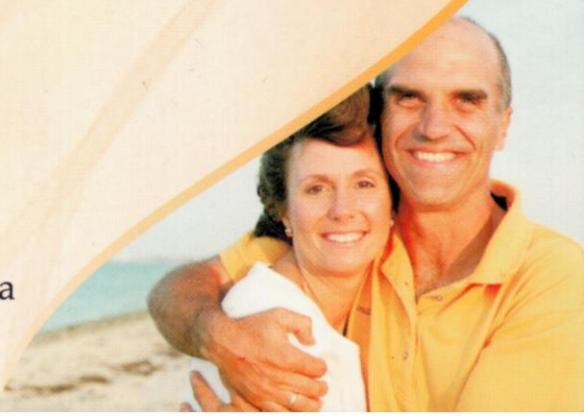


SISTEMA GENERAL EN PENSIONES

República de Colombia



**PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA
PARA EL ÁREA LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

SISTEMA GENERAL EN PENSIONES

PLAN NACIONAL DE FORMACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA

HERNANDO TORRES CORREDOR
Presidente

LUCÍA ARBELÁEZ DE TOBÓN
Vicepresidenta

CARLOS ENRIQUE MARÍN VÉLEZ
FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
JESAEL ANTONIO GIRALDO CASTAÑO
JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
“RODRIGO LARA BONILLA”

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora

ALEJANDRO PASTRANA ORTIZ
Coordinador Académico



Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"



UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA

JAIME CERÓN CORAL

**PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL
ESPECIALIZADA PARA EL ÁREA DEL DERECHO
LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

SISTEMA GENERAL EN PENSIONES

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

ISBN 978-958-8331-29-4

JAIME CERÓN CORAL, 2007

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2007

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 85 No. 11 - 96 pisos 6 y 7

www.ramajudicial.gov.co

Primera edición: Diciembre de 2007

Con un tiraje de 1000 ejemplares

Asesoría Pedagógica y Metodológica: Carmen Lucía Gordillo Guerrero

Diseño editorial: Grafi-Impacto Ltda.

Impresión: Grafi-Impacto Ltda.

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

PRESENTACIÓN DEL PLAN INTEGRAL DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS MÓDULOS DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO PARA EL PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA EN EL ÁREA LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El Plan Integral de Formación Especializada para la Implementación de los Módulos de Aprendizaje Autodirigido en el **Programa de Formación Judicial Especializada para el Área Laboral y de la Seguridad Social**, construido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, de conformidad con su modelo educativo y su enfoque curricular integrado e integrador de casos reales de la práctica judicial, constituye el resultado del esfuerzo articulado entre Magistradas, Magistrados, Jueces, Juezas, Empleadas y Empleados incorporados al **Área de Derecho Laboral**, la Red de Formadores y Formadoras Judiciales, el Comité Nacional Coordinador, los Grupos Seccionales de Apoyo y cuyo autor **Jaime Cerón Coral, profesor de la Universidad Sergio Arboleda**, quien con su gran compromiso y voluntad, se propuso responder a las necesidades de formación planteadas para el **Programa de Formación Judicial Especializada en el Área Laboral y de la Seguridad Social**.

El módulo **Sistema General 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 del Juez o Jueza.

La construcción del módulo responde a las distintas evaluaciones que se hicieron con Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleados y Empleadas, con la finalidad de detectar las principales áreas problemáticas de la implementación del Programa, alrededor de las cuales se integraron los objetivos, temas y subtemas de los distintos microcurrículos como apoyo a los funcionarios, funcionarias, empleadas y empleados de la Rama Judicial. 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 delicados y ahondar en su tratamiento en los módulos. Posteriormente, el texto entregado por el autor, fue enviado para su revisión por los Magistrados, Magistradas, Jueces y Juezas que participaron en el proceso, quienes leyeron los textos e hicieron observaciones para su mejoramiento. Una vez escuchadas dichas reflexiones, el autor complementó su

trabajo para presentar un texto que respondiera a las necesidades de formación jurídica especializada para los Jueces y Juezas Colombianos.

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

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continuada de la Rama Judicial presenta un modelo pedagógico que se caracteriza por ser participativo, integral, sistémico y constructivista; se fundamenta en el respeto a la dignidad del ser humano, a la independencia del Juez y la Jueza, el pluralismo y la multiculturalidad, y se orienta hacia el mejoramiento del servicio.

Es *participativo*, más de mil Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleadas y Empleados judiciales participan como formadores y formadoras, generando una amplia dinámica de reflexión sobre la calidad y pertinencia de los planes educativos, módulos de aprendizaje autodirigido y los materiales utilizados en los procesos de formación que se promueven. Igualmente, se manifiesta en los procesos de evaluación y seguimiento de las actividades de formación que se adelantan, tanto en los procesos de ingreso, como de cualificación de los servidores y las servidoras públicos.

Es *integral* en la medida en que los temas que se tratan en los módulos resultan recíprocamente articulados y dotados de potencialidad sinérgica y promueven las complementariedades y los refuerzos de todos los participantes y las participantes.

Es *sistémico* porque invita a comprender cualquier proceso desde una visión integradora y holista, que reconoce el ejercicio judicial como un agregado de procesos, que actúa de manera interdependiente, y que, a su vez, resulta afectado por el entorno en que tienen lugar las actuaciones judiciales.

El modelo se *basa en el respeto a la dignidad humana*. El sistema de justicia representa uno de los pilares del sistema social de cualquier comunidad, representa la capacidad que la sociedad tiene para dirimir los conflictos que surgen entre sus integrantes y entre algunos de sus miembros y la sociedad en general. De ahí

que el modelo educativo fundamenta sus estrategias en el principio del respeto a la dignidad humana y a los derechos individuales y colectivos de las personas.

El modelo *se orienta al mejoramiento del servicio* pues las acciones que se adelanten para el mejoramiento de las condiciones de trabajo y bienestar de las personas que hacen parte de la Rama Judicial, se hacen teniendo en la mira un mejoramiento sostenido del servicio que se le presta a la comunidad.

Lo anterior, en el marco de las políticas de calidad y eficiencia establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Plan Sectorial de Desarrollo, con la convicción de que todo proceso de modernización judicial ya sea originado en la implantación de nuevos esquemas jurídicos o de gestión, o de ambos, implica una transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de los y las administradoras de justicia, fiscales y procuradores, quienes requieren ser apoyados a través de los procesos de formación.

En este sentido, se desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los servidores y servidoras del sector, dentro de criterios de profesionalismo y formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas, cuando se ven precisados a acudir a las instancias judiciales para ejercer o demandar sus derechos o para dirimir conflictos de carácter individual o colectivo.

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 usuarios y usuarias; que 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 la multiplicación de las dinámicas formativas, para responder a los retos del Estado y en particular de la Rama Judicial, para focalizar los esfuerzos en su actividad central; desarrollar y mantener

un ambiente de trabajo dinámico y favorable para la actuación de todos los servidores y servidoras; aprovechar y desarrollar en forma efectiva sus cualidades y capacidades; 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” 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 animadores 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 decurso 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 Esto conduce a una concepción dinámica de la relación entre lo que se quiere conocer, el sujeto que conoce y el entorno en el cual él actúa. Es así que el conocimiento hace posible que los miembros de una sociedad construyan su futuro, y por lo tanto incidan en el devenir histórico de la misma, independientemente del sector en que se ubiquen.

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

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

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 temáticos y problemáticos*, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y 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 el 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.

Planes de Estudio

Los planes de estudio se diseñaron de manera coherente con el modelo educativo presentado y en esta labor participó el grupo de pedagogos y pedagogas vinculados al proyecto, expertos y expertas en procesos formativos para adultos, con conocimientos especializados y experiencia. Así mismo, participó la Red de Formadores y Formadoras Judiciales constituida por Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleados y Empleadas, quienes con profundo compromiso y motivación exclusiva por su vocación de servicio, se prepararon a lo largo de varios meses en la Escuela Judicial tanto en la metodología como en los contenidos del programa con el propósito de acompañar y facilitar el proceso de aprendizaje que ahora se invita a desarrollar a través de las siguientes fases:

Fase I. *Reunión inicial.* Presentación de los objetivos y estructura del programa; afianzamiento de las metodologías del aprendizaje autodirigido; conformación de los subgrupos de estudio con sus coordinadores y coordinadoras, y distribución de los temas que profundizará cada subgrupo.

Fase II. *Estudio y Análisis Individual.* Interiorización por cada participante de los contenidos del programa mediante el análisis, desarrollo de casos y ejercicios propuestos en el módulo, consulta de jurisprudencia y doctrina adicional a la incluida en los materiales educativos. Así mismo, elaboración y envío de un informe individual con el fin de establecer los intereses de los participantes y las participantes para garantizar que las actividades presenciales respondan a éstos.

Fase III. *Investigación en Subgrupo.* Profundización colectiva del conocimiento sobre los temas y subtemas acordados en la reunión inicial y preparación de una presentación breve y concisa (10 minutos) para la mesa de estudios o conversatorio junto con un resumen ejecutivo y la selección de casos reales para enriquecer las discusiones en el programa.

Fase IV. *Mesa de estudios o Conversatorio.* Construcción de conocimiento a través del intercambio de experiencias y saberes y el desarrollo o fortalecimiento de competencias en argumentación, interpretación, decisión, dirección, etc., alrededor de las presentaciones de los subgrupos, el estudio de nuevos casos de la práctica judicial previamente seleccionados y estructurados por los formadores con el apoyo de los expertos, así como la simulación de audiencias. Identificación de los momentos e instrumentos de aplicación a la práctica judicial y a partir de éstos, generación de compromisos concretos de mejoramiento de la función judicial y de estrategias de seguimiento, monitoreo y apoyo en este proceso.

Fase V. *Pasantías.* Son experiencias concretas de aprendizaje, dirigidas a confrontar los conocimientos adquiridos, con la realidad que se presenta en los despachos y actuaciones judiciales (sean escritas u orales), mediante el contacto directo de los discentes y las discentes (pasantes), con las situaciones vividas en la práctica judicial, en las diferentes áreas (civil, penal, laboral, administrativo, etc.) bajo la orientación y evaluación de los Magistrados y Magistradas Jueces, Juezas, titulares de los respectivos cargos.

Fase VI. *Aplicación a la práctica judicial.* Incorporación de los elementos del programa académico como herramienta o instrumento de apoyo en el desempeño laboral mediante la utilización del conocimiento construido en la gestión

judicial. Elaboración y envío del informe individual sobre esta experiencia y reporte de los resultados del seguimiento de esta fase en los subgrupos.

Fase VII. *Experiencias compartidas.* Socialización de las experiencias reales de los y las discentes en el ejercicio de la labor judicial, con miras a confirmar el avance en los conocimientos y habilidades apropiados en el estudio del módulo. Preparación de un resumen ejecutivo con el propósito de contribuir al mejoramiento del curso y selección de casos reales para enriquecer el banco de casos de la Escuela Judicial.

Fase VIII. *Actividades de monitoreo y de refuerzo o complementación.* De acuerdo con el resultado de la fase anterior se programan actividades complementarias de refuerzo o extensión del programa según las necesidades de los grupos en particular.

Fase IX. *Seguimiento y evaluación.* Determinación de la consecución de los objetivos del programa por los y las participantes y el grupo mediante el análisis individual y el intercambio de experiencias en subgrupo.

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 y Magistradas de las Altas Cortes y de los Tribunales, de los Jueces y Juezas de la República y expertos y expertas 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 permite 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.

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 se encuentra inmerso en el **Programa de Formación Judicial Especializada para el Área Laboral y de la Seguridad Social**. A través de cada contenido, los y las discentes encontrarán referentes o remisiones a los demás módulos del Plan, que se articulan mediante diversos ejes transversales, tales como 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 discente y las guías de estudio individual y de subgrupo para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones y el taller individual de lectura 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 acceder a diversas perspectivas.

El Plan integral de Formación Especializada para la Implementación de los módulos de aprendizaje autodirigido en el **Programa de Formación Judicial Especializada para el Área Laboral y de la Seguridad Social**, que la Escuela Judicial entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad colombiana, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Finalmente, agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial en la Calle 85 No. 11 – 96 piso 6 y 7, de Bogotá, o al correo electrónico escujudcendoj@ramajudicial.gov.com, que contribuirán a la

construcción colectiva del saber judicial alrededor del **Programa de Formación Judicial Especializada para el Área Laboral y de la Seguridad Social**.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	9
1. AFILIACIÓN Y COTIZACIONES	25
1.1. Objetivos generales	25
1.2. Objetivos específicos	25
1.3.1. Conceptualización	26
1.3.2. Jurisprudencia sobre la afiliación	27
1.4. Cotizaciones	31
1.4.1. Naturaleza jurídica	31
1.4.2. Jurisprudencia	32
1.5. Jurisprudencia	35
1.6. Actividad pedagógica	36
1.7. Autoevaluación	36
1.8. Bibliografía	37
2. REGÍMENES DE TRANSICIÓN	39
2.1. Objetivos generales	39
2.2. Objetivos específicos	39
2.3. Tipos de regímenes de transición	40
2.4. Sentencias de las Cortes relacionadas con los regímenes de transición	42
2.4.1. Sentencias de la Corte Constitucional c-410 de 1994, C-126 de 1995,c-168 de 1995, c-596 de 1997 y c-058 de 1998.	42
2.4.2. Esentencias la Corte Suprema de Justicia (10440 – 13410 – 15279 – 17768 – 18304 – 19137 – 25356 – 26705 – 26922 – 27480) (C-076-2004 y c-596-1997)	43
2.5. La condición más beneficiosa	43
2.5.1. Sentencia del magistrado José Roberto Herrera	43
2.5.2. Reflexión con base en la doctrina y la jurisprudencia	45
2.6. Incrementos pensionales por personas a cargo	52
2.6.1. Incrementos de las pensiones de invalidez por riesgo	

común y vejez	52
2.6.2. Naturaleza de los incrementos	53
2.6.3. Concepto del autor	62
2.7. Los bonos pensionales	71
2.7.1. Definición	71
2.7.2. Clases	72
2.7.3. Última sentencia de la Corte constitucional	82
2.7.4. Ejemplo de liquidación de un bono pensional	82
2.8. Jurisprudencia	84
2.9. Actividades pedagógicas	86
2.10. Autoevaluación	86
2.11. Bibliografía	87
3. PENSIÓN DE INVALIDEZ	89
3.1. Objetivos generales	89
3.2. Objetivos específicos	89
3.3. Generalidades	90
3.3.1. Sistemas para otorgarla	90
3.3.3. Entidades responsables de calificar la invalidez	91
3.4. Requisitos para obtener la pensión de invalidez	92
3.5. Monto de la pensión de invalidez	94
3.5.1. Ingreso base de liquidación	94
3.5.2. Cantidad de la pensión de invalidez	94
3.5.3. Revisión de la pensión de invalidez	96
3.6. La indemnización a cargo de la ARP	97
3.6.1. Prestaciones por incapacidad permanente parcial	98
3.7. Pensión de invalidez por accidente de trabajo y enfermedad profesional	99
3.8. Justa causa de despido al otorgar pensión de invalidez	105
3.9. Jurisprudencia	105
3.10. Actividades pedagógicas	107
3.11. Autoevaluación	108
3.12. Bibliografía	109

4.	LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE VEJEZ	111
4.1.	Objetivos generales	111
4.2.	Objetivos específicos	111
4.3.	Aspectos básicos	112
4.4.	Monto de la pensión	113
4.5.	Sentencia del IBC para trabajadores independientes	116
4.6.	Jurisprudencia	117
4.7.	Actividades pedagógicas	120
4.8.	Autoevalución	121
4.9.	Bibliografía	122
5.	PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES	123
5.1.	Objetivos generales	123
5.2.	Objetivos específicos	123
5.3.	Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes	124
5.4.	Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes	124
5.5.	Monto de la pensión de sobrevivientes	126
5.6.	Jurisprudencia	127
5.7.	Actividades pedagógicas	129
5.9.	Bibliografía	131
6.	INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL	133
6.1.	Objetivos generales	133
6.2.	Objetivos específicos	133
6.3.	El concepto de indexacion	134
6.4.	Naturaleza jurídica de la indexación	135
6.4.1.	Tesis de la indemnización	135
6.4.2.	Tesis de la sanción	135
6.4.3.	Tesis de la compensación	136
6.5.	Jurisprudencia	141
6.8.	Autoevaluación	143
6.9.	Bibliografía	144

CONVENCIONES

Ae

Autoevaluación

Ap

Análisis Jurisprudencial

B

Actividades pedagógicas

Bs

Bibliografía

J

Jurisprudencia

Qe

Objetivos específicos

Qg

Objetivo general

Unidad 1 | AFILIACIÓN Y COTIZACIONES

Qg

Exponer la importancia de la afiliación y las cotizaciones para acceder a los beneficios del sistema general de Seguridad Social.

Explicar las relaciones entre afiliación y cotizaciones.

Qe

- *Establecer y diferenciar los diversos tipos de afiliación*
- *Identificar la afiliación “al régimen de prima media con prestación definida y la “del régimen de ahorro individual con solidaridad”.*
- *Establecer las consecuencias que acarrea para el empleador la falta de afiliación o la “afiliación tardía” de sus trabajadores.*
- *Determinar las consecuencias que surgen para el empleador y para el trabajador por el no pago de las cotizaciones o aportes o por la mora en hacerlos.*

1.3. AFILIACIÓN

1.3.1. Conceptualización

Como lo dice el autor Arenas Monsalve,¹ la afiliación “... *puede definirse como el vínculo que se establece entre la entidad administradora y el afiliado que constituye la fuente de derechos y obligaciones en el sistema...*” que tiene el carácter permanente y que no se pierde por dejar de cotizar, como lo dice el Decreto 692 de 1994 en su artículo 13.

La afiliación, según el mismo doctrinante es un contrato “*siempre que se entienda que su régimen legal no está determinado por la autonomía de la voluntad de las partes, sino que los efectos de la afiliación y las reglas aplicables son de carácter legal.*”

Son afiliados obligatorios todas aquellos personas vinculadas mediante contrato de trabajo vinculados con relación legal y reglamentaria. (Ley 100/1993, ley 797/2003, Decreto 692 de 1994, artículo 9º, Decreto 691/1991, artículo 1º)

Son también afiliados obligatorios quienes cumplen su función laboral bajo la modalidad de prestación del servicios o cualquier otra modalidad que se adopte según el artículo 3º de la ley 797 del 2003

Y la misma norma considera que son afiliados obligatorios los trabajadores independientes a los cuales fija sus reglas.

Y por último son afiliados obligatorios “...*los grupos de población que por sus características o condiciones socio económicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales...*”, y en los términos de la disposición últimamente citada.

Son afiliados voluntarios los residentes en el país y los colombianos en el exterior que no tengan la calidad de afiliados obligatorios y los trabajadores extranjeros que en virtud de un contrato de trabajo permanezcan en Colombia y no estén cubiertos por algún régimen de su país de origen. (Art. 3º Ley 797/2003).

Siguiendo el libro de Arenas Monsalve se observa que hay afiliados activos, que se encuentran cotizando al sistema y los hay inactivos, o sea, las “...*personas que han cumplido un periodo de más de seis meses de no pago de cotizaciones*, de acuerdo con el decreto 692 de 1994, artículo 13.

¹ Arenas, Monsalve Gerardo. O. Cit.

Dice el tratadista mencionado: “*Los afiliados inactivos no han perdido la afiliación al sistema, por lo cual sus cotizaciones siempre se podrán tomar en cuenta para el reconocimiento de sus derechos pensionales*”, de acuerdo al artículo 13º de la ley 797 del 2003.

La afiliación implica efectuar cotizaciones al sistema en la forma como lo determine la ley de acuerdo con el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003 artículo 3, los afiliados tienen plena libertad de escoger el régimen de pensiones que deseen, pero esta libertad está restringida para las siguientes personas:

Para los servidores públicos en cargo de carrera administrativa que se encuentren afiliados al régimen de prima media. Esta restricción es por tres años a partir de la vigencia de la Ley 797 del 29 de enero del año 2003.

Para los nuevos trabajadores del sector público en cargo de carrera administrativa que obligatoriamente estarán afiliados al ISS también por un periodo de 3 años.

1.3.2. Jurisprudencia sobre la afiliación

En sentencia C-623 de 2004² la Corte Constitucional declaró exequibles estas normas.

La posibilidad de pasarse del régimen de prima media con prestación definida a régimen de ahorro individual con solidaridad y viceversa, es una libertad de traslado que está sometida a dos restricciones contempladas en la Ley 797 del 2003 artículo 2. Por la primera el trabajador debe permanecer en el régimen escogido por lo menos 5 años y por la segunda, a partir del 29 de enero de 2004 “...el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltasen 10 (diez) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez...”

El artículo 16 de la Ley 100 de 1993, y en igual sentido el decreto 692 de 1994 artículo 17, prohíben la múltiple afiliación, es decir, (que los afiliados estén inscritos por un contrato de trabajo al régimen de prima media con prestación definida y por otro contrato al régimen de ahorro individual con solidaridad). El sistema es excluyente.³

² C-623 de 2004

³ Sentencia 26188 de 2006

De acuerdo con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, sala laboral, cuya radicación es la 26188 del 30 mayo de 2006 la omisión en la afiliación acarrea consecuencias para el empleador. Dice así el resumen de esta providencia:

“Ante la similitud entre el presente asunto y los precedentes del 27 de enero de 2000 Radicación No. 12336, reiterado el 21 de febrero de 2001, Radicación No. 14975 y el 16 de agosto de 2001, radicación No. 16042, es pertinente reproducir en lo pertinente las consideraciones que sobre el particular se hicieran por esta Sala en esas oportunidades:

[...]

Independientemente de las consideraciones que se puedan hacer sobre la subrogación pensional en los eventos de inscripción tardía o falta de afiliación al seguro social, la norma aplicable al presente caso era el artículo 70 del Acuerdo 044 de 1989 (aprobado por decreto 3063 del 29 de diciembre de ese año), en tanto esa norma dispone de manera clara que en eventos como el sub lite cuando el patrono ‘...no hubiere inscrito a sus trabajadores estando obligado a hacerlo, deberá reconocerles... las prestaciones que el ISS les hubiere otorgado, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar.’

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., [...], 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 (...).

“Debe agregarse que teniendo en cuenta que la normativa que regula lo referente a la pensión en el Seguro Social obligatorio de vejez establece como edad para tener derecho a la misma la de 55 años en el caso de las mujeres, y, que de conformidad con el artículo 19 del reglamento general de sanciones y cobranzas del ISS -decreto 2665 de 1988 - el empleador que no hubiese inscrito a sus trabajadores estando obligado hacerlo, deberá reconocerles a ellos y a los derecho habientes las prestaciones, causadas con anterioridad a la afiliación, que el ISS les hubiera otorgado en caso de que la afiliación se hubiese efectuado”.

Esta sentencia aquí resumida tiene salvamento del Dr. Gustavo Gnecco Mendoza anexo al mismo fallo.⁴

⁴ Sentencia 26188 de 2006

En sentencia de 24 de mayo de 1990, rad. 3546, la Sala, a través de su extinta Sección Primera expresaba respecto de las consecuencias del incumplimiento del empleador en cuanto a la no afiliación del trabajador al ISS en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, enfermedad general y maternidad, e invalidez, vejez y muerte:

“El incumplimiento de estas obligaciones (inscribir a los trabajadores, pagar su aporte y recaudar el de aquellos) frente al ISS se tipifica como la insubordinación de un particular ante las directrices del Estado, de manera que desde este punto de vista tal comportamiento omisivo puede generar sanciones de naturaleza administrativa como por ejemplo las multas (Dcto. 1650 de 1977, art. 28 y ss). En cambio, ante el trabajador o trabajadores el incumplimiento compromete la responsabilidad laboral del empleador por los eventuales daños que aquél o aquéllos puedan sufrir. (Dcto. 1650 de 1977, art. 32). ”

“Profundizando este último aspecto del incumplimiento, que es el que interesa a los efectos del asunto en litigio, se tiene que los trabajadores pueden verse gravemente afectados dado que, salvo situaciones excepcionales, el Seguro quedaría relevado de otorgarles las prestaciones económicas o asistenciales propias de las contingencias resguardadas por él, además que como arriba se ha explicado no les es aplicable el régimen del Código Sustantivo de Trabajo en cuanto a las prestaciones destinadas a amparar los riesgos ya cubiertos por el Seguro... Así las cosas es muy claro que con base en los principios normativos generales (Código Civil, libro 4º, título 12; C.S.T., artículos 64 ordinal 1º y 216) y en los específicos contenidos en el mismo régimen del Seguro (Acuerdos del ISS 155 de 1963, art. 82, 189 de 1965, artículos 6, 7 y 8, 536 de 1974, artículo 49; Decreto 1650 de 1977, artículo 32 y Dcto 2665 de 1988, artículo 4), el patrono tiene a su cargo por lo menos el resarcimiento de los perjuicios sufridos por sus trabajadores como consecuencia del incumplimiento al cual ha venido refiriéndose la Sala.”

“Acerca de la forma como el régimen del Seguro Social ha regulado el tema de la compensación a los trabajadores afectados, conviene hacer referencia a los reglamentos que rigen los distintos seguros así:”

“a) El reglamento general del seguro social obligatorio de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (Acuerdo 155 de 1963, aprobado por el Dcto. 3170 de 1964) regula el tema en el artículo 82 que dispone lo siguiente:”

“...Si por omisión del patrono, el Instituto no pudiere conceder a un trabajador o a sus causahabientes las prestaciones a que habrían podido tener derecho

en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, o si resultaren disminuidas dichas prestaciones por falta de cumplimiento de las obligaciones del patrono, éste será responsable de los perjuicios causados al trabajador o a sus causahabientes.”

“Establecida la omisión del patrono, el Instituto otorgará las prestaciones que habrían correspondido al trabajador o a sus causahabientes de no haber mediado la omisión del patrono, y éste pagará al Instituto el capital constitutivo de las pensiones y prestaciones que en estas condiciones hubiere concedido...”

“...El trabajador, o sus causahabientes, frente al hecho consumado de un patrono que no lo afilió al ISS tiene reparación de los perjuicios de cualquier índole que se originen en el incumplimiento de las obligaciones que surgen del contrato de trabajo y de la ley...”

“En suma, con arreglo a este reglamento el patrono debe la indemnización de los perjuicios que el trabajador acredite haber sufrido en caso de falta de afiliación o mora en el pago de las cotizaciones, pero con la ventaja para éste, en el caso de simple mora, de que de todas formas puede reclamar del seguro las prestaciones pertinentes.”

“b) El reglamento general del seguro de enfermedad general y maternidad (Acuerdo 536 de 1974, aprobado por el Decreto 770 de 1975) en su artículo 49 dispone lo siguiente:”

“...En caso de mora en el pago de aportes el patrono estará obligado a conceder a sus trabajadores las prestaciones médico-asistenciales y económicas en la medida en que el Instituto las hubiere otorgado. Igual obligación tendrá aquél, en caso de omisión en la inscripción de sus trabajadores, o si ella se hubiere hecho en forma tardía o inexacta.”

“En caso de urgencia debidamente comprobada, el Instituto suministrará las prestaciones asistenciales, pero exigirá del patrono responsable el pago de su valor”

c) El reglamento de inscripciones, aportes, y recaudos para el seguro obligatorio de invalidez, vejez y muerte (Acuerdo 189 de 1965, aprobado por el Decreto 1824 de 1965) prevé un sistema análogo al procedimiento analizado pero sólo en lo que respecta a la mora del patrono en el pago de los aportes pues preceptúa que cuando esta mora sea causa para no conceder al asegurado las prestaciones ellas quedarán a cargo del patrono, mientras subsista el estado de mora (art.8). En

cambio, en lo atinente a la falta de inscripción de los trabajadores dispone que si éstos solicitan al seguro las prestaciones éste queda facultado para otorgarlas dejando a salvo su derecho de repetición contra el empleador negligente.

[...]

“El examen conjunto de estos tres reglamentos permite advertir sin necesidad de abundar en nuevas explicaciones la forma impropiamente desigual como el régimen del seguro reguló las consecuencias del incumplimiento patronal de las obligaciones que arriba destacó la Sala”

En sentencia 18088 de 2002, la Corte Suprema de Justicia determinó las consecuencias de la falta de afiliación. A continuación se trascibe el extracto hecho por la relatoría de esta Corte.⁵

“Frente a la falta de afiliación del actor al ISS, de entrar la Corte en sede instancia, no podría desconocer que a folio 20, al dar respuesta al hecho sexto de la demanda, el accionado Tomás Ruiz, confesó a través de su apoderado dicha falta de afiliación, lo que necesariamente conlleva, de conformidad con el artículo 70 del Acuerdo 044 de 1989, que el empleador asuma las prestaciones que hubiere otorgado el ISS en el caso de que la afiliación se hubiere efectuado”.

1.4. COTIZACIONES

1.4.1. Naturaleza jurídica

Como dice el profesor Arenas Monsalve “... las cotizaciones constituyen la fuerza de financiamiento de los beneficios pensionales.⁶

Acerca de la naturaleza jurídica de las afiliaciones a la seguridad social la jurisprudencia constitucional ha señalado que **se trata de recursos tributarios de naturaleza parafiscal**. La Ley 797 dispuso que los recursos del sistema pertenecen al mismo y no a la Nación ni a las entidades que lo administran.

En el libro que escribimos con los doctores Arenas y Herrera al comentar la naturaleza jurídica de las cotizaciones se dijo:

⁵ Sentencia 18088 de 2002

⁶ Arenas, Monsalve Gerardo. O. Cit.

“Se insiste en que los recursos pensionales sólo pertenecen al sistema y no a la Nación, ni a las entidades administradoras, lo que constituye un desarrollo del principio establecido en el artículo 48 de la Constitución. Además, el Estado es garante de los recursos pensionales aportados por los afiliados. Y se faculta a la Nación para asumir algunas pensiones del nivel territorial.”⁷

1.4.2. Jurisprudencia

En la sentencia 19511 del 25 de abril de 2003 la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia determinó por mayoría de la Sala Laboral, que para la pensión de invalidez el empleador asume las consecuencias por su falta de pago y que se aplican las normas vigentes al momento de la estructuración de la pensión. Se trascibe el extracto hecho por la relatoría de la Corte y el Salvamento de Voto del Doctor Eduardo López Villegas.⁸

“Puede afirmarse, que el Tribunal edificó la condena contra la codemandada COMSERVINAL LTDA, en la mora de esta empresa en pagar los aportes para el riesgo de IVM, y por ende en el incumplimiento de la densidad de cotizaciones por parte del asegurado para hacerse beneficiario de la prestación con cargo al SEGURO SOCIAL, en cuyo evento, como lo consagra la Ley y lo tiene adoctrinado la jurisprudencia, es al empleador a quien corresponde asumir la respectiva prestación, que en caso de estar al día en el pago de los aportes, la hubiera asumido el Sistema de Seguridad Social.”

“Ahora bien, aunque no se citan en la sentencia todas las disposiciones que regulan el caso, la verdad es que cuando el Tribunal decide, advierte que por haberse incumplido con el pago de los aportes al ISS, es la empleadora la que debe responder por la prestación, porque así lo consagra la ley y lo ha definido la jurisprudencia, siendo aplicables al caso el inciso segundo del artículo 31 de la ley 100 de 1993, en armonía con el artículo 12 del decreto 2665 de 1988, en el sentido de que en el régimen de la seguridad social actual, deben tenerse en cuenta las disposiciones vigentes para los seguros de I.V.M, que según el último canon, consagra que en ‘el período de mora en el pago de los aportes y haciendo salvedad de las prestaciones ya causadas, el instituto queda relevado de la obligación de otorgar las prestaciones económico - asistenciales propias de los seguros de enfermedad general, maternidad, servicio médico familiar, invalidez, vejez y muerte, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales,

⁷ COMENTARIOS A LAS REFORMAS LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL. Editorial Legis 2003. Pág.

53

⁸ Sentencia 19511 del 25 de abril de 2003

correspondiéndole al patrono su reconocimiento en la forma y cuantía en que el ISS las hubiere otorgado si no hubiere existido la mora (...)".

"De igual manera, es responsabilidad de los empleadores conforme al Art. 18 del decreto 1818 de 1996, asumir las consecuencias que se deriven de la no realización de la autoliquidación de los aportes y pago oportuno de las cotizaciones a la respectiva entidad, evento en el cual deben soportar el descargo de los derechos que tengan los afiliados en materia de seguridad social, que para este caso lo es el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a que se refiere la sentencia impugnada, quedando para el momento exonerado el Instituto de Seguros Sociales."

1.4.2.1. Salvamento de voto del Dr. Eduardo López Villegas

"Mi disentimiento radica en que el artículo 12 del Decreto 2665 de 1988, o Reglamento General de Sanciones, Cobranzas y Procedimientos del Instituto de Seguros Sociales, invocado como fundamento normativo de la decisión perdió vigencia bajo el régimen del Sistema de Seguridad Social en pensiones, por lo que paso a indicar."

"El decreto 2665 de 1988 contempla las sanciones en el capítulo I, por mora en el pago de los aportes, en el capítulo II, por violación de las normas sobre inscripción, registro y adscripción, en el capítulo III por el incumplimiento de la obligación de informar, los que, como se desprende de su denominación, hacen parte de régimen de afiliación, de cotización y de recaudación y en ninguno de ellos se estipuló la sanción al empleador por mora en el pago de los aportes de asumir la prestación pensional; sólo se contempló en el artículo 28 del Decreto 692 de 1994, la sanción para aquellos casos en los cuales la entrega de la cotización se efectúe con posterioridad al plazo señalado de intereses de mora; y aunque en el texto del mismo se alude a otras sanciones, sin establecerlas, y las que surgen o fuera del sistema pensional, como las de naturaleza penal, o las que imponen otras normas especiales de seguridad social; y éstas sólo se establecieron el Decreto 1406 de 1999, en el capítulo de 'Limitaciones de Cobertura por Razón de la Mora en el Pago de los Aportes', y entre las cuales no está la que aplica la Sala."

"La remisión que el artículo 31 de la Ley 100 de 1993 hace a las normas del Instituto de Seguros Sociales no significa que estas no pudieran ser luego modificadas, como necesariamente debieron serlo para efectos de regular la afiliación, cotización y recaudo a un sistema integrado por diversas administradoras de pensiones, con un registro único de aportantes bajo el

control de la Superintendencia Bancaria, y bajo nuevas reglas en especial, a dos aspectos relevantes para la mora: a) densidades bajas de cotización, reducidas de tres años a seis meses, en procura de ampliar la cobertura protectiva y b) y la garantía para el afiliado de estar inscrito a entidades administradoras de pensiones con parenterias obligaciones en materia de recaudo.”

“El régimen sancionatorio con respecto a las normas que consagran las prestaciones de seguridad social tiene naturaleza instrumental, por lo que en ningún caso puede admitirse como vigentes aquellas que no sean compatibles ni proporcionales con las características del nuevo sistema. No se puede pretender aplicar régimen de sanciones por mora en el pago de aportes de manera diferenciada si la afiliación es al ISS o lo es a otra de las entidades administradoras de pensiones; ni aplicarlo para periodos de cotización de 26 semanas, cuando estaba previsto para al menos tres o seis años; ni para imputarle al empleador responsabilidades que sólo están pensadas para un sistema, como es el de asumir prestaciones vitalicias a partir de una vinculación de 26 semanas; y ni para producir efectos contrarios al de universalizar la protección pretendidos por el sistema, puesto que por cualquier mora del empleador, son los afiliados quienes quedan por fuera de la protección del sistema ante el empleador”.

En términos similares se pronunció la Corte Constitucional, por medio de la sentencia 1024 de 2004, al declarar exequible el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que adicionó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993

La sentencia 24250 de 2005 cuyo resumen hecho por la Relatoría de la Corte Suprema, que se transcribe a continuación, señala que la mora en su pago no produce el efecto de una desafiliación.

“Corresponde precisar que el Tribunal dio por establecido que la invalidez del actor se estructuró el 27 de julio de 1999, en un 62%, así como que existió mora del empleador, en el pago de los aportes, no obstante que para esa fecha hacía aportes y se hallaba afiliado al sistema de pensiones.”

“Bajo esos supuestos se observa que el sentenciador se equivocó, al considerar que la mora de los aportes implicaba perder la calidad de cotizante del trabajador afiliado al Sistema General del pensiones, y por ello finalmente exigir cotizaciones equivalentes a 26 semanas, contabilizadas en el año anterior a la estructuración de la invalidez.”

“En efecto, como lo señala la acusación, sólo puede estimarse que el afiliado a la seguridad social deja de ser cotizante en el evento de su desvinculación o retiro,

pero no cuando aporta al sistema, aún pese a incurrir en retardo o mora, puesto que si bien este es un estado de incumplimiento que genera las consecuencias legalmente previstas, no excluye la condición que determinaba el literal (a) del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, -conforme a la redacción vigente para el año 1999, aplicable a este caso- de que “el afiliado se encuentre cotizando al régimen”, y haya aportado 26 semanas a la fecha de la invalidez, sin consideración a un lapso determinado, como sí lo exigía su literal (b), tratándose del afiliado que hubiere ‘dejado de cotizar al sistema’, que se exigía ese mismo número de semanas, pero contados en el ‘año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez’.

“Entonces, como el Tribunal ligó los temas referidos a la mora y a la imputación de los pagos que se efectuaban a la fecha de la invalidez del accionante, con el aspecto concerniente a la calidad de cotizante o no al sistema, otorgó un alcance que no correspondía al mencionado artículo 39 de la Ley 100 de 1993 y por ello incurrió en la infracción legal denunciada, porque su correcto entendimiento le hubiera llevado a concluir que el estado de mora no excluye o desvincula al cotizante, ni produce el efecto de una desafiliación. Incluso, las reglas legales de la forma de imputar los pagos o cotizaciones, de conformidad con los Decretos 1818 de 1996 o 1406 de 1999, a los cuales se remitió el sentenciador (o con el Decreto 1161 de 1994 que trata el tema), llevaban a refrendar la condición de afiliado cotizante al sistema, toda vez allí se regula un orden o prelación, según que las cotizaciones sea actuales o retardadas, junto con los respectivos intereses moratorios; luego, no cabe duda que la mora no implica la pérdida de la calidad de aportante a la seguridad social”.

1.5. JURISPRUDENCIA

J

1.5.1. Rad. 22425. 19 mayo 2005. Dr. Ricaurte: afiliación del trabajador al I.S.S.- Consecuencias del incumplimiento

1.5.2. Rad. 26078. 24 julio de 2006. Dr. Osorio: afiliación del trabajador al I.S.S. - Localidades donde no se había ampliado la cobertura - Régimen pensional aplicable

1.5.3. Rad. 25821. 25 mayo 2006. Dr. Tarquino: Sistema de Seguridad social- Afiliación simultánea como trabajador independiente y pensionado - Validez de las cotizaciones/ Intereses moratorios - Comprenden todos los eventos de mora en el pago de las mesadas pensionales.

1.5.4. Rad. 26188. 30 mayo 2006. Dr. Isaac: afiliación del trabajador al I.S.S. - Omisión en la afiliación - Consecuencias para el empleado.

1.6. ACTIVIDAD PEDAGÓGICA

Ap

En el pronunciamiento jurisprudencial allegado en 1.4.2., investigue porqué la afiliación puede hacerse al Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ISS) o a otra entidad.

¿Cómo concibe la jurisprudencia la relación entre mora en el pago de los aportes y la filiación?

¿Cuál es la razón o cuáles las razones por las cuales en nuestro sistema de seguridad social se prohíbe la afiliación múltiple?

¡Por qué, entonces, no existe prohibición legal para hacer aportes a la seguridad social, por cuenta propia o como empleados de una empresa cotizante?

1.7. AUTOEVALUACIÓN

Ae

De acuerdo con el siguiente caso responda analíticamente las cuestiones que se plantean: La Compañía Forrajes Ltda. Lleva una mora de más de seis (6) meses sin pagar las cotizaciones de sus trabajadores al Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

Explique si la falta de pago de las cotizaciones o la mora en hacerlo pueden llegar a ocasionar la pérdida de la afiliación. Sea que su respuesta resulte afirmativa o negativa, arguméntela.

En caso de presentarse algún evento que deba ser cubierto por el Sistema de Seguridad Social, quien debe responder al trabajador por su cubrimiento? Aquí también arguméntela su respuesta.

Cuando se estima que un afiliado pierde su condición de cotizante?

1.8. BIBLIOGRAFÍA

- B** ARENAS, CERÓN, HERRERA. *Comentarios a las Reformas Laboral y de Seguridad Social*. Editorial Legis 2003.
- ARENAS, MONSALVE Gerardo. *El Derecho Colombiano a la Seguridad Social. 1º Edición*. Editorial Legis. Bogotá

Unidad 2 | REGÍMENES DE TRANSICIÓN

Qg

Exponer la filosofía subyacente en el nuevo régimen de transición

Presentar las ventajas sociales y económicas que con este régimen busca la nación.

Qe

- *Identificar y comparar los dos tipos de regímenes de transición existentes.*
- *Relacionar las características del régimen de transición con las sentencias pertinentes de la Corte Suprema de Justicia.*
- *Analizar jurisprudencial y doctrinalmente el principio de “la condición más beneficiosa”.*
- *Determinar claramente las diferencias entre afiliación y cotización y sus implicaciones en el régimen de transición.*

En este capítulo veremos el régimen transición propiamente dicho y derivado de éste lo que la jurisprudencia ha denominado “Condición más beneficiosa”, “Los incrementos por personas a cargo” y los bonos pensionales.

2.3. TIPOS DE REGIMENES DE TRANSICIÓN

En nuestro país han existido básicamente dos regímenes de transición de personas que habían adquirido los derechos a la pensión antes de la vigencia de las nuevas normas o que tenían expectativas de adquirir el derecho a pensionarse con las normas anteriores.

En el régimen de los trabajadores privados estos se jubilaban con base en el artículo 260 del CST, pero el artículo 259 inciso 2 dispuso que toda norma se aplicaría hasta “*...cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, de acuerdo a la Ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo instituto*”. Establecía en la Ley una condición resolutoria de la norma primeramente citada.

El segundo régimen de transición que existe en la legislación colombiana es el **creado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993** modificado por la Ley 797 de 2003.

Dice el artículo 36:

“La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.”

“La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.”

“El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el

cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuere igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos.”

“Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.”

“Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.”

“Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez, conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes, al momento en que cumplieron tales requisitos.”

“**PARÁGRAFO.** Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1o) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio”.

Vale la pena transcribir este artículo por dos razones: **la primera porque el Congreso de la República ha aprobado dos regímenes de transición después de la Ley 100 de 1993** y ambas normas en su parte pertinente han sido declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional. Por medio del artículo 18 de la Ley 797 de 2003 el Congreso modificó el artículo 36 antes trascrito y por medio de la sentencia C-1056 de 2003 la Corte Constitucional declaró inexistente por vicios de procedimiento.

Inmediatamente después el Congreso expidió la Ley 860 de 2003 y la Corte Constitucional la declaró inexistente.

2.4. SENTENCIAS DE LAS CORTES RELACIONADAS CON LOS REGÍMENES DE TRANSICIÓN

2.4.1. En un primer bloque están las **sentencias de la Corte Constitucional** que declararon constitucionales las normas de la Ley 100 de 1993. Son ellas las siguientes: C-410 de 1994, C-126 de 1995, C-168 de 1995, C-596 de 1997 y C-058 de 1998.

La sentencia de la Corte Constitucional referenciada C-789 de 2002 declaró exequibles condicionalmente los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100 como lo relata el resumen hecho por la relatoría de esa Corte:

“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”.

En la sentencia C-126 del 1995 la Corte Constitucional se expresó de la siguiente manera:

“Nada se opone dentro del marco constitucional, a que el Congreso de la República regule o modifique hacia futuro los requisitos que deben acreditarse para acceder a la pensión, lo cual hace en ejercicio de las atribuciones

que la Constitución le ha señalado y que comportan un cierto margen de discrecionalidad que le permiten introducir las reformas que de acuerdo a las necesidades y conveniencias sociales, así como a la evolución de los tiempos, juzgue indispensables para la efectividad y garantía del derecho. Lo anterior no afecta los derechos adquiridos plenamente consagrados en la Carta Política de 1991 -artículo 58-, pues los incrementos en la edad de que tratan los preceptos acusados solamente tienen vigencia hacia el futuro, es decir, a partir del 1o. de enero del año 2014, y no antes, de manera que no cobijan situaciones consolidadas bajo la legislación preexistente, sino que versan sobre la vocación o mera expectativa para tener derecho a la pensión de vejez, con el cumplimiento de las condiciones legales correspondientes, fijadas hacia el futuro”.

2.4.2. En sus sentencias **La Corte Suprema de Justicia** ha interpretado en muchísimas ocasiones con ponencia de todos los magistrados que han estado en la Sala Laboral desde 1993 el régimen de transición instituido por el artículo 36 tantas veces mencionado. (10440 – 13410 – 15279 – 17768 – 18304 – 19137 – 25356 – 26705 – 26922 – 27480) (C-076-2004 y C-596-1997)

2.5. LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

2.5.1. Sentencia del magistrado José Roberto Herrera

El doctor José Roberto Herrera Vergara por medio de la Sentencia 9758 del 13 de agosto de 1997, fue el ponente de la primera sentencia relacionada con el tema que la doctrina y la jurisprudencia han denominado “condición más beneficiosa” La relatoría de la Sala Laboral de la Corte Suprema la ha sintetizado de la siguiente manera:

“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 art., 13 de la ley 100 de 1993 al referirse a las características del sistema general de pensiones, garantizó la eficacia de las cotizaciones efectuadas con antelación a su vigencia. Cabe resaltar que mientras los arts., 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 art., 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. Siendo indiscutible el cumplimiento de todas las cotizaciones estatuidas por el régimen vigente durante la vinculación de SAÚL DARÍO MESA RODRÍGUEZ 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 1.990- y la ley 100 de 1.993, debe inclinarse el juzgador, con arreglo al texto 53 supralegal por la norma de seguridad social vigente al momento de 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."

En la sentencia 29175 del 14 de agosto de 2007, reiterando algunas anteriores entre ellas la sentencia 31263, del 9 del mismo mes y año, la Corte Suprema de Justicia ratificó su pensamiento jurisprudencial.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado este criterio por ejemplo de las sentencias 30122 del 10 de mayo del 2007 y 31263 de agosto 9 del mismo año.

2.5.2. Reflexión con base en la doctrina y la jurisprudencia

Después de la entrada en vigencia de la ley 797 del 2003, hemos opinado, con la colaboración del doctor Esteban Pizarro Jaramillo lo siguiente:

- 1) **“El Régimen de transición es aplicable solamente para obtener la pensión de vejez pero no la de sobrevivientes”**, ya que ésta última se rige por lo establecido en la normatividad vigente al momento del fallecimiento del pensionado o afiliado. Para la existencia de un régimen de transición se requiere de su consagración expresa en la ley, situación que no se presentó en la Ley 100 de 1993. Por lo tanto, no es admisible que la Rama Judicial asuma una competencia que está radicada en forma exclusiva en cabeza de otra Rama del Poder Público, en este caso, de la Legislativa. El Legislador no sólo goza de la facultad discrecional de crear o no regímenes de transición, sino que, además, es él, y sólo él, quien tiene la potestad legal para hacerlo. O sea, es una materia sujeta a estricta reserva legal.
- 2) Por lo tanto, **“el momento en que se cause el derecho pensional es el mismo que debe servir para determinar cuál es la legislación que lo rige”**. Aplicar una normatividad diferente implica, por parte del operador jurídico, violar en forma flagrante el artículo 230 de la Constitución Política, por encontrarse éste, en sus providencias, sometido al imperio de la ley.

Como lo ha dicho el Magistrado Carlos Isaac Náder, *“puede resultar injusto, humanamente injusto absolver a la demandada en una situación como la que relatan los autos. Mas no se pueden desconocer las normas sustantivas, con fundamento en que estas son inconvenientes o injustas. De allí que aun cuando soy el primero en reconocer que la solución que trajo la Ley 100, frente a casos como el que nos ocupa, puede ser criticable, (...) estimo que tales razones sirven exclusivamente para proponer una reforma de la ley (lege ferenda), pero no son pertinentes para sustentar en ellas una decisión judicial cuyo único apoyo, en nuestro sistema jurídico, debe ser la legal data.”*⁹

El Magistrado Francisco Javier Ricaurte Gómez ha dicho al respecto: *“Dado que los supuestos fácticos de esa preceptiva no se encontraban reunidos por el de cuius, puesto que no contaba con el número de semanas específicas requeridas, no era dable, entonces, desconocer la clara normatividad, 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*

⁹ Salvamento de voto del Magistrado Carlos Isaac Náder a la Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 5 de julio de 2005, Magistrado ponente Camilo Tarquino Gallego, radicación número 24.280.

aplicar. En materia de seguridad social, siempre, ante las reformas, se han de presentar situaciones en que unos sectores se beneficiarán más que otros, lo cual no habilita a los dispensadores de justicia para desconocer o modificar la voluntad legislativa con argumentaciones basadas más que todo en criterios subjetivos de equidad. Por eso, cabe recordar, que no todo lo legal coincide con el criterio que se tenga sobre lo justo, ni todo lo que aparezca como justo ante los ojos propios armonizará siempre con lo que rige como legal, y no le es permitido a esta Corporación desconocer el artículo 230 de la Carta so pretexto de cumplirla.”¹⁰

3) El principio de la norma más favorable consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, que es una disposición de carácter nacional atributiva de derechos sustanciales, supone la necesaria coexistencia de dos o más normas vigentes que regulen una misma materia y que, por lo tanto, sean susceptibles de ser aplicadas para su solución, escenario que no se presenta en este caso ya que el Acuerdo 049 de 1990 no sólo es una norma anterior a la Ley 100 de 1993, sino que, además, está situado en una posición jerárquica-normativa inferior a esta última.

El Tribunal supuso la existencia de un conflicto normativo donde no se presentaba, ya que el Acuerdo 049 había sido derogado por el artículo 289 de la Ley 100. Debido a esto, no es aceptable que el ad quem tuviere razonables dudas en cuanto a cuál era la norma aplicable al caso objeto de estudio, ya que, de acuerdo con el artículo 5º de la Ley 57 de 1887, la norma posterior prevalece sobre la anterior, y el Acuerdo 049 de 1990 y el Decreto que lo aprobó son anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

4) El principio de la condición más beneficiosa hace referencia a la prohibición de desmejorar los derechos adquiridos, lo cual implica que éstos se hayan causado, que hayan ingresado efectivamente al patrimonio de una persona, que se hayan hecho exigibles ante la realización de los supuestos fácticos contemplados en las normas. Pero dicho principio no puede entenderse como la protección ciega y absoluta de la progresividad de los beneficios no consolidados, de las meras expectativas, ya que esto causaría una inflexibilidad de la normatividad y haría insostenible en términos financieros cualquier país.

Es importante transcribir unos apartes de una Sentencia de la Corte Constitucional en la cual se analizó con gran profundidad y lucidez este tema:

10 Salvamento de voto del Magistrado Francisco Javier Ricaurte Gómez a la Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 14 de julio de 2005, Magistrado ponente Luis Javier Osorio López, radicación número 25.090.

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

“Así las cosas, se puede concluir que quien ha satisfecho los requisitos de edad y tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, exigidas por la ley para acceder a una pensión de jubilación o de vejez, tiene un derecho adquirido a gozar de la misma. Pero quien aún no ha completado el tiempo de servicio o llegado a la edad prevista en la norma legal, no tiene un derecho sino que se halla apenas ante una simple expectativa de alcanzarlo en el momento de reunir la condición faltante”.

“En conclusión: el derecho adquirido se incorpora de modo definitivo al patrimonio de su titular y queda a cubierto de cualquier acto oficial que pretenda desconocerlo, pues la propia Constitución lo garantiza y protege; no ocurre lo mismo con la expectativa que, en general, carece de relevancia jurídica y, en consecuencia, puede ser modificada o extinguida por el legislador. Y es en esta última categoría donde debe ubicarse la llamada ‘condición más beneficiosa.’”

“En el inciso final, que es el precepto del cual deduce el actor la existencia de la denominada ‘condición más beneficiosa’ para el trabajador, concretamente de la parte que se resaltará, prescribe: ‘la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores’.

“Veamos entonces el significado de la expresión a que alude el demandante. ‘Menoscabar’, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, tiene entre otras acepciones la de ‘Disminuir las cosas, quitándoles una parte; acortarlas, reducirlas’. ‘Causar mengua o descrédito en la honra o en la fama’.

“Quiere esto decir, que el constituyente prohíbe menguar, disminuir o reducir los derechos de los trabajadores. Pero ¿a qué derechos se refiere la norma? Para la Corte es indudable que tales derechos no pueden ser otros que los ‘derechos adquiridos’, conclusión a la que se llega haciendo un análisis sistemático de los artículos 53, inciso final, y 58 de la Carta. Pretender, como lo hace el demandante, la garantía de los derechos aún no consolidados, sería aceptar que la Constitución protege ‘derechos’ que no son derechos, lo cual no se ajusta al Ordenamiento Superior (...).”

“La pretensión del actor equivale a asumir que los supuestos de eficacia diferida condicional, es decir, aquellos que sólo generan consecuencias jurídicas cuando la hipótesis en ellos

contemplada tiene realización cabal, deben tratarse como supuestos de eficacia inmediata y, por ende, que las hipótesis en ellos establecidas han de tenerse por inmodificables aun cuando su realización penda todavía de un hecho futuro de cuyo advenimiento no se tiene certeza. Es la llamada **teoría de la irreversibilidad** que, sin éxito, ha tratado de abrirse paso en países como España y Alemania, donde ha sido rechazada no sólo por consideraciones de orden jurídico sino también por poderosas razones de orden social y económico. Aludiendo a una sola de éstas, entre muchas susceptibles de análisis, dice Luciano Parejo Alfonso: 'En épocas de desarrollo y crecimiento de la economía, con presupuestos estatales bien nutridos, es posible la creación y puesta a punto de instituciones de carácter social que luego, en épocas de crisis económica, con presupuestos estatales limitados por la misma, resultan de difícil mantenimiento. De ahí que aparezca muy problemática la afirmación de la exigencia constitucional del mantenimiento de prestaciones otorgadas bajo una coyuntura diferente'."

"De aplicarse el criterio del actor, se llegaría al absurdo de que las normas laborales se volverían inmodificables y toda la legislación laboral estática, a pesar de los grandes cambios que en esta materia es necesario introducir, en atención al dinamismo de las relaciones laborales y las políticas sociales y económicas, que en defensa del interés social o general debe prevalecer sobre el particular, y las cuales finalmente redundan en el mejoramiento de la clase trabajadora."¹¹

Es igualmente necesario recordar las palabras del Magistrado Gustavo José Gnecco Mendoza al respecto:

"...El principio de la condición más beneficiosa (...) se halla referido a las condiciones laborales concretas anteriormente reconocidas, que deben ser respetadas por el empleador en cuanto resulten más favorables para el trabajador que las que surjan de la nueva disposición; de suerte que, desde esa perspectiva, se refiere a situaciones o condiciones laborales individuales y por ello no puede ser utilizado para dilucidar un conflicto sobre un derecho pensional (...).

"Y si bien es cierto que el principio en comento gobierna la situación de un trabajador cuando se presenta un cambio de normatividad, esto es, cuando se está en presencia de una sucesión normativa, (...) no tiene cabida en tratándose de una 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".

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-168 del 20 de abril de 1995, Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.

“[...] 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 esta norma se circunscribe a establecer la añeja doctrina de los derechos adquiridos y la prohibición de que la ley los desconozca.”¹²

5) Además, si en aras de la discusión se aceptara la aplicación del principio de la condición más beneficiosa para esta situación, es necesario tener en cuenta lo que con tanto acierto ha expresado el Magistrado Eduardo López Villegas en sus repetidos salvamentos de voto al respecto:

“... Lo anterior entraña la aplicación (...) del principio de la favorabilidad, mas no aquel propio de la seguridad social contenido en el artículo 288 de la Ley 100 de 1993, sino el que rige para el mundo laboral”.

“ El principio de la favorabilidad en la seguridad social, de origen legal, tiene su propio contenido, que para el efecto prescribe el que para ser aplicado debe serlo bajo la condición de que la situación se ‘someta a la totalidad de las disposiciones de esta ley’.

“El enfoque laboral de los temas de la seguridad social (...) no es compatible con la clara regulación autónoma que el constituyente de 1991 hizo de la seguridad social (...), separada de la protección del trabajo, ni con la precisa concepción del sistema de seguridad social plasmada en la Ley 100 de 1993, la que superó normativamente la transitoriedad de los mecanismos pensionales previstos en la Ley 90 de 1946.”¹³

Esta misma postura ha sido sostenida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en la Sentencia del 25 de marzo de 2004, radicación número 22.060, donde se dijo:

“La seguridad social es materia autónoma, cuya institucionalización constitucional se encuentra en el artículo 48 de la Carta, que si bien no consagra el principio de favorabilidad reclamado por el recurrente, si fue contemplado por el legislador con unas características propias para la seguridad social en pensiones. Así, el artículo 288 de la Ley 100 de 1993, permite que el afiliado o

12 *Salvamento de voto del Magistrado Gustavo José Gnecco Mendoza a la Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 14 de julio de 2005, Op. Cit.*

13 *Salvamento de voto del Magistrado Eduardo López Villegas a la Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 5 de julio de 2005, Op. Cit.*

beneficiario de una prestación pensional se acoja a la normatividad más favorable, bajo la condición de que se someta de manera íntegra a dicha regulación.”

6) Las normas de la Seguridad Social tienen carácter de orden público según el artículo 14 del Código Sustantivo del Trabajo y, por lo tanto, producen efecto general inmediato. Además, aquellos que persisten en asimilarlas a las de naturaleza laboral, deberían tener en cuenta que de acuerdo con el artículo 16 del Código en mención, las leyes del trabajo “*por ser de orden público, producen efecto general inmediato, por lo cual se aplican también a los contratos que estén vigentes o en curso en el momento en que dichas normas empiecen a regir, pero no tienen efecto retroactivo, esto es, no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores.*”

7) De acuerdo con el artículo 46, numeral 2º, literal b), de la Ley 100 de 1993, no aplicado por parte del Tribunal, **para tener derecho a la pensión de sobrevivientes se necesitaba que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante, por lo menos, veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.**

“Si el requisito de la cotización de veintiséis (26) semanas en el año inmediatamente anterior al momento en que se produce la muerte del afiliado no se cumple, según el artículo 49 de la Ley 100 de 1993, tienen derecho a recibir los miembros del grupo familiar del afiliado, en sustitución de la pensión de sobrevivientes, una indemnización, como en efecto sucedió en este caso.”

“8) Además, como lo entendió la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad del aparte subrayado en el punto 7º, éste tiene una razón de ser: “*Los supuestos técnicos y actuariales del nuevo régimen necesariamente son diferentes a los aplicados en el régimen anterior, y ello en atención al objetivo de lograr una mayor cobertura que, para poder ser financiada, requiere una mayor fidelidad o permanencia en el sistema*”.¹⁴

Esto, sumado a lo expresado sobre dicho tema por el Magistrado López Villegas:

“...aquel argumento central de conceder pensiones de un sistema porque en otro se hicieron aportes en número tan suficiente o con abundancia de semanas se aleja de reglas básicas para definir si se cumple o no con los requisitos para acceder a la pensión”.

“Porque la densidad de cotizaciones es un elemento que se mide cuantitativamente, y no cualitativamente”.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-617 del 13 de junio de 2001, Magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis.

“Porque se hace una comparación por el número de cotizaciones, cuando, por corolario de cualquiera de los principios de favorabilidad, lo comparable es la totalidad del sistema, y no fragmentos de este”.

“Cuando se comparan dos conceptos de cotización diferentes, tomándolos por su elemento más aparente; no se trata de saber si son 150, 300 ó 26 cotizaciones; aquellas lo eran dentro de un sistema de aportes con un piso mínimo alto; y la última un piso bajo pero nunca mínimo; en aquel cuenta las cotizaciones efectuadas, en este se sancionan las que no se efectúen por cuanto lo más significativo de un sistema que obliga a un número reducido (...) es que se ha de estar en acto de permanente cotización”.

“Efectivamente, desde esta perspectiva el número de cotizaciones tiene una trascendencia mayor que la de ser una cifra. El dato numérico previsto en el Acuerdo 49 de 1990, guarismo elevado –300– cumplido en cualquier tiempo, significa un régimen de protección para un grupo de trabajadores restringido a los de una antigüedad de seis o más años, financiado con bases mínimas altas; y el previsto en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, con un guarismo bajo pero con la exigencia de ser cumplido en estricta oportunidad –en el año inmediatamente anterior al hecho incierto de la muerte–, significa un régimen con vocación de protección cercano a la universalidad –se excluye a los que no han cumplido seis meses de actividad– financiado por el universo de trabajadores, que de manera continuada y permanente (...) deben realizar la solidaridad contributiva.”¹⁵

9) Además, en palabras del Doctor Eduardo López Villegas:

“... La vocación a la universalidad de la cobertura es uno de los principios de la Ley 100 de 1993, la cual puede ser alcanzada a condición de que actúe la solidaridad, otro de los principios rectores del sistema de seguridad social. Ella se cumple si las personas contribuyen según su capacidad (...). De esta manera pese a que en la sentencia se invocan estos principios (...) se hace uso de ellos para su menoscabo”.

“El que la seguridad social se haya ordenado como sistema impone que no se pueda invocar la universalidad prescindiendo de los mecanismos necesarios para realizarla.”

¹⁵ *Salvamento de voto del Magistrado Eduardo López Villegas a la Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 5 de julio de 2005, Op. Cit.*

“La decisión que adopta la Sala para acceder al otorgamiento de una pensión (...) para quien no reunió los requisitos conduce al desequilibrio financiero del sistema. De hecho, la realización del propósito de universalizar la protección de la familia de los trabajadores (...) es posible bajo el presupuesto de que la obligación de cotizar sea igualmente universal; y cuando se afecta esta se compromete aquella, como cuando se exonera de por vida al contingente de trabajadores que antes de 1994 hubieran cotizado 300 semanas; ciertamente, se les releva del deber de efectuar una cotización más, en cuanto no hacerlo no les priva del derecho a la pensión de invalidez.”¹⁶

Además, si en aras de la discusión se aceptara la posibilidad de la aplicación del artículo 53 de la Constitución Política, es necesario tener en cuenta que, en el evento de presentarse un conflicto entre diferentes derechos, en este caso el de aquellos cubiertos por la condición más beneficiosa y el interés general en la sostenibilidad financiera del Sistema y del Estado, prevalecería este último. Predominaría el interés general y la sobrevivencia del Sistema Pensional al realizarse una ponderación de los derechos en disputa.

2.6. INCREMENTOS PENSIONALES POR PERSONAS A CARGO

El tema de los incrementos pensionales en el régimen de transición es del siguiente tenor:

El decreto 0758 de 1990 aprobatorio de lo Acuerdo del Consejo Directivo del ISS, este en su artículo 21 dice así:

2.6.1. Incrementos de las pensiones de invalidez por riesgo común y vejez

Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez por personas a cargo se incrementarán así:

1) En un siete por ciento (7%) sobre la pensión mínima legal, por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años o de dieciocho (18) años si son estudiantes o por cada uno de los hijos inválidos no pensionados de cualquier edad, siempre que dependan económicamente del beneficiario y,

¹⁶ *Ibídem.*

2) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión.

Los incrementos mensuales de las pensiones de invalidez y de vejez por estos conceptos, no podrán exceder del cuarenta y dos por ciento (42%) de la pensión mínima legal.

Y el artículo 22 dice:

2.6.2. Naturaleza de los incrementos

Artículo 22. NATURALEZA DE LOS INCREMENTOS PENSIONALES. Los incrementos de que trata el artículo anterior (por personas a cargo, se explica) **no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el Instituto el Instituto de Seguros Sociales** y el derecho a ellos subsiste mientras perduren las causas que les dieron origen. El Director General del ISS establecerá los mecanismos necesarios para su control

1) La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia 21517 del 2005, en resumen hecho por la relatoría dijo lo siguiente con los dos salvamentos de voto respectivos.

“Sabido es que, el denominado principio dispositivo del derecho procesal, en materia de los procesos del trabajo, está restringido a la regla que impone al interesado en la resolución de un conflicto jurídico de esta naturaleza tanto la iniciativa para incoar el proceso, como la de fijar el tema de decisión y establecer los hechos en que funda su pretensión, y a tales límites debe estarse el juzgador, quedando a salvo la facultad que en nuestro ordenamiento procesal habilita al juez de primera y única instancia para decidir extra y ultra petita --artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social--. Por manera que, el desbordamiento de las facultades del juzgador de segunda instancia en torno al thema decidendum delimitado por el actor, con respecto de los hechos que le sirven de soporte, además de invadir la órbita de los derechos y cargas procesales que competen a las partes, quebranta el principio de congruencia que se debe a la sentencia y que le impone estar en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda, conforme, y con las excepciones que al efecto refiere, al artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a esta clase de conflictos por la remisión prevista en el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. De suerte que, el desconocimiento de este marco legal de la sentencia del Tribunal, que a la postre vulnera los derechos reconocidos en la ley sustancial laboral, por haberse negado o concedido algún derecho con violación de los presupuestos constitucionales y legales

*del debido proceso judicial, puede ser objeto de discusión en el recurso extraordinario de casación por la vía de los yerros jurídicos en la modalidad *sui generis* de transgresión de la ley sustancial ya aceptada por la jurisprudencia de la Corte como “violación medio”. Cabe agregar que, en sentido estricto, los fundamentos de derecho de la pretensión de la demanda inicial no hacen parte del marco dispositivo del demandante sino que es al juez a quien corresponde conocerlos para, una vez aceptados o probados los supuestos de hecho alegados, aplicarlos al caso concreto. En este caso se torna más clara la anterior afirmación, cuando quiera que la jurisprudencia de la Corte ha sido la que le ha dado un particular entendimiento a la situación jurídica relativa al Ingreso Base de Liquidación de las pensiones que se adquieren bajo el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues, como lo afirmó el Tribunal, el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de quienes estando amparados por el régimen de transición allí establecido les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, es al que alude el mismo artículo 36 de la Ley 100 de 1993.”*

“En efecto, la Corte ha explicado que por fuerza de la sentencia de inexequibilidad de la Corte Constitucional de 20 de abril de 1995 --C-168 de 1995--, el llamado Ingreso Base de Liquidación para liquidar las pensiones de las personas referidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, específicamente en su inciso segundo, es el que, por abstracción, de manera genérica aparece en el tercero de los incisos de la citada norma, esto es, “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 expide el DANE”

“Así lo expresó esta Sala en sentencia de 27 de marzo de 1998 (Radicación 10.440) y lo ha venido ratificando entre otros, en fallos de 6 de julio de 2000 (Radicación 13.336), 26 de septiembre de 2000 (Radicación 13.296) y 8 de agosto de 2000 (Radicación 13.426).”

“En realidad, el hecho de que en la sentencia no se hubiera señalado en forma específica la cantidad numérica del monto de la pensión del actor, no significa que la condena haya sido “in genere”, dado que, con el valor probado del salario y los parámetros dictados por el ad quem para la actualización de la pensión reconocida con base en él, resulta liquidable en concreto por el ente demandado.”

“Viene al caso recordar que la Corte, en tema de la determinación de la condena, en sentencia de 28 de enero de 2004 (Radicación 20.561).

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

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

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

“El Art. 36 de la ley 100 de 1993 indicó que para los efectos de otorgar la pensión de vejez a quienes tuvieran edad, tiempo de servicio o semanas cotizadas, debería aplicárseles el régimen anterior. Este régimen anterior no es otro que el consagrado en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 del mismo año. Y su aplicabilidad debe ser total. En dicho régimen se contempla lo siguiente: Es para los afiliados al Seguro Social por invalidez, vejez y muerte (Art. 1º); señala los requisitos para acceder a la pensión de vejez (Arts. 12 y 13); establece en qué forma se integran las pensiones, la manera de liquidarlas y el salario que debe tenerse en cuenta (Art. 20) y finalmente mantiene el derecho a los incrementos de las pensiones (Art. 21) para cada uno de los hijos o hijas menores de 16 o de 18 años, o inválidos no pensionados de cualquier edad y para el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de él. El Art. 22 de dicho acuerdo expresamente menciona que los incrementos de las pensiones no hacen parte de la pensión de vejez (monto). Por ello es que la Ley 100 de 1993 en sus Arts. 31, 34 y 36 al hablar del monto de las pensiones se abstuvo de mencionar los incrementos de las pensiones por no hacer parte de él. Pero ante la duda o conflicto de su vigencia nos auxilian los principios de favorabilidad e inescindibilidad que comporta el derecho del trabajo.”

“Por lo anterior el Ad quem no violó directamente, ni aplicó indebidamente el Art. 21 del Acuerdo ISS 049 de 1990. Todo lo contrario. Lo que se observa en la sentencia atacada es que se dio cabal aplicación al régimen anterior, cuando dice: “En consecuencia una primera inferencia obvia que resulta de los textos transcritos es que la ley 100 de 1993, en materia de riesgos por invalidez, vejez y muerte de origen común, no derogó en su totalidad la legislación anterior

que regulaba la materia, sino que mantuvo mucha de parte de ésta por no serle contraria, o simplemente porque la nueva constituía solo una modificación, una adición o una excepción.”

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

“Es clara la sentencia recurrida cuando entre sus consideraciones dice:”

“Ahora bien, los artículos 34 y 40 de la ley 100 de 1993 regularon lo atinente a los montos de las pensiones de vejez e invalidez respectivamente, pero nada dispusieron respecto a los incrementos que consagraba la legislación anterior, por lo cual es razonable inferir que estos aún perduran en la actualidad, ya que no son contrarios a la nueva legislación y simplemente la adicionan o la complementan, tal como lo hacían en el régimen anterior “Y es que la transición consagrada en el artículo 36 opera para la pensión de vejez y los incrementos aquí reclamados, al no formar parte de ella, mal podrían ser objeto del dicho régimen, lo que corrobora el concepto de que no fueron derogados sino que se encuentran vigentes, porque su existencia es independiente de la pensión misma”.

“Así las cosas, las anteriores fundamentaciones jurídicas del Tribunal no son “abiertamente equivocadas”, como lo aduce la censura, ya que el Art. 10º de la Ley 100 de 1993 tiene por objeto garantizarle a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley... (subrayas y negrillas del casacionista).”

“Es verdad que los incrementos de las pensiones no están involucrados en la mencionada Ley 100, pero ello no significa que pierdan su vigencia; por el contrario, si tal normatividad no los reguló, no quiere decir que los hubiera derogado, entonces en ese orden conservan su pleno vigor.”

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

a) Salvamento de voto del magistrado Carlos Isaac Nader

“Disiento de la decisión mayoritaria de la Sala, en cuanto al resolver el tercer cargo de la demanda de casación presentada por la entidad accionada, estimó que los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 0758 de ese mismo año, subsisten aún en vigencia del Sistema General de Seguridad Social, siendo del caso anotar que comparto los criterios jurídicos expuestos en la ponencia que resultó derrotada, pues en mi opinión son los que debieron acogerse para concluir que los referidos incrementos fueron derogados por la Ley 100 de 1993. Pese a lo anterior, considero que a la tesis vencida se puede agregar otro argumento que sirve para sostener definitiva y contundentemente que es la posición acertada; éste es el relativo a que, una de las características expresamente establecida en el sistema general de pensiones es la de que sus afiliados tendrán derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones y de las pensiones de invalidez, de vejez y de sobrevivientes, conforme a lo dispuesto en la ley 100, de manera que las administradoras de pensiones solamente están obligadas a reconocer a los asegurados las prestaciones previstas, en el régimen general de pensiones de dicha ley, pues cualquier otra prevista en disposiciones anteriores quedó expresamente excluida; luego es claro que el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 quedó derogado al entrar en vigencia el Sistema General de pensiones, en los términos perentorios del artículo 3º de la Ley 153 de 1887 y 289 de la misma Ley 100 de 1993.”

“Este y no otro distinto, es el sentido que debe darse al literal c) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con el cual una de las características del sistema general de pensiones es la relativa a que los afiliados tendrán derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones y de las pensiones de invalidez, de vejez y de sobrevivientes, conforme a lo dispuesto en la presente ley.; pues el sentido natural y obvio de esta disposición indica que los asegurados o sus beneficiarios no podrán reclamar prestaciones distintas a las previstas y reguladas para los riesgos de vejez, invalidez, viudez y orfandad, en el actual sistema pensional.”

“A más de lo anterior no encuentro válido sostener que los incrementos, a que se refería el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, tienen soporte en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues conforme se anotó claramente en la ponencia sustituida, de los regímenes pensionales anteriores al Sistema General de pensiones sólo subsiste a favor de los afiliados que se encuentren en el régimen de transición los aspectos relativos al tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto de las pensiones de vejez. Máxime que la decisión adoptada mayoritariamente admite que los incrementos de las pensiones no están involucrados en la ley de seguridad social.”

b) Salvamento de voto del magistrado Eduardo López Villegas en la Sentencia 21517 del 2005

“La fuerza argumental de la sentencia se hace descansar en el razonamiento según el cual como el artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990 expresamente menciona que los incrementos de las pensiones no hacen parte de la pensión de vejez (monto). Por ello es que la Ley 100 de 1993 en sus artículo 31, 34, y 36 al hablar de monto de las pensiones se abstuvo de mencionar los incrementos de las pensiones por no hacer parte de él. Pero ante la duda o conflicto de su vigencia nos auxilian los principios de favorabilidad o inescindibilidad que porta el derecho del trabajo.”

“Justamente por no ser los incrementos por familiar parte del monto de las pensiones no quedan comprendidos dentro de la regla general prevista para las pensiones de transición prevista en el artículo 36, aquella que señala de manera puntual y taxativa los elementos que perviven de regulaciones anteriores: la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez ...será la establecida en el régimen anterior... y para acoplarse a las demás regulaciones pensionales del sistema de seguridad social integral.”

c) Salvamento de voto de la magistrada Isaura Vargas Diaz en la sentencia 21517 del 2005

“En materia de pensiones por vejez --artículo 33 y ss--, salvo la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de quienes cumplan las exigencias establecidas para beneficiarse del régimen de transición allí previsto, las demás condiciones y requisitos se rigen por las disposiciones contendidas en la Ley 100 de 1993, tal y como expresamente lo señala el artículo 36. Aserto que, de plano, descarta la consideración del Tribunal de que la mentada ley no derogó en su totalidad la legislación anterior, sino que mantuvo dicha parte de ésta por no serle contraria, o simplemente porque la nueva constituía una modificación, una adición o una excepción (folio 12 cuaderno 2).”

“El advenimiento del Sistema de Seguridad Social integral creado a partir de la Ley 100 de 1993, y específicamente del Sistema General de pensiones, que conforme al artículo 151 de la misma empezó a regir el 1º de abril de 1994, derogó todas las disposiciones que le fueren contrarias -artículo 289-, manteniendo las que regulaban la protección de riesgos de vejez, invalidez y muerte del Instituto de Seguros Sociales, en los precisos y limitados términos de que trata el artículo 31, el cual señaló que serán aplicables al régimen pensional de prima media con prestación definida --régimen que, entre otras cosas, subrogó el derecho

pensional del actor-- las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley (subrayado fuera del texto), lo que es tanto como decir que el nuevo sistema lo que hizo fue subrogar los riesgos de invalidez, vejez y muerte que cubría el Instituto de Seguros Sociales con fundamento en normas anteriores, entre ellas, sus propias reglamentaciones, pero no concibió la subrogación de las adiciones, modificaciones o excepciones de los mismos, de modo que, expresamente consignó que esos riesgos quedarían sujetos a las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley. Siendo este el cabal entendimiento de la norma, no es posible considerar que los incrementos de la pensión por relaciones de parentesco, que como se dijo no integraban el derecho pensional, por ser absolutamente claro que no tenían que ver propiamente con los riesgos de invalidez, vejez o muerte sino, cuestión diferente, con ciertas circunstancias personales de edad, capacidad o dependencia económica de quienes constituyan la familia del pensionado, subsistieron a la vigencia de la nueva ley pensional y hacen parte del régimen de transición que ella creó."

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

2) Con la radicación 6946-00559-01 el Tribunal Superior de Manizales, el 28 de junio del 2006 expreso, con respecto a este régimen los que sintetizamos a continuación:

"Previo agotamiento de la vía administrativa que exige el artículo 6 del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social (fls. 4 - 6), el accionante reclama en la demanda de folios 15 - 22, que se condene al ISS a reconocer y pagar el 14% del salario mínimo legal de cada año, desde el primero (1º) de abril de 2001, por

concepto del incremento pensional por tener a cargo a su esposa Marta Elena Márquez de Giraldo, con quien convive y depende económicamente de él”.

“En procura de delimitar el tema de discusión en el sublite, precisa la Sala los aspectos que están plenamente establecidos en el proceso:”

“1.- Que mediante resolución 000831 del 28 de marzo de 2001, el Instituto de Seguros Sociales reconoció al demandante una pensión de vejez (fl. 12)”.

“2.- Que el accionante es beneficiario del régimen de transición pensional por haber nacido el 28 de mayo de 1940, conforme se infiere de la resolución antes citada”.

“3.- Que el actor y la Señora Marta Elena Márquez contrajeron matrimonio por el rito católico el 22 de agosto de 1970, conforme se infiere del registro de matrimonio de folio 8 ibídém”.

“4.- Que la señora Márquez convive con el pensionado reclamante y depende económicamente de él, pues así lo declaró confesado la a quo en el curso de la audiencia obligatoria de conciliación...”

“Corresponde entonces a continuación dilucidar si el accionante tiene derecho al incremento pensional que demanda”.

[...]

“No ignora la Corporación la sentencia de casación 21517 del 27 de julio de 2005, en la cual la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por mayoría, reconoció a un pensionado como el aquí demandante el incremento que prevé el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, pluricitado”.

“Empero, en ejercicio de la autonomía e independencia conceptual que como Juez Colegiado le asiste en virtud de los artículos 228 y 230 superiores, se aparta respetuosamente de la tesis mayoritaria del alto tribunal en esta materia, pues considera, como lo ha expuesto en otras oportunidades, que los efectos protectivos del régimen de transición contemplados en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no se extienden hasta tener por aplicable el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 a casos como el sub examine”.

“Discrepa este juez plural de la tesis que subyace en la sentencia de casación 21517 en el sentido de que si el pensionado es beneficiario del régimen de transición se le debe aplicar en su totalidad el régimen anterior, en este caso el multicitado Acuerdo 049 de 1990,

pues si se repara en la rigurosa literalidad del segundo inciso del artículo 36 en reflexión, sin dificultad se aprehende que tres (3) únicamente son los tópicos en los que operan los efectos de ese régimen, y ellos son: la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez".

"De ahí que en una situación como la del demandante, que es indiscutible beneficiario del régimen de transición del artículo 36 ibídem, el Acuerdo 049 de 1990 únicamente rige para él en lo atinente a la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o número de semanas aportadas por él, y el monto de la pensión de vejez".

"En tal contexto deduce la Sala que la normativa sobre incrementos por personas a cargo prevista en el Acuerdo que aprobó el Decreto 758 de 1990, es decir, el artículo 21 ib., no rige para la situación del accionante, toda vez que resulta evidente que se encuentra por fuera de los tres (3) aspectos específicos antes mencionados, máxime cuando al tenor del artículo 22 de aquel acuerdo, los incrementos por personas a cargo no forman parte de una pensión de vejez como la que reconoció el ISS al accionante".

"Inclusive, la Sala encuentra en esta discursiva un argumento adicional para sostener que el régimen de transición no cobija el sistema de incrementos por personas a cargo del artículo 21 del Acuerdo 049. Se trata de que, como se sabe, el régimen de tránsito legal del anterior sistema pensional al nuevo entronizado en la Ley 100 de 1993, se aplica es para efectos de la pensión de vejez en los tres (3) elementos anteriormente discernidos, y resulta que el propio artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990 preceptúa de manera inequívoca que los aumentos por personas a cargo no forman parte de esa prestación económica, lo que a juicio de esta Sala de Decisión también coloca, tanto al artículo 21 ib., como a aquella normativa, por fuera de las hipótesis de incidencia del artículo 36 de la ley que implementó el sistema de seguridad social integral".

"Ello porque si el régimen de transición pensional se aplica es a la pensión de vejez, los efectos del mismo no se pueden extender hasta la figura de los incrementos por personas a cargo, cuando los mismos, por su naturaleza, no forman parte de esa prestación económica. "

En síntesis, confirmará la Sala la sentencia de primera instancia, aunque por razones distintas, que son las que acaban de exponerse.

2.6.3. Concepto del autor

2.6.3.1. Los incrementos no forman parte de la pensión

El autor se atiene a lo dispuesto, en primer lugar, por los dos decretos el 3041 de 1966 y el 758 de 1990, manifestaban que los incrementos no hacen parte de la pensión de vejez que debe pagar el Instituto de Seguros Sociales, así:

El parágrafo 2º del Acuerdo 224 de 1966 (Decreto 3041 del mismo año) decía:

“Los incrementos de que trata este artículo, no forman parte integrante de la pensión mensual de invalidez o de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales”.

El decreto posterior, el 0758 de 1990 en su artículo 22 decía así:

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

2.6.3.2. Por la derogatoria expresa del artículo 21 del acuerdo 049 de 1990.

Este artículo fue derogado al entrar en vigencia el sistema general de pensiones previstas en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la Ley 153 de 1887, que reza:

Estimase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería

La ley 100 que es el Estatuto de la Seguridad Social regula las pensiones de vejez que se conceden a partir de su vigencia el 1º de abril de 1994 y como es una norma que regula íntegramente la materia quedan derogadas las disposiciones anteriores.

2.6.3.3. Por las características del régimen de transición

El Legislador no le garantizó a las personas cubiertas por el régimen de transición de la Ley 100 la aplicación total y absoluta de las disposiciones contempladas en los estatutos anteriores, que para este caso es el Acuerdo 049 de 1990, sino que incluyó dentro del régimen de transición, otorgándoles vida ultratativa, única y taxativamente, por ser de carácter excepcional, tres aspectos:

La edad requerida para acceder a la pensión de vejez;

El tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y

(iii) El monto de la pensión.

De manera que no incluyó los incrementos de que aquí se trata y para no dejar ninguna duda razonable al respecto, el artículo 36 de la Ley 100 termina diciendo que *“las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.”*

En este orden de ideas, para establecer si en virtud del régimen de transición se deben incluir los incrementos pensionales contemplados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, es necesario establecer si éstos hacen parte del monto de la pensión. El mismo Acuerdo 049, en su artículo 22, aclara este interrogante al expresar en forma clara sobre la naturaleza jurídica de los mismos que *“... no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez...”*. (Subrayado fuera del texto original).

Los incrementos, por expresa disposición normativa, no hacen parte integrante de la pensión de vejez o invalidez, debido a que son una prestación diferente a la pensión de vejez.

Los mismos no fueron contemplados dentro de los derechos que conservan vigencia con posterioridad a la entrada en rigor de la Ley 100 de 1993, con base en el inciso primero del artículo 36 de dicha norma. Por esto, es necesario darle aplicación a lo establecido en el inciso segundo del mismo artículo, según el cual *“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.”*

Así lo entendió el Magistrado Eduardo López Villegas en su salvamento de voto al fallo 21517, quien manifestó que *“... por no ser los incrementos por familiar parte del monto de las pensiones no quedan comprendidos dentro de la regla general prevista*

para las pensiones de transición prevista en el artículo 36, aquella que señala de manera puntual y taxativa los elementos que perviven de regulaciones anteriores: la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez ...será la establecida en el régimen anterior... para acoplarse a las demás regulaciones pensionales del sistema de seguridad social integral.”¹⁷

Debido a esto, continúa diciendo el Doctor López Villegas, “... los únicos elementos externos a la Ley 100 de 1993 que se han de incorporar a ella para regular los derechos pensionales, son la edad, la densidad de cotizaciones o el tiempo de servicio, o monto pensional; si los incrementos pensionales no se pueden asimilar a ninguno de ellos, -no al monto, por disposición expresa- no pueden ser tenidos en cuenta....”¹⁸

Es por esto que la Magistrada Isaura Vargas Díaz asevera en la muy citada Sentencia del 27 de julio de 2005 que:

“...En materia de pensiones por vejez --artículo 33 y ss--, salvo la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de quienes cumplan las exigencias establecidas para beneficiarse del régimen de transición allí previsto, las demás condiciones y requisitos se rigen por las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, tal y como expresamente los señala el artículo 36. Aserto que, de plano, descarta la consideración del Tribunal de que la mentada ley ‘no derogó en su totalidad la legislación anterior, sino que mantuvo dicha parte de ésta por no serle contraria, o simplemente porque la nueva constituyía una modificación, una adición o una excepción’ (...).

(...) A lo dicho, habría que agregar que si el Ingreso Base de Liquidación de las pensiones del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 comprende el promedio de ‘lo devengado’ por el trabajador, o ‘lo cotizado’ durante el tiempo que le hiciere falta para el cumplimiento de la edad, lo apenas obvio es asentar que a esos conceptos se limita el monto de la pensión y que, por ende, no es dable considerar incluidos en el mismo conceptos que le son totalmente extraños, tales como las anunciadas circunstancias personales...”¹⁹

Por eso, dice el Exmagistrado Carlos Isaac Náder en su salvamento de voto lo siguiente:

¹⁷ Salvamento de voto del Magistrado Eduardo López Villegas a la Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 27 de julio de 2005, Op. Cit.

¹⁸ Ibídem.

¹⁹ Salvamento de voto de la Magistrada Isaura Vargas Díaz a la Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 27 de julio de 2005, Op. Cit.

“...no encuentro válido sostener que los incrementos, a que se refería el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, tienen soporte en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues conforme se anotó claramente en la ponencia sustituida, de los regímenes pensionales anteriores al Sistema General de pensiones sólo subsiste a favor de los afiliados que se encuentren en el régimen de transición los aspectos relativos al tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto de las pensiones de vejez. Máxime que la decisión adoptada mayoritariamente admite que los incrementos de las pensiones no están involucrados en la ley de seguridad social.”²⁰

2.6.3.4. Por la diafanidad de la norma

La comprensión razonable y lógica de la norma en mención brota de su estricto tenor literal, la cual es imperativa debido a que la claridad absoluta del artículo no permite ninguna conducta diferente por parte del operador jurídico. Es una disposición legal diáfana, cuyo sentido es totalmente evidente y, no sobra recordar, que cuando la ley no distingue no le es permitido al intérprete hacerlo.

De acuerdo con el artículo 26 del Código Civil, “*los jueces (...) en la aplicación de las leyes a los casos particulares (...) las interpretaran por vía de doctrina, en busca de su verdadero sentido...*”, pero, según el artículo 27 del mismo Código, “*cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu*”. Por lo tanto, sólo es viable indagar la intención o espíritu de una norma cuando el texto de la misma es oscuro, ya que la interpretación gramatical no es suficiente para poder establecer su significado.

Finalmente, como bien lo dice el artículo 30 del Código en mención, “*el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía*”, situación que se presenta en la Ley 100 de 1993 si se realiza una interpretación sistemática de ésta, como se explicará más adelante.

Asimismo, si se le efectuara a la norma acusada, además, una interpretación teleológica, es también indiscutible que el objetivo o fin de la misma fue precisamente el que le otorgaron los Magistrados que salvaron su voto en la Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 27 de julio de 2005: Excluir del régimen de transición todo aquello que no estuviera expresa y taxativamente consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 y, como

20 Salvamento de voto del Magistrado Carlos Isaac Náder a la Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 27 de julio de 2005, *Op. Cit.*

consecuencia necesaria de esto, la norma en mención determinó que “*las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.*”

2.6.3.5. Porque no procede en este caso la aplicación de la “norma más favorable”

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha manifestado que, “*la que deberá resolverse de manera que produzca los efectos más favorables al trabajador será aquella duda respecto del entendimiento o inteligencia de la norma jurídica que resulte de las diferentes interpretaciones que el juzgador encuentre lógicamente posibles y razonablemente aplicables al caso, pero no la que, para un propósito determinado, se le pueda presentar a alguna de las partes comprometidas o a los interesados en el resultado del proceso.*”²¹

El principio de **la norma más favorable** supone **la necesaria coexistencia de dos o más normas vigentes que regulen una misma materia**, y que, por lo tanto, sean susceptibles de ser aplicadas para su solución, escenario que no se presenta en este caso ya que el Acuerdo 049 de 1990 no sólo es una norma anterior a la Ley 100 de 1993, sino que, además, está situado en una posición jerárquica-normativa inferior a ésta.

En palabras de la Magistrada Vargas Díaz, “*... la Ley 100 de 1993, salvo las excepciones previstas en el artículo 279 de la misma ley, dispuso su aplicación a todos los habitantes del territorio nacional, preservando únicamente los derechos adquiridos conforme a normatividades anteriores, ‘para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados...’, ineluctablemente se impone concluir que a quienes no hubiesen estado en esa condición, y a excepción de las específicas y precisas materias que cobijó el régimen de transición (...), debe aplicárseles en su integridad esa nueva normatividad.*”²²

2.6.3.6. Por la discrepancia en relación con el monto resultante de la pensión

Por otra parte el artículo 9º de la ley 797 de 2003, que derogo el artículo 33 de la ley 100 de 1993 establece sin lugar a dudas las condiciones de la pensión de vejez que básicamente son: haber cumplido las mujeres 55 años de edad y 60 los hombres, y haber cotizado 1000 semanas. No menciona para nada los incrementos familiares que mencionaban los decretos anteriores a la ley 100 de 1993.

21 Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 4 de septiembre de 1992, radicación número 4929.

22 Salvamento de voto de la Magistrada Isaura Vargas Díaz a la Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 27 de julio de 2005, Op. Cit.

Añadiendo a lo que hemos venido sosteniendo, el monto de la pensión en los decretos anteriores a la ley 100 de 1993 era del 45% mas incrementos por la esposa (o) del 14% y por los hijos del 7% hasta sumar el 42%. Esto es, que sumando la pensión básica más los incrementos esta podía llegar hasta el 87% y el monto de la pensión fijada por las normas posteriores a la ley 100, esto es, la 797, fija el monto de la pensión en un máximo de 85%.

Si la persona cotizó hasta llegar a la pensión máxima establecida por la norma últimamente citada y además se incrementa, en el 7% por cada hijo y el 14% por la esposa (o) **la pensión excedería el salario base de cotización.**

Si se aplican las dos normas es muy fácil que se llegue al anterior supuesto factico.

No sobra afirmar que el monto de la pensión se rige por las normas anteriores a la ley 100 según el artículo 36 de esa disposición, pero las disposiciones anteriores, valga la redundancia, establecían que esos incrementos no eran parte de la pensión. Estamos repitiendo estos argumentos porque dan base a nuestro concepto.

2.6.3.7. Acto legislativo 01 de 2005 y condición más beneficiosa

En el Acto Legislativo 01 de 2005 se establece que los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de pensiones, y añade:

“Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”

Es decir que de acuerdo con la Reforma Constitucional del año 2005 que empezó a regir el 27 de julio de ese mismo año, en mi entender, las pensiones de vejez que se establezcan para el futuro para personas que estén en el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y las reformas que se han hecho sobre esa disposición, no pueden recibir pensión sino por los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones y no sobre si es casado o no, si vive en unión libre o no, o si tiene hijos o no.

La norma Constitucional tiene efectos a partir de la fecha de su publicación mencionada, pero como la pensión de vejez pedida con posterioridad al día que empezó a regir la dicha Reforma.

No es un derecho adquirido, no ha entrado al patrimonio de quien la pide sino hasta que cumple los requisitos para obtenerla, tendrá que operar necesariamente el Acto Legislativo 1º de 2005.

El principio de la condición más beneficiosa hace referencia a la prohibición de desmejorar los derechos adquiridos, lo cual implica que éstos se hayan causado, que hayan ingresado efectivamente al patrimonio de una persona, que se hayan hecho exigibles ante la realización de los supuestos fácticos contemplados en las normas. Pero dicho principio no puede entenderse como la protección ciega y absoluta de la progresividad de los beneficios no consolidados, de las meras expectativas, ya que esto causaría una inflexibilidad de la normatividad y haría insostenible, en términos financieros, cualquier país.

Es importante transcribir unos apartes de una decisión de la Corte Constitucional en la cual se analizó el tema de los llamados derechos adquiridos:

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

Así las cosas, se puede concluir que quien ha satisfecho los requisitos de edad y tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, exigidas por la ley para acceder a una pensión de jubilación o de vejez, tiene un derecho adquirido a gozar de la misma. Pero quien aún no ha completado el tiempo de servicio o llegado a la edad prevista en la norma legal, no tiene un derecho sino que se halla apenas ante una simple expectativa de alcanzarlo en el momento de reunir la condición faltante.

En conclusión: el derecho adquirido se incorpora de modo definitivo al patrimonio de su titular y queda a cubierto de cualquier acto oficial que pretenda desconocerlo, pues la propia Constitución lo garantiza y protege; no ocurre lo mismo con la expectativa que, en general, carece de relevancia jurídica y, en consecuencia, puede ser modificada o extinguida por el legislador. Y es en esta última categoría donde debe ubicarse la llamada “condición más beneficiosa”.

En el inciso final, que es el precepto del cual deduce el actor la existencia de la denominada ‘condición más beneficiosa’ para el trabajador, concretamente de la parte que se resaltará, prescribe: ‘la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores’.

Veamos entonces el significado de la expresión a que alude el demandante. 'Menoscabar', según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, tiene entre otras acepciones la de 'Disminuir las cosas, quitándoles una parte; acortarlas, reducirlas'. 'Causar mengua o descrédito en la honra o en la fama'.

Quiere esto decir, que el constituyente prohíbe menguar, disminuir o reducir los derechos de los trabajadores. Pero ¿a qué derechos se refiere la norma? Para la Corte es indudable que tales derechos no pueden ser otros que los 'derechos adquiridos', conclusión a la que se llega haciendo un análisis sistemático de los artículos 53, inciso final, y 58 de la Carta. Pretender, como lo hace el demandante, la garantía de los derechos aún no consolidados, sería aceptar que la Constitución protege 'derechos' que no son derechos, lo cual no se ajusta al Ordenamiento Superior (...).

La pretensión del actor equivale a asumir que los supuestos de eficacia diferida condicional, es decir, aquellos que sólo generan consecuencias jurídicas cuando la hipótesis en ellos contemplada tiene realización cabal, deben tratarse como supuestos de eficacia inmediata y, por ende, que las hipótesis en ellos establecidas han de tenerse por inmodificables aun cuando su realización penda todavía de un hecho futuro de cuyo advenimiento no se tiene certeza. Es la llamada teoría de la irreversibilidad que, sin éxito, ha tratado de abrirse paso en países como España y Alemania, donde ha sido rechazada no sólo por consideraciones de orden jurídico sino también por poderosas razones de orden social y económico. Aludiendo a una sola de éstas, entre muchas susceptibles de análisis, dice Luciano Parejo Alfonso: "En épocas de desarrollo y crecimiento de la economía, con presupuestos estatales bien nutridos, es posible la creación y puesta a punto de instituciones de carácter social que luego, en épocas de crisis económica, con presupuestos estatales limitados por la misma, resultan de difícil mantenimiento. De ahí que aparezca muy problemática la afirmación de la exigencia constitucional del mantenimiento de prestaciones otorgadas bajo una coyuntura diferente".

De aplicarse el criterio del actor, "se llegaría al absurdo de que las normas laborales se volverían inmodificables y toda la legislación laboral estática, a pesar de los grandes cambios que en esta materia es necesario introducir, en atención al dinamismo de las relaciones laborales y las políticas sociales y económicas, que en defensa del interés social o general debe prevalecer sobre el particular, y las cuales finalmente redundan en el mejoramiento de la clase trabajadora."²³

Es igualmente necesario recordar las palabras del Magistrado Gustavo José Gnecco Mendoza al respecto:

²³ Corte Constitucional. Sentencia C-168 del 20 de abril de 1995, Op. Cit.

“...El principio de la condición más beneficiosa (...) se halla referido a las condiciones laborales concretas anteriormente reconocidas, que deben ser respetadas por el empleador en cuanto resulten más favorables para el trabajador que las que surjan de la nueva disposición; de suerte que, desde esa perspectiva, se refiere a situaciones o condiciones laborales individuales y por ello no puede ser utilizado para dilucidar un conflicto sobre un derecho pensional (...).

Y si bien es cierto que el principio en comento gobierna la situación de un trabajador cuando se presenta un cambio de normatividad, esto es, cuando se está en presencia de una sucesión normativa, (...) no tiene cabida en tratándose de una 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.

(...) 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 esta norma se circumscribe a establecer la añeja doctrina de los derechos adquiridos y la prohibición de que la ley los desconozca.”²⁴

Además, si en aras de la discusión se aceptara la aplicación del principio de la condición más beneficiosa para esta situación, es necesario tener en cuenta lo que con tanto acierto ha expresado el **Magistrado Eduardo López Villegas** en sus repetidos salvamentos de voto al respecto:

“... Lo anterior entraña la aplicación (...) del principio de la favorabilidad, más no aquel propio de la seguridad social contenido en el artículo 288 de la Ley 100 de 1993, sino el que rige para el mundo laboral.

El principio de la favorabilidad en la seguridad social, de origen legal, tiene su propio contenido, que para el efecto prescribe el que para ser aplicado debe serlo bajo la condición de que la situación se ‘someta a la totalidad de las disposiciones de esta ley’.

“El enfoque laboral de los temas de la seguridad social (...) no es compatible con la clara regulación autónoma que el constituyente de 1991 hizo de la seguridad social (...), separada de la protección del trabajo, ni con la precisa concepción del sistema de seguridad social plasmada en la Ley 100 de 1993, la

²⁴ *Salvamento de voto del Magistrado Gustavo José Gnecco Mendoza a la Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 14 de julio de 2005, Op. Cit.*

que superó normativamente la transitoriedad de los mecanismos pensionales previstos en la Ley 90 de 1946.”²⁵

Esta misma postura ha mantenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en la Sentencia del 25 de marzo de 2004, radicación número 22.060, donde se dijo

“La seguridad social es materia autónoma, cuya institucionalización constitucional se encuentra en el artículo 48 de la Carta, que si bien no consagra el principio de favorabilidad reclamado por el recurrente, si fue contemplado por el legislador con unas características propias para la seguridad social en pensiones. Así, el artículo 288 de la Ley 100 de 1993, permite que el afiliado o beneficiario de una prestación pensional se acoja a la normatividad más favorable, bajo la condición de que se someta de manera íntegra a dicha regulación.”

“Las normas de la Seguridad Social tienen carácter de orden público según el artículo 14 del Código Sustantivo del Trabajo y, por lo tanto, producen efecto general inmediato. Además, frente a aquellos que persisten en asimilarlas a las de naturaleza laboral, es bueno tener en cuenta que, de acuerdo con el artículo 16 del Código en mención, las leyes del trabajo “por ser de orden público, producen efecto general inmediato, por lo cual se aplican también a los contratos que estén vigentes o en curso en el momento en que dichas normas empiecen a regir, pero no tienen efecto retroactivo, esto es, no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores.”

2.7. LOS BONOS PENSIONALES

2.7.1. Definición

Los bonos o títulos pensionales, según Gerardo Arenas, “son títulos que representan en dinero lo que una persona tiene construido en tiempo y cuantía de su pensión en una entidad o en un régimen, cuando otra entidad u otro régimen va a tomar en cuenta ese tiempo para un derecho pensional de esa persona”.²⁶

²⁵ Salvamento de voto del Doctor Eduardo López Villegas a la Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 5 de julio de 2005, Magistrado ponente Doctor Camilo Tarquino Gallego, radicación número 24.280.

²⁶ ARENAS, MONSALVE Gerardo. *El Derecho Colombiano a la Seguridad Social*. 1^a Edición. Editorial Legis. Bogotá. Pag. 252.

El decreto 1299 de 1994 lo define así en su artículo 3º:

“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 años si son mujeres, el capital necesario para financiar una pensión de vejez y de sobrevivientes, por un monto igual a la pensión de vejez de referencia del afiliado de que trata el artículo siguiente.”

2.7.2. Clases

Se encuentran legislados cuatro (4) tipos de bonos y los denominados Títulos Pensionales:

2.7.2.1. Bonos pensionales tipo “A”

Los bonos pensionales “tipo A” son los contemplados por la ley 100 de 1193 y el artículo 2º del decreto ley 1299 de 1994 y se otorgan en términos generales por haber cotizado o servido al I.S.S. o cajas o fondos del sector público o haber servido al Estado.

El Bono “tipo A” tiene dos modalidades dependiendo de la historia laboral de cada persona:

- **Modalidad 1:** bonos expedidos en favor de los trabajadores cuya primera vinculación laboral válida para bono pensional se inició después del 1º de abril de 1.994.
- **Modalidad 2:** bonos expedidos en favor de los trabajadores cuya primera vinculación laboral válida para bono pensional se inició antes del 1 de julio de 1992.

1) Trámite del Bono Pensional tipo “A”

El Instituto de Seguros Sociales deberá entregar a la Oficina de Bonos Pensionales (OBP) del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, debidamente certificado por el representante legal de dicha entidad, el archivo laboral masivo valido para la emisión de bonos pensionales a cargo de la Nación

El emisor produce la liquidación provisional del bono pensional tipo "A" y la comunica a la Administradora de fondos Pensionales (AFP), a más tardar noventa (90) días después de la fecha en que, recibida la primera solicitud, haya confirmado o no objetado por el empleador y las entidades contribuyentes en el bono pensional o cuotapartistas, la información laboral certificada.

Cuando la AFP solicita la emisión del bono el emisor tiene tres (3) meses para emitirlo, contados a partir del día en que el ISS haya certificado la historia y/o haya reconocido su cuota parte y los otros contribuyentes diferentes al ISS hayan confirmado o no objetado la historia laboral.

La AFP comunica al beneficiario del bono o afiliado la liquidación provisional, con la información laboral sobre la cual ésta se basó, a más tardar dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la fecha en que la Administradora reciba la liquidación.

A partir de la primera liquidación provisional, el Emisor atenderá cualquier solicitud de reliquidación que le sea presentada con base en hechos nuevos que le hayan sido confirmados directamente por el empleador o por el contribuyente o que le sean certificados por los mismos y no sean objetados.

En ningún caso la liquidación provisional constituye una situación jurídica concreta que obligue al Emisor a reconocer su responsabilidad en el bono.

La emisión de los bonos pensionales tipo "A" se realizará dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha en que la información laboral esté confirmada o haya sido certificada y no objetada.

Siempre y cuando el afiliado haya manifestado previamente y por escrito, por intermedio de la Administradora de pensiones del Sistema General de pensiones, su aceptación del valor de la liquidación provisional del bono pensional Tipo "A".

Cuando se deban emitir y redimir bonos de personas que hayan fallecido o hayan sido declaradas inválidas, los términos previstos de tres (3) meses siguientes a la fecha en que la información laboral sea confirmada o haya sido certificada y no objetada, se reducen a la mitad.

Los bonos pensionales se pueden EXPEDIR de forma materializada o desmaterializada.

La "*Desmaterialización*" ocurre cuando las características y valor del bono no constan en un documento físico con firma del emisor, sino que se conservan

en archivos informáticos bajo custodia de una entidad legalmente autorizada para ello. Esa entidad que custodia los bonos emitidos es un depósito central de valores. Todos los bonos emitidos por la Nación se expiden desmaterializados. Los emitidos por otras entidades, públicas o privadas, pueden serlo, si así lo determina el Emisor.

2) Características de los Bonos Pensionales “tipo A” en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad

Se expresan en pesos (moneda legal colombiana). Se expiden a nombre de cada afiliado. Sólo son negociables cuando el afiliado haya optado por una pensión anticipada.

Devengan una tasa de interés equivalente al IPC + 3% ó 4% dependiendo de si el traslado al Régimen de Ahorro Individual ocurrió después del 31 de diciembre de 1994: IPC + 3%, ó si ocurrió antes del 1º de enero de 1999: IPC + 4%.

Se pueden redimir anticipadamente por invalidez, muerte de los afiliados o porque hayan cumplido 62 años hombres o 57 años mujeres y no hayan cumplido el tiempo de cotización necesario para la garantía de pensión mínima, ni tengan el capital suficiente para obtener una pensión mínima del 110% de un salario mínimo. Además, deben demostrar que no están laborando y que no tienen otros ingresos.

Los bonos “Desmaterializados” se materializan en los siguientes casos:

- **Por redención normal de un bono pensional tipo A** emitido, la entrega se efectuará dentro de los tres (3) meses anteriores a la fecha de redención.
- **Por redención anticipada** de un bono pensional tipo A emitido, la entrega se efectuará dentro del mes siguiente a la solicitud de redención por parte de la administradora.
- Como la Nación siempre EXPIDE de manera desmaterializada, si una persona va a negociar un bono o cupón a cargo de la Nación, debe solicitar por intermedio de su AFP la entrega de dicho bono a un Depósito Central de Valores.
- Por redención anticipada de un bono pensional tipo A no emitido, la entrega se efectuará dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la solicitud de emisión y redención por parte de la Administradora. El plazo establecido

comenzará a contarse a partir del momento en que la información sea recibida por el emisor del bono pensional en forma completa.

e) **Los bonos pensionales Tipo "A" se pueden negociar en el mercado secundario** por el afiliado, por medio de la Administradora que lo representa, cuando el beneficiario manifieste que quiere pensionarse antes de la fecha de redención del bono y con el fin de completar el capital necesario para optar por una de las modalidades de pensión. Para tal efecto, se requerirá la autorización expresa y por escrito del afiliado.

La negociación del bono pensional solo podrá efectuarse en las bolsas de valores. Los bonos pensionales emitidos por la Nación se considerarán inscritos en el Registro Nacional de valores e Intermediarios.

e) **Actualizar el valor de un bono** consiste en ajustar un valor monetario con base en el Índice de Precios al Consumidor (IPC).

Para actualizar el valor de un Bono Pensional desde una fecha cualquiera hasta otra, se lo multiplica por el **IPC Pensional (IPCP)** de la segunda fecha y se lo divide por el **IPC Pensional** de la primera fecha.

Por IPCP se entiende el IPC pensional, el Índice de Precios al Consumidor que se utilizará para todas las actualizaciones. (Ver fórmula artículo 9° del decreto 1748 de 1.995, modificado por el artículo 2° del decreto 1474 de 1.997)

3) Salario base para la liquidación del Bono Pensional tipo "A"

El Decreto 3366 del 6 de septiembre de 2007, expreso lo siguiente:

Artículo 1°. Salario base de liquidación para la pensión de vejez de referencia de personas que estaban cotizando a alguna caja fondo o entidad a fecha base. De conformidad con los criterios señalados por la Corte Constitucional en relación con la Sentencia C-734/05, en el caso de las personas que se trasladaron al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con anterioridad al 14 de julio de 2005, y que a fecha base se encontraban cotizando a alguna caja, fondo o entidad, los bonos pensionales Tipo "A" modalidad 2 se liquidarán y emitirán tomando como salario base el salario devengado con base en normas vigentes al 30 de junio de 1992, reportado a la respectiva entidad en la misma fecha, o el último salario o ingreso reportado antes de dicha fecha, si para la misma no se encontraba cotizando.

En el caso de las personas que se trasladaron al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con posterioridad al 14 de julio de 2005 se tomará el salario cotizado a la respectiva caja, fondo o entidad.

Artículo 2º. Vigencia. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

4) ¿Quiénes tienen derecho a Bono Pensional tipo “A”?

Tienen derecho a este tipo de bonos los afiliados que con anterioridad a su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad cumplan alguno de los siguientes requisitos:

- Que hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, o a las cajas o fondos de previsión del sector público, por 150 semanas o más.
- Y/o que hubiesen estado vinculados al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos con o sin cotizaciones para pensiones. Si hubo cotizaciones, el total de cotizaciones de toda su vida laboral antes del traslado o selección de régimen debe sumar 150 semanas
- Y/o que a 23 de diciembre de 1.993 estén vinculados mediante contrato de trabajo con empresas que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones.
- Y/o que hubiesen estado afiliados a cajas de previsión del sector privado que tuvieran a su cargo exclusivo el reconocimiento y pago de pensiones.
- Si una persona tuvo tiempos cotizados y tiempos laborados sin cotizaciones y el total de los tiempos cotizados no suma 150 semanas, tiene derecho a bono pensional únicamente sobre los tiempos no cotizados.

5) Emisores del Bono Pensional tipo “A”

Las siguientes entidades emiten este tipo de bonos pensionales:

- La Nación por medio de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (OBP). responde por las cotizaciones que se efectuaron al ISS hasta marzo 31 de 1994. La Nación responde por los tiempos cotizados a CAJANAL en cualquier época. Además la Nación responde por los tiempos laborados o cotizados a cualquier entidad asumida por el FOPEP.

- El Instituto de Seguros Sociales (ISS) es el emisor de bonos pensionales tipo "A" Modalidad 1 de aquellas personas que empezaron su vida laboral antes o después del 1º de abril de 1.994.
- Los Empleadores Públicos del orden territorial que responden por los tiempos laborados y/o cotizados a esas entidades hasta el 30 de junio de 1.995. Dichas entidades deben responder con cuota parte de bono pensional por los tiempos laborados y/o cotizados entre el 1 de abril de 1.994 y el 30 de junio de 1.995 únicamente de quienes eran trabajadores de esa entidad el 31 de marzo de 1.994. Los trabajadores que ingresaron a una entidad territorial después del 31 de marzo de 1.994 obligatoriamente debían seleccionar o el ISS o un fondo privado de pensiones.
- Los Empleadores Públicos del orden Nacional, en su mayoría, desde el año 1.946 tenían afiliados sus empleados a CAJANAL. Dichos empleados hoy en día pueden continuar afiliados a CAJANAL. Si después del 1º de abril de 1.994 se retiran de la entidad pública del orden nacional a la cual estaban vinculados el 31 de marzo de 1.994 y comienzan a trabajar en otra entidad pública del orden nacional, pueden continuar afiliados a CAJANAL siempre y cuando no haya habido solución de continuidad.
- Si por algún motivo una entidad pública del orden nacional no tenía afiliados sus empleados a CAJANAL o al ISS, esa entidad o quien la sustituya, debe responder con bono pensional o cuota parte de bono por los tiempos laborados en dichas entidades hasta el 31 de marzo de 1.994. A partir del 1º de abril se supone que los empleados seleccionaron el ISS o un fondo privado de pensiones.
- Los Empleadores o empresas privadas que antes de la ley 100 de 1.993 tenían a cargo sus propias pensiones, responderán con bono o cuota parte de bono pensional por sus trabajadores o ex trabajadores que se afiliaron al Régimen de ahorro individual - administrado por los Fondos Privados - RAIS, siempre y cuando el trabajador hubiera estado vinculado en dicha empresa el 23 de diciembre de 1.993. Si el trabajador o ex trabajador primero seleccionó el ISS la entidad privada debe emitir un TÍTULO PENSIONAL con destino al ISS.

6) Redención del Bono Pensional tipo "A"

La fecha de redención normal de un bono pensional tipo A es la fecha más lejana entre la fecha en que hayan cumplido 1.000 semanas laboradas y/o cotizadas y la fecha del cumpleaños 62 para hombres y 60 para mujeres.

Si a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de pensiones el beneficiario del bono tenía 55 o más años de edad si es hombre, o 50 o más si es mujer, el bono se podrá redimir cuando demuestre que cotizó 500 semanas adicionales al RAIS.

7) Redención anticipada del Bono Pensional Tipo “A”

Un Bono Pensional tipo “A” se redime anticipadamente en los siguientes casos:

- Cuando al beneficiario del Bono Pensional es declarado invalido, fallece o le otorgan una pensión por Accidente de Trabajo o Enfermedad Profesional.
- Cuando el beneficiario del Bono llega a los 62 años hombre o 57 mujer, y no tiene cotizado el número de semanas para obtener la Garantía de Pensión Mínima y no tiene el capital necesario para financiar una pensión como mínimo de salario mínimo. Y no puede negociar el bono para obtener una pensión mínima del 110% de un salario mínimo, tiene derecho a redención anticipada del Bono para devolución de saldos por vejez.

2.7.2.2. BONOS PENSIONALES TIPO “B”

Los bonos pensionales “tipo B” son para quienes se trasladan al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Se emiten a favor del ISS por cuenta de los empleados públicos que al entrar en vigencia el Sistema General de pensiones se trasladaron al Instituto de Seguros Sociales.

Con el Bono Pensional “tipo B” se financian las pensiones del régimen de prima media con prestación definida de aquellos trabajadores públicos del orden Nacional o Territorial que se trasladaron al ISS depuse del 1º de abril de 1994.

Los Bonos “tipo B” para las personas, representan un número de semanas válidas para la pensión. Para el Fondo Común del ISS los Bonos “tipo B” representan dinero para financiar pensiones.

El ISS puede pensionar a una persona cuya pensión se financia con Bono Pensional cuando tenga en su poder, como mínimo, la resolución de reconocimiento. Si no es así, puede pensionar únicamente con los tiempos del ISS si estos tiempos le dan derecho a pensión, hasta que tenga el bono “tipo B” completo, con el cual normalmente debe reajustar la pensión.

1) Emisores del Bono Pensional “tipo B”

- Por principio **los Bonos “tipo B” los emiten únicamente entidades públicas**, sea del orden nacional o territorial. En el país hay más de 1.100 potenciales emisores de Bonos “tipo B”. Casi todos los municipios y departamentos son potencialmente emisores de Bonos B.
- También son emisores de “tipo B” **los Institutos descentralizados del orden nacional y territorial**. La mayoría de Universidades Públicas también son, algunos colegios y hospitales públicos.
- Los Bonos “tipo B” los emite **la última entidad pública donde la persona haya laborado o cotizado antes de trasladarse al ISS**, sin importar el tiempo de vinculación con dicha entidad.
- **La nación, a través de la OBP del Ministerio de Hacienda** y Crédito Público, emite el Bono Pensional “tipo B” cuando el cotizante cotizo a CAJANAL o a FOPEP antes de trasladarse al ISS

2) El proceso de emisión de un Bono Pensional “tipo B”, definido en las normas legales, es:

- Liquidación Provisional (No tiene efectos jurídicos)
- Emisión legal a través de una resolución o un acto administrativo.
- Expedición (No es necesario expedir los Bonos B)
- Redención (Coincide con la fecha de la Resolución por la cual el ISS otorga la Pensión)
- Pago (Fecha de la Resolución que ordena el pago al ISS)

3) Efectos jurídicos de la emisión

Se producen en el momento de expedición del acto administrativo (resolución) que da vida jurídica al Bono. Cuando un afiliado ha laborado o efectuado aportes en varias entidades públicas, el Bono B es emitido por la última de ellas. El Bono Pensional será emitido por una sola entidad, pero a su pago están obligadas, además del propio emisor, otras entidades en función de la cuota parte que les corresponda del bono pensional.

2.7.2.3. LOS BONOS PENSIONALES TIPOS “C”

Los bonos pensionales y cuotas partes de bonos “**tipo C**” deban ser expedidos por la Oficina de Bonos Pensionales a los Depósitos Centralizados de Valores, **en general, tendrán el mismo tratamiento de los bonos tipo B.**

1) Modalidades

Existen dos modalidades de bono pensional “tipo C”:

- **Modalidad 1.** Se emiten a los Servidores Públicos afiliados a Fondo de Previsión Social del Congreso FONPRECON que no tienen calidad de congresistas.
- **Modalidad 2.** Se emiten a los Servidores Públicos afiliados a FONPRECON que tengan o hayan tenido calidad de congresistas y que reúnan requisitos para pensionarse en calidad de congresistas teniendo en cuenta si son:
 - Congresistas beneficiarios del régimen de transición de congresistas (**RT**)
 - Congresistas afiliados al Régimen General de pensiones (**RG**)

2) Emisión del Bono Pensional “tipo C” Modalidad 2

El emisor se determina como si se tratara de un bono pensional tipo B; el bono lo emite el último empleador o entidad pagadora de pensiones, si hubiere varios, el bono lo emitirá aquél con quien el trabajador tuvo una vinculación más larga.

La Nación asumirá la emisión y absorberá las cuotas partes de todos los empleadores que aportaban a cajas o fondos sustituidos por el Fondo de pensiones Públicas del Nivel Nacional.

Los bonos “tipo C” se emiten y redimen simultáneamente dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que el FONPRECON comunica el reconocimiento de la pensión.

2.7.2.4. BONOS PENSIONALES TIPO “E”

Los Bonos Pensionales “tipo E”, son los Bonos que recibe ECOPETROL por las personas que se hayan vinculado a ECOPETROL con posterioridad al 31 de marzo de 1994. Los bonos pensionales y cuotas partes de bonos “tipo E” que deban ser

expedidos por la Oficina de Bonos Pensionales a los Depósitos Centralizados de Valores, en general, tendrán el mismo tratamiento de los bonos tipo B.

1) En general se asume que los bonos pensionales tipo E se comportan bajo las mismas reglas de los bonos pensionales tipo B, salvo en los casos en que la norma especifique lo contrario.

Quienes ingresen a ECOPETROL con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, se pueden beneficiar del Régimen de Seguridad Social de ECOPETROL.

Quienes ingresen a ECOPETROL a partir de la vigencia de la Ley 797 de 2003, serán afiliados en forma obligatoria al Sistema General de pensiones y se regirán por todas las disposiciones contenidas en esa ley.

2) Emisión Bonos Pensionales “tipo E”

ECOPETROL, en calidad de administradora remite la liquidación provisional del bono con sus soportes al emisor; el Emisor, a su vez, emite el bono dentro del mes siguiente, si la solicitud fue aprobada, el bono se redime únicamente si la persona se pensiona en ECOPETROL y no son negociables. El emisor es el último empleador o entidad pagadora de pensiones.

2.7.2.5. Título Pensional

Si un afiliado al ISS estuvo vinculado con empleadores o empresas que asumían directamente el pago de sus pensiones, tendrá derecho a que su tiempo de servicio sea reconocido o convalidado con un Título Pensional.

Los Títulos Pensionales los emiten las empresas privadas que antes de la ley 100 de 1.993 tenían a cargo sus propias pensiones.

El Título Pensional corresponde al cálculo 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 contrato de trabajo estuviere vigente al 23 de diciembre de 1993 o se hubiere iniciado con posterioridad a dicha fecha.

El Título Pensional para la persona representa número de semanas válidas para la pensión. El Título Pensión para el ISS representa dinero que va a entrar al Fondo Común para financiar pensiones.

Si la persona se traslada del ISS al RAIS, solicita que le endosen el Título Pensional, el cual ingresará a la Cuenta de Ahorro Individual. Si esta persona se devuelve al ISS, la AFP endosa nuevamente el Título y se lo retorna al Instituto.

2.7.3. Última sentencia de la Corte Constitucional

En anexo adherido a este escrito transcribimos la sentencia de Tutela T-660 del 24 de agosto de 2007 en su parte considerativa para porque es una decisión muy clara de la Corte Constitucional sobre el tema de los bonos pensionales que estamos tratando.

2.7.4. Ejemplo de liquidación de un bono pensional

LIQUIDACIÓN DE BONO PENSIONAL TIPO A. MODALIDAD 2

Afiliado	:	xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
Documento	:	Cédula de ciudadanía - 19065432
A.F.P.	:	SANTANDER
Sexo	:	Masculino
Fecha de nacimiento	:	12/11/1948
Fecha de corte	:	01/06/1998

Historia laboral hasta la fecha de corte

Empleador NIT/PATRONAL- AFILIACION ISS- DESDE HASTA DIAS FUEN ISS INT. TE

LABORATORIOS KINOLAB LTDA.	01008300630 011366412 02/01/75 01/11/78 0 CERI
FICITEC	01008207773 011366412 01/09/78 31/12/79 0 CERI
TEXTILES MIRATEX S.A.	01002300046 011366412 01/11/79 20/01/80 0 CERI
FICITEC	01008207773 011366412 16/11/81 16/08/90 0 CERI
TECNOPOR LTDA.	04323900638 919063040 17/09/90 15/01/91 0 CERI
TECNOPOR LTDA.	04323900638 919063040 31/03/93 31/03/94 0 CERI
TECNOPOR LTDA.	04323900638 919063040 01/04/94 31/12/94 0 CERI
TECNOPOR LTDA.	04323900638 919063040 01/01/95 01/05/96 0 CERI
ACERIAS PAZ DEL RIO S.A.	00860029995 919063040 15/09/97 31/05/98 0 CERI

DIAS INT.	= Días no remunerados en esa vinculación.
FUENTES: CERI	= Certificación individual del ISS
CERE	= Certificación individual del empleador
DECL	= Declaración del afiliado

Tiempo efectivo para bono : 6549 días 936 semanas 18 años
 Salario base bono : 346170
 Fecha base : 15/01/1991
 Fecha redencion normal : 12/11/2010

Valor del bono pensional a 01/06/1998	: \$ 119'249.000
Valor del bono pensional a 22/11/2007	: \$ 316'466.000

Contribuyentes	: La nación \$ 267'128.000 Emisor
ISS despues.	31/03/1994 \$ 49'338.000

HUELLA CALCULO DEL BONO PENSIONAL TIPO A MODALIDAD 2

Afiliado	: DURAN PEREZ JULIAN MAURICIO
Documento	: Cédula de ciudadanía - 19065432
Sexo	: Masculino
Fecha de corte	: 01/06/1998

FC	: 01/06/1998
FE	: 22/11/2007

HUELLA	
Edad en FC	: 49,5506
FR	: 12/11/2010
Edad en FR	: 62,0000

n	: 4.547
t	: 6.549
Factor salarios medios	: 0,79831659
SR	: 1.247.352,9399

Se efectuaban aportes en FB

PR	: 1.122.617,6459
AR	: 1.122.617,6459
FAC1	: 220,4778
FAC2	: 0,5997
FAC3	: 0,4804
BC	: 119'249
BE	: 316'466
IPCP en FC	: 1.307,070459
IPCP en FC-1	: 1.306,539133
IPCP en FE	: 2.392,038086
Última VIPC (FECHA/VALOR/IPCP)	: 01/10/2007 0,01 2.384,666691

Contribuyentes :	
La nacion	5.528 días 267'128
ISS despues.31/03/1994	1.021 días 49'338
Tasa de mora aplicable	: a partir de 23/12/2007

Sector Público : 18,01
Variables cálculo de la mora

Sector Privado : 18,01
: A=30/11/2006
IPCPa=2272,72628
IPCPf=2394,71859

2.8. JURISPRUDENCIA

J

2.8.1. Rad. 10440. 27 marzo 1998. Dr. Herrera: régimen de transición de la pensión de vejez en el régimen de prima media definida.

2.8.2. Rad. 13410. 28 junio 2000. Dr. Valdes: Pensión de vejez-régimen de transición/ régimen de transición – Requisitos.

2.8.3. Rad. 15279. 2 abril 2001. dr. Méndez: pensión de vejez - Régimen de transición - Requisitos/ seguridad social - Interpretación artículo 36 de la ley 100 de 1993.

2.8.4. Rad. 17768. 21 marzo 2002. Dr. Valdés: régimen de transición - artículo 36 de la ley 100 de 1993 - concepto/ pensión convencional indexacion de creditos laborales - Son aplicables los mecanismos adecuados para que las pensiones mantengan su poder adquisitivo constante (salvamento de voto Dres. Escobar y Vásquez).

2.8.5. Rad. 18304. 19 septiembre 2002. Dra. Vargas: régimen de transición - artículo 36 de la ley 100 de 1993 - Para acceder a los beneficios del mismo se requiere tener la edad y el tiempo de servicios consagrados en la normal/ régimen de transición - No es requisito la afiliación al I.S.S., a su entrada en vigencia.

2.8.6. Rad. 19137. 13 mayo 2003. Dr. Vásquez: pensión de vejez - régimen de transición/ régimen de transición - artículo 36 de la ley 100 de 1993 - requisitos/ régimen de transición - no es requisito la afiliación al i.s.s., a su entrada en vigencia/ intereses moratorios - artículo 141 de la ley 100 de 1993 - Se causan en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata la ley 100 de 1993/ AFILIACIÓN AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL - Concepto - Condición prevista para determinar el régimen de transición - Se diferencia del deber de cotizar (Aclaración de Voto Dr. López Villegas)/ AFILIADO Y COTIZANTE - La primera no depende de la segunda (Aclaración de Voto Dr. Valdés Sánchez)/ INTERESES MORATORIOS - Se debe aplicar para todo tipo de pensiones (Salvamento de Voto Parcial Drs. Vargas y Toro).

J

2.8.7. *En la providencia numero 25356 de 21 octubre 2005, régimen de transición/ intereses moratorios- No se aplican frente a pensiones excluidas de ley 100 de 1993 intereses moratorios - artículo 141 de la ley 100 de 1993 no sólo operan frente a pensiones de ley 100 de 1993.*

2.8.8. *Rad. 26705. 13 octubre 2006. Dr. Gnecco: pensión de vejez - Servidores públicos - Régimen de transición - Entidad encargada del reconocimiento pensional*

2.8.9. *Rad. 26922. 3 mayo 2006. Dra. Vargas: pensión de vejez – régimen de transición*

2.8.10. *Rad. 27480. 19 julio 2006. Dr. Gnecco: régimen de transición - Servidores públicos - Transformación de la naturaleza jurídica de la entidad empleadora/ régimen de transición - Tiempo de servicio cumplido antes del cambio de la naturaleza jurídica de la entidad empleadora (salvamento de voto)*

2.8.11. *Rad. 19626. 5 marzo 2003. Dr. López: pensión de invalidez por riesgo común - Surge por la afiliación y cotizaciones al sistema general de pensiones/ administradora de pensiones - La obligación de ésta surge a partir del momento de la vinculación del actor/ bonos pensionales - Es obligación de la administradora realizar las acciones, procesos y pago de las mismas cuando se cumplan los requisitos para su exigibilidad*

2.8.12. *Rad. 20112. 13 noviembre 2003. Dr. Vásquez: Proposición jurídica-no se incluyó la norma soporte del fallo/ bonos tipo A- se expiden en el caso de traslados al régimen de ahorro individual/ bono pensional- emisión y cálculo*

2.8.13. *Rad. 20251. 25 noviembre 2003. Dr. Vásquez: cotizaciones incompletas-carga del empleador/ cotizaciones-tabla de categorías/ bono pensional-rendimientos financieros-literal d), art. 116 de la ley 100 de 1993*

2.8.14. *Rad. 20319. 25 febrero 2004. Dra. Vargas: sistema general de pensiones-acumulación de tiempo servido a empleadores privados que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones antes de la ley 100/ 93/ bonos o títulos pensionales-recuento legislativo-regulación diferente e independiente/ bonos o títulos pensionales-emisión para su computo por traslado de regímenes.*

2.9. ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Ap

Señale qué argumentos utiliza en su Salvamento de Voto el Magistrado CARLOS ISAAC NADER en 2.6.2 1), a) para afirmar que los incrementos pensionales previstos en el art. 21 del acuerdo 049 de 1990 ya no se encuentran vigentes, en contra de la decisión mayoritaria de la Sala en sentencia 21517 del 2005, ubicada en 2.6.2 1).

¿Qué semejanzas o diferencias posee el “principio de la condición más beneficiosa con el principio de favorabilidad?

¿Cómo debe entenderse, en relación con las normas de seguridad social la aplicación del principio de la condición más beneficiosa?

2.10. AUTOEVALUACIÓN

Ae

Desarrolle su autoevaluación con base en el análisis del siguiente caso:

Un trabajador de la Rama Judicial, con más de quince (15) años de cotizaciones, beneficiario del régimen de transición estipulado en el art.36 de la Ley 100 de 1993 interpuso en el año 2004 una acción de tutela contra la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL, solicitando el reonocimiento y pago de su pensión de jubilación por reunir los requisitos legales para acceder a la misma. CAJANAL negó la solicitud por considerar que no era ella la responsable del pago sino sino PORVENIR S.A. La sala de la Corte Constitucional ordenó a CAJANAL pagar al trabajador la pensión solicitada.

Se pregunta:

1) *¿Qué posibilidades brinda el estar en “el régimen de prima media con prestación definida” en relación con el cambio de régimen o con el traslado de un fondo a otro?*

2) *¿Se pierden después de 15 años de cotizaciones los beneficios del régimen de transición al entrar en vigencia el nuevo sistema de pensiones (1º de abril de 1994)?*

3) *¿Cómo evalúa usted la argumentación de la sala, cuando al ordenar efectuar el pago de la pensión al trabajador, señala como fundamento de la misma que “lo que está en discusión no es un derecho sustantivo*

consolidado a la pensión de jubilación, sino cuál es la entidad administrativa responsable de su reconocimiento y pago, y que de ninguna manera puede trasladarse al beneficiario de la prestación las secuelas de un desorden administrativo?

2.11. BIBLIOGRAFÍA

B

ARENAS, CERÓN, HERRERA. *Comentarios a las Reformas Laboral y de Seguridad Social*. Editorial Legis 2003.

ARENAS, MONSALVE Gerardo. *El Derecho Colombiano a la Seguridad Social. 1º Edición*. Editorial Legis. Bogotá

NADER, Carlos Isaac. *Salvamento de voto del Magistrado a la Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 5 de julio de 2005, Magistrado ponente Camilo Tarquino Gallego, radicación número 24.280*.

RICAURTE GÓMEZ, Francisco Javier. *Salvamento de voto del Magistrado a la Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 14 de julio de 2005, Magistrado ponente Luis Javier Osorio López, radicación número 25.090*.

Unidad 3 | PENSIÓN DE INVALIDEZ

Qg

Conocer el impacto económico y social que esta pensión tiene a favor del trabajador.

Estudiar los aspectos más salientes (tipos, criterios, cuantía) en torno a los cuales se estructura la pensión de invalidez.

Visualizar las tablas relativas a la cuantificación de esta pensión y a las indemnizaciones que se causen por la pérdida de la capacidad laboral.

Qe

- *Identificar y discriminar los dos sistemas existentes para conceder la pensión de invalidez: el de riesgo común y el de riesgo profesional.*
- *Determinar las causales y los requisitos exigidos por la ley para acceder a la pensión de invalidez.*
- *Establecer los criterios básicos para determinar el monto de la pensión de invalidez.*

3.3. GENERALIDADES

3.3.1. Sistemas para otorgarla

La seguridad social en Colombia después de la Ley 100 de 1993 estableció **dos sistemas para otorgar la pensión de invalidez**, el primero reglamentado en el capítulo 3º de la Ley 100 de 1993 sobre la invalidez por riesgo común y el segundo por el decreto ley 1295 de 1994 y la Ley 776 de 2002 sobre la invalidez causada por riesgos profesionales.

Para la **invalidez causada por riesgo común**, de conformidad con el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 se considera invalida una persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocado intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

Para los efectos del Sistema General de Riesgos Profesionales, contemplado en el artículo 9º de la Ley 776 de 2002, "...se considera inválida la persona que **por causa de origen profesional**, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el cincuenta por ciento (50%) o más de su capacidad laboral de acuerdo con el Manual Único de Calificación de Invalidez vigente a la fecha de la calificación."

De lo anterior se concluye que la diferencia entre estas dos normas citadas es el origen del riesgo, es decir, si es causado por riesgo común o profesional, siendo exactamente iguales en la perdida de la capacidad laboral, la cual debe ser del 50% o más.

3.3.2. Criterios para determinar el estado de invalidez

El decreto 692 de 1995 y el decreto 917 de 1999 sentaron las bases para determinar el estado de invalidez. Este último decreto dispone que para efectuar la calificación integral del daño corporal **se deben tener en cuenta tres criterios**: la deficiencia, la discapacidad y la minusvalía, criterios adoptados por la Organización Mundial de la Salud.

Transcribiendo a Arenas Monsalve se debe afirmar que:²⁷

"La deficiencia representa trastorno a nivel de órgano y hace referencia a las anormalidades de la estructura corporal y de la apariencia, y a la función de un órgano y sistema. Las deficiencias se clasifican de acuerdo a cada sistema orgánico."

²⁷ Op. Cit. Pág. 324

“La discapacidad representa trastorno a nivel de la actuación de la persona; se refiere a las consecuencias de las deficiencias desde el punto de vista funcional y de la actividad del individuo.”

“La minusvalía representa las consecuencias sociales y ambientales que se producen por el hecho de tener deficiencias y discapacidades. Hace referencia a las desventajas que experimenta el individuo como consecuencia de las deficiencias o discapacidades.”

“El manual otorga a cada uno de estos tres criterios un porcentaje cuya sumatoria equivale al 100% de la perdida de la capacidad laboral. La deficiencia es calificada con un máximo del 50%, la discapacidad con un máximo del 20% y la minusvalía con un máximo del 30%. [...] Cuando la calificación total es equivalente al 50% o más el sistema legal Colombiano considera que hay un ‘estado de invalidez’.”

En el sistema de pensiones la discapacidad que resulte inferior al 50% de la perdida de la capacidad laboral no origina derechos económicos. En la opinión de Arenas, que se comparte, ésta es una grande falencia del sistema pensional por el riesgo de origen común, porque en el de origen profesional se reconoce una indemnización por incapacidad permanente parcial entre el 5 y el 49%.

3.3.3. Entidades responsables de calificar la invalidez

El artículo 41 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005 establece la calificación del estado de invalidez con base en el manual único para la calificación de invalidez, expedido por el Gobierno Nacional, vigente a la fecha de calificación y que corresponde al Instituto de Seguros Sociales, a las Administradoras de Riesgos Profesionales, ARP, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte y a las Entidades Promotoras de Salud, EPS, determinar en primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de las contingencias.

El acto que declara la invalidez que expida cualquiera de aquellas entidades, deberá contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión, así como la forma y oportunidad en que el interesado puede solicitar la calificación por parte de la Junta Regional y la facultad de recurrir esta calificación ante la Junta Nacional.

Cuando la incapacidad declarada por una de las entidades antes mencionadas (ISS, ARP o aseguradora) sea inferior en no menos del diez por ciento (10%) a los límites que califican el estado de invalidez, tendrá que acudirse en forma

obligatoria a la **Junta Regional de Calificación de Invalidez** por cuenta de la entidad. Estas juntas son organismos de carácter inter disciplinario cuya conformación podrá ser regionalizada y el manejo de sus recursos reglamentado por el Gobierno Nacional de manera equitativa.

La Ley 100 de 1993 en sus artículos 42 y 43 creó las Juntas Regionales de Calificación y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez que deben establecer en el sistema de seguridad social la perdida de la capacidad laboral del afiliado.

3.4. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ

En providencia 22171 de 2004 se establece que la fecha de estructuración del estado de invalidez es la que determina las Juntas de Calificación de Invalidez por estar compuestas estas entidades por expertos en esa condición de la salud humana y deben obrar conforme a los criterios técnicos y científicos que determina el Manual Único de Calificación de Invalidez, tal y como lo establece el artículo 41 de la Ley 100 de 1993.

En efecto, en sentencia 21071 del 25 de noviembre de 2003 dijo expresamente la Corte que *“... independientemente de la fecha en que comiencen las dolencias físicas de los afiliados como de aquella en que se solicite el reconocimiento de la prestación, es la fecha en que la autoridad competente declara la configuración de la invalidez, la que determina la norma por aplicar”*.

El antedicho criterio se ratifica en esta providencia, pues, desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, y particularmente de las normas relativas al Sistema General de Pensiones, esto es, los artículos 10 y ss., las Juntas de Calificación de Invalidez, Regionales o Nacional, según surja o no controversia sobre el dictamen de las primeras, son las entidades competentes para calificar el estado de invalidez, siguiendo las directrices de orden técnico y científico que para el efecto establece el Manual Único de Calificación de Invalidez y con observancia del procedimiento que para emitir el dictamen correspondiente define la ley.

Para la pensión de invalidez por riesgo común el artículo 11 de la Ley 797 de 2003, que establecía los requisitos para obtener la pensión de invalidez, modificando el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, fue declarado inconstitucional por medio de la sentencia 1056 de noviembre 11 de 2003, por lo que el Congreso expidió la Ley 860 de 26 de diciembre de 2003 y en su artículo 1º reza:

Artículo 1º. El artículo 39 de la Ley 100 quedará así:

“Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:”

“1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (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 tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.”

“Parágrafo 1º. Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.”

“Parágrafo 2º. 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 tres (3) años.”

En el numeral 2.5 explicamos lo que es la condición más beneficiosa. En el anexo correspondiente a este numeral transcribimos las Sentencia del número 25224 y algunas más.

El artículo 11 de la ley 797 de 2003 fue declarado inconstitucional por la Sentencia C-1056 de 2003 y nosotros consideramos que siguió rigiendo una vez se dio ese fallo en el artículo 39 de la ley 100 de 1993 que dijo:

“Articulo 39.- Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan alguno de los siguientes requisitos:

a. Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez.

Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez

PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente ley."

3.5. MONTO DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ

3.5.1. Ingreso base de liquidación

De conformidad con las reglas generales sobre el ingreso base de cotización de la pensiones (L. 100, art. 21), el ingreso base de liquidación de la pensión de invalidez es el 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 IPC. Para el caso de la pensión de invalidez, la norma contempla expresamente que si la invalidez se presenta antes de los 10 años, se debe tomar el promedio de los salarios o rentas sobre las cuales ha cotizado el afiliado en todo el tiempo de cotización.

3.5.2. Cuantía de la pensión de invalidez

La norma que regula la cuantía de la pensión de invalidez (L.100, art. 40) no ha tenido modificaciones desde su expedición. De su lectura se desprenden las siguientes situaciones:

- Si el afiliado ha sufrido una pérdida de su capacidad laboral igual o superior al 66%. En ese caso el afiliado tiene derecho a una cuantía básica de pensión del 54 % del ingreso base y, si ha cotizado más de 800 semanas, tiene derecho a un aumento de esa cuantía a razón del 2% por cada cincuentas semanas de cotización que pasen de 800 semanas. En consecuencia, si las cotizaciones no llegan a 850 semanas, solo se causa la cuantía básica indicada. La tabla aplicable sería la siguiente:²⁸

²⁸ Gerardo Arenas dice en su libro, *Op. Cit.*, lo siguiente; Aunque teóricamente la cotización de 1350 semanas daría derecho a pensión del 76%, la norma prohíbe superar el 75% del IBL en la cuantía de esta pensión.

COTIZACIONES	PENSIÓN (%IBL)
Hasta 800	54
850	56
900	58
950	60
1.000	62
1.050	64
1.100	66
1.150	68
1.200	70
1.250	72
1.300	74
1.350	75 ²⁸

- Si el afiliado ha sufrido una pérdida de capacidad laboral igual o mayor al 50% e inferior al 66%. En este caso el afiliado tiene derecho a una cuantía básica de pensión del 45% del ingreso base de liquidación y, si ha cotizado más de 500 semanas, tiene derecho a un aumento de la cuantía a razón del 1.5% por cada 50 semanas de cotización que pasen de 500 semanas. Es decir, si las cotizaciones no llegan a 550 semanas, solo se causa la cuantía básica indicada. La tabla respectiva es la siguiente:

COTIZACIONES	PENSIÓN (%IBL)
Hasta 500	45
550	46,5
600	48
650	49,5
700	51
750	52,5
800	54
850	55,5
900	57
950	58,5
1.000	60
1.050	61,5
1.100	63
1.150	64,5
1.200	66
1.250	67,5

3.5.3. Revisión de la pensión de invalidez

Según el artículo 44 de la Ley 100 de 1993 el estado de invalidez podrá revisarse:

“a. Por solicitud de la entidad de previsión o seguridad social correspondiente cada tres (3) años, con el fin de ratificar, modificar o dejar sin efectos el dictamen que sirvió de base para la liquidación de la pensión que disfruta su beneficiario y proceder a la extinción, disminución o aumento de la misma, si a ello hubiera lugar. Para readquirir el derecho en forma posterior, el afiliado que alegue permanecer inválido deberá someterse a un nuevo dictamen.”

“b. Por solicitud del pensionado en cualquier tiempo y a su costa.”

En la jurisprudencia 24269 de 21 Septiembre 2005 la Corte Suprema de Justicia se refirió a la suspensión de la pensión de invalidez con las normas anteriores a la Ley 100 de 1993. Se transcribe la síntesis que hace la relatoría de la mencionada Corte en su Sala Laboral pues es aplicable también después de haberse expedido la Ley 100

“La acusación no está llamada a prosperar, porque si la suspensión del pago de la pensión de invalidez se tomó el 19 de diciembre de 1994, la demandada para tomar tal decisión tenía que ajustarse a lo previsto en las normas legales vigentes para esa data, es decir, a lo consagrado en el artículo 8º del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 del mismo año, que dispone: “(...) La pensión de invalidez por riesgo común cesará cuando según concepto médico laboral, la causa que la produjo hubiere desaparecido (...) (Fl. 219 cuad. inst.); y así lo hizo al fundar aquella en el dictamen de su sección de medicina laboral, como lo dio por probado el juzgador ad quem.”

La Corte Suprema de Justicia en sentencia numero 24347 de 2005, definió el tema de la suspensión irregular de la pensión de invalidez. Dice así la síntesis efectuada por la relatoría de esta Corte:

“Importa tener en cuenta que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 44 de la Ley 100 de 1993, la readquisición del derecho a la pensión de invalidez se presenta cuando el pago de la pensión se ha suspendido o prescrito porque el pensionado no se presenta a la revisión de su estado de invalidez por solicitud de la entidad de seguridad social en el término de tres meses contados a partir de dicha solicitud, o cuando impide, dentro de ese plazo, tal revisión. Por tal razón, resulta completamente lógico que cuando se suspende el pago de una

pensión de esa naturaleza y se alega en un proceso judicial que esa suspensión fue irregular, se disponga por el juez de la causa el restablecimiento del derecho ilegalmente interrumpido, que fue lo que, en últimas, en este asunto determinó el Tribunal, sin ir más allá de lo reclamado expresamente por el actor, pues concedió la pensión en una fecha posterior a la por él demandada y en el monto mínimo permitido por la ley."

"Ha sido necesaria la anterior precisión para explicar por qué, atendiendo el problema jurídico que entendió debía estudiar y la forma como resolvió el litigio, no era necesario para el Tribunal que se comprobara que el actor actualmente es inválido, ya que, se reitera, le bastaba para definir el asunto establecer que la suspensión de la pensión de invalidez no se ajustó a derecho. Esa inferencia del Tribunal el impugnante no la rebate, pues no se refiere a las razones de índole jurídica que llevaron a ese fallador a restarle validez a la prueba que sirvió de base a la suspensión, en cuanto expresamente se manifiesta en el cargo que "no se discute la aseveración del ad quem en el sentido de que el estado de invalidez de una persona presupone la existencia del dictamen emitido por las Juntas Regional o Nacional de Calificación de acuerdo con lo ordenado por los artículos 42 y 43 de la Ley 100 de 1993" (folio 29)."

La pensión de invalidez, como se dijo anteriormente, puede ser causada por riesgo común o profesional.

La invalidez por riesgo profesional está establecida en la Ley 776 de 2002, la cual definió la "Incapacidad Permanente Parcial" y sus prestaciones, la "Invalidez" y sus prestaciones, la "Pensión de Sobrevivientes" causada por este riesgo y sus prestaciones.

El artículo 5º de esta Ley, menciona que la incapacidad permanente parcial, se presenta cuando el afiliado sufre una disminución parcial pero definitiva de su capacidad laboral en un porcentaje superior al 5% e inferior al 50%.

3.6. LA INDEMNIZACIÓN A CARGO DE LA ARP

En módulo aparte se trataron los temas de riesgos profesionales pero por ahora queremos manifestar que las prestaciones por incapacidad permanente parcial son diferentes en el riesgo común y en el riesgo por accidente de trabajo o por enfermedad profesional.

3.6.1. Prestaciones por incapacidad permanente parcial

En caso de declararse la incapacidad el sistema le reconoce al trabajador los siguientes derechos:

Una indemnización en proporción al daño sufrido, a cargo de la ARP, en cuantía de 2 a 24 veces su salario base de liquidación (L. 776, art. 7º). El Decreto Reglamentario 2644 de 1994 establece la tabla de equivalencias para las indemnizaciones de la incapacidad permanente parcial en los siguientes términos:

Porcentaje de pérdida de capacidad laboral	Monto de indemnización en meses de ingreso base
49	24
48	23,5
47	23
46	22,5
45	22
44	21,5
43	21
42	20,5
41	20
40	19,5
39	19
38	18,5
37	18
36	17,5
35	17
34	16,5
33	16
32	15,5
31	15
30	14,5
29	14
28	13,5
27	13
26	12,5
25	12
24	11,5
23	11
22	10,5

21	10
20	9,5
19	9
18	8,5
17	8
16	7,5
15	7
14	6,5
13	6
12	5,5
11	5
10	4,5
9	4
8	3,5
7	3
6	2,5
5	2

3.7. PENSIÓN DE INVALIDEZ POR ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL

Como se dijo, en el momento de definir la invalidez, la Ley 100 y la Ley 776, la tratan en los mismos términos para riesgo común y profesional. Lo que cambia en el riesgo profesional son las prestaciones, las que están definidas en el artículo 10 de la Ley 776 en los siguientes términos:

Si la invalidez es calificada entre el 50 y 66% recibirá el 60% del IBL (Ingreso Base de Liquidación)

Si es mayor al 66% y menor o igual al 100% recibirá el 75% del IBL (Ingreso Base de Liquidación)

Si es mayor del 100% (llamada Gran Invalidez en las legislaciones anteriores a la Ley 100), es decir que el afectado necesita del auxilio de otra persona para realizar sus funciones elementales de vida, recibirá un 15% adicional, en total el 90% del IBL.

El afiliado al régimen de ahorro individual o al de prima media o sus beneficiarios en caso de muerte del pensionado, tienen derecho, además, a la devolución de los saldos que haya cotizado para pensión de vejez o a la indemnización sustitutiva.

Cuando la invalidez es causada por riesgo profesional (accidente de trabajo o enfermedad profesional) y el afiliado muere, la pensión mensual para los sobrevivientes será del 75% del IBL y por muerte del pensionado inválido será del 100% de la pensión que estaba recibiendo al momento del fallecimiento.

La relatoría de la Corte Suprema de Justicia resume la sentencia 18930 de 2002 sobre el porcentaje de la incapacidad de la pensión por riesgos profesionales contemplados en la Ley 100 de 1993 de la siguiente manera:

“Señala el artículo 250 de la Ley 100 de 1993 que “La calificación del estado de invalidez derivado de accidente de trabajo o enfermedad profesional se sujetará a lo dispuesto en esta ley para la calificación de la invalidez por riesgo común”, norma que se halla en plena concordancia con lo dispuesto por el artículo 249, ibídem, en el que como regla general se afirma que “Las pensiones de invalidez originadas en accidente de trabajo o enfermedad profesional continuarán rigiéndose por las disposiciones vigentes, salvo lo dispuesto en relación con el sistema de calificación del estado de invalidez y las pensiones de invalidez integradas a que se refieren los artículos siguientes”.

“Significa lo anterior, que aún prescindiendo del Decreto 1295 de 1994, la normatividad aplicable al tema de la determinación del estado de invalidez de origen profesional es la misma contenida en la Ley 100 de 1993 para el caso de los afectados por invalidez originada en riesgo común, por lo que resulta inadmisible la pretensión dirigida a aplicar a este caso las reglas anteriores a dicha ley.”

“Al respecto esta Sala de la Corte se ha pronunciado en asuntos similares, desde la sentencia de 21 de febrero de 1997, radicación 8983, en los siguientes términos:

“Y como igualmente lo anota el instituto recurrente, la Ley 100 de 1993 al regular lo referente a la calificación del estado de invalidez de los afiliados que quedaran inválidos por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, estableció que ella se sujetaría a lo dispuesto en la misma ley “para la calificación de la invalidez por riesgo común”, y en su artículo 38 determinó que para poder considerar a una persona inválida por una causa de origen no profesional era necesario que “hubiese perdido el 50% o más de su capacidad laboral.”

“Por esta razón el Decreto 1295 de 1994 dispuso en su artículo 46 que se consideraba inválida “la persona que por causa de origen profesional, no provocada intencionalmente hubiese perdido el 50% o más de su capacidad laboral”, lo que se reitera en el Decreto 692 de 1995, “por el cual se adopta el Manual Único para la Calificación de Invalidez.”

“Esto significa que no hay ninguna duda de que en este momento una persona afiliada al seguro que no tenga perdida al menos el cincuenta por ciento de su capacidad laboral, no pueda ser calificada como inválida para los efectos prestacionales establecidos en las correspondientes normas de seguridad social.”

“Es pertinente señalar, adicionalmente, que esta Sala indicó que la remisión a la legislación anterior prevista en el artículo 249 de la Ley 100 de 1993, operó hasta la expedición del Decreto 1295 de 1994 con el cual se llenó el vacío correspondiente (Sentencia de fecha 22 de agosto de 2001, Radicación 16264), y que la Corte Constitucional, pese a declarar parcialmente la inexistencia de este decreto, amplió o mantuvo su vigencia por el término de seis (6) meses y cinco (5) días, hasta el día 17 de diciembre de 2002 (Sentencia C-452 de 12 de junio de 2002).”

En radicación 16033 de 2001 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se refirió a la **compatibilidad** entre las pensiones de invalidez por riesgo profesional y riesgo común y las diferencias que estas plantean de la siguiente manera:

“La controversia que plantea el cargo tiene que ver con la decisión del Tribunal de no declarar compatibles las pensiones de invalidez de diverso origen: por riesgo profesional y por riesgo común, que el ISS reconoció al actor, y de las cuales aquél suspendió la primera. Para ello argumentó el juzgador que ambas prestaciones amparan un mismo riesgo, esto es, la invalidez, y que ellas tienen la misma finalidad protectora; así mismo, estimó que la medida del ente de seguridad social de suspender unilateralmente el pago de la prestación derivada del accidente laboral padecido por el accionante está ceñida al artículo 42 del decreto 2665 de 1988.”

“Independientemente de la controversia que se expone en relación con la posibilidad jurídica de que la demandada pudiera, unilateralmente, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 42 del decreto 2665 de 1988, suspender el pago de la pensión de invalidez por riesgo profesional que primigeniamente reconoció al demandante, aspecto formal que a la postre no define el derecho sustancial de éste, pues es relativo al procedimiento administrativo interno del ISS, para la Corte el cargo debe prosperar.”

“Así se afirma y concluye porque las prestaciones económicas que no se debate percibía el demandante antes de la suspensión objeto de discusión y que fueron reconocidas por resoluciones número 10.213 del 27 de noviembre de 1984 y 8625 del 3 de enero de 1986, guardan compatibilidad entre sí, debido a que cada una cubre un riesgo diferente y están sujetas a una reglamentación distinta, que atiende a

su naturaleza disímil dentro del derecho de la seguridad social, aspecto que no le fue ajeno al legislador desde la ley 90 de 1946 y en la posterior legislación sobre la materia, lo cual no permite confusión en torno a los efectos jurídicos emanados de las variadas contingencias que protege el seguro, como en efecto lo son el riesgo de invalidez, vejez y muerte, y las eventualidades del accidente de trabajo y la enfermedad profesional, a cada una de las cuales, de manera autónoma, les ha determinado su propio perfil y sus respectivas consecuencias.”

“En este sentido fue que se pronunció la Corte en su sentencia 11235 del 18 de noviembre de 1998, que trae a colación el censor, y en la que se puntualizó lo siguiente:”

“Por otra parte, ya en lo que tiene que ver con las pensiones de invalidez que disfrutó en vida el señor Laurencio Cubillos considera la Sala oportuno aclarar aquí, con el fin de zanjar cualquier posible discusión en torno a la validez de tal percepción simultánea de las mismas, que su compatibilidad nació precisamente del hecho de que cada una cubre un riesgo distinto y de que cada una de ellas parte de presupuestos reglamentarios diferentes.”

“Conviene recordar que desde la instauración del régimen de la seguridad social en Colombia mediante la Ley 90 de 1946, no es posible confundir los efectos jurídicos provenientes de los diferentes riesgos que ampara el seguro, entre ellos, accidentes de trabajo o enfermedades profesionales con los derivados de enfermedades de origen no profesional, los cuales fueron delimitados separadamente en cuanto a sus consecuencias.”

*“Consta en el informativo que el señor Laurencio Cubillos cotizó para el Instituto demandado durante más de 12 años para el seguro de invalidez, vejez y muerte, así como para accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, bajo la afiliación No. 02003300648 y que en tal virtud disfrutó, hasta su fallecimiento, de sendas pensiones de invalidez que en su oportunidad le concediera y pagara el Instituto de Seguros Sociales, de acuerdo con las disposiciones reguladoras de las contingencias correspondientes: la primera, por **incapacidad permanente total** originada en la enfermedad profesional debidamente diagnosticada en su momento, y la segunda por **invalidez permanente total** derivada de una enfermedad no profesional e igualmente determinada conforme a los procedimientos pertinentes, tal como se desprende de los informes correspondientes (fls.57 y 75).”*

“Si bien la Corte ha señalado en reiterada jurisprudencia que en principio no es posible disfrutar simultáneamente dos pensiones por un mismo beneficiario, ello ha sido exclusivamente en aquellos casos en que así lo disponen expresamente las normas aplicables o éstas cubren un mismo riesgo o atienden al mismo seguro, como

el de invalidez de origen común - que en determinadas circunstancias deviene en pensión de vejez - y la pensión de jubilación, o la plena de jubilación patronal y la de vejez que reconoce el ISS. Nótese que estas pensiones tienen la misma naturaleza y amparan, se repite el mismo riesgo, a diferencia de aquellas que ahora ocupan la atención de la Sala y cuya coexistencia no está prohibida."

"Y esa clara diferencia en cuanto a su origen - una proviene de un infortunio laboral del asegurado a causa de su actividad profesional, en tanto la otra se deriva de un riesgo común, que no es consecuencia obligada de la clase de trabajo o del medio en que labora el trabajador - conduce inequívocamente al tratamiento de "contingencias" distintas, al menos por la época de los hechos."

"Y a su turno ello apareja el que la reglamentación pertinente gobernara dos "seguros" independientes y autónomos: el de enfermedad general y maternidad (EG y M), de una parte, y accidentes de trabajo y enfermedad profesional (ATEP), de la otra. Siendo diferentes, entre otros aspectos, su financiación, su administración, el sujeto obligado a las cotizaciones, el monto de las mismas, los requisitos de las prestaciones otorgadas y el monto de ellas en uno y otro seguro."

"Así, desde la Ley 90 de 1946, por la cual se estableció el seguro social obligatorio y se creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, y hasta el Acuerdo 049 de 1990, se trataron estos seguros en secciones distintas y cada uno ha venido siendo reglamentado en forma separada por diferentes Decretos y acuerdos, así: a) ATEP: Decretos 3169 de 1964, 3170 de 1964, 3224 de 1981, 2496 de 1982; y acuerdos 258 de 1967, 539 de 1974 y 027 de 1982; y b) EG y M: Decretos 770 de 1975, 462 de 1983, 2053 de 1988, 1172 de 1989, 1664 de 1984, y acuerdos 575 de 1975 y 158 de 1980. De manera que con algunas excepciones en que se ha producido una reglamentación conjunta, siempre se han distinguidos esos dos seguros aún por las normas orgánicas de los seguros sociales contenidas en la Ley 90 de 1946 y en los Decretos extraordinarios 433 de 1971 y 1650 de 1977."

"Y en el caso específico, la consideración de no ser excluyentes las dos pensiones que disfrutó en vida el pensionado hasta su deceso, obedeció fundamentalmente a que la primera de origen profesional se concedió por "incapacidad permanente total", concepto que en los términos del precepto entonces aplicable (artículo 16 del Acuerdo 155 del 1963, aprobado por Decreto 3170 de 1964), implica que el asegurado padece de una serie de alteraciones orgánicas o funcionales incurables o de duración no previsible que le impiden desempeñar su trabajo habitual u otro similar compatible con sus aptitudes y formación profesional, pero no lo inhabilita para desempeñar "toda clase de trabajo remunerado", como sí ocurriría si se estuviera en presencia de la "incapacidad absoluta" regulada

por el inciso segundo ibídem. Esta es la razón esencial para que el Instituto conocedor de que previamente se había otorgado una pensión de origen profesional, no viera óbice alguno para que el trabajador laborara en un oficio diferente al primigenio y para que no pusiera reparo a la otra pensión de origen no profesional basada en una enfermedad distinta y consintiera expresamente la compatibilidad entre ambas hasta el fallecimiento de su beneficiario.”

La Corte Suprema de Justicia ha definido cuál es el comportamiento de la pensión de invalidez extralegal en la sentencia 20797 de 2003 y la compatibilidad con la reconocida por la seguridad social, reiterada sentencia de 17 de septiembre de 2003, radicación 21232:

“Es indudable que ambas pensiones de invalidez, tanto la reconocida por la administradora como la otorgada por el empleador, pretenden atender la congrua subsistencia del trabajador que ha sufrido merma en su capacidad laboral de manera total o parcial por enfermedad profesional o accidente de trabajo, de lo cual resulta su incompatibilidad; como quiera que ellas tienen como origen el trabajo y la cotización de una misma persona lo que hace que el beneficio no sea duplicable como si se tratara de dos pensiones independientes; por cuanto forman parte de la misma comunidad de riesgo para el cual es afiliado el trabajador, obligándose como aportante el empleador.”

“Así las cosas, es de la esencia del Sistema General de Pensiones junto con el de la Universalidad el principio de unidad prestacional que tiende a garantizar al trabajador el cubrimiento del riesgo para el cual se asegura. Y con base en ese principio de unidad fue que el Sistema General de Pensiones, estableció como una de sus características, en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la posibilidad de acumular el número de semanas cotizadas a cualquiera de los dos regímenes creados o a cualquiera de los fondos o cajas previsionales de carácter público o privado a la que se encontraba vinculado el trabajador con anterioridad a la entrada en vigencia del sistema, o el tiempo de servicio prestado con anterioridad a ella, tanto en el sector público o privado para el reconocimiento de las pensiones y demás prestaciones en él contempladas. Principio que de acuerdo con la sentencia del Tribunal fue plasmado en el acto de reconocimiento de la pensión otorgada por el empleador, con carácter compartido con la anteriormente reconocida por la entidad administradora privada.”

3.8. JUSTA CAUSA DE DESPIDO AL OTORGAR PENSIÓN DE INVALIDEZ

La Corte Suprema de Justicia en la radicación numero 17153 de 2001 ha definido el tema de la justa causa de despido cuando se concede una pensión de invalidez de la siguiente manera:

“Cuando el tribunal afirmó “que la desvinculación laboral del demandante se configuró como justa causa dado que el reconocimiento de la Pensión de Invalidez tiene efectos desde el día siguiente en que fue declarado inválido como se aprecia en la resolución número 002101 del 15 de noviembre de 1996 emitida por el Instituto de Seguros Sociales de Santander visible a los folios 116 - 117 del plenario”, no hizo otra cosa que apreciarla de acuerdo con su contenido.”

“Es pertinente aclarar que cuando la resolución citada se refirió al 1 de enero de 1.997, es simplemente la fecha a partir de la cual se girarán los dineros correspondientes al valor de la pensión y del retroactivo, pero el reconocimiento lo fue a partir del 7 de diciembre de 1.995, es decir, al día siguiente de la estructuración del estado de invalidez, como acertadamente lo consignó el ad quem en su providencia, de conformidad con los documentos supuestamente mal apreciados.”

“Por lo demás, el nexo terminó el 10 de enero de 1.997, como se desprende de las comunicaciones visibles a folios 38 y 54, que son la carta de terminación del contrato de trabajo y la liquidación del mismo. Por lo tanto, cuando se le reconoció la pensión de invalidez, el vínculo laboral estaba vigente, y por consiguiente sí podía operar la justa causa aducida por la demandada.”

3.9. JURISPRUDENCIA

J

3.9.1. Rad. 16033. 12 septiembre 2001. Dr. Vásquez: pensión de invalidez por riesgo profesional y por riesgo común - son compatibles entre sí – diferencias

3.9.2. Rad. 17153. 29 noviembre 2001. Dr. Herrera: pensión de invalidez - justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo

3.9.3. Rad. 18088. 29 agosto 2002. Dr. Toro: pensión de invalidez- consecuencias de la falta de afiliación

J

3.9.4. Rad. 18741. 6 septiembre 2002. Dr. Escobar: pensión de invalidez - porcentaje de invalidez - disposiciones vigentes

3.9.5. Rad. 18930. 27 agosto 2002. Dr. Valdés: pensión de invalidez - porcentaje de la incapacidad de la ley 100 de 1993

3.9.6. Rad. 19511. 25 abril 2003. Dr. Osorio: pensión de invalidez de origen común.

3.9.7. Rad. 19626. 5 marzo 2003. Dr. López: pensión de invalidez por riesgo común - surge por la afiliación y cotizaciones al sistema general de pensiones/ administradora de pensiones - La obligación de ésta surge a partir del momento de la vinculación del actor/ BONOS PENSIONALES - Es obligación de la administradora realizar las acciones, procesos y pago de las mismas cuando se cumplan los requisitos para su exigibilidad

3.9.8. Rad. 20186. 8 agosto 2003. Dr. Osorio: riesgos profesionales - modalidades indemnizatorias/ pensión de invalidez - su reconocimiento no excluye el otorgamiento del lucro cesante futuro/ accidente de trabajo - culpa patronal/ lucro cesante futuro - pensión de invalidez

3.9.9. Rad. 20401. 8 agosto 2003. Dr. Osorio: pensión de invalidez - es incompatible con el disfrute de la vejez

3.9.10. Rad.- 20797. 2 octubre 2003. Dra. Vargas: pensión de invalidez extralegal-compatibilidad con la reconocida por la seguridad social. (reitera sentencia de 17 de septiembre de 2003, radicación 21232)

3.9.11. Rad. 22171. 23 septiembre 2004. Dra. Vargas: pensión de invalidez – fecha de estructuración del estado de invalidez

3.9.12. Rad. 23643. 24 junio 2005. Dr. Ricaurte: responsabilidad del empleador - en la ocurrencia del accidente de trabajo - no puede el empleador descontar lo pagado por la A.R.P./ pensión de invalidez - Su concesión no exonera al empleador del pago de perjuicios/ LUCRO CESANTE - Consolidado y futuro/ ACCIDENTE DE TRABAJO - Descuento de lo pagado por la ARP (Salvamento de Voto)

J

3.9.13. Rad. 24250. 3 agosto 2005. Dr. Tarquino: pensión de invalidez- la mora en el pago de aportes no excluye o desvincula al cotizante/ cotizaciones- la mora en su pago no produce el efecto de una desafiliación

3.9.14. Rad. 24269. 21 septiembre 2005. Dr. Ricaurte: pensión de invalidez- suspensión

3.9.15. Rad. 24347. 23 junio 2005. Dr. Gnecco: pensión de invalidez- suspensión irregular

3.9.16. Rad. 24348. 29 junio 2005. Dra. Vargas: cosa juzgada - requisitos - efectos/ pensión de invalidez- estructuración de la invalidez con posterioridad a la terminación del vínculo laboral/ pensión de invalidez de origen común y profesional-no existe identidad de causa y de objeto entre ambas

3.9.17. Rad. 24749. 20 septiembre 2005. Dra. Isaura: pensión de invalidez- mora en el pago de aportes

3.9.18. Rad. 25224. 18 octubre 2005. Dr. Tarquino: pensión de invalidez por riesgo común- artículo 39 de la ley 100 de 1993/ principio de la condición mas beneficiosa

3.9.19. Rad. 26949. 14 marzo 2006. Dr. Gnecco: pensión de invalidez-origen común -acuerdo 049 de 1990/ seguridad social - principios que la inspiran/ principio de favorabilidad pensión de invalidez- aplicación de la ley 100 de 1993/ principio de favorabilidad-Debe aplicarse la totalidad de una misma Ley (Salva voto Dr Eduardo López Villegas) pensión de invalidez-Aplicación Ley 100 de 1993 (salvan voto Dres. Isaac y Ricaurte)

3.10. ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Ap

¿En qué momento se estructura o configura el estado de invalidez?

¿Quiénes y en qué circunstancias pueden solicitar la revisión o preclusión de la pensión de invalidez?

¿Cuál es la razón fundamental para suspender la pensión de invalidez?



¿Cómo interpreta la Corte la falta de cotización de las 26 semanas durante el año inmediatamente anterior a su acaecimiento, cuando se comprueba que con anterioridad se habían cotizado muchas más?

3.11. AUTOEVALUACIÓN



Con fundamento en el caso que a continuación se expone, responda los cuestionamientos que a raíz del mismo se plantean:

“El señor Juan Torres operario de Acerías Paz de Río, sufre un accidente de trabajo en un alto horno, manipulando varillas de hierro fundido. En el accidente sufre quemaduras en las manos que le producen una incapacidad para realizar operaciones manuales. Por este hecho obtiene su respectiva pensión de invalidez. Posteriormente y dentro del mismo año, a causa de una caída en su hogar pierde la movilidad de las dos piernas. Inicia, entonces los trámites para obtener la respectiva pensión de invalidez, además también la de jubilación por vejez, pues acaba de cumplir con los requisitos de edad y cotización dispuestos en la Ley.

Se pregunta:

- 1) *¿Existe “la viabilidad” de que un trabajador pueda disfrutar simultáneamente de varias pensiones de invalidez?*
- 2) *Sea que su respuesta sea afirmativa o negativa ¿cuáles son los fundamentos normativos que posibilitan o impiden tal disfrute simultáneo?*
- 3) *¿Cuáles son, en el mismo caso, los argumentos de la Corte Suprema de Justicia para declarar o negar esta viabilidad?*
- 4) *Del análisis de la jurisprudencia aducida argumente si existe o no compatibilidad entre las pensiones de invalidez y la de vejez.*

3.12. BIBLIOGRAFÍA

- B** | ARENAS HERRERA, CERÓN. *Comentarios a las Reformas Laboral y de Seguridad Social*. Editorial Legis 2003.
- | ARENAS, Monsalve Gerardo. *El Derecho Colombiano a la Seguridad Social*. 1º Edición. Editorial Legis. Bogotá

Unidad 4 | LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

Qg

Apreciar la importancia socioeconómica que en términos de equidad tiene el incremento de edad que para otorgarla fija la ley en la reforma pensional.

Conocer los aspectos más salientes que configuran esta pensión en relación con su liquidación y cuantía.

Qe

- *Relacionar el monto de la pensión de vejez con el porcentaje del ingreso básico laboral y con el del número de semanas cotizadas.*
- *Identificar las condiciones para aplicar el régimen de transición a la pensión de vejez.*
- *Analizar y aplicar la fórmula presentada en el nuevo sistema para liquidar la pensión de vejez.*
- *Identificar los factores para determinar los incrementos y el monto definitivo de la pensión de vejez*

4.3. ASPECTOS BÁSICOS

Ingresa Base de Cotización (IBC) e Ingresa Base de Liquidación (IBL)

En el régimen de prima media con prestación definida, establecido en los artículos 33 a 37 de la Ley 100 de 1993 se fijó una edad pensional de 55 años para las mujeres y 60 años para los hombres. En la Ley 797 de 2003 se dispuso que a partir del 1º de enero del año 2014 las edades se aumentan a 57 años las mujeres y a 62 los hombres. Por medio de la sentencia C-410 de 1994 se consideró ajustada a la Constitución esa diferencia entre hombres y mujeres

La Ley 100 de 1993 establecía como requisito mínimo mil semanas de cotización para las personas que no estén en el régimen de transición. Estas tienen derecho a que se les otorgue la pensión de vejez con 500 semanas en los 20 años anteriores a las edades legales, según la legislación anterior a la última norma citada, o 1000 semanas en cualquier tiempo. (Artículo 12 literal b, acuerdo 049 de 1990)

A partir de la Ley 797 de 2003, las semanas aumentaron de acuerdo con el siguiente cuadro²⁹:

Año	Semanas
Hasta 2004	1.000
2005	1.050
2006	1.075
2007	1.100
2008	1.125
2009	1.150
2010	1.175
2011	1.200
2012	1.225
2013	1.250
2014	1.275
2015	1.300

²⁹ Arenas, Cerón, Herrera. *Comentarios a las Reformas Laboral y de Seguridad Social, Op. Cit.* 74

4.4. MONTO DE LA PENSIÓN

El monto de la pensión lo constituye *un “...porcentaje determinado del ingreso base de liquidación de la pensión.”*³⁰

“...el ingreso base de liquidación (IBL) de la pensión de vejez sería el promedio de los salarios sobre los cuales cotizó el afiliado en los últimos diez (10) años, actualizado anualmente con el IPC. Excepcionalmente, se puede tomar el promedio de toda la vida laboral del afiliado, igualmente actualizado, si dicho porcentaje resultare mayor.”³¹¹.

En otras palabras, si el promedio de toda la vida laboral del afiliado arroja una suma superior al promedio de los últimos 10 años también actualizados, se tomará el promedio mayor de los dos.

El IBL se determina con el cuadro que a continuación se transcribe del libro Derecho Colombiano a la Seguridad Social escrito por el Doctor Gerardo Arenas:

Semanas	%IBL
1.000	65
1.050	67
1.100	69
1.150	71
1.200	73
1.250	76
1.300	79
1.350	82
1.400	85

³⁰ Arenas, Op. Cit 278

³¹ Arenas, Op Cit Pág. Cit

“En el régimen de la Ley 100 de 1.993, el monto de la pensión de vejez se establecía con base en dos componentes: un porcentaje básico liquidado sobre el IBL y otro porcentaje en razón del número de semanas cotizadas adicionales a las mínimas requeridas. El porcentaje básico era del 65% del ingreso base de liquidación y los aumentos eran del 2% por cada 50 semanas adicionales a las primeras mil, hasta mil doscientas y del 3% por cada cincuenta semanas que excedieran las mil doscientas hasta mil cuatrocientas, para completar un tope máximo del 85% sobre el IBL.”

El ingreso base de liquidación está regulado en los artículos 21 y 36 de la Ley 100. Este último se aplica a los beneficiarios del régimen de transición, para los cuales deben tenerse en cuenta las cotizaciones de los años, menos de 10, que les hicieron falta para cumplir los requisitos de edad y semanas exigidos para tener derecho a la pensión de vejez del régimen de beneficio definido, promedio que debe traerse a valor presente, esto es, debidamente indexado. Para los demás, se toma el promedio de cotizaciones de los últimos diez años, igualmente actualizado, salvo que le resulte más favorable al afiliado el cómputo de las cotizaciones de toda la vida laboral, siempre que haya aportado en este último caso más de mil doscientas cincuenta semanas.³²

Las pensiones que se causen hasta el 31 de diciembre del año 2.003 no sufren mutación en cuanto a la liquidación de la cuantía definitiva.

La nueva ley preserva la forma de obtención del IBL, pero modifica a partir del primero de enero del año 2.004 los demás aspectos de la liquidación de la pensión, adoptando como filosofía que a mayores ingresos del afiliado, menor será el porcentaje básico y por el contrario a menores ingresos corresponderá un mayor porcentaje básico de pensión, todo sobre la base de la siguiente fórmula matemática:

$$R = 65.50 - (0.50 \times S)$$

R es el porcentaje básico del IBL y S es el número de salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de liquidación de la respectiva pensión.

De manera que a partir del 1º de enero 2004, una vez establecido el ingreso base de liquidación, conforme a los artículos 21 o 36 de la ley 100, según el caso, es menester hallar el R o porcentaje básico, de acuerdo con la fórmula matemática atrás

³² Ir a 2.2 “Condición más Beneficiosa”

expresada. Es importante tener en cuenta que el IBL debe traducirse al número de salarios mínimos al momento de la correspondiente liquidación de la pensión.

Un ejemplo permite una mejor comprensión del tema:

Si una persona cotizó durante 32 años 1.664 semanas desde 1.974 hasta el año 2.006, tiene un ingreso base de liquidación de \$ 800.000.oo (promedio de cotizaciones diez últimos años más IPC) y suponiendo que el salario mínimo del año 2.006 sea de \$400.000.oo mensuales, habrá que seguir los siguientes pasos:

1) Determinar R (porcentaje IBL a aplicar) equivalente a 2 salarios mínimos $R = 65.5 - (0.5 \times 2) = 64.5\%$.

2) Determinar aumentos: Según el inciso final del artículo 10º de la nueva ley, a partir del año 2005 por cada 50 semanas adicionales a las mínimas requeridas hay un porcentaje de aumento uniforme del 1.5% del I.B.L.. Como para el año 2.006 las semanas mínimas requeridas para pensionarse son 1.075 y el afiliado cotizó en este ejemplo 1.664 semanas, tiene un exceso de 589 semanas, pero como la ley exige grupos de cincuenta semanas exactas, en el presente caso, las semanas adicionales son 550, a las que debe aplicarse el aumento del 1.5%.

Por tanto, 1.5% multiplicado por el número de semanas adicionales y dividido por 50, dará el porcentaje de aumento que como ya se dijo se causa por las cotizaciones que excedan a las mínimas requeridas, correspondiendo a la filosofía de a más cotización, mayor pensión.

3) Determinar monto definitivo de la pensión:

Porcentaje básico (64.5%)

Más porcentaje de aumentos (16.5%) = 81%.

Como la ley señala un máximo de pensión equivalente al 80% del IBL, (\$800.000.oo), en este caso el resultado es de \$640.000.oo que es el monto definitivo de la pensión mensual.

Emerge de todo lo anterior que las personas con ingresos base de liquidación más elevados tendrán en la práctica un monto máximo de pensión del 70.5%, mientras que las demás, tendrán un límite hasta del 80% del I.B.L.

Adicionalmente, como el artículo 5o de la ley 797 fija el límite de la base de cotización en 25 salarios mínimos legales mensuales, éste será el nuevo tope máximo de pensiones en el régimen de beneficio definido, y no los 20 salarios mínimos que estaban previstos como consecuencia del artículo 35 de la ley 100 de 1993, en armonía con del Decreto 314 de 1994.

No sobra recordar que se conserva la regla de que el mínimo pensional es equivalente al salario mínimo legal mensual vigente al momento de la liquidación de la pensión.

Por último, conviene advertir la imprecisión de la ley al dejar literalmente por fuera de los aumentos derivados de cotizaciones adicionales a las mínimas requeridas, a quienes se pensionen en el 2004, dado que dichos incrementos equivalentes al 1.5% sólo empiezan a regir en el año 2005, y los anteriores del 2% y 3% contemplados en la ley 100, podrían entenderse en principio derogados como consecuencia de la nueva redacción integral del artículo 10º de la nueva Ley, el cual dispone que el 34 de la Ley 100, “quedará así”. Sin embargo, como las leyes no pueden interpretarse con un sentido contrario a la lógica y sería inadmisible constitucionalmente una discriminación tal para quienes se pensionan entre la vigencia de la ley y el mes de enero del año 2005, lo que además comportaría una inequidad manifiesta, la cabal exégesis es la sistemática, que impone entender que en ese interregno continúan vigentes los aumentos del 2% y del 3% en la forma prevista en el artículo 34 de la ley 100.

4.5. SENTENCIA DEL IBC PARA TRABAJADORES INDEPENDIENTES

Fuera de las explicaciones anteriores sobre el IBC (**Ingreso base de cotización**) y el IBL (**Ingreso base laboral**) se transcribe la información de la relatoría sobre la sentencia de la Corte Constitucional para los trabajadores independientes.

La sentencia de la Corte Constitucional C-1089 de 2003, según la relatoría dijo lo siguiente:

“Declarar EXEQUIBLES por los cargos formulados, los apartes acusados del primer inciso y del parágrafo 1º del numeral 1º del artículo 15 de la Ley 100 de 1993, tal como fue modificada por el artículo 3º de la Ley 797 de 2003: “por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales”, 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 párrafo presuponen la existencia de un ingreso efectivo por parte del trabajador independiente para hacer obligatoria su cotización."

4.6. JURISPRUDENCIA

J

- 4.6.1. Rad. 6923. 24 enero 1995. Dr. Escobar: pensión de vejez, pensión de sobrevivientes - No son incompatibles
- 4.6.2. Rad. 9748. 9 julio 1997. Dr. Herrera: pensión de vejez- en que momento se considera adquirido el derecho
- 4.6.3. Rad. 13268. 16 febrero 2000. Dr. Herrera: casación -falta de técnica/ pensión de vejez-salario base de cotización/ seguridad social- responsabilidad por la mora en el pago de aportes
- 4.6.4. Rad. 15689. 27 septiembre 2001. Dr. Toro: pensión de vejez - reconocimiento con base en norma anterior a la vigencia de la ley 100 de 1993/ intereses moratorios - aplicación del artículo 141 de la ley 100 de 1993 frente a la morosidad del pago de mesadas pensionales/ régimen de transición - ley 100 de 1993/ intereses moratorios - Análisis constitucional del artículo 141 de la ley 100 de 1993/ intereses moratorios - Artículo 141 de la ley 100 de 1993 (Salvamento de Voto)/ Seguridad social- Las previsiones consignadas en la ley 100 de 1993 son aplicables a los derechos contenidos y definidos en ella/ intereses moratorios - Artículo 141 de la ley 100 de 1993 (Salvamento de Voto)/ Mora en el pago de mesadas pensionales - El artículo 141 de la ley 100, debe aplicarse a pensiones causadas y reconocidas con posterioridad a la vigencia de la ley de seguridad social (Salvamento de voto)
- 4.6.5. Rad. 16983. 24 enero 2002. Dr. Isaac: pensión de vejez - subrogación del riesgo por el I.S.S.
- 4.6.6. Rad. 18370. 11 octubre 2002. Dr. Vásquez: incongruencia - para su determinación es necesario realizar un cotejo entre el escrito inicial de demanda y la providencia recurrida/ juez laboral - no está irremediablemente sometido a las disposiciones legales que invoquen las partes/ ultrat�ividad de la ley/ pensión de vejez - calenda a partir de la cual se le debe reconocer la pensión al actor

J

4.6.7. Rad. 18716. 25 noviembre 2002. Dr. Isaac: *despido injusto-reconocimiento de la pensión de vejez sin el consentimiento del trabajador para su trámite/ pensión de vejez - Facultad del afiliado de continuar cotizando a su cargo hasta por cinco años adicionales para incrementar su monto/ Pensión de jubilación o vejez - Reconocimiento de la pensión de vejez sin el consentimiento del trabajador para el trámite de dicha pensión/ Pensión de vejez - Su reconocimiento faculta al empleador para dar por terminado el contrato de trabajo (Salvamento Dr. Isaac)/ Pensión de jubilación o vejez - La justa causa de terminación prevista por este motivo en el C.S.T. continúa intacta (Salvamento Dr. Valdés)*

4.6.8. Rad. 19377. 5 febrero 2003. Dr. López: *pensión de vejez - incompatibilidad con la pensión por incapacidad permanente parcial de origen profesional/ incompatibilidad - pensión por incapacidad permanente parcial de origen profesional y la pensión de vejez/ norma constitucional - No es posible declarar la inconstitucionalidad de una norma mediante una sentencia de tutela/ Interpretación errónea - Concepto/ Infracción directa - Concepto/ NORMAS CONSTITUCIONALES - No están habilitadas para hacer parte de la proposición jurídica/ NORMAS PROCESALES - Solamente se pueden acusar como violación medio y en relación con las de carácter sustancial*

4.6.9. Rad. 19508. 27 febrero 2003. Dr. López: *pensión de jubilación convencional/ convención colectiva- no se requiere su prueba cuando las partes admiten las cláusulas contenidas en ella/ sistema general de pensiones - Los recursos para el pago de las prestaciones son de carácter parafiscal/ Pensión de vejez - Es compatible con la convencional/ Tesoro público - Entidades que contribuyen a conformarlo*

4.6.10. Rad. 19795. 7 abril 2003. Dr. Osorio: *pensión de vejez- están excluidos los trabajadores mayores de 60 años al momento de su afiliación/ INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES- Excluye a trabajadores que al inscribirse por primera vez contaban con más de 60 años de edad/ Afiliación - Los mayores de 60 años de edad están exonerados de afiliación al riesgo de vejez*

4.6.11. Rad. 21049. 13 febrero 2004. Dra. Isaura: *vía indirecta-no admite juicios de derecho/ pensión de vejez-su causación y disfrute son dos figuras diferentes/ indemnización de ley 10 de 1972-no se aplica al i.s.s. (reitera sentencia de marzo 24 de 2000, radicación 13425)*

J

4.6.12. Rad. 22630. 7 septiembre 2004. Dr. Tarquino: pensión de vejez-ingreso base de liquidación/ cotizaciones-eficacia de las aportadas después del tope mínimo exigido/ ingreso base de liquidación-eficacia de las cotizaciones efectuadas después de superado el tope mínimo exigido

4.6.13. Rad. 24177. 15 junio 2005. Dra. Isaura: pensión de vejez-cambio de naturaleza de la entidad/ pensión de vejez- régimen de transición/ transición en ley 100- Se aplica el régimen vigente al entrar a regir esa normatividad/ Trabajador oficial/ PENSIÓN DE VEJEZ-Aplicación de la Ley 33 de 1985 (Salvamento de Voto)

4.6.14. Rad. 25356. 21 octubre 2005. Dres. Tarquino y Gnecco: vía directa-aplicacion indebida/ pruebas- no allegadas al proceso en su oportunidad procesal/ pensión de vejez por aportes-ley 71 de 1988- régimen de transición/ intereses moratorios- No se aplican frente a pensiones excluidas de ley 100 de 1993-Intereses moratorios - Artículo 141 de la ley 100 de 1993-No sólo operan frente a pensiones de ley 100 de 1993

4.6.15. Rad. 25454. 18 mayo 2006. Dr. Ricaurte: pensión de vejez - prueba de las semanas cotizadas

4.6.16. Rad. 26408. 19 octubre 2006. Dr. Ricaurte: pensión de vejez – cuotas partes. subrogación de los empleadores en los riesgos del ivm por EL ISS

4.6.17. Rad. 27140. 7 septiembre 2006. Dr. Ricaurte: pensión de vejez: es requisito para su disfrute la desafiliación del sistema

4.6.18. Rad. 27497. 7 julio 2006. Dr. López: reliquidación de la pensión de vejez - ingreso base de cotización

4.6.19. Rad. 27840. 9 agosto 2006. Dr. López: pensión de vejez – monto de la pensión – la libertad de cotizaciones solo opera en el régimen de ahorro individual/cotizaciones – incremento desmesurado en el monto del salario

4.6.20. Rad. 28111. 28 septiembre 2006. Dr. Osorio: pensión - su monto inicial si está cubierto por el fenómeno de la prescripción - reliquidación de la mesada pensional/ primas - prima de vacaciones

J

4.6.21. Rad. 28215. 22 agosto 2006. Dr. Osorio: pensión de vejez – descuento de aportes al trabajador después de su reconocimiento

4.6.22. Rad. 28241. 6 septiembre 2006. Dr. Isaac: pensión de vejez – la falta de aportes no impide su reconocimiento

4.7 ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Ap

Realice un ensayo sobre el criterio de que para liquidar la pensión de vejez, “a mayores ingresos menor será su porcentaje” y viceversa.

Con base en la lectura del RADICADO 22630 (en **4.6.11**), establezca la diferencias y el propósito común de “la causación” y el “disfrute” en relación con la pensión de vejez.

Con base en la lectura del RADICADO 28111, exponga ¿qué aspectos del “derecho pensional” NO son prescriptibles y cuales SI lo son?. Argumente la exposición.

¿Qué consecuencias se desprenden para el derecho a la pensión de vejez, de la desafiliación al sistema y de las semanas que en virtud de este hecho se dejen de cotizar?

¿Cuál es la razón por la cual el empleador no puede utilizar indiscriminadamente como “causal de justa causa de despido” el hecho de que un trabajador a su servicio haya entrado a percibir la pensión de jubilación o vejez?

¿Con qué argumento el Instituto Colombiano de Seguros Sociales está facultado para suspender el pago de la pensión de invalidez cuando el trabajador ha entrado a disfrutar la de vejez?

¿Porqué los trabajadores que se inscriben por primera vez al Seguro después de haber cumplido 60 años, quedan excluidos de la pensión de vejez?

4.8. AUTOEVALCIÓN

Ae

Como autoevaluación calcule el monto definitivo de la pensión de vejez de un trabajador que se encuentra en las siguientes circunstancias:

Se trata de un operario técnico que cotizó durante 32 años 1.664 semanas desde 1.974 hasta el año 2.006; tiene para ese año un ingreso base de liquidación de \$ 1.000.000.00 (promedio de cotizaciones diez últimos años más IPC) y bajo el supuesto de que el salario mínimo para el año 2.006 era de \$400.000.00 mensuales, calcule, siguiendo las normas y los ejemplos dados en esta unidad el monto definitivo de la pensión de vejez de acuerdo con los siguientes parámetros:

1) Determine R (porcentaje IBL a aplicar) equivalente a 2 salarios mínimos $R = 65.5 - (0.5 \times 2) = 64.5\%$.

2) Determine los aumentos correspondientes, según el inciso final del artículo 10º de la nueva ley, teniendo en cuenta que a partir del año 2005 por cada 50 semanas adicionales a las mínimas requeridas hay un porcentaje de aumento uniforme del 1.5% del I.B.L.. Como para el año 2.006 las semanas mínimas requeridas para pensionarse son 1.075 y el afiliado cotizó en este ejemplo 1.664 semanas, tiene un exceso de 589 semanas, pero como la ley exige grupos de cincuenta semanas exactas, en el presente caso, las semanas adicionales son 550, a las que debe aplicarse el aumento del 1.5%.

3) Obtenga el porcentaje de aumento multiplicando, 1.5% por el número de semanas adicionales y dividido por 50.

4) Determine el monto definitivo de la pensión teniendo en cuenta: El porcentaje básico (64.5%)

Más el porcentaje de aumentos (16.5%) = 81%.

Que la ley señala un máximo de pensión equivalente al 80% del IBL, (\$1000.000.00). de la pensión mensual.

4.9. BIBLIOGRAFÍA

B

ARENAS HERRERA, Cerón. *Comentarios a las Reformas Laboral y de Seguridad Social*. Editorial Legis 2003.

ARENAS, MONSALVE Gerardo. *El Derecho Colombiano a la Seguridad Social*. 1º Edición. Editorial Legis. Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-168 del 20 de abril de 1995*.

DICCIONARIO PANHISPANICO DE DUDAS. Asociación de Academias de la Lengua Española. Real Academia de la Lengua. 2005. Quevedo World Bogotá

GNECCO MENDOZA, Gustavo José. *Salvamento de voto del Magistrado a la Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 14 de julio de 2005*.

LÓPEZ VILLEGAS, Eduardo. *Salvamento de voto a la Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 5 de julio de 2005, Magistrado ponente Doctor Camilo Tarquino Gallego, radicación número 24.280*.

VARGAS DÍAZ, Isaura. *Salvamento de voto de la Magistrada Isaura a la Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 27 de julio de 2005*.

Unidad 5 | PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Qg

Conceptualizar sobre: la naturaleza jurídica, el contenido social y humano y la importancia económica de la pensión de sobrevivientes.

Presentar los aspectos más relevantes de esta pensión en cuanto a sus requisitos, beneficiarios, y determinación de su cuantía.

Qe

- *Identificar los requisitos legales para obtener esta pensión.*
- *Identificar a los beneficiarios de la pensión de sobreviviente al igual que las calidades que deben poseer.*
- *Reconocer los aspectos más relevantes enfatizados por la jurisprudencia.*

5.3. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Según el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes las siguientes personas:

- 1) Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,
- 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;
 - b) Muerte causada por accidente: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento.

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 la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, 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.

El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.

El parágrafo 2º del artículo antes mencionado fue declarado Inexequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1094/03 de 19 de noviembre de 2003 el cual se refería a la muerte por homicidio o suicidio

5.4. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Según el artículo 13 de la ley 797 de 2003, son beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes:

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;

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 serán 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;

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 cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993.

El aparte subrayado fue declarado inexistente por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1094/03 del 19 de noviembre de 2003.

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.

El aparte subrayado fue declarado inexistente por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-111/06 del 19 de noviembre de 2003.

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.

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.

5.5. MONTO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Según el artículo 48 de la ley parafraseada el monto mensual de la pensión de sobrevivientes será igual al 100% de la pensión que aquel disfrutaba.

El monto mensual de la Pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación.

En ningún caso el monto de la pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo establecido en el artículo 35 de la presente Ley.

No obstante lo previsto en este artículo, los afiliados podrán optar por una pensión de sobrevivientes equivalente al régimen de pensión de sobrevivientes del ISS, vigente con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente Ley equivalente al 65% del ingreso base de liquidación, siempre que se cumplan las mismas condiciones establecidas por dicho instituto.³³

Ver anexo de Jurisprudencias sobre la Pensión de Sobrevivientes de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia

³³ Ver numeral 2.3 "Incrementos"

5.6. JURISPRUDENCIA

J

5.6.1. RAD. 1979. La corte dijo que en la pensión de sobrevivientes la prescripción extintiva de las mesadas no corre para los menores de edad.

5.6.2. RAD. 9758. 13 agosto 1997. Dr. Herrera: pensión de sobrevivientes-requisitos de aportes (acuerdo 049 de 1990)/ sistema general de pensiones - características, objetivos, eficacia de cotizaciones efectuadas con antelación a su vigencia (ley 100 de 1993)/ principio de la condición mas beneficiosa

5.6.3. RAD. 10406. 17 abril 1998. Dr. Herrera: régimen de prima media con beneficio definido/ pensión de sobrevivientes-diferencia de requisitos cuando se trate de afiliado o pensionado/ compañera permanente - convivencia con el pensionado iniciada antes de la ley 100

5.6.4. RAD. 11083. 12 febrero 1998. Dr. Vásquez: pensión de sobrevivientes-requisitos de aportes (acuerdo 049 de 1990)/ sistema general de pensiones - características, objetivos, eficacia de cotizaciones efectuadas con antelación a su vigencia (ley 100 de 1993)/ principio de la condición mas beneficiosa

5.6.5. RAD. 19796. 22 julio 2003. Dr. Vásquez: causal primera - corresponde al recurrente desquiciar todos los soportes fácticos, probatorios y jurídicos de la sentencia recurrida/ pensión de sobrevivientes - la prescripción extintiva de las mesadas no corre para los menores de edad/ prescripción - no corren para menores de edad que reclaman derechos prestacionales

5.6.6. RAD. 20561. 28 enero 2004. Dr. Isaac: pensión de sobrevivientes - se tiene en cuenta el tiempo laborado como servidor público/ intereses moratorios - alcance del artículo 141 de la ley 100 de 1993/ condena en concreto – concepto

5.6.7. RAD. 21953. 26 marzo 2004. Dr. Osorio: pensión de sobrevivientes- fecha a partir de la cual se cuentan las semanas para su otorgamiento/ muerte presunta - Surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes

5.6.8. RAD. 21998. 19 abril 2004. Dr. Gnecco: pensión de sobrevivientes-monto

J

5.6.9. RAD. 23738. 24 abril 2005. Dr. Gnecco: seguridad social-objetivo/ pensión de sobrevivientes-finalidad-protección a la familia

5.6.10. RAD. 24472. 27 julio 2005. Dr. Isaac: pensión de sobrevivientes-afiliación tardía

5.6.11. RAD. 25069. 7 febrero 2006. Dr. Gnecco: vía directa-interpretación errónea/ pensión de sobrevivientes-beneficiarios/ dependencia económica- definición/ múltiple afiliación-es válida la última vinculación realizada en términos legales (reiteración sentencia del 30 de agosto de 2005 radicado no. 25919 y del 13 de agosto de 2002,radicado no 17784)

5.6.12. RAD. 27123. 4 abril 2006. Dr. López: vía directa- la norma acusada debe ser necesariamente aplicada/ pensión de sobrevivientes-el régimen aplicable es el vigente al día del fallecimiento/ ley -aplicación en el tiempo

5.6.13. SENTENCIA No. 28503 del 21 de septiembre del 2006. magistrado ponente el Doctor Osorio López la Corte Suprema de Justicia dijo que si se aplica el acuerdo 049 de 1990 no se suman las semanas cotizadas en la vigencia de la ley 100.

5.6.14. RAD. 28549. 5 octubre 2006. Dr. Osorio: pensión de sobrevivientes/ principio de la condición mas beneficiosa - aplicación - a las cotizaciones efectuadas antes de ley 100 no pueden sumarse las efectuadas con posterioridad ni los períodos servidos a entes públicos

5.6.15. RAD. 28759. 21 junio 2006. Dr. Isaac: pensión de sobrevivientes - requisitos - no exige la simple afiliación sino la realización efectiva de las cotizaciones

5.6.16. SENTENCIA 29028. de septiembre de 2007 Corte Suprema de Justicia. Sala laboral - compañera permanente solicitó pensión de sobrevivientes, cobijada por una ley anterior a la que otorga el derecho.

5.6.17. RAD. 29317. 26 septiembre 2006. Dr. Isaac: pensión de sobrevivientes - mora en el pago de aportes - consecuencias de la omisión del empleador en el pago de los aportes - cotizaciones realizadas después de presentado el riesgo o la contingencia/ pensión de sobrevivientes - el

empleado no está obligado a asumir prestaciones con ocasión de su mora en el pago de aportes (salvamentos de voto)

5.7. ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Ap

De la lectura de los RADICADOS 10406 (en 5.6.3) y 11083 (en 5.6.4) extracte las diferencias entre los requisitos que se establecen para la pensión de sobrevivencia, según el causante sea afiliado o pensionado.

¿Cómo se obvia jurisprudencialmente el requisito de tener que cotizar 26 semanas antes de morir, en el caso de la muerte por desaparecimiento. Ver RADICADO 21593 (EN 5.6.7)

¿Qué significa, de acuerdo con el RAD. 28549 (en 5.6.14) que dos disposiciones aplicables no pueden escindirse?

- ¿Por qué en el caso de la pensión de sobrevivientes los términos de la prescripción extintiva no corren para los menores de edad?

- ¿En qué tipo de pensiones y por qué razones se contabiliza el tiempo de servicio, sin importar que durante el mismo no se haya cotizado a la seguridad social?

- ¿Cómo debe entenderse la dependencia económica de los padres respecto a los hijos para que respecto a ellos proceda la pensión de sobrevivencia, en caso de que el hijo fallezca?

5.8 AUTOEVALUACIÓN

Ae

El señor Juan Esquivel, celador de profesión, reside con su familia (esposa e hijos) en la ciudad de Bogotá. Por necesidades de trabajo se ve constreñido a desplazarse a la ciudad de Cali como vigilante de la compañía "Burns Ltda.". Las exigencias de su nuevo empleo sólo le permiten desplazarse a la Ciudad de Bogotá una o dos veces al mes, para visitar a su familia y llevarle el dinero necesario para la subsistencia de la misma. En el entretanto, en la ciudad de Cali, entabla relaciones con la joven Benilda Torres con quien procrea un niño. En estas circunstancias se mantiene durante seis (6) años, hasta cuando muere, a los 60 años, víctima de una afección cardiaca.



A reclamar la respectiva “pensión de sobrevivencia” se presentan las dos mujeres:

- Su esposa legítima quien acredita serlo con el respectivo registro civil de matrimonio quien, además, señala que a pesar de la ausencia de su esposo, forzada por sus circunstancias de trabajo, mantuvo con él una relación conyugal normal durante las vistas que una o dos veces por mes realizaba a su familia en Bogotá.

- Igualmente, se presentó a hacer el mismo reclamo, doña Benilda, ahora con 29 años de edad, quien alega y demuestra su calidad de compañera permanente, durante más de cinco (5) del finado señor Esquivel, con las misivas de amor apasionado que este le enviaba y con el registro civil donde el finado reconoce al pequeño como hijo suyo.

Se pregunta:

1) *¿En tiempo, qué porcentaje de cotizaciones debió haber realizado el fallecido, como requisito, para que cualquiera o ambas mujeres puedan acceder a la pensión de sobreviviente?*

2) *Qué distinción y con qué objeto habría que hacer, para este caso en relación con las causales de la muerte del celador?*

¿En relación con la forma, temporal o permanente como se concede la pensión de sobrevivencia que incidencia tiene la edad con que cuentan la esposa o la compañera en el momento del fallecimiento del sr. Esquivel?

¿Qué tipo de convivencia podría configurarse, en el presente caso, en relación con la esposa y con la compañera?

¿Cuál es el porcentaje del monto de la pensión de sobrevivencia, cómo se determina y cuál el monto mínimo de la misma?

¿En qué condiciones pueden beneficiarse de este tipo de pensión la cónyuge o la compañera permanente?

¿En caso de ser posible, en qué porcentaje podría reclamar la compañera permanente una cuota parte de esta pensión?

5.9. BIBLIOGRAFÍA

B

ARENAS HERRERA, Cerón. *Comentarios a las Reformas Laboral y de Seguridad Social*. Editorial Legis 2003.

ARENAS, MONSALVE Gerardo. *El Derecho Colombiano a la Seguridad Social. 1º Edición*. Editorial Legis. Bogotá

Unidad 6

INDEXACION
DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL

Qg

Comprender la finalidad económica de la indexación en términos de conservar equitativamente el valor real de los ingresos laborales afectados por el fenómeno recurrente de la depreciación monetaria (inflación)

Visualizar la evolución legislativa y las teorías subyacentes en materia de indexación.

Qe

- *Identificar las tres tesis que sustentan la naturaleza jurídica de la indexación.*
- *Distinguir y relacionar los conceptos de indexación, indemnización, sanción y compensación.*
- *Reconocer la evolución de la jurisprudencia en relación con los aspectos más relevantes de la indexación.*

6.3. EL CONCEPTO DE INDEXACION

El Diccionario Panhispánico de Dudas de la Asociación de Academias de la Lengua Española define **la indexación** de esta manera: *"En economía es poner en relación las variaciones de un valor con las de un índice de referencia".³⁴*

La indexación laboral se puede definir como el procedimiento consistente en fijar el valor de ciertas obligaciones en dinero con el aumento del Índice de Precios al Consumidor (IPC) por un tiempo determinado.

Según la Corte Constitucional en sentencia T-102 de 1995 la indexación laboral es el ajuste salarial y pensional motivado en la desvalorización de la moneda.

La indexación de la primera mesada pensional consiste específicamente en el fenómeno que se presenta cuando el trabajador activo ha cumplido con los años de servicio necesario para alcanzar el derecho a la pensión pero se retira o es retirado antes de cumplir con el otro requisito que le garantice el derecho o sea la edad requerida.

A partir de ese momento no se encuentra recibiendo un salario o remuneración por parte del empleador ni aportando al Sistema de Seguridad Social en pensiones y al llegar a la edad requerida por ley se abre así la posibilidad de pedir que le actualicen su ingreso base de liquidación, es decir, **se hagan los cálculos respectivos frente a lo que equivaldría en la actualidad su último sueldo** y no a su valor nominal y con el salario debidamente actualizado o indexado aplica el porcentaje o tasa de reemplazo para calcular el monto pensional.

De igual forma existen otros conceptos de indexación en la medida en que estos sirven en otras ramas del derecho con sutiles variaciones, sin embargo, la noción básica es la consistente en el **procedimiento mediante el cual las obligaciones dinerarias conservan su valor real de manera tal que los fenómenos de pérdida de poder adquisitivo de la moneda no vayan en perjuicio del patrimonio de la parte acreedora**.³⁵

³⁴ Diccionario Panhispánico de Dudas. Asociación de Academias de la Lengua Española. Real Academia de la Lengua. 2005. Quevedo World Bogotá, Pág. 358

³⁵ Jurisprudencia VII A, Derecho Laboral Individual, disponible en Internet en <http://html.rincondelvago.com/indexacion-en-materia-laboral.html>

6.4. NATURALEZA JURÍDICA DE LA INDEXACIÓN

Tratándose de la naturaleza jurídica de la indexación se han esbozado varias tesis:

6.4.1. Tesis de la indemnización

Por indemnización se entiende el resarcimiento económico por el daño o perjuicio causado desde el punto de vista del culpable y del que se recibe con la misma causa desde el punto de vista de la víctima.

El suscrito autor no está de acuerdo con esta tesis por cuanto la indemnización está dada jurídicamente cuando hay un culpable y un afectado por esa culpa y en la indexación no se configura este tipo de relación entre estas dos partes.

6.4.2. Tesis de la sanción

Señala esta posición que la indexación se constituye en una sanción a la parte retardada en cumplir sus obligaciones. Sin embargo, hay que examinar esta figura para verificar si se encuadra dentro del mismo régimen de la indexación.

La sanción es un castigo impuesto por una autoridad del Estado al agente que ha actuado por fuera del marco jurídico. Estas aplicaciones son taxativas en la ley. Igualmente, esta es la forma como (constituye una manera con que cuenta) el poder público reprime aquellas conductas *“contra legem”* ya sea bien por parte de los particulares o de los servidores públicos.

En consecuencia la indexación tiene un régimen distinto al de las sanciones, en la medida en que el objeto de la indexación no es castigar a una persona, porque se causa independientemente de la buena o mala fe de una persona. Además, la indexación se aplica sobre los créditos sin tener en cuenta su titular, mientras que la sanción si se impone por la autoridad a aquella persona causante de un hecho ilícito.

También se diferencia en que la indexación presupone la existencia de una deuda mientras que la sanción presupone una conducta por fuera del ordenamiento jurídico. Vale decir que la indexación nace de un hecho económico ajeno a la voluntad mientras que la sanción nace por un hecho imputable a una persona.

Además, desde el ámbito procesal, la sanción se impone por medio de acto administrativo mientras que la indexación se hace judicialmente. Por último

podemos decir que las sanciones se establecen a favor de personas ajenas a la obligación incumplida mientras que la indexación se ejecuta a favor del deudor.³⁶

6.4.3. Tesis de la compensación

La compensación, según el Código Civil colombiano es una forma de extinguir las obligaciones. Es un acto jurídico en virtud del cual se extingue o disuelve el vínculo obligatorio que liga al deudor con su respectivo acreedor. Esta sucede cuando dos personas encarnan simultáneamente las condiciones de deudor y de acreedor el uno del otro. En caso de que las deudas no sean del mismo monto, esta se extinguirá parcialmente hasta el monto de la de menor valor.

La compensación es una figura cuya finalidad no solamente es simplificar las relaciones entre las partes, sino que, por definición, busca mantener un equilibrio entre ellas.

Para algunos, es la figura que más se amolda al régimen de la indexación; sin embargo, personalmente no se comparte la tesis en la medida en que la compensación es una de las formas de extinguir las obligaciones mientras que la indexación busca mantener el valor de cambio de la obligación. En segunda instancia, la compensación, para su operancia, necesita ciertos requisitos establecidos en la ley, los cuales son totalmente ajenos a la naturaleza de la institución de la indexación; por ejemplo el hecho de que las deudas sean líquidas.³⁷

1) Entre las primeras sentencias que se encuentran sobre el tema de la indexación en materia de pensiones está la de 31 de mayo de 1988 providencia de el Doctor Jorge Iván Palacio (anterior a la reforma constitucional de 1991), sentencia que manifiesta que por vía jurisdiccional las deudas laborales deben actualizarse con base en la depreciación monetaria calculada desde el momento en que la obligación se hace exigible hasta el momento del pago efectivo.

“Igualmente afirma que el juez en cada caso particular debe observar lo referente a la indexación para impedir atropellos, ya que no debe aplicarse per se sino en aquellos casos en que se aprecie una situación injusta.”

“Dice en los últimos apartes que inspirados en la filosofía del Derecho Laboral y en los principios generales del Derecho, sería abiertamente injusto que el trabajador tuviese que soportar las consecuencias de la depreciación monetaria

36 *Opcit. Pág. Cit*

37 *Opcit. Pág. Cit*

máxime cuando el Gobierno central ha reconocido expresamente este fenómeno y más aún, ha expedido normas para contrarrestarlo.”³⁸

2) La sala civil de la Corte Suprema de Justicia ha aceptado la corrección monetaria con fundamento en los principios de la equidad y la igualdad de la justicia, que reconocidos universalmente, ayudan al interesado recibir su pago de acuerdo con su valor real y no en sumas que con el paso del tiempo han perdido su valor, aplicando los principios contenidos en la denominada “**teoría valorista**” del costo del dinero en contraposición con lo que ha sostenido la “**escuela nominalista**” que sigue los principios del art. 1234 del Código Civil “(...)se paga el valor de lo pactado” y entonces el deudor de una suma determinada de dinero cumple cancelando el importe específico de la acreencia en una forma llana y lisa.

3) Ahora bien ajustada a los criterios de la Sala Civil, la Sala Laboral de esa alta corporación aceptó que la indexación de las deudas laborales a pesar de no existir norma sustancial que la soporte, era un deber acorde con (que seguía) los principios de Justicia y Equidad (Exp. 5221 de septiembre 15 de 1992 Sección Primera M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

Más adelante en sentencia del 8 de abril de 1991 Sección Segunda Sala Laboral Corte Suprema de Justicia M.P. Ernesto Jiménez Díaz, la misma Corporación expresó que el daño o perjuicio que por la inflación se le causara al trabajador como consecuencia de la mora por parte del empleador en el cumplimiento de una determinada obligación establecida en la ley, corresponde a lo que es llamado daño emergente y por lo tanto la indemnización solo será completa si comprende esa corrección monetaria correspondiente al lapso que duró la demora (indexación como factor indemnizatorio).

4) Respecto a pronunciamientos posteriores a 1991 es de obligatoria cita la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral del 10 de diciembre de 1998.

En dicha sentencia, la Corte Suprema abrió paso a la aplicabilidad de la indexación a créditos no exigibles aun como la primera mesada pensional. No obstante, dicha hermenéutica no duró mucho puesto que en agosto 18 del año de 1999, la Corte reversó nuevamente (dio un retroceso en) su jurisprudencia nuevamente al negar la viabilidad de esta figura en créditos no exigibles.

38 *Opcit. Pág. Cit*

En las consideraciones de la sentencia 11818 de 1999 se lee que existe un vacío legislativo por cuanto la economía estaba basada en un sistema nominalista y no sobre un sistema de inflación, La indización o indexación siempre ha sido, sin lugar a dudas, una medida excepcional. Es la respuesta del derecho, legislado y jurisprudencial, al fenómeno de la “*inflación*”.

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 un alza generalizada de los precios de bienes y servicios ofertados (inflación), exige una respuesta del derecho para compensar el desequilibrio del sinalagma contractual (indexación).

En la sentencia 11818 de 1999, anteriormente resumida, la Corte Suprema de Justicia tomó una posición que se mantuvo por años, hasta que la Corte Constitucional definió el tema y también hasta que la Corte Suprema de Justicia aceptó la indexación con base en la Ley 100 de 1993 para pensiones exigibles después del 1º de abril de 1994 cuando empezó a regir la norma anteriormente citada.

Como consecuencia de la posición asumida por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia antes citada (con anterioridad), los pensionados o pensionadas demandantes afectados por la misma decidieron recurrir a la Corte Constitucional, al considerar vulnerado no sólo el principio de equidad sino el de igualdad, ya que se hallaban en una desigualdad de condiciones frente a muchos trabajadores y trabajadoras cuyas mesadas fueron indexadas tiempo atrás.

5) Frente a los casos anteriores la Corte Constitucional respondió en numerosas sentencias a la viabilidad de la indexación, pero fue en la Sentencia de Unificación SU 120 de Mayo 3 de 2003 que recogió los expedientes de acción de Tutela, T-406257, T-453539 y T-503695 donde dejó clara su posición frente al tema.

En este pronunciamiento la Corte trajo a colación el artículo 48 de la Constitución Política que impone al legislador definir “los medios para que los recursos destinados a la seguridad social mantengan su valor adquisitivo constante”, y el artículo 53 del mismo ordenamiento que dispone que el “Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales” y que, además, en la ley 100 de 1993 en sus artículos 14, 36 y 117 establece los mecanismos de actualización, tanto de las pensiones causadas, como de los recursos que atenderán las prestaciones futuras, mediante la aplicación del índice de precios al consumidor, según certificación expedida por el DANE.

De donde se deduce que la indexación de la primera mesada pensional es un mandato tanto constitucional como legal, con miras a que los pensionados disfruten de la mensualidad pensional que efectivamente les corresponde, poniendo de esta manera en vigencia un orden político, económico y social justo.

La misma Corte Constitucional aclaró que la Corte Suprema de Justicia desde 1982 había venido sosteniendo que la indexación de las prestaciones económicas debía ordenarse a favor del trabajador por razones de justicia y equidad y además sostuvo también que dichas razones no desaparecen cuando los trabajadores adquieran su pensión y durante un buen tiempo aceptó la indexación de la primera mesada pensional, pero, posteriormente, sin razón evidente la CSJ decidió apartarse de sus consideraciones porque según ella el artículo 20 del Código Sustantivo del Trabajo no acoge en éstos casos la “reevaluación monetaria de las obligaciones”.

Para la Corte Constitucional la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia accionada debió considerar “ (...)que el artículo 53 de la Constitución Política impone al intérprete de las fuentes formales del derecho laboral el criterio de elegir, en caso de duda, la interpretación que más favorezca al trabajador, principio de favorabilidad que la Constitución entiende como “... *situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho...* ”.

Siendo la ley una de esas fuentes, su interpretación, cuando se presenta la hipótesis de la cual parte la norma -la duda-, no puede ser otra que la de acogerse a la que más favorezca al trabajador. Ella es obligatoria, preeminente e ineludible para el juez.

Así las cosas la Corte Constitucional determinó que la Corte Suprema de Justicia al negar la indexación desconoció la prevalencia del derecho sustancial, en cuanto no se sujetó a los dictados constitucionales de la igualdad, favorabilidad, y conservación del poder adquisitivo de las pensiones y a lo dispuesto en el art. 16 de la ley 446 de 1998 que dispuso que “*Dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales*” y además no atendió a la equidad, ni a los otros principios generales del derecho laboral.

Por todo lo anterior la Corte Constitucional aceptó la indexación de la primera mesada pensional en pro de una sociedad más justa y que garantice un mínimo de oportunidades a aquellos que se encuentran en una situación de inferioridad.

6) "La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 28 de Febrero de 2005, Radicación 23244, e introduciendo un nueva arista a la discusión planteó la posibilidad de indexar cada una de las mesadas pensionales como consecuencia de la mora en el pago de la prestación social (denominada Indexación por Tardanza) y se dijo al respecto":

"En lo que hace relación a la pretensión por indexación de las sumas adeudadas, en un asunto similar al hoy estudiado en donde se discutió la procedencia o no de la indexación de la mesada pensional por incumplimiento o mora en el pago de la prestación social en comento, mediante sentencia del 23 de Junio de 2004, Rad 22973 sostuvo la sala lo siguiente:

"De lo anterior se desprende, de manera nítida, que el juez de segunda instancia lo que tuvo en cuenta para imponer la indexación fue la mora en el pago de las mesadas, lo que coincide con lo sostenido por esta corporación en lo que concierne a la procedencia de la indexación de sumas debidas y canceladas oportunamente."

En efecto se ha dicho:

"Evidentemente uno de los objetivos perseguidos por la indexación es el que las acreencias laborales susceptibles de tan equitativa figura se solucionen actualizadas, para que no se presente ninguna mengua en su poder adquisitivo. Por ello se ha aceptado jurisprudencialmente que en tales casos la corrección monetaria es procedente, según algunos, como factor de daño emergente por el perjuicio que sufre el titular del derecho por el no cumplimiento oportuno del deudor de la obligación a su cargo, y según otros como actualización dineraria" (Rad. 16476-21 de Noviembre de 2001)."

"Ahora bien, se impone distinguir y precisar que el sistema de reajustes pensionales obedece a la necesidad de mantener el poder adquisitivo de las pensiones en tanto que la indexación por tardanza en el cumplimiento de la obligación es el correctivo adecuado a las situaciones de pago retardado de algunos créditos laborales."

"Es por lo anterior que advierte la Corte que en él sub judice, es palmario que la circunstancia de ordenar la actualización de las mesadas pensionales adeudadas a la parte actora, no quiere decir que con la condena se afecte el monto o la cuantía de la prestación, habida consideración que no se trata de la indexación del ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación o de la primera mesada pensional. Así las cosas, dada la tardanza en el cubrimiento de la obligación causada sale avante la condena por indexación desde que cada mesada se hizo exigible hasta cuando se verifique el pago."

Entonces, aplicando este nuevo criterio presentado por la Corte Suprema se debe tener en cuenta el salario mínimo fijado por el gobierno para cada año desde que la obligación

pensional se hizo exigible hasta su pago y con base en el IPC aplicarlo a cada mesada pensional como consecuencia de la mora en el pago de la misma.

Por otra parte, la Corte Constitucional por medio de la sentencia C-862 del 2006, declara exequible el artículo 260 del C.S.T. siempre y cuando se tenga en cuenta la reevaluación monetaria de la primera mesada pensional. Se dice así el la sentencia:

“Lo anterior no significa que a indexación sea el único mecanismo idóneo para la actualización de las mesadas pensionales que pueda implementarse, pues el Legislador en ejercicio de su libertad de configuración puede acudir a otros criterios, siempre y cuando garantice el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones mediante la actualización de la salario base para su liquidación.”

“Por las anteriores consideraciones se declararán exequibles los numerales 1 y 2 del artículo 260 del C. S. T. en el entendido que el salario base para la liquidación de la pensión de jubilación de que trata este precepto deberá ser actualizado con base en la variación del índice de precios del consumidor IPC certificada por el DANE.”

La Corte Suprema de Justicia acepto la indexación de la primera mesada pensional cuando la pensión era otorgada en aplicación a la ley 100 de 1993 y cuando la jubilación era legal y no convencional o pactada entre las partes.

7) Despues de muchos años de divergencia entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia que en ocasiones fallaba de una manera o de otra de acuerdo con el conjuex que debía fallar el tema concreto se expidieron dos sentencias que unifican el pensamiento de la Corte con la Corte Constitucional y aceptan la indexación de las pensiones en todos los casos.

En un anexo a este documento se transcriben completas las dos sentencias mencionadas, las 29470 del 20 de abril del 2007 y la 29022 del 31 de julio del 2007

6.5. JURISPRUDENCIA

J

6.5.1 RAD. 29022. *Sentencia de la corte suprema de justicia. Sala de Casación laboral. Magistrado ponente: Camilo Tarquino Gallego. Acta no.64*

6.5.2 RAD. 29470. *Sala de casación laboral. Dr. Luís Javier Osorio López Magistrado Ponente. Acta N° 30*

6.5.3 *Sentencia. expediente t-503.695*

6.5.4 *Sentencia. Expediente t-406.257*

6.6. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

Aj

1) *Llea y analice los siguientes pronunciamientos de las Cortes:*

a) *De la Corte Constitucional*

- *Sentencia de UNIFICACIÓN, SU120 del 03-05-07*

- *Sentencia C-862-2006*

b) *De la Corte Suprema de Justicia*

- *Sentencia 11818 -1999*

- *Sentencia Rad. 23244 del 29-02-05*

- *Sentencia del 08-04-91 Sección 2^a Sala Laboral Magistrado Ponente Ernesto Jiménez.*

2) *Una vez realizado el análisis responda las siguientes preguntas:*

a) *¿Cuál ha sido la posición de la Corte Constitucional en relación con la indexación?*

b) *¿Cuál ha sido la posición de la Corte Suprema de Justicia en relación con la Indexación?*

c) *¿Cuál han sido los puntos básicos de divergencia entre las dos Cortes?*

d) *¿En qué aspectos son coincidentes los pronunciamientos de las dos Cortes?*

6.7. ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Ap

- *Con base en el análisis de los artículos 48 y 53 de la Constitución Política demuestre que la indexación posee pleno soporte constitucional?.*

- *¿Cuál es la argumentación de la aclaración contenida en 6.5.1.1 y los salvamentos de voto contenidos en 6.5.1.2 y 6.1.5.3 para no estar de acuerdo con la indexación de la pensión convencional?.*

Ap

- *¿Del análisis de la sentencia C862/06 (en 6.5.3) establezca la evolución legal y jurisprudencial de la indexación?*
- *¿Cuál es la importancia económica y social de la indexación?*
- *¿Cuál es el criterio básico para calcular la indexación y de donde se obtiene este criterio?*
- *¿Cuál es el problema jurídico central que se plantea para la indexación de la primera mesada de un trabajador privado y de uno oficial?*
- *¿Cuál es el fundamento económico de la indexación de la primera mesada pensional, si se toman en cuenta los factores terminación del contrato de trabajo y exigibilidad de la pensión?*

6.8. AUTOEVALUACIÓN

Ae

En sentencia del 8 de abril de 1991 Sección Segunda Sala Laboral Corte Suprema de Justicia M.P. Ernesto Jiménez Díaz, la misma Corporación expresó que el daño o perjuicio que por la inflación se le causara al trabajador como consecuencia de la mora por parte del empleador en el cumplimiento de una determinada obligación establecida en la ley, corresponde a lo que es llamado daño emergente y por lo tanto la indemnización solo será completa si comprende esa corrección monetaria correspondiente al lapso que duró la demora.

Exprese, si en relación con la indexación, en el anterior pronunciamiento la Corte Suprema de Justicia muestra: preferentemente:

- 1) *Una adopción expresa de la indexación monetaria.*
- 2) *Una preferencia por la tesis de la compensación.*
- 3) *La necesidad de imponer una sanción (tesis de la sanción) porque con la mora se causó un daño al trabajador.*
- 4) *Una aceptación de la tesis de la indemnización.*
- 5) *Cuál de las tesis expuestas en esta unidad sobre la indexación es la que mejor responde a su naturaleza jurídica?*

6.9. BIBLIOGRAFÍA

B

DICCIONARIO PANHISPANICO DE DUDAS. Asociación de Academias de la Lengua Española. Real Academia de la Lengua. 2005. Quevedo World Bogotá.

JURISPRUDENCIA VII A, Derecho Laboral Individual, disponible en Internet en <<http://html.rincondelvago.com/indexacion-en-materia-laboral.html>>.

Impreso en los talleres de
Grafi-Impacto Ltda
Diciembre de 2007