de marzo de 1972 al 31 de diciembre de 1994, en el Ministerio de Defensa Nacional Fuerza Aérea Colombiana. E igualmente está demostrado que cotizó al I.S.S. del 5 de abril de 1976 al 30 de julio de 1996, y que se le reconoció la pensión con base en los aportes efectuados en dicha entidad.

¿Hay lugar a la reliquidación de la pensión de vejez?

¿Hay lugar a expedición de bono pensional?

¿Para efectos de la pensión, debe el I.S.S. contabilizar el tiempo servido por Mario Hernández en la Fuerza Aérea. En este evento cual es el procedimiento a seguir?.

7.- PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA.

7.1 Para efectos de entender la llamada condición más beneficiosa hay que distinguir el derecho adquirido de la mera expectativa. El primero, se configura cuando se reúnen los supuestos que exige la norma para que se configure el derecho, dados estos, el derecho no se puede ver afectado por un transito legislativo, pues los derechos adquiridos son intangibles y gozan de protección constitucional. La mera expectativa, es una posibilidad o esperanza de obtener el derecho, la que puede ser modificada por el transito legislativo, y es aquí donde tiene vigencia el principio de la condición más beneficiosa.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 9 de julio del 2008, Rad. 30581, consideró: "... que al interior de esta sala de casación se ha venido aceptando la "condición más beneficiosa" como un principio legal y constitucionalmente aplicable a asuntos de seguridad social, en especial en materia pensional. Y que independiente de que se le de la calificación de principio o regla, lo más importante es que tiene cabida en la interpretación y aplicación del derecho, cuando se ha presentado un cambio o tránsito legislativo o sucesión de normas. Diferenció entre una "mera expectativa" y una "expectativa de derecho". En este caso se está más allá de una simple expectativa, hay un estadio superior, ya se encuentran cumplidos ciertos requisitos, y en estas condiciones se mantiene es una expectativa legítima cercana, para poder acceder a un derecho eventual, en nuestro estudio, de carácter pensional. Y citó lo expuesto en la sentencia del 18 de agosto de 1999 Rad. 11818, sobre este tema así:



"(...) El derecho eventual y su obligación correlativa, en cambio, nacen a la vida jurídica en el momento en que se completan los requisitos exigidos en la ley o en el contrato; tal es el caso de los derechos del nasciturus, o el del asignatario (Código Civil, art. 1215), (...) los del trabajador con derecho a la pensión de invalidez (art. 39 ley 100/93), de vejez (art. 33 ibídem), de jubilación (art. 260 C S T), por aportes (art. 7º ley 71/88), de sobrevivientes, para no citar más.

Muchos doctrinantes van más allá, pues consideran que en el caso de que sólo se haya satisfecho uno de los componentes vitales para la existencia del derecho a obtener la pensión, lo que hay es una mera expectativa. Esto implica, por supuesto, la posibilidad de negociación y renuncia de parte del trabajador de su esperanza de adquirir un derecho fundado en una norma vigente, e incluso de modificación o extinción mediante ley de lo que hasta entonces no era un derecho por falta de los presupuestos materiales o de hecho.

En cambio, en tanto derecho eventual, el empleador o la entidad de previsión, deudor futuro de la pensión que se le reclamaría en caso de completarse los elementos requeridos para su existencia, sabe que hay una "expectativa de derecho" y no una "mera expectativa", expresiones que no se deben confundir, como no lo hace la doctrina ni la ley, en la medida en que la primera comprende los derechos condicionales y los eventuales, que por su especial naturaleza confieren al futuro titular (de cumplirse la condición suspensiva, en los primeros, o completarse los elementos faltantes, en los segundos) posibilidades jurídicas de administración, conservación y disposición (artículos 575, 1215 y 1547 a 1549 del Código Civil)".

7.2 En cuanto a la norma que se va a aplicar el principio de la condición más beneficiosa. Debe ser respecto a la ley anterior a la que esta vigente, porque no se puede decir que la aplicación de este principio es ilimitada y en consecuencia, frente a la situación fáctica, se pueda buscar de toda la normatividad anterior cual sería la más favorable.

También podríamos decir, que el sistema general de pensiones lo que en principio busca cubrir, es el derecho a la pensión de vejez. Distinto es que este derecho se pueda ver frustrado por contingencias como la invalidez o la muerte. Por consiguiente a un afiliado que no está cobijado por el régimen de transición, que se invalide o se muera en vigencia de la Ley 100 de 1993, no podría, para efectos del derecho a la pensión de invalidez o de sobrevivientes, en virtud del principio de la condición más beneficiosa, aplicársele la normatividad anterior a la ley 100 de 1993.

7.3 Algunos de los eventos que creemos se pueden presentar para efectos de considerar la aplicación del principio en estudio son:

- 1) El afiliado no reúne los requisitos para la pensión de invalidez o sobrevivientes que exige la ley 100, pero si para la pensión de vejez en los términos de la normatividad que en virtud del régimen de transición se le debe aplicar.



- 2) Que el afiliado al momento de entrar a regir la nueva ley, reúna el requisito de semanas cotizadas que la normatividad anterior exigía para el derecho pretendido, y entre el transito de la normatividad derogada y la nueva no haya transcurrido el tiempo suficiente para reunir los requisitos que esta ultima exige para que se configure el derecho.
- 3) Que el afiliado cobijado por el régimen de transición reúna los requisitos de la normatividad anterior para hacerse acreedor al derecho a la pensión de invalidez o de sobrevivientes, pero no los exigidos para estos mismos derechos, por la normatividad vigente.

Este tercer supuesto, en los términos planteados por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema, en vigencia de la ley 100 de 1993, con respecto al Acuerdo 049 de 1990, que lo limitó a uno de dos eventos: A) En el requisito de las 300 semanas en cualquier época, que estuviera dado al momento de entrar a regir la ley 100 de 1993. B) En el requisito de las 150 semanas, en los 6 años anteriores al hecho generador del derecho. Que tuviera cumplido 150 semanas en los 6 años anteriores al momento de entrar a regir la ley 100 de 1993, del 1 de abril de 1994 hacia atrás, y 150 semanas en los 6 años anteriores a la muerte del causante o de la estructuración de la invalidez, sin extenderse más de 6 años de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, del 31 de marzo del año 2000.

7.4 En lo que ha pensión de invalidez y sobrevivientes se refiere, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene establecido que la regla general es que el derecho a la pensión de sobrevivientes debe ser dirimido a la luz de la normatividad vigente al momento del hecho causante de la invalidez o el deceso del afiliado o pensionado.

7.4.1. Cuando de pensión de sobrevivientes se trata, en virtud del artículo 53 de la Constitución Política, se puede aplicar la condición más beneficiosa cuando el afiliado al I.S.S. que tenga el número de semanas exigidas por los artículos 6, 25 y 27 del acuerdo 049 de 1990, es decir 150 semanas dentro de los 6 años anteriores a la fecha del deceso o 300 semanas en cualquier tiempo, aunque fallezca en vigencia de La ley 100 de 1993, no cumple con el requisito de las 26 semanas que exige el artículo 46 de dicha ley.

Que en virtud de lo establecido en: el art. 48 de la ley 100 de 1993, que garantiza el derecho a optar por una pensión de sobrevivientes en los términos establecidos en los reglamentos del seguro social vigentes antes de dicha ley, en los principios rectores de la seguridad social, y en la aplicación sistemática que gobiernan la pensión de sobrevivientes, consultando su espíritu bajo los principio constitucionales de equidad y proporcionalidad, no es admisible negar la pensión de sobrevivientes por ausencia de cotizaciones durante el año anterior a la fecha del fallecimiento del causante, si antes de la vigencia de la ley 100 de 1993, cumplió con el numero



de semanas exigidas por el acuerdo 049 de 1990, cuando del supuesto de las 300 semanas se trata. En el supuesto de las 150 semanas, debe tener cumplidas 150 semanas entre el 1 de abril de 1994 y el 1 de abril de 1988 y 150 semanas dentro de los 6 años anteriores a la muerte.

7.4.2. Pero cuando el deceso ocurre en vigencia de la ley 797 de 2003, la Corte es del criterio que no procede la condición más beneficiosa porque no se da el mismo evento que entre la ley 100 de 1993 y el acuerdo 049 de 1990, que la nueva legislación traía una exigencia menor en número de cotizaciones respecto de la legislación anterior.

Sin embargo, esta no es la situación que surge en el evento de la Ley 797 de 2003 frente al artículo 46 original de la Ley 100 de 1993, por cuanto esta última exigía niveles de densidad de cotizaciones bajos para acceder a la pensión de sobrevivientes en relación con los más exigentes pretendidos por el legislador en la nueva disposición.

Y al no tener cabida por vía de excepción, la aplicación de la condición más beneficiosa, impera el principio general según el cual el derecho a la pensión de sobrevivientes lo gobiernan las normas vigentes al momento de la muerte del afiliado a la seguridad social. Así, la Ley 797 de 2003 al entrar en vigor desde su publicación, que lo fue el 29 de enero de esa anualidad, es inmediatamente aplicable.

7.4.3. El anterior criterio también impera para la pensión de invalidez, cuando la invalidez se estructura en vigencia de la ley 860 de 2003.

7.5 JURISPRUDENCIA.-

7.5.1 CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA EN PENSIÓN DE INVALIDEZ:

7.5.1.1 CORTE SUPREMA, SALA DE CASACIÓN LABORAL

Sentencia del 26 de julio de 2001

Rad. 15760.

M.P: Dr. Francisco Escobar Henríquez,

Ante la presencia de dos sistemas normativos de seguridad social de posible aplicación razonable, a juicio de la Corte, como son el Acuerdo 049 decreto 0758 de 1990 y la ley 100 de 1993, debe inclinarse el juzgador, con arreglo al texto 53 supralegal por la norma de seguridad social vigente al momento de la culminación de la afiliación.

"Frente al presente caso la mayoría de la Sala estima pertinente rectificar la posición sentada también mayoritariamente en decisiones anteriores, respecto a la situación de quienes



habiéndose afiliado y cotizado al ISS por un número de semanas suficiente para obtener en cualquier caso la pensión de invalidez dentro del régimen antecedente a la Ley 100 de 1993, esto es, un mínimo de 300 semanas en cualquier época anterior al estado de invalidez (Acuerdo 049 de 190, artículo 12), se desafilan y quedan inválidos con posterioridad a la vigencia de la citada ley.

En efecto, la Sala en el asunto que le fue sometido a su conocimiento bajo radicación 13986 estimó aplicable para esta hipótesis el artículo 39 b de la Ley 100 de 1993, lo cual impidió a un inválido con más de 1000 semanas de cotización al ISS acceder a la pensión que reclamaba. Fuera de la ostensible inequidad de la solución dada, la Sala encuentra claras razones jurídicas para revisar este enfoque: en primer término debe recordarse que la Seguridad Social es un derecho constitucional y no un simple seguro privado que se toma y se rige (...)

Igualmente, mutatis mutandi, son argumentos válidos para el caso, los que ha expresado la Corte a propósito de la pensión de sobrevivientes en los siguientes términos:

"Uno de los objetivos de la ley 100 de 1993, en desarrollo del principio constitucional de garantizar a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social –Art. 48-, (...) y en aras de lograr una mayor cobertura de beneficiarios frente a la más grave calamidad que puede sufrir el ser humano (la muerte), consistió en disminuir los requisitos prescritos en los reglamentos para que los integrantes del grupo familiar afectado con las traumáticas consecuencias económicas que ella genera no quedaran desamparados.

"De otra parte, el artículo 13 de la ley 100 de 1.993 al referirse a las características del sistema general de pensiones, garantizó la eficacia de las cotizaciones efectuadas con antelación a su vigencia, así:

"...f. Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquiera caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo del servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio.

"g. Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualquiera de ellas."



"Además cabe resaltar que mientras los artículos 6 y 25 del Acuerdo 49 de 1990 señalaron como requisitos de aportes para la pensión de sobrevivientes de origen común reunir 150 semanas de cotización sufragadas en los 6 años anteriores a la muerte o 300 en cualquier tiempo, el nuevo ordenamiento legal de prima media con prestación definida de la ley 100 redujo las semanas a sólo 26 en cualquier tiempo para quienes estuvieren afiliados al momento de la muerte, y para quienes dejaron de cotizar al sistema introdujo la condición de que las mismas 26 hubiesen sido sufragadas dentro del año inmediatamente anterior al fallecimiento, por lo que ante tal realidad y en atención al postulado protector propio del derecho del trabajo y de la seguridad social, se actualiza por excelencia en el caso objeto de estudio, el principio de la condición más beneficiosa, contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política.

"En consecuencia, sería violatorio de tal postulado y del principio constitucional de la proporcionalidad, entender que dentro del nuevo régimen de la ley 100 - que redujo drásticamente el requisito de intensidad de semanas -, quedaron abolidas las prerrogativas de los derechohabientes originadas por afiliados que durante su vinculación como sujetos activos de la seguridad social habían cumplido todas las cotizaciones exigidas en el reglamento aplicable y antes de entrar a regir la nueva ley se desafiliaron del sistema al considerar fundadamente que por faltarles únicamente el requisito del fallecimiento sus familiares podrían reclamar la respectiva prestación al momento de su deceso.

"Por lo anterior, la circunstancia de no haber cotizado el causante ninguna semana al ISS, en el año inmediatamente anterior a su fallecimiento, en manera alguna apareja la ineeficacia de sus aportes durante más de 20 años (más de 1.200 semanas), porque esa condición más beneficiosa estatuida en el régimen del Acuerdo 049 está amparada por el artículo 53 supralegal y por ende tiene efectos después del 1º de abril de 1.994, para la eficacia del cubrimiento del seguro de invalidez, vejez y muerte, dado que el mínimo de semanas requerido estaba más que satisfecho; es más, era tal la densidad de ellas que superaba las exigidas para la pensión de vejez (artículo 12 del mismo Acuerdo).

"Así mismo, no escapa a la Sala que ante una contradicción tan evidente, impone el sentido común el imperio de una solución cimentada en una interpretación y aplicación sistemática de normas y en el espíritu de las mismas, consultando los principios de equidad y proporcionalidad. Y en tal orden de ideas se apartaría de estos postulados la decisión jurisdiccional que sin ningún análisis contextual aplicara al caso el artículo 46 de la ley 100 de 1.993, y so pretexto de haberse producido el deceso a los 3 meses y 23 días de entrar en vigencia el nuevo régimen de seguridad social y de no tener cotizadas el causante 26 semanas en el año



anterior al fallecimiento, se negase a sus derechohabientes la pensión de sobrevivientes, que edificó el afiliado durante más de 20 años, las que le daban derecho a causar no sólo pensión de sobrevivientes sino aun a estructurar el requisito de aportes para la pensión de vejez.

"Si se acogiera tal solución fría y extremadamente exegética se llegaría al absurdo que un mínimo de cotizaciones efectuadas durante solo 6 meses anteriores a la muerte dan más derecho que el esfuerzo de aportes durante toda una vida laboral efectuado por quien cumplió con todos los cánones estatuidos en los reglamentos vigentes durante su condición de afiliado, lo cual no solamente atenta contra los principios más elementales de la seguridad social, sino también contra la lógica y la equidad.

Por tanto, siendo indiscutible el cumplimiento de todas las cotizaciones estatuidas por el régimen vigente durante la vinculación de SAUL DARIO MESA RODRIGUEZ al seguro de invalidez, vejez y muerte, luego de lo cual se produjo su muerte y ante la presencia de dos sistemas normativos de seguridad social de posible aplicación razonable, a juicio de la Corte, como son el Acuerdo 049 decreto 0758 de 1990 y la ley 100 de 1993, debe inclinarse el juzgador, con arreglo al texto 53 supralegal por la norma de seguridad social vigente al momento de la culminación de la afiliación , esto es el primero de los estatutos mencionados, por ser el régimen más favorable a quien en vida cumplió en desarrollo de su labor con el sistema de seguridad social, para su protección y la de su familia".

(...)"

7.5.1.2 El criterio expuesto en la sentencia anterior, fue reiterado por la sala laboral, en la sentencia de Rad. 32716 del 13 de mayo de 2008. M.P. Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón -con aclaración de voto de los Drs. Eduardo López Villegas y Gustavo Gnecco,- en la que, la discusión se circunscribió a determinar si la norma aplicable es el acuerdo 049 de 1990, o los artículos 46 y 49 de la ley 100 de 1993.

Expone la Corte, que sobre está temática, la sala tiene una posición definida, recogida en las sentencias 30388 del 30 de octubre de 2007 y 23918 del 24 de febrero de 2005, que reiteraron lo dicho en la 9758 del 13 de agosto de 1997.

Esta última citada en la sentencia 15760, del 22 de julio de 2001, a la que se refiere el numeral anterior. Por lo que faltaría agregar:

"El anterior criterio, que hasta el momento se mantiene, en lo esencial, invariable, fue precisado en la sentencia del 15 de junio de 2004, radicación 21639, donde se dijo:



"De lo antes transcrita debe concluirse que el criterio de la Sala respecto a las semanas no es como lo entiende el Tribunal, o sea, que basta con que el afiliado tenga ese número cotizadas en la fecha de su fallecimiento para que tenga derecho a la pensión de sobrevivientes con sustento en el artículo 6 del acuerdo 049 de 1990. Y no lo es porque como se lee en los apartes de la sentencia antes transcrita, lo que se le criticó al juzgador de ese asunto es que 'no se detuvo a examinar si teniendo en cuenta las cotizaciones pagadas con antelación a la multicitada ley 100 de 1993, al aquí demandante le asistía el derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes que se reclama'. Y de esto lo que se colige y, por consiguiente, se destaca y precisa, es que con dicha pauta jurisprudencial lo que se quiso y quiere es proteger a aquellos afiliados que para la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 en materia de pensiones: 1 de abril de 1994, ya habían satisfecho el mínimo de cotizaciones que la normatividad vigente hasta esta data les exigía para tener derecho a la pensión de sobrevivientes, como era, al tenor del artículo 6 del acuerdo 049 de 1990, 300 semanas en cualquier tiempo.

"Lo antes afirmado significa que la ley 100 de 1993, como se expresa en el fallo que trae a colación el recurrente, no 'quedaron abolidas las prerrogativas de los derechohabientes originadas por afiliados que durante su vinculación como sujetos activos habían cumplido todas las cotizaciones exigidas en el reglamento aplicable y antes de entrar a regir la nueva ley se desafiliaron del sistema al considerar fundadamente que por faltarles únicamente el requisito del fallecimiento, sus familiares podrían reclamar la respectiva prestación al momento del deceso'. Predicamento que también lógicamente es extensivo a quienes siguieron afiliados al sistema y para la época en que entró a regir el mismo tenía las 300 semanas cotizadas en la normatividad vigente para esa data."

SALVAMENTO DE VOTO: DRS. GERMÁN VALDEZ SÁNCHEZ⁸⁷, FERNANDO VÁSQUEZ BOTERO⁸⁸ Y CARLOS ISAAC NADER⁸⁹.

⁸⁷ Salvamento de voto del Dr. Germán Valdez Sánchez

(...)

Sigo creyendo que con estas decisiones se desconocen los postulados de la Seguridad Social y se le da prevalencia a un interés particular sobre el de la colectividad, que está representado por la necesidad de defender la viabilidad de la misma como sistema general, alcanzable solo en la medida en que se respeten las reglas fijadas para procurar su equilibrio económico. Las normas son para cumplirlas y los requisitos fijados en ellas deben acatarse aunque ello impida consolidar en un individuo una determinada aspiración no configurante de un derecho adquirido.

Además la decisión se apoya en la "condición más beneficiosa" que es un postulado de difícil aplicación por el inmenso contenido de subjetividad que acarrea, pero que adicionalmente está previsto en la Constitución frente al Derecho Laboral, que es una ciencia diferente a la Seguridad Social y que se regula por principios y postulados que no coinciden en su totalidad.

⁸⁸ Salvamento de voto del Dr. FERNANDO VÁSQUEZ BOTERO

(...) sigo participando del criterio que la Corte fijó en la sentencia de agosto 24 de 2000, radicación No. 13986, la que se cita en el fallo del que me separo, y de acuerdo al cual la normatividad aplicable para definir si se tiene derecho a la



7.5.1.3 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Sentencia del 16 de septiembre de 2008.

Radicación 35373.

M.P. Dr. Eduardo López Villegas.

El principio de la condición más beneficiosa no puede invocarse para lograr la aplicación del artículo 39 original de la Ley 100 de 1993 por quienes estructuran la invalidez en vigencia del artículo 1º. De la ley 860 de 2003.

"La Sala procederá al estudio en conjunto de estos dos cargos que se elevan contra el fallo del Tribunal, en virtud de que ... pretenden idéntico objetivo, esto es el quebrantamiento del fallo de segundo grado por no haber aplicado el artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

Dada la orientación jurídica de las acusaciones, se dan por admitidos los siguientes supuestos fácticos establecidos en el fallo de segundo grado:

- a)...
- b) La fecha de estructuración del estado de invalidez, es 22 de noviembre de 2004.
- C) Que el afectado no cotizó ninguna semana en los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.
- d) Que cumple con el requisito de fidelidad al sistema de 20% entre la fecha que cumplió 20 años de edad y la de la primera calificación del estado de invalidez.

pensión de invalidez es la vigente al momento de producirse tal estado, e igualmente que para esta prestación no es pertinente acudir a lo que puntualizó la Corporación para la pensión de sobrevivientes, lo que se expuso así: (...)

⁸⁹ Salvamento de Voto del Dr. CARLOS ISAAC NADER

(...) no entiendo cómo puede dejarse de aplicar la norma vigente, con el fundamental criterio, de que ello encierra una "ostensible inequidad" dado que "la Seguridad Social es un derecho constitucional y no un simple seguro privado que se toma y se rige por la respectiva póliza", y porque además, "el afiliado a la seguridad social tiene posibilidad de consolidar situaciones jurídicas reconocidas por el respectivo régimen ...". Y digo que no lo entiendo, porque encuentro perfectamente posible, frente a derechos que no tienen la connotación de adquiridos, que la nueva ley, como aquí sucede, cercene meras expectativas o simples esperanzas, de quien no es titular, en este caso, de la pensión de invalidez.

4. Si el demandante no estaba en ninguna de las hipótesis del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, considero que no debió casarse la sentencia, en tanto los Juzgadores de instancia no hicieron nada distinto que aplicar la Ley, a cuyo imperio se encuentran sometidos, tal cuál lo establece el artículo 230 de la Constitución Política.



Se ha de advertir que tal como lo tiene establecido la jurisprudencia de esta Corte, el derecho a la pensión de invalidez debe ser dirimido a la luz de la normatividad vigente al momento en que se estructura tal estado; para el sub-lite dado que la invalidez fue declarada a partir del 22 de noviembre de 2004, es el artículo 1º. de la Ley 860 de 2003 que exige como requisitos para conceder la prestación por ese riesgo además de un porcentaje de pérdida de capacidad laboral superior al 50% por ser un evento de invalidez causada por enfermedad común, que haya cotizado 50 semanas...

(...)

Ahora bien, el Juzgador Ad quem no obstante que constató que el actor no tenía satisfechas las exigencias normativas de la ley vigente en su caso, concedió la prestación acudiendo al principio de la condición más beneficiosa que según sostuvo, era de recibo puesto que se encontraban satisfechas las 26 semanas a que hacía referencia el artículo 39 de la ley 100 de 1993 en su redacción original, por cuanto en vigencia de esa normatividad cotizó 63 semanas.

Ciertamente se equivoca el Tribunal de una parte, porque ni aún bajo la égida del artículo 39 original de la Ley 100 de 1993, el actor cumplía los requisitos para acceder a la prestación por invalidez.

En efecto como lo dio por sentado el fallo, el actor no tuvo cotización alguna en los últimos tres años anteriores a la estructuración del estado de invalidez. Su última cotización aparece sufragada para el mes de marzo de 1995.

En esas condiciones, al momento de estructurarse el estado de invalidez no era cotizante activo y por lo tanto se le aplicaría el literal b) del artículo 39 que se refiere a que es procedente la prestación cuando el afiliado "hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez", lo que aquí evidentemente no se dio, pues en los tres años anteriores a ese momento no presentó cotización alguna.

Por otra parte, tal como lo tiene definido la jurisprudencia de esta Sala, el principio de la condición más beneficiosa no puede invocarse para lograr la aplicación del artículo 39 original de la Ley 100 de 1993 por quienes estructuran la invalidez en vigencia del artículo 1º. De la ley 860 de 2003.

Para corroborar lo dicho se retoman los conceptos asentados recientemente en sentencia de 2 de septiembre de 2008, rad. N° 32765, así:

El principio de la condición más beneficiosa en materia pensional ha tenido extensa aplicación por parte de la jurisprudencia, respecto a aquellas personas que habiendo cumplido con un nivel elevado de cotizaciones antes...



Por último aunque como se dejó establecido en la sentencia gravada el demandante en vigencia del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de ese año cotizó al I.S.S. 758 semanas, tampoco es procedente el principio de la condición más beneficiosa frente a esta normativa porque no era el régimen inmediatamente anterior a aquél vigente para la época de estructuración de la invalidez, que como se vio era el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original.

Los anteriores criterios fueron expuestos recientemente por la Corte en sentencia de 27 de agosto de 2008, rad. N° 33185, en los siguientes términos:

(...)

7.5.2 SOBRE PENSIÓN DE SOBREVIVIETES:

7.5.2.1. CORTE SUPREMA, SALA DE CASACIÓN LABORAL

Sentencia del 18 de mayo de 2006

M.P: Dr. Dr. LUIS JAVIER OSORIO LOPEZ

Radicación 26692

No hay densidad de semanas cotizadas en el sistema de ahorro individual, que se puedan considerar o sumar con las del régimen de prima media, en los términos previstos en los literales f), g) y h) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, para dar cabida a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa

"En principio le asiste razón al Tribunal, en cuanto infirió partiendo de los supuestos de hecho no discutidos, que pese a sobrevenir el fallecimiento del afiliado CUADRADO RACERO en vigencia de la Ley 100 de 1993, se podría aplicar la denominada condición más beneficiosa contemplada en el artículo 53 de la Constitución Política, al poseer éste más de 300 semanas cotizadas al ISS para el momento de entrada en vigor de la nueva Ley de Seguridad Social, máxime que el derecho de sus beneficiarios a gozar de la pensión de sobrevivientes de origen común, no se pierde por la circunstancia de que dicho asegurado se hubiere traslado del régimen de prima media con prestación definida (ISS) al de ahorro individual (COLFONDOS), pues lo primordial en estos eventos es el cumplimiento de las exigencias que antecedían a la Ley 100 de 1993 en lo que atañe a la densidad de semanas, tal como lo ha dejado sentado esta Corporación en muchos casos análogos, como por ejemplo en los pronunciamientos jurisprudenciales invocados por el juez de alzada y en la sentencia del 22 de noviembre de 2004 con radicación 23387, reiterada en decisión del 14 de julio de 2005 radicado 25090, ésta última proferida dentro de un proceso seguido contra la misma demandada COLFONDOS.

(...)



Ciertamente, no siendo en esta litis objeto de controversia que el causante cotizó un total de 402.7143 semanas, de las cuales al 1º de abril de 1994 contaba con 363.43, ello mientras estuvo afiliado para pensión en el Instituto de Seguros Sociales, así como que a partir del 1º de enero de 1995 se afilió a COLFONDOS en aras de trasladarse de régimen, confluye con estos hechos que el occiso para los ciclos del año 1995, en verdad no cotizó para pensión en ninguna de las mencionadas entidades de seguridad social, pues en el ISS de enero a julio de 1995 "solo cotizó por salud" y en Colfondos su saldo de estado de cuenta hasta el fallecimiento lo fue "ceros (0.0)", según se extrae de las pruebas denunciadas en el segundo cargo dirigido por la vía indirecta, como son el certificado del Jefe del Departamento de Historia Laboral y Nómina de Pensionados del ISS de folio 102 y el reporte de períodos cotizados de COLFONDOS obrante a folio 47, lo que se traduce a que para el momento en que se produjo el deceso de Diego José Cuadrado Rasero ocurrido el 28 de julio de 1995, aquel no estaba cotizando pese a haber diligenciado la afiliación a dicho fondo de pensiones y las 22 semanas que se aportaron en el último año lo fueron exclusivamente al Instituto de Seguros Sociales y corresponden al lapso habido entre el 29 de julio al 31 de diciembre de 1994.

De suerte que, en el sub lite no hay densidad de semanas cotizadas en el sistema de ahorro individual, que se puedan considerar o sumar con las del régimen de prima media, en los términos previstos en los literales f), g) y h) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, para dar cabida a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa por tener el asegurado más de 300 semanas en el régimen anterior a la Ley 100 de 1993, además que el acceder a un derecho pensional, implica no solo la afiliación sino también la cotización efectiva que contribuye a financiar la prestación económica, y no resulta lógico ni válido bajo esta óptica, que se obligue al fondo de pensiones a asumir el riesgo cuando en puridad de verdad la afiliación del trabajador para efectos del traslado no surtió efectos, al presentar cero (0) cotizaciones.

Aunque la afiliación determina la inclusión del trabajador en el sistema, para el caso al régimen de ahorro individual, la misma no se hace efectiva mientras no se cumpla el deber de cotizar, con mayor razón si la cotización como sucede en el presente asunto es nula o cero.

En resumen, para el caso en particular, resulta insuficiente el número de semanas aportadas en el régimen de prima media con prestación definida antes de Ley 100 de 1993, para que con fundamento en la condición más beneficiosa sea en esta oportunidad una entidad del sistema de seguridad social la que deba asumir la prestación económica reclamada, máxime cuando no se convocó al proceso al Instituto de Seguros Sociales.

Sobre esta específica temática es pertinente traer a colación lo expresado por la Corte en sentencia del 1º de noviembre de 2001 radicado 16006, dictada en un proceso adelantado contra un fondo de pensiones con características correlativas. (...)



Entonces valoradas las pruebas en conjunto, se obtiene que cuando se produjo la muerte de Diego José Cuadrado Rasero, su empleador Wladislao Hajduk Kuron había dejado de cumplir con la obligación de cotizar, y por tanto la densidad de semanas en el año inmediatamente anterior al fallecimiento, que en el sub lite corresponde exclusivamente a las sufragadas en el sistema de prima media con prestación definida, resulta inferior a las 26 exigidas por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, que es la normatividad que verdaderamente gobierna el asunto y que se encontraba en vigor para la fecha en que ocurrió el deceso, sin que sea dable aplicar por las características especiales del presente asunto el principio de la condición más beneficiosa, con el objeto de tener en cuenta las semanas que se cotizaron conforme a la normatividad anterior a la vigencia de la citada ley y trasladar la responsabilidad del pago de la pensión de sobrevivientes al fondo de pensiones al que se vinculó al causante a partir del 1º de enero de 1995, por la potísima razón que no se hizo ninguna efectiva cotización en el nuevo sistema, no surtiendo como se dijo efecto alguno la afiliación para el traslado de régimen.

Por consiguiente, en caso sui generis, el llamado a responder por la pensión de sobrevivientes implorada no es la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y de Cesantías S. A. COLFONDOS, sino el empleador que con su proceder negligente impidió que el sistema de seguridad social asumiera el riesgo”.

(...)

**ACLARACION DE VOTO DEL DR. GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA⁹⁰
SALVAMENTO DE VOTO D E LOS DOCTORES: FRANCISCO JAVIER RICAURTE
GÓMEZ⁹¹ EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS⁹² Y CAMILO TAQUINO GALLEG⁹³.**

⁹⁰ (Aclaración de Voto Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza)

A mi juicio no tiene cabida en tratándose de modificación de preceptos legales, pues para este fenómeno jurídico existen en nuestro medio regulaciones precisas que ofrecen una solución concreta, como el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo.

Por lo tanto, creo que la mención al referido principio no es afortunada pues, adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional no acepta que el artículo 53 de la Constitución Política en su último inciso lo consagre en los términos planteados por la Sala y por tal razón en la sentencia C-168/95 de 20 de abril de 1995, señaló que esa norma se circunscribe a establecer la añeja doctrina de los derechos adquiridos y la prohibición de que la ley los desconozca.

⁹¹ Salvamento de Voto Dr. Francisco Javier Ricaurte Gómez

La normatividad vigente para el momento de la muerte del cónyuge de la actora era la Ley 100 de 1993, específicamente su artículo 46, que era el regulador de dicha pensión, por lo que no se podía, de todas maneras, desconocer su mandato, bajo el expediente de acudir a la figura de la condición más beneficiosa, en razón a que, en realidad, no había duda sobre la ley a aplicar.

(...)

Ahora bien, como no se discute en el proceso que el trabajador se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir del 1 de enero de 1995, y que falleció el 28 de julio de ese año, para el momento de su fallecimiento, ya había debido haber cotizado el mínimo de 26 semanas exigido por el artículo 46 de la Ley 100 de



7.5.2.2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Sentencia del 17 de septiembre de 2008.

Radicación 34410.

M.P. Dr. Luis Javier Osorio López.

1993, por lo que la encargada de sufragar la prestación era COLFONDOS S. A., en virtud de la última afiliación del trabajador.

Lo anterior, porque no estoy de acuerdo que la mora en el pago de los aportes hubiere trasladado la obligación a cargo del empleador, (...)

⁹² Salvamento de Voto Dr. Eduardo López Villegas

La disposición sistemática de capítulos y normas en la ley de seguridad social integral esta orientada a separar dos regímenes, el de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad, previa y categórica advertencia de la ley de que se trata de dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten, como reza el artículo 31 de la Ley 100 de 1993.

(...)

La ley de seguridad social no atribuye la carga de pensiones vitalicias, que guarden proporción con el ingreso del trabajador, y debidas desde que este cumpla seis meses de servicios, a las empresas; creó un sistema universal, bajo complejas reglas de financiación y administración con capacidad de asumir la dimensión del gravamen.

Para la Sala, si la pensión queda a cargo del empleador, aunque lo sea nominalmente, se satisface la protección, por cuanto parte de un supuesto de alternatividad entre las administradoras y los empleadores, a la usanza del Código Laboral superado ya por la Ley 100 de 1993, que opera en casos como el de mora en el pago de los aportes, aspecto que paso a tratar.

No existe norma que imponga el deber o la sanción para el empleador de asumir las prestaciones de la seguridad social que no cubra el sistema por razón de la mora suya en el pago de los aportes, (...)

⁹³ Salvamento de Voto Dr. Camilo Tarquino Gallego.

Acorde con lo dicho por la Sala en sentencia Radicación No.21541 del 9 de marzo de 2004, la afiliación sin aporte alguno no es afiliación, luego, entonces, la hecha por CUADRADO RACERO a COLFONDOS no tuvo ningún efecto, es decir, no tuvo ninguna existencia, e incluso así lo definió la Sala en este caso.

En las anteriores condiciones, es obvio que la pensión de sobrevivientes, no estaba a cargo de COLFONDOS, porque la afiliación al régimen de ahorro individual fue nula, pero tampoco, por la misma razón, debió imponerse al empleador, toda vez que no hubo mora de su parte en el pago de aportes. Esta se presenta cuando hay una verdadera afiliación y aquí no la hubo. (resaltado fuera del texto).

De suerte que debió absolverse al empleador accionado, para que de esa forma, tuviera la actora la posibilidad de demandar al ISS, dado el número de semanas que le cotizó el causante antes de la Ley 100 de 1993 y, eventualmente, obtener la pensión de sobrevivientes".



No es admisible negar la pensión de sobrevivientes por la ausencia de cotizaciones durante la anualidad anterior a la fecha de fallecimiento del causante si durante todo el tiempo de su vinculación al I.S.S, y antes de entrar en vigencia el nuevo sistema de seguridad social, el cotizante cumplió con los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

"Como se puede ver, el cargo se orienta a que se determine jurídicamente que la denominada condición más beneficiosa, cuando el afiliado fallecido no cumple con la exigencia de las 26 semanas de que trata el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, a fin de que sus beneficiarios puedan obtener la pensión de sobrevivientes, no es aplicable al caso bajo examen; (...)

(...) debe ponerse primeramente de presente que no se controvierte y está demostrado en el proceso, que el causante estuvo afiliado al I.S.S. hasta el momento de su muerte ocurrida el 14 de mayo de 1999, cotizando para pensiones 518 semanas durante toda su vida laboral, de las cuales más de 300 fueron sufragadas antes del 1º de abril de 1994, cuando entró en vigencia de manera general en materia pensional la Ley 100 de 1993, pero ninguna en el último año anterior al deceso; ... y que el I.S.S. con la Resolución 007277 del 27 de junio de 2001, le negó a la demandante y a su hija la pensión de sobrevivientes, por cuanto el asegurado para el momento de la muerte no estaba cotizando al sistema y no cumplía con las 26 semanas exigidas en los términos del artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

En segundo lugar es de recordar, que sobre el tema en cuestión esta Corporación tiene su propio criterio y ha adoctrinado mayoritariamente, que un afiliado al régimen del Instituto de los Seguros Sociales, que tenga en su haber el número y densidad de semanas exigidas por los artículos 6º, 25 y 27 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año, esto es, 150 semanas dentro de los seis años anteriores a la fecha del deceso o 300 en cualquier época, aunque fallezca en vigor de la nueva ley de seguridad social y no cumpla con el requisito del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 relativo a las semanas cotizadas al sistema para el momento de la muerte o dentro del último año, tiene derecho a que se le aplique el principio de la condición más beneficiosa consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, a fin de definir su situación pensional respecto de sus beneficiarios.

(...) no es admisible negar la pensión de sobrevivientes por la ausencia de cotizaciones durante la anualidad anterior a la fecha de fallecimiento del causante si durante todo el tiempo de su vinculación al instituto demandado, y antes de entrar en vigencia el nuevo sistema de seguridad social, el cotizante cumplió con los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año" (Sentencia del 30 de abril de 2003 radicado 19092).

Al respecto valga decir, en lo concerniente a las dos hipótesis que contiene la normatividad que antecede a la nueva ley de seguridad social, esto es, el literal b) del artículo 6º del Acuerdo 049



aprobado por el Decreto 758 de 1990, que la Corte adicionalmente ha sostenido, que la primera, en la que se mencionan 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo, ese número debe estar satisfecho para el momento en que comenzó a regir la Ley 100 de 1993; en cambio frente al segundo supuesto de la norma, relativo a una densidad de 150 semanas aportadas al ISS "dentro de los seis años anteriores a la muerte del afiliado" se fijó el criterio consistente en que este requisito **para efectos de la aplicación de la condición más beneficiosa**, cuando el deceso acontece en imperio de la Ley 100 de 1993, se debe considerar cumplido contabilizando esos seis años pero desde el 1º de abril de 1994 hacia atrás, es decir remontándose en el tiempo hasta el 1º de abril de 1988, y además es menester que el asegurado también tenga en su haber esa misma densidad de semanas (150) en los seis años que anteceden al fallecimiento, en el entendido de que el suceso de la muerte ocurriere antes del 1º de abril de 2000, según se dejó sentado en casación del 4 de diciembre de 2006 radicado 28893 que rememoró la decisión del 26 de septiembre de igual año radicación 29042, en la que se puntualizó ...

"(...) en casación del 26 septiembre de 2006 radicado 29042,... se sostuvo:

"En ese orden de ideas, el artículo 25 del Acuerdo 049 de 1990 en armonía con el 6º ibídem establecía dos supuestos para que surgiera el derecho a la pensión de sobrevivientes: 1) Que el asegurado hubiera cotizado 300 semanas en cualquier tiempo antes de la muerte; ó 2) 150 semanas dentro de los seis años anteriores al fallecimiento.

Sobre el primer supuesto la Corte se ha pronunciado de manera reiterada señalando que la reseñada densidad de cotizaciones debe estar satisfecha para el momento en que empezó a regir la Ley 100 de 1993, que hasta ahora no ha hecho distinción alguna entre los dos supuestos.

En cuanto a la segunda hipótesis, cabe destacar que el número de cotizaciones allí indicado (150 semanas) debe satisfacerse dentro de los seis (6) años anteriores al fallecimiento, **por lo que la aplicación de la condición más beneficiosa prevista en la normativa anterior debe cumplir los siguientes requisitos:**

En primer lugar, para que el derecho a la pensión de sobrevivientes se gobierne por el Acuerdo 049 de 1990 **es necesario que al momento de entrar a regir la Ley 100 de 1993 el afiliado haya cotizado 150 semanas**, requisito que aquí se cumple por que contando los seis años desde el 1º de abril de 1994 hacia atrás, se tiene que estos terminan el 1º de abril de 1988; ahora bien en este interregno el recurrente hizo las siguientes cotizaciones: ... que convertidos en semanas arroja la cantidad de 223.14.

En segundo lugar, es menester que también registre 150 semanas dentro de los seis (6) años anteriores al fallecimiento, con lo cual cumple también el causante pues revisados...



De manera que aun cuando es evidente que el causante no cotizó trescientas semanas antes de que entrara en vigencia la Ley 100 de 1993, **ninguna duda queda de que había hecho aportes por más de 150 semanas durante los seis años anteriores a dicho acontecimiento, y cumple también con la exigencia de tener aportes por el mismo número de semanas dentro de los seis años anteriores a la muerte**, lo que quiere decir que sus causahabientes tienen derecho a la pensión reclamada en los términos contemplados en el Acuerdo 049 de 1990.

(...)"

7.5.2.3 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Sentencia del 22 de julio de 2008.

Radicación 35120

M.P. Dr. Eduardo López Villegas.

En el evento de la ley 797 de 2003 frente al artículo 46 de la ley 100 de 1993, no tiene aplicación el principio de la condición más beneficiosa, por cuanto esta última exigía niveles de densidad de cotizaciones bajos para acceder a la pensión de sobrevivientes en relación con los más exigentes en la nueva disposición.

Consideró la Corte.

"El sentenciador Ad quem dispensó el derecho a la pensión de sobrevivientes deprecada, dando aplicación al principio de la condición más beneficiosa (...)

(...)Como lo tiene establecido la jurisprudencia de esta sala, la regla general es que el derecho a la pensión de sobrevivientes debe ser dirimido a la luz de la normatividad vigente el momento del deceso del afiliado o pensionado.

En este caso, en atención a que el causante falleció el 28 de junio de 2005, el derecho de los beneficiarios a la prestación de supervivencia está gobernado por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificaron los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993(...)

Frente a los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes señala el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que tendrán el derecho:

(...)

"2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:



"a) Muerte causada por enfermedad: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinticinco por ciento (25%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento.

"... ". (Se ha de tener en cuenta que por sentencia C1094-03, el porcentaje se redujo al 20%).

El Juzgador de segundo grado dio por establecido que en el sub lite el causante no cotizó semana alguna dentro de los tres últimos años anteriores al fallecimiento, esto significa que no se cumplieron los requisitos exigidos por la normatividad que regula la controversia, para que la demandante pudiera acceder a la pensión de sobrevivientes.

Tampoco puede concederse el derecho deprecado en aplicación del parágrafo 1º del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 reformado por la Ley 797 de 2003, toda vez que no se demostraron los supuestos normativos allí previstos.⁹⁴

Ahora bien, no es procedente como lo consideró el Juzgador de segundo grado, la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, pues acorde con el criterio de esta Sala de la Corte asentado en fallo de 3 de diciembre de 2007, rad. N° 28876 cuando la muerte del afiliado acontece en vigencia del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, es esta la normatividad aplicable para efectos de dirimir el derecho a la pensión de sobrevivientes; esa postura fue reiterada en sentencia de 28 de mayo de 2008 rad. N° 30064. En la primera de las decisiones citadas, puntualizó la Sala:

"En ese orden, se impone afirmar que el fallador de alzada incurrió en los desaciertos jurídicos que le atribuye la censura, al resolver el asunto con base en los artículos 6º y 25 del Acuerdo 049 de 1990, puesto que, sin duda alguna, al momento del fallecimiento de LLANOS TOLE <31 de

⁹⁴ Y en la sentencia del 11 de febrero de 2009 Rad. 35080 en la que, los cargos se orientan a que se determine jurídicamente, que no es aplicable el principio de la condición más beneficiosa, cuando el afiliado fallece en vigor de la Ley 797 de 2003, pese a cumplir el requisito de las 26 semanas de cotización que consagraba el modificado artículo 46 de la Ley 100 de 1993, consideró:

Que la Ley 797 de 2003 al entrar en vigencia desde su publicación el 29 de enero de esa anualidad, es inmediatamente aplicable, en los términos del artículo 16 del C. S. del T., disposición también aplicable a los asuntos de la seguridad social, como reiteradamente lo ha sostenido esta Corporación, según la cual "Las normas sobre trabajo, por ser de orden público producen efecto general inmediato".

Valga decir además, que para un caso como el que se analiza, no tiene aplicación el criterio jurisprudencial expuesto por la Sala en anteriores sentencias sobre el principio de la condición más beneficiosa, (...)



julio de 2003>, la normatividad aplicable para efecto de la sustitución pensional, era el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que inició su vigencia el 29 de enero de tal anualidad, que estableció como requisito que el afiliado al sistema que fallezca, debía haber cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento, con una fidelidad de cotización del 20% en el tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha del fallecimiento — sentencia C-1094 de 2003.

“Así las cosas, le asiste razón a la censura en cuanto a que en el presente asunto, no tiene aplicación el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de dicho año, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, por lo que el ad quem incurrió en el error jurídico que indica en impugnante”.

El principio de la condición más beneficiosa en materia pensional ha tenido extensa aplicación por parte de la jurisprudencia, respecto a aquellas personas que habiendo cumplido con un nivel elevado de cotizaciones antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, (150 semanas de cotización dentro de los 6 años anteriores a la fecha del estado de invalidez, ó 300 semanas en cualquier época con anterioridad a ese estado) tal como lo determinaba el artículo 6° del Acuerdo 049 de 1990 del I.S.S., no cumplían con las 26 semanas para el momento de la invalidez o de la muerte exigidas por la Ley 100 de 1993, pero en razón a que se consideró que la nueva legislación traía una exigencia menor en número de cotizaciones respecto de la legislación anterior.

Sin embargo, esta no es la situación que surge en el evento de la Ley 797 de 2003 frente al artículo 46 original de la Ley 100 de 1993, por cuanto esta última exigía niveles de densidad de cotizaciones bajos para acceder a la pensión de sobrevivientes en relación con los más exigentes pretendidos por el legislador en la nueva disposición.

Por ese motivo entonces, hubo aplicación indebida de los artículos 6 y 25 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, como lo denunció la censura.

Y al no tener cabida por vía de excepción, la aplicación de la condición más beneficiosa, impera el principio general según el cual el derecho a la pensión de sobrevivientes lo gobiernan las normas vigentes al momento de la muerte del afiliado a la seguridad social. Así la Ley 797 de 2003 al entrar en vigor desde su publicación, que lo fue el 29 de enero de esa anualidad, es inmediatamente aplicable, como lo precisó esta Sala en sentencia de 20 de febrero de 2008, rad. N° 32649”.

“Ciertamente, para el 5 de mayo de 2003, fecha del deceso de DORA ALBA GÓMEZ OCHOA, la normatividad aplicable para efectos de la sustitución pensional o pensión de sobrevivientes, era el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, y por ende el derecho reclamado lo adquiere el beneficiario demandante siempre y cuando acredite los



requisitos allí consignados, que se traducen en que la causante haya “cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento”, y adicionalmente tenga una fidelidad al sistema equivalente al “veinticinco (25%) por ciento del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha de fallecimiento”, que luego de la sentencia de exequibilidad C-1094 del 19 de noviembre de 2003 quedó ese porcentaje reducido al veinte por ciento (20%).

“Y como lo pone de presente el censor, la Ley 797 de 2003 al entrar en vigor desde su publicación, que lo fue el 29 de enero de esa anualidad, es inmediatamente aplicable; ello por cuanto en los términos del artículo 16 del Código Sustantivo de Trabajo que como lo ha precisado esta Sala resulta también aplicable a los asuntos de seguridad social, “Las normas sobre trabajo, por ser de orden público producen efecto general inmediato”.

7.5.2.4 En la sentencia del diecisiete 17 de febrero de dos mil nueve (2009).

Radicación No. 34016 Magistrado Ponente: CAMILO TARQUINO GALLEGOS se ratificó el criterio y expuso:

“Esta Sala de la Corte por mayoría clarificó el tema, en el sentido de indicar, que la norma aplicable para definir el asunto como el aquí propuesto es la vigente al momento del fallecimiento del o la afiliada, esto es el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, frente a la cual no es posible la aplicación del principio de la condición más beneficiosa en la forma como se tenía dispuesto en relación con el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 antes de su modificación”.

En sentencia de 20 de febrero de 2008 Rad. 32649 se dijo:

(...)

En sentencia de 9 de diciembre de 2008 Rad. 32642 se ratificó el criterio anterior allí se expuso en lo pertinente:

“He allí la razón por la cual la Corte se ha negado a aplicar la condición más beneficiosa en los procesos decididos por las sentencias del 3 de diciembre de 2007 (rad. 28876) y 20 de febrero de 2008 (rad. 32642).

“Con base en esos antecedentes, para la Corte queda claro que como el fallecimiento del afiliado al régimen de prima media con prestación definida, Manlio César Acevedo Meneses, ocurrió por muerte natural el 20 de diciembre de 2003, la norma llamada a regular la situación debatida, en principio, es el artículo 12 de la Ley 797 del 29 de enero de 2003, que exige, primeramente, que quienes aspiren a la prestación de sobrevivencia como causahabientes del afiliado fallecido en tales circunstancias, acrediten que éste, en los 3 últimos años



"La regla de 2003, sin lugar a dudas, hizo más rigurosos los requisitos y condiciones que estaban vigentes hasta el 28 de enero de ese año, pues la fidelidad al sistema, en el artículo 46 de Ley 100 de 1993 reemplazado por el hoy vigente, contemplaba dos eventos: Uno, respecto de quien falleció siendo afiliado activo y cotizante, caso en el cual suficiente resultaba haber pagado 26 semanas al momento de la muerte. La otra, con relación a quien estuvo afiliado pero dejó de cotizar al sistema, eventualidad en la que era necesario haber efectuado 26 semanas de aportes en el año inmediatamente anterior a la defunción. Cualquiera de estas opciones dadas, que rigieron hasta enero de 2003, eran mucho más flexibles que las de la Ley 797. Luego, sí es admisible que frente al cambio introducido por ésta, si un afiliado falleció del 29 de enero de 2003 en adelante, en el supuesto de hallarse en alguna de las dos situaciones planteadas por la norma derogada, habilitaba a sus causahabientes para que se les reconociera la pensión de sobrevivientes en los términos contemplados en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en su texto original, en virtud de la regla no explícita de la condición más beneficiosa.

"Lo que no cabía era acudir a una legislación anterior a la Ley 100 de 1993, pues no está en discusión que el causante falleció en vigencia de la Ley 797 de 2003, razón por la cual el alcance dado por el Tribunal a la jurisprudencia que estructuró la regla de la condición más beneficiosa, no es el que se acompaña con el sentido y la hermenéutica de la misma Corte Suprema de Justicia, como ya se explicó".

7.6 CASOS.

7.4. 1 María nació en el año de 1960, ingresó a laborar el 1 de abril de 1982, fecha en la cual la afiliaron al I.S.S. Cotizó en forma continua hasta el 30 de abril de 1993 y muere el 1 de mayo de 2004. Los beneficiarios pretenden que se le reconozca la pensión de sobrevivientes por cuanto cotizó un total de 570 semanas.

¿Ud. Otorgaría la pensión de sobrevivientes?

7.4.2 Juan Pérez, convivió por más de cinco años con María Pimienta. María cotizó en el I.S.S del 9 de enero de 2002 al 9 de mayo de 2003, un total de 680 semanas y murió el 16 de mayo de 2003. El I.S.S. negó a Juan Pérez la pensión de sobrevivientes por no reunirse los requisitos del Art. 12 de la ley 797 de 2003.

¿Tendrá derecho, María pimienta a la pensión de sobrevivientes?.

7.4.3. Mario López, cotizó al I.S.S. del 1 de enero de 1887 al 30 de junio de 1993. El 1 de enero de 1994 se afilió al fondo de pensiones Porvenir. El 30 de diciembre de 1996 cuando estaba laborando murió de un infarto. Su esposa Juanita Gómez reclamó la pensión de sobrevivientes a



Porvenir, quien negó la pensión por cuanto, si bien Mario López fue afiliado a dicho fondo, el empleador nunca pagó los aportes.

¿Le asiste derecho a Juanita a la pensión de sobrevivientes?

CAPITULO VIII

1.- EL SISTEMA PENSIONAL Y LAS NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO

1.1 La constitución de 1991 en los artículos 53 y 93 dispone:

Artículo 53 Inc. 4 Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

1.2 Los derechos laborales (dentro de los cuales están los relativos a la seguridad social) consagrados en instrumentos internacionales, son derechos humanos.

- El IUS COGENS, Designa, en derecho internacional (...), las reglas de carácter imperativo (no dispositivas), las cuales no pueden ser derogadas por acuerdo particular entre los sujetos de derecho, bajo pena de nulidad absoluta. Las normas de ius cogens han sido descritas por los publicistas como las que abarcan el “orden público internacional”⁹⁵

Se llaman de orden público internacional aquellas normas y principio de un sistema jurídico determinado que constituyen su fundamento estructural y, por esta razón, no pueden ser reemplazados ni sustituidos sin que el sistema pierda sus características definitorias.

La base del sistema jurídico, sobre protección de derechos humanos son: La Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948; la Convención Americana Sobre Derecho Humanos, o pacto de San José, de 1969; la Declaración Americana de Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1948, y la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas,

⁹⁵ Así lo comenta, Ernesto Rey Cantor y Ángela Margarita Rey Anaya en su obra: Medidas provisionales y medidas cautelares en el sistema interamericano de Derechos Humanos, citando a Alonso Gómez-Robledo Verdúzco y Jorge Witker, diccionario de derecho internacional, México, Edt. Porrúa- Universidad Autónoma de México, 2001, Pág. 201.



compuesto entre otros instrumentos de derecho internacional, por el Protocolo de San Salvador de 1988.

En materia de protección de derechos laborales, específicamente, podemos señalar además: Los Convenios Internacionales de Trabajo, La Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), La Declaración Americana de Derecho y Deberes del Hombre de 1948, La carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador, Adoptada por la OEA.

Tambien hay que hacer referencia a la ley 1112 de 2006 Por medio de la cual se aprueba el "Convenio de Seguridad Social entre la República de Colombia y el Reino de España", hecho en Bogotá, el 6 de septiembre de 2005.

-Los anteriores instrumentos en materia de seguridad social, disponen:

1. 3. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Art. 22.

Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de 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.

2. PROTOCOLO DE SALVADOR, suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Aprobado por la ley 319 del 20 de septiembre de 1996⁹⁶

Artículo 9.- Derecho a la Seguridad Social

1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.

2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.

⁹⁶ Ley declarada Exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia [C-251-97](#) del 28 de mayo de 1997, M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.



Artículo 17.- Protección de los ancianos.

Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal cometido, los Estados Partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica y en particular a:

- a) Proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismas;
- b) Ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseos;
- c) Estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos.

3. LOS CONVENIOS INTERNACIONALES DE TRABAJO.-

En la sentencia C401 del 14 de abril de 2005 la Corte Constitucional, con ponencia del Dr. Manuel José Cepeda O, quien aclaró el voto, al estudiar la exequibilidad de la expresión “los convenios” del art. 19 de C. S. del T. en la parte resolutiva dijo que es exequible la expresión “los convenios” en el entendido de que:

1. No existe convenio aplicable directamente como fuente principal o prevalente al caso controvertido.
2. Que el convenio que se aplique supletoriamente esté debidamente ratificado por Colombia,

La Corte al declarar la exequibilidad del Art. 19 excluyó la interpretación que pueda llevar a que los convenios de la OIT ratificados por Colombia tengan carácter supletorio, sino que son fuente principal y son aplicables directamente para resolver las controversias.

Estos, al incorporarse a la legislación interna (Art. 53 Inc. 4 de la C. P. “los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna”) son fuente principal y son aplicables directamente para resolver las controversias.

La Corte recalcó que los convenios que integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato orientan la interpretación de la norma suprema y aquellos convenios que forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto prevalecen en el ordenamiento jurídico Colombiano



El derecho internacional y las normas internacionales sobre el derecho de los tratados ratificados por Colombia está inspirada en el propósito de garantizar el principio del derecho internacional, según el cual el cumplimiento de los tratados ha de hacerse de buena fe y que la constitución indica en el Art. 9 que las relaciones internacionales de Colombia se regirán por los principios del derecho internacional, por ello la Corte no consideró necesario dictar una sentencia condicionada para salvaguardar la posibilidad de aplicar en forma supletoria los convenios internacionales del trabajo, ni para referirse a la situación y efectos de los convenios, que si bien han sido suscritos por Colombia, aun no han sido ratificados por el Estado Colombiano.

Convenio 128 de la OIT, Prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes

Los artículos 24 y 25 de la recomendación 31 hacen referencia a monto de la pensión.

- Convenio 102
- Convenio 128
 - La recomendación 131, párrafos. 18 y 25
 - Convenio 111 sobre progresividad de las pensiones.

4. LA DECLARACIÓN AMERICANA DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE DE 1948, Artículo XVI, Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.

5. LA CARTA DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA), Artículo 45, Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos:

- a) Todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica;
- b) c) d) e) f) g)
- h) Desarrollo de una política eficiente de seguridad social, e
- i)

6. LA CARTA INTERNACIONAL AMERICANA DE GARANTÍAS SOCIALES O DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES DEL TRABAJADOR,



Art. 28 PREVISIÓN Y SEGURIDAD SOCIALES.

ARTÍCULO 28

Es deber del Estado proveer en beneficio de los trabajadores medidas de previsión y seguridad sociales.

Art 31 Seguro Social Obligatorio

Los trabajadores, inclusive los trabajadores agrícolas, los trabajadores a domicilio, los trabajadores domésticos, los empleados públicos, los aprendices aunque no reciban salario y los trabajadores independientes, cuando su afiliación fuere posible, tienen derecho a un sistema de seguro social obligatorio orientado hacia la realización de los objetivos siguientes:

- a) Organizar la prevención de los riesgos cuya realización prive al trabajador de su capacidad de ganancia y de sus medios de subsistencia.
 - b) Restablecer lo más rápida y completamente posible la capacidad de ganancia perdida o reducida como consecuencia de enfermedad o accidente.
 - c) Procurar los medios de subsistencia en caso de cesación o interrupción de la actividad profesional como consecuencia de enfermedad o accidente, maternidad, invalidez temporal o permanente, cesantía, vejez o muerte prematura del jefe de la familia.
- El seguro social obligatorio deberá tender a la protección de los miembros de la familia del trabajador y establecer prestaciones adicionales para los asegurados de familia numerosa.

ARTÍCULO 35

Los trabajadores tienen derecho a que el Estado mantenga un servicio de inspección técnica encargado de velar por el fiel cumplimiento de las normas legales o de trabajo, asistencia, previsión y seguridad sociales, comprobar sus resultados y sugerir las reformas procedentes.

7. LEY 1112 DE 2006 Por medio de la cual se aprueba el "Convenio de Seguridad Social entre la República de Colombia y el Reino de España", hecho en Bogotá, el 6 de septiembre de 2005.

Artículo 1 Definiciones

Artículo 2 Campo de aplicación material

1. El presente Convenio se aplicará:

- a) En España:

A la Legislación relativa a las prestaciones contributivas del Sistema Español de la Seguridad Social, en lo que se refiere a incapacidad permanente, muerte y supervivencia por enfermedad común o accidente no laboral y jubilación.

- b) En Colombia:



A la legislación relativa a las prestaciones económicas dispuestas en el Sistema General de Pensiones (Prima Media con Prestación Definida y Ahorro Individual con Solidaridad), en cuanto a vejez, invalidez y sobrevivientes, de origen común. 2... 3....

Artículo 3. Campo de aplicación personal

El presente Convenio será de aplicación a los trabajadores nacionales que estén o hayan estado sujetos a las legislaciones de Seguridad Social de una o ambas Partes Contratantes, así como a sus familiares beneficiarios y sobrevivientes.

Artículo 5 CONSERVACIÓN DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS Y PAGO DE PRESTACIONES EN EL EXTRANJERO.

1. Salvo que el presente Convenio disponga otra cosa, las prestaciones comprendidas en el artículo 2o no serán objeto de reducción, modificación, suspensión, extinción, supresión o retención por el hecho de que el beneficiario se encuentre o resida en el territorio de la otra Parte, y se le harán efectivas en el mismo.

2. Las prestaciones comprendidas en el artículo 2o del presente Convenio, reconocidas a beneficiarios que residan en un tercer país, se harán efectivas en las mismas condiciones y con igual extensión que a los propios nacionales que residan en ese tercer país.



TITULO III CAPITULO I

PRESTACIONES POR INCAPACIDAD PERMANENTE O INVALIDEZ, JUBILACIÓN O VEJEZ Y MUERTE Y SUPERVIVENCIA O SOBREVIVIENTES

Artículo 8 Totalización de períodos de seguro o cotización

Artículo 9 Determinación del derecho y liquidación de las prestaciones

Artículo 10 Cómputo de períodos de cotización en determinadas actividades

Artículo 11 Determinación de la incapacidad

APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Artículo 12 Condiciones específicas para el reconocimiento de1 derecho

Artículo 13 Base reguladora o ingreso base de liquidación de las prestaciones

Artículo 14 Totalización de períodos de seguro para la admisión al seguro voluntario

APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

Artículo 15 Base reguladora o ingreso base de la liquidación de las prestaciones

Artículo 16 Cumplimiento del tiempo requerido

Artículo 17 Unidad de la prestación

Artículo 18 Régimen de ahorro individual con solidaridad

Artículo 20 Normas específicas para los supuestos de totalización de períodos de seguro o cotización

Artículo 21 Revalorización de las pensiones

Artículo 25 Modalidades y garantía del pago de las prestaciones

CAPITULO 2

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Artículo 31 Cómputo de períodos anteriores a la vigencia del Convenio

Artículo 32 Hechos causantes anteriores a la vigencia del Convenio

8. JURISPRUDENCIA

8. 1 T- 568 de 1999

M.P. Carlos Gaviria Díaz

11.3 Bloque de constitucionalidad.



"Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores"

Expuso la Corte:

La jurisprudencia reiterada de esta Corte sobre el bloque de constitucionalidad, puede condensarse citando las consideraciones de la Sentencia C-225/95:

"Ahora bien, el artículo 93 de la Carta establece la prevalencia en el orden interno de ciertos contenidos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia. Esta Corte ha precisado que para que opere la prevalencia de tales tratados en el orden interno, 'es necesario que se den los dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano, y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción'.

"... los convenios de derecho internacional humanitario prevalecen en el orden interno. Sin embargo, ¿cuál es el alcance de esta prevalencia? Algunos doctrinantes y algunos intervenientes en este proceso la han entendido como una verdadera supraconstitucionalidad, por ser estos convenios normas de ius cogens. Esto puede ser válido desde la perspectiva del derecho internacional puesto que, conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Con menor razón aún podrán los Estados invocar el derecho interno para incumplir normas de ius cogens como las del derecho internacional humanitario. Pero, desde la perspectiva del derecho constitucional colombiano, esta interpretación debe ser matizada, puesto que la Constitución es norma de normas (CP Art. 4º). ¿Cómo armonizar entonces el mandato del artículo 93, que confiere prevalencia y por ende supremacía en el orden interno a ciertos contenidos de los convenios de derechos humanos, con el artículo 4º que establece la supremacía no de los tratados sino de la Constitución?

"La Corte considera que la noción de 'bloque de constitucionalidad', proveniente del derecho francés pero que ha hecho carrera en el derecho constitucional comparado, permite armonizar los principios y mandatos aparentemente en contradicción de los artículos 4º y 93 de nuestra Carta.

(...)

"Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente



integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu.

"En tales circunstancias, la Corte Constitucional coincide con la Vista Fiscal en que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts. 93 y 214 numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un 'bloque de constitucionalidad', cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP Art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP Art. 93).

"Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores"

En este orden de ideas, para la revisión de los fallos de instancia proferidos en el trámite de este proceso, es claro que el bloque de constitucionalidad debe construirse a partir del Preámbulo de la Carta Política, e incluir los artículos 1, 5, 39, 53, 56 y 93 de ese Estatuto Superior, pues en esas normas están consagrados los derechos que reclama el Sindicato actor como violados; también procede incluir la Constitución de la OIT y los Convenios 87 y 98 sobre libertad sindical (tratado y convenios debidamente ratificados por el Congreso, que versan sobre derechos que no pueden ser suspendidos ni aún bajo los estados de excepción); además, los artículos pertinentes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos. Se confrontarán con ellos los artículos 430 y el 450 del Código Laboral, subrogado por el artículo 65 de la Ley 50 de 1990 ("casos de ilegalidad y sanciones"), puesto que en ellos se basaron el despido, los fallos de los jueces ordinarios y, en parte, las providencias bajo revisión; y, claro está, la recomendación del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo.

8.2 La ley 1112 de 2006 fue objeto de Revisión Constitucional y decidida mediante Sentencia C-858 del 17 de octubre de 2007, M.P: MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA, con salvamento d voto de Jaime Araujo Rentaría



PRIMERO: Declarar **EXEQUIBLE** la ley 1112 de 2006 "Por medio de la cual se aprueba el "Convenio de Seguridad Social entre la República de Colombia y el Reino de España", hecho en Bogotá, el 6 de septiembre de 2005.

Segundo.- Declarar **EXEQUIBLE** el "Convenio de Seguridad Social entre la República de Colombia y el Reino de España", hecho en Bogotá, el 6 de septiembre de 2005.

(...) concluye la Corte Constitucional que desde el punto de vista formal, la Ley 1112 de 2006 cumplió el procedimiento legislativo previsto en la Carta Política y en la Ley 5 de 1992 y por lo tanto será declarada exequible.

Descripción del contenido material del Convenio

El Convenio de Seguridad Social entre la República de Colombia y el Reino de España consta de treinta y cinco artículos, 32 de los cuales se encargan de regular las obligaciones que adquieren los Estados Parte y los tres restantes contienen las cláusulas sobre la entrada en vigor del tratado, su duración y denuncia y el procedimiento para su ratificación. En los considerandos del convenio se establece que éste tiene por finalidad "asegurar a los trabajadores de cada uno de los dos Estados que ejerzan o hayan ejercido una actividad profesional en el otro, una mejor garantía de sus derechos," en particular en materia de seguridad social.

(...)

En el Título I, "Disposiciones Generales", artículos 1 a 5, el convenio define varios conceptos utilizados en él para facilitar la compresión y aplicación del instrumento (artículo 1); establece el ámbito de aplicación material del tratado, a saber, la legislación sobre prestaciones económicas en el Sistema General de Pensiones para Colombia y la legislación relativa a las prestaciones contributivas del Sistema Español de la Seguridad Social en lo atinente a los regímenes de incapacidad permanente, muerte y supervivencia por enfermedad común o accidente (artículo 2); define el ámbito de aplicación personal, esto es, los trabajadores nacionales sujetos a las legislaciones de Seguridad Social de una o ambas Partes, sus familiares beneficiarios y sobrevivientes (artículo 3); y consagra los principios de igualdad de trato (artículo 4), derechos adquiridos y pago de prestaciones en el extranjero, cuando el trabajador resida en el territorio de la otra parte o en un tercer estado. (Artículo 5).

En el Título II, "Disposiciones sobre la Legislación Aplicable", artículos 6 y 7, se fijan los parámetros para determinar el régimen legal aplicable. Por regla general, el convenio establece que la legislación aplicable a las personas cobijadas por el tratado será la del territorio donde ejerzan su actividad laboral, según lo indica el artículo 6, a menos que se configure alguna de las excepciones consagradas en el artículo 7, para el evento de trabajadores que estando vinculados a una empresa en territorio de una Parte sean trasladados, por esa misma empresa, al territorio de la otra parte, para los trabajadores de las



empresas de transporte aéreo, buques, para el personal de las misiones diplomáticas y consulares o al servicio de organismos internacionales acreditadas en el territorio de las Partes contratantes y para el personal contratado localmente y para el servicio de una misión diplomática o consular, así como para sus familiares o dependientes.

En el Título III, "Disposiciones Relativas a las Prestaciones", artículos 8 a 19, disposiciones relativas a las prestaciones de incapacidad permanente o invalidez, jubilación o vejez y muerte, y supervivencia o sobrevivientes. Este título está subdividido en tres secciones: una de disposiciones comunes y las otras dos relativas a la aplicación de la legislación de cada una de las Partes.

En el artículo 8 se regula lo referente a la totalización de períodos de cotización a los sistemas de seguridad de uno y otro Estado parte. El artículo 9 establece las condiciones para determinar el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente o invalidez, jubilación o vejez y muerte, y sobrevivientes y la forma de liquidar tales prestaciones teniendo en cuenta los valores de la pensión teórica que hubiera podido recibir el trabajador si hubiera cumplido todos los requisitos bajo su propia legislación, y de la pensión prorrata por los períodos de cotización cumplidos en una y otra legislación.

El artículo 10 determina las reglas para computar los períodos de cotización cumplidos por el trabajador en el territorio de la otra parte. Por su parte, el artículo 11 establece la obligación de tener en cuenta los informes médicos y los datos administrativos emitidos por las instituciones de la otra parte, para determinar el grado de la disminución de la capacidad de trabajo del asegurado.

Los artículos 12 a 14, regulan las condiciones de aplicación de la legislación española para el reconocimiento del derecho prestacional. El artículo 12 señala que se tendrán por cumplidos los requisitos específicos exigidos por el derecho español para el reconocimiento de ciertas prestaciones, cuando el trabajador los cumpla en el territorio de la otra parte. El artículo 13 establece los parámetros para la determinación de la base reguladora o ingreso base de liquidación de las prestaciones. El artículo 14 establece la forma de totalizar los períodos de seguro para la admisión del seguro voluntario.

Los artículos 15 a 19, definen las reglas para la aplicación de la ley colombiana para el reconocimiento del derecho prestacional. Así, el artículo 15 establece la base reguladora o ingreso base de liquidación de las prestaciones; el artículo 16, la forma de computar los tiempos cotizados a uno y otro sistema para determinar el cumplimiento del tiempo requerido para el reconocimiento de una prestación; el artículo 17, la unidad de la prestación; el artículo 18, establece que la financiación de las prestaciones se hará con cargo a la cuenta de ahorro; y el artículo 19 consagra el subsidio por defunción o auxilio funerario.



El Título IV, "Disposiciones Diversas, Transitorias y Finales", artículos 20 a 35, contiene las disposiciones diversas, transitorias y finales del tratado, agrupadas en tres capítulos. En el primer capítulo, se consagran disposiciones para la totalización de períodos de cotización (artículo 20), para la revalorización de las pensiones (artículo 21); se determinan los efectos de la presentación de documentos (artículo 22); se consagra la ayuda administrativa entre las instituciones competentes de las Partes (artículo 23), los beneficios de exención de actos y documentos administrativos (artículo 24), las modalidades y garantía del pago de las prestaciones (artículo 25), las obligaciones de las Autoridades Competentes (artículo 26), de los organismos de enlace (artículo 27) y de las instituciones competentes (artículo 28). Además, se establece una comisión mixta para la evaluación de la aplicación del Convenio (artículo 29) y, finalmente, se consagran las reglas para la solución de controversias surgidas cuando exista diversidad de interpretaciones del convenio (artículo 30).

Las cláusulas transitorias se refieren al cómputo de períodos anteriores a la vigencia del Convenio (artículo 31) y a los hechos causantes anteriores a la vigencia del Convenio (artículo 32).

(...)

Por otro lado, la Corte encuentra que el Convenio desarrolla cabalmente el artículo 13 de la Constitución cuando el artículo 4 del Convenio le reconoce al trabajador nacional un tratamiento igualitario en materia de seguridad social en pensiones por parte del Estado receptor y promueve las condiciones para que la igualdad sea real. Las estipulaciones de este acuerdo también garantizan la dignidad del individuo y de su familia en materia laboral, al asegurar su protección frente a los riesgos de vejez, invalidez y muerte, por lo que constituyen un desarrollo compatible con la protección estatal al trabajo (Art. 25 CP).

El respeto a los derechos adquiridos que consagra el artículo 5 del Convenio resulta acorde con el artículo 58 constitucional, en la medida en que extiende el ámbito territorial de protección de estos derechos al territorio de la otra Parte y establece la posibilidad de sumar los tiempos cotizados en uno y otro Estado, con lo cual hace efectivo el derecho a la seguridad social que consagra el artículo 48 de la Carta.

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA C-858 DE 2007 DEL MAGISTRADO JAIME RAUJO RENTERIA⁹⁷

⁹⁷ SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA. (...) considero que en el trámite de aprobación del proyecto de la ley aprobatoria del Convenio de la referencia, el Congreso de la República incurrió en un defecto procedimental al no dar plena aplicación a la exigencia de los anuncios de la votación del proyecto, exigida como requisito constitucional por el Acto Legislativo 01 de 2003.

(...)

Como lo he sostenido reiteradamente, el vicio procedimental por ausencia del cumplimiento de este requisito es insubsanable por ser una exigencia de origen constitucional que se encuentra fundamentada en la garantía de la transparencia y participación en el procedimiento democrático.



BIBLIOGRAFIA.

AFANADOR Núñez, Fernando, El Sistema Pensional Colombiano. Legis Editores S.A. Bogotá 1999.

ALMANZA Pastor, José M. Derecho de la Seguridad Social. Editorial Tecnos S.A. Séptima edición, Madrid 1991.

ARENAS Monsalve, Gerardo. *El Derecho Colombiano de la Seguridad Social*. Bogotá: Legis, 2006.

ARENAS Monsalve, Gerardo; CERON Coral Jaime, HERRERA Vergara, José Roberto. Comentarios a las reformas laboral y de seguridad social. Legis Editores S.A. Bogotá 2003.

CAÑON Ortegón, Leonardo. Una visión integral de la seguridad social, Universidad Externado de Colombia, 2a edición. Bogotá 2007.

CARDENAS Rivera, Miguel Eduardo. Justicia Pensional y Neoliberalismo. Ediciones Antropos, Bogota, 2004.

CARRILLO Guarín, Julio Cesar.- Reforma Constitucional al Sistema de Pensiones. Legis Editores S.A. Bogotá 2005.

CORTES Hernández, Óscar Iván, Derecho de la Seguridad Social, Librería Ediciones del Profesional Ltda. Tercera edición. Bogota 2007.

DE LA VILLA, Gil Luis Enrique, García Ignacio, Perrote Escartín, Mercader Iguina, Jesús R y otros. Derecho de la Seguridad Social. TIRANT LO BLANCH. Tercera edición, valencia 2004.

DUEÑAS Ruiz, Óscar José. Las Pensiones, Teoría Normas y Jurisprudencia. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Tercera edición. Bogotá 2007.

DUEÑAS Ruiz, Óscar José. Jurisprudencia Humanista en el constitucionalismo económico. Ediciones Librería del Profesional. Santa fe de Bogotá, D.C., 2000.

DUEÑAS Ruiz, Óscar José. Salud, Pensiones y Trabajo en el Nuevo Derecho Constitucional. Ediciones Librería del Profesional. Primera edición. Bogotá 1999.



DUQUE, Quiceno Mauricio. Oralidad y Descongestión, en los procesos laborales, administrativos, civil, agrario, entre otros. Librería Jurídica Sánchez, Medellín 2008.

GALVIS Ortiz, Ligia. Comprensión de los derechos humanos. Ediciones Aurora, Bogotá, abril de 2008.

HERRERA Vergara, José Roberto. Globalización Laboral y de la Seguridad Social, Editor. Editorial, Universidad del Rosario 2007.

HOLZMANN Robert, PALMER Edgard, Uthoff Andras, Editores. Fortalecer los Sistemas de Pensiones Latinoamericanos. CEPAL, Mayol Ediciones. Primera edición en castellano: agosto de 2008.

LEMOS SanMartin, Matilde. La Familia de Hecho. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín, 2007.

MARTINEZ Núñez, Enrique.- Derechos y Prestaciones del trabajador oficial. Editorial y Tipografía Hispana, Bogotá 1968.

MOLINA M. Carlos Ernesto.- Las Normas Internacionales del Trabajo y su efectividad en el derecho Colombiano.- Editorial Temis S.A. Bogotá, 2005

NARVAEZ Bonnet, Jorge Eduardo. Régimen Pensional y Seguros Privados. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Segunda Edición. Bogota 2008.

QUINTERO Sepúlveda Álvaro.- Régimen de transición pensional de los empleados públicos. Universidad Pontificia Bolivariana, 2006

REY Cantor, Ernesto, Rey Amaya, Ángela Margarita.- Medidas provisionales y medidas cautelares en el sistema interamericano de derechos humanos. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2005.

RINCON Herrera, Eduardo. Manual de Pensiones. Señal Editora, Medellín 2003.

SOBERANES Fernández, José Luis (compilador). Tendencias Actuales del Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. Fondo de Cultura Económica, México 1994.

VELASQUEZ Fernández, Mauricio, El Sistema Pensional Colombiano. Señal Editora, primera reimpresión, Medellín, agosto de 2007.

WDWARD WHITEHOUSE, Panorama de las pensiones. Banco Mundial, Mayol Ediciones S.A. Primera edición en castellano, julio de 2007.



JURISPRUDENCIA, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral 1995 -2007.- D.M.C. ediciones e investigaciones.

JURISPRUDENCIA, Corte Suprema de Justicia, de los años 2008 y 2009, tomada de la relataría de la Corte Suprema de Justicia.

LEGISLACIÓN Laboral y Pensional Sistematizada. Normatividad desde 1986, Ediciones Sistematizadas Equidad, 2008.

C D sobre 17 años de Jurisprudencia Constitucional, IV encuentro de la Jurisdicción Constitucional, agosto 2008.

Relatoría Corte Suprema de Justicia
Secretaría, Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Consulta de Sentencias para la casuística.
Tribunal Superior de Bogotá (2 Magistrados)
Tribunal Superior de Cali (4 Magistrados)
Tribunal Superior de Barranquilla (4 Magistrados)
Tribunal Superior de Santa Marta
Juzgado Primero Laboral de Cali.