



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Bogotá

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

ALEJANDRA MARÍA MUSKUS CARRIAZO

**SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN DE VEJEZ DEL TRABAJADOR
POR PARTE DEL EMPLEADOR EN EL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON
SOLIDARIDAD EN COLOMBIA**

MAESTRÍA EN DERECHO LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

TRABAJO DE GRADO

TUTOR: JUAN CARLOS RICO ESCOBAR

NOVIEMBRE DE 2020

1. INTRODUCCIÓN

El Sistema General de Pensiones, contemplado en la Ley 100 de 1993 (Congreso de la República de Colombia, 1993), está compuesto por dos regímenes solidarios: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPM) y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

Este último está basado principalmente en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus rendimientos financieros, así como de la solidaridad a través de las garantías de pensión mínima, y se causa, de acuerdo con el artículo 64 de dicha Ley, cuando el afiliado reúne en su cuenta individual el capital necesario para financiar su vejez, sin consideración a una edad mínima.

La principal característica de la pensión de vejez en el RAIS, de acuerdo con Arenas (2018), consiste en que no está sometida, en principio, a requisito de edad ni semanas de cotizaciones; es decir, que la pensión de vejez depende sustancialmente del ahorro y de los rendimientos obtenidos a través del tiempo.

Por su parte, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, el derecho a pensión se causa, conforme al artículo 9 de la Ley 797 de 2003 (El Congreso de Colombia, 2003), cuando se cumplen el requisito de edad, 62 años para los hombres y 57 para las mujeres, y 1.300 semanas cotizadas.

Este mismo artículo contempla como causal de terminación de la relación laboral el cumplimiento de los requisitos establecidos para el reconocimiento de la pensión, siempre y cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones. Además de lo cual se ha de cumplir con lo establecido en la Sentencia C 1037 de 2003 (Corte Constitucional, 2003) que determina que no se puede dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.

De igual forma, el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 (El Congreso de Colombia, 2003), modificatorio del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 (Congreso de la República de Colombia, 1993), le otorga la facultad al empleador de solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez a nombre del trabajador o servidor público, siempre que transcurran treinta (30) días desde el cumplimiento de los requisitos establecidos en ese mismo artículo para tener derecho a esta. No obstante, dicha facultad está contemplada expresamente en el título II sobre el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida de la Ley 100 de 1993.

En una lectura gramatical y sistemática de la norma se podría intuir que lo allí expuesto es aplicable únicamente para el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo que conlleva a que los requisitos que se deben cumplir para que el empleador pueda hacer uso de su facultad, es que el trabajador haya alcanzado la edad y tiempo de cotización requeridos para la pensión, y que hayan transcurrido treinta días sin que el trabajador lo haya solicitado. Sin embargo, al efectuar un análisis del desarrollo Jurisprudencial de Sentencias, tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, se encuentran diferentes pronunciamientos que permitirían concluir que es posible establecer parámetros para la extensión de la facultad del empleador de solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez en nombre del trabajador, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

En este sentido, en la Sentencia SL2509-2017 (Corte Suprema de Justicia, 2017), la Corte Suprema de Justicia analizó la aplicación del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 (El Congreso de Colombia, 2003), como nueva causal para dar por terminadas las relaciones de trabajo, tanto públicas como

privadas, y acude al propósito de la norma y la intención del legislador con su expedición, determinando que su objeto es que los empleadores puedan disponer de las personas que tengan asegurada su pensión, en concordancia con el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, para “propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar” (Gómez, 2007, pp. 44-45), relevando a las personas de mayor edad por la población joven. Además, analiza bajo los preceptos de la igualdad que no existe un motivo objetivo que justifique un trato diferenciado; por el contrario, sería abiertamente desigual, que unos trabajadores puedan ser retirados y otros no, con base únicamente al tipo de pensión.

El máximo tribunal concluye que una interpretación de la norma que conduzca a que la causal de retiro por reconocimiento de la pensión ejercida por parte del empleador solo aplique a las pensiones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, “es una interpretación formalista de la norma, en la medida que incoherentemente se escinde su texto de las finalidades de la ley, como si ambos pudieran existir por sí solos” (Corte Suprema de Justicia, 2017).

Ante este planteamiento, surge la dicotomía respecto a la posibilidad o no del empleador de poder tramitar la solicitud de pensión a favor de un trabajador afiliado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad (RAIS), debido a la falta de regulación legal expresa para este régimen en particular, lo que cobra mayor relevancia si se considera que el reconocimiento de la pensión de vejez se establece como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta pertinente estudiar la facultad del empleador de solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez en nombre el trabajador en el Régimen de Ahorro Individual y, de ser procedente, determinar la forma en que operaría.

Para tal efecto, se hace necesario realizar un estudio detallado del reconocimiento de la pensión de vejez como justa causa para terminar la relación laboral, así como el desarrollo jurisprudencial y legal que se ha tenido sobre la materia y de la facultad de adelantar la solicitud de pensión por parte del empleador. Lo anterior permitirá determinar si esta facultad es propia del Régimen de Prima Media con Prestación Definida o si, por el contrario, es también aplicable para el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA SOLICITUD DE PENSIÓN POR PARTE DEL EMPLEADOR

Cuando al pasar treinta días desde el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión, el empleador no solicita su reconocimiento, la Ley faculta al empleador para tramitarla en nombre de aquel.

Esta facultad fue incorporada en el ordenamiento jurídico con la Ley 797 de 2003 (El Congreso de Colombia, 2003). No obstante, su aplicación data de fechas anteriores, pues ha tenido un desarrollo jurisprudencial que parte del análisis del reconocimiento de la pensión de vejez como justa causa para la terminación de la relación laboral, que a lo largo de los años ha sido objeto de distinto tratamiento en la normatividad nacional.

Esta justa causa nace del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965 (Presidente de la República de Colombia, 1965), que introdujo modificaciones a las justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo por parte del empleador, que consagraba el Código Sustantivo del Trabajo en el artículo 62, respecto de la terminación sin previo aviso, y en el artículo 63, sobre la terminación con previo aviso.

Una de esas modificaciones implicó la subrogación del artículo 63 por el artículo 62, que se denominó “terminación del contrato por justa causa”, diferenciando entre aquellas que no requieren de previo aviso y las que sí, contemplando para estas un aviso anticipado de quince (15) días. Es precisamente dentro de estas últimas en las que se incluyó como nueva causal, en el numeral 14° parte A de dicho artículo, “el reconocimiento al trabajador de la pensión de la jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa” (1965).

En tal sentido, si bien esta causal existe en nuestro ordenamiento jurídico desde aquella modificación, la misma ha sido objeto de diferentes variaciones en su aplicación, las cuales se pueden identificar en tres periodos distintos: antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; posteriormente, al implementar el Sistema General de Pensiones con la Ley 100 de 1993 y, por último, la Ley 797 de 2003, que introdujo modificaciones al Sistema.

3.1 Antes del Sistema General de Pensiones – Ley 100 de 1993

Mediante Decreto 1373 de 1966 (Presidente de la República de Colombia, 1966) por el cual se reglamentó, entre otros, el artículo 7° del Decreto extraordinario 2351 de 1965, en su artículo 3°, se estableció que la justa causa para terminar el contrato de trabajo por el reconocimiento de la pensión de jubilación sólo procedía cuando se tratase de “pensión plena de acuerdo con la ley, la convención, el pacto colectivo o el laudo arbitral.” Sin embargo, este precepto fue declarado nulo por el Consejo de Estado mediante Sentencia del 13 de diciembre de 1967, por considerar que el Presidente no podía, en uso de la facultad reglamentaria, establecer una distinción de las pensiones a las cual le aplicaba, si la misma no estaba contenida en la norma reglamentada. (Consejo de Estado, 1967)

En razón a esa nulidad, fue expedida la Ley 48 de 1968 (El Congreso de Colombia, 1968) por la cual se adopta como legislación permanente algunos Decretos Legislativos, entre ellos, el Decreto 2351 de 1965. Esta Ley, en su artículo 3°, numeral 6°, estableció que “la pensión de jubilación a que se refiere el numeral 14 del artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965, es la consagrada en los

artículos 260 del Código Sustantivo del trabajo y 11 del Decreto 3041 de diciembre 19 de 1966.”¹ En ese orden, sólo el reconocimiento de esta pensión y no otras, como las voluntarias o las convencionales, constituían justa causa para la terminación del vínculo laboral (Ramírez & Rodríguez, 2020).

Sobre el asunto, la Jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 15 de abril de 1980, radicación 7034, estableció que esta causal sólo era procedente en el evento en que al trabajador se le reconociera la pensión y tuviera la seguridad de percibir su mesada pensional “desde el día siguiente de su desvinculación”. Según la Corte, esto se debe a que el propósito del legislador era que no existiera solución de continuidad al comienzo del pago de la pensión y por ello exigió que el reconocimiento se efectuase “estando al servicio de la empresa” (Corte Suprema de Justicia, 1980).

Es precisamente en esa Sentencia, donde se plantea en un primer momento, que las gestiones para el reconocimiento de la pensión podían ser adelantadas tanto por el trabajador como por el empleador, indicando que:

La circunstancia de que la pensión sea de cargo de los Seguros Sociales no autoriza al patrono para prescindir de los servicios del trabajador sin que previamente se le haya reconocido, ni hace inoperante la causal en el evento de que éste no gestione su reconocimiento. En tal caso, nada impide que lo haga el empresario, pues si la ley lo ha facultado para ponerle fin al contrato cuando la pensión deba reconocerla el Instituto, implícitamente le ha conferido también el poder de gestionar su otorgamiento en procura de la eficacia de aquel derecho de despedir. [...] El supuesto contrario, es decir, el desconocimiento de esta facultad en el patrono para dejarla exclusivamente en cabeza del trabajador y a su arbitrio, haría nugatoria la causal cuando se trate de pensiones a cargo del Instituto de Seguros Sociales, lo cual es inadmisibles

[...] Surge de estos preceptos, con fuerza incontrastable, la vigorización del legítimo interés del empresario de solicitar que a un trabajador suyo con derecho a ser pensionado por el Instituto de Seguros Sociales le sea reconocida la respectiva pensión, pues de este modo queda exonerado del gravamen de contribuir en las cotizaciones -que ya no tendrían causa ni le reportarían beneficios- por cuanto éstas en adelante serán a cargo del pensionado solamente, si en forma voluntaria opta por continuar haciéndolas para obtener en su exclusivo provecho, los incrementos contemplados en el parágrafo del artículo 57²”

Asiste, en consecuencia, suficiente interés jurídico al patrono para solicitar al Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento de la pensión de vejez a que legalmente tenga derecho un trabajador a su servicio, con el fin de dar por terminado el vínculo contractual, si lo desea, y liberarse del pago de cuotas de cotización” (Corte Suprema de Justicia, 1981).

¹ El artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, establecía como requisitos el tener cincuenta y cinco (55) años si es hombre o cincuenta (50) si es mujer, más veinte (20) años de servicios, y para los regidos por el Decreto 3041 de 1966, sesenta (60) años hombre o cincuenta y cinco (55) si es mujer y acreditar 500 semanas de cotización durante los últimos veinte (20) años anteriores a cumplir la edad, o mil (1000) semanas cotizadas en cualquier tiempo

² Se refiere al Artículo 57 del Decreto 3041 DE 1966 “Por el cual se aprueba el reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte”, en cuyo parágrafo se estipuló que “Es entendido que la pensión de que trata este artículo 11 se incrementará en un 1.2% por cada 50 semanas de cotización, si el asegurado siguiere cotizando voluntariamente después de cumplir los 60 años de edad.”

Esta Sentencia pone en evidencia la relación existente entre la justa causa para la terminación de la relación laboral y la posibilidad de que el empleador pueda tramitar la pensión en nombre del trabajador, en razón a la exoneración de la contribución en los aportes, además de quedar eximido del pago de indemnizaciones por despido injusto. Sin embargo, se limita tal facultad únicamente en que el trabajador esté aun prestando los servicios a la empresa, tal como lo señala el Código Sustantivo del Trabajo tras la modificación del Decreto 2351 de 1965 (Presidente de la República de Colombia, 1965), y que haya certeza de que no exista solución de continuidad entre el despido y el disfrute de la pensión, que debe ser desde el día siguiente de su desvinculación, pues en caso contrario el despido sería injusto (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, 1981)

Lo expuesto, demuestra un condicionamiento a la aplicación de esta causal, así como la aceptación vía jurisprudencia de la posibilidad que el empleador pudiera adelantar los trámites pertinentes para el reconocimiento de la pensión del trabajador. Sin embargo, se hace preciso mencionar que tal aparte jurisprudencial solo se refiere a las pensiones a cargo del Instituto de Seguros Sociales, pues para tal fecha el Régimen de Ahorro Individual no se encontraba consagrado en la Ley.

3.2 Ley 100 de 1993.

El artículo 33° de la Ley 100 de 1993 (Congreso de la República de Colombia, 1993), ‘Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones’, estableció como requisito para obtener la pensión en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, el haber cumplido cincuenta y cinco (55) años si es mujer o sesenta (60), si es hombre, y haber cotizado mínimo mil (1.000) semanas en cualquier tiempo. Adicionalmente, en su parágrafo tercero, también consagró la posibilidad de que los trabajadores pudieran decidir seguir trabajando y cotizando durante cinco (5) años adicionales, a pesar de haber alcanzado el número de semanas cotizadas requeridas. Lo anterior con una expresa y doble finalidad: para aumentar el monto de la pensión o para completar los requisitos requeridos para la misma. En su literalidad, estipuló:

PARÁGRAFO 3°. No obstante, el requisito establecido en el numeral dos (2) de este artículo, cuando el trabajador lo estime conveniente, podrá seguir trabajando y cotizando durante 5 años más, ya sea para aumentar el monto de la pensión o para completar los requisitos si fuere el caso (1993).

Esta disposición fue reglamentada mediante Decreto 692 de 1994 (Presidente de La República de Colombia, 1994), en el cual se estableció, en su artículo 19, la obligación de efectuar cotizaciones durante la vigencia de la relación laboral, realizando distinciones dependiendo del régimen pensional al que perteneciera el afiliado. Para el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se determinó que la obligación de cotizar cesa cuando el afiliado cumpla los requisitos para obtener la pensión de vejez o la de invalidez, permitiendo, en todo caso, que el afiliado pueda seguir realizando cotizaciones a su cargo³, aun cuando haya cumplido los requisitos para la pensión de vejez. Por su parte, para el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en principio, la obligación termina cuando se causa la pensión de invalidez o de sobreviviente, o cuando el afiliado opte por pensionarse. Sin embargo, para este régimen se incluyó en el mismo artículo, además,

³ El artículo 19 del Decreto 692 de 1994, expresa: “En el caso del régimen solidario de prima media con prestación definida, la obligación de cotizar cesa cuando el afiliado cumpla los requisitos para obtener su pensión de vejez o cuando el afiliado se pensione por invalidez. No obstante haber cumplido los requisitos para la pensión de vejez, el afiliado podrá continuar cotizando, a su cargo, para aumentar el monto de su pensión”

que el empleador está obligado a seguir cotizando, mientras dure la relación laboral, y hasta que el trabajador cumpla sesenta (60) años si es mujer y sesenta y dos (62) años si es hombre.

En este mismo sentido, el artículo 64° de la Ley 100 de 1993 (Congreso de la República de Colombia, 1993), dispone que cuando el trabajador cumpla los requisitos para acceder a la pensión señalados para este régimen⁴, y opte por continuar cotizando, el empleador estará obligado a seguir realizando las cotizaciones a su cargo.

De estos dos últimos preceptos se hace necesario resaltar que para el RAIS, a diferencia del Régimen de Prima Media, no se estipuló la prerrogativa del trabajador de poder seguir cotizando por el término de cinco años adicionales al haber cumplido las semanas requeridas para obtener la pensión, sino que, en su lugar, dejó a decisión del afiliado la posibilidad de seguir cotizando, implicando para el empleador el deber de seguir realizando los aportes. No obstante, sí fijó para este régimen las edades mencionadas como límite para que cese la obligación de efectuar las cotizaciones que tenga a su cargo el empleador.

Ahora bien, la incorporación del artículo 33° de la Ley 100 de 1993, en su texto original, tuvo relación directa con la causal de terminación del contrato con justa causa por reconocimiento de la pensión de vejez, en tanto que reguló los requisitos para acceder a esta en el nuevo Sistema General de Seguridad Social, y adicionó la posibilidad de que el trabajador siguiera trabajando y cotizando aún después de cumplido tales requisitos. Al respecto la Corte Suprema de Justicia manifestó que:

Del texto literal de esas disposiciones surgiría que en realidad para que se configure la justa causa de despido que ellas regulan basta el reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación, vejez o invalidez. Sin embargo, como ha tenido oportunidad de precisarlo la Corte, lo tuvo en cuenta el ad quem y con acierto lo recuerda el opositor, en cuanto involucra cuestiones relativas a la seguridad social del trabajador, ese precepto hoy día debe ser interpretado y actualizado atendiendo las modificaciones normativas introducidas al sistema de seguridad social en materia de reconocimiento al derecho a la pensión de vejez, más aún si ellas guardan relación con la permanencia del trabajador en su empleo. Se destaca en la presente sentencia.

Por ello, es claro, que el numeral 14 del aparte a) del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965 actualmente no se halla vigente en los mismos términos en los que se expidió, pues dentro del sistema de seguridad social fue modificado por los artículos 33 de la Ley 100 de 1993 y 19 del Decreto 692 de 1994, que para la censura también fueron interpretados equivocadamente, disposiciones con las que debe armonizarse para su cabal entendimiento. (Corte Suprema de Justicia, 2014).

Estos cambios legislativos repercutieron en la facultad del empleador de solicitar la pensión de sus trabajadores, facultad que ya había sido reconocida por la Corte Suprema de Justicia desde 1980,

⁴ Conforme a lo señalado en el Artículo 64° de la Ley 100 de 1993, donde se contempla los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual, “Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE. Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a éste hubiere lugar”

pues la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral tomó nuevas y significativas posturas con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, al contemplar, en su texto original, la posibilidad de que el trabajador, una vez cumplida las semanas requeridas para acceder a la pensión, optara por seguir cotizando y trabajando por cinco años más.

Al respecto, sobre la facultad del empleador de solicitar la pensión en nombre del trabajador, la Jurisprudencia estableció que si la empresa desea adelantar los trámites cuando el trabajador ha cumplido los requisitos de edad y tiempo cotizado para acceder a su jubilación, establecidos en el artículo 33° de la Ley 100 de 1993 en su concepción primaria, se debe hacer saber previamente al trabajador de tal intención, para que manifieste si quiere retirarse o, en su lugar, continuar trabajando y cotizando (Corte Suprema de Justicia, 1999). En caso de no dar cumplimiento a esa consulta, la justa causa no sería válida y, en consecuencia, el despido sería injusto. En tal sentido, en la providencia del 25 de noviembre de 2002, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, manifestó:

Por lo tanto, en la forma como ese precepto fue tácitamente reformado, ahora resulta que adicional a la facultad del empleador de solicitar al Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento de la pensión por vejez a un trabajador que haya cumplido los requisitos legales, para que pueda válidamente hacer uso de la justa causa de terminación que allí se establece, se requiere que previamente a la solicitud que eleve ante el citado instituto, haga saber de su intención al trabajador para que éste tenga la oportunidad de oponerse a esa petición, si considera que ella le impide la posibilidad de continuar trabajando y cotizando durante 5 años más, tal como lo permite el parágrafo 3° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, ‘ya sea para aumentar el monto de la pensión o para completar los requisitos si fuere el caso (Corte Suprema de Justicia, 2002).

Esta nueva postura se argumentó, como se ha evidenciado, principalmente en que con la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social, la justa causa de despido por reconocimiento de pensión tuvo una modificación tácita en cuanto a las pensiones de vejez reconocidas por el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al contemplarse en este la prerrogativa del trabajador de seguir trabajando y realizando cotizaciones, a su cargo, por cinco años adicionales, pues si el deseo del asalariado es su continuidad, la empleadora tendría la obligación de permitirlo.

Además de lo expuesto, la Corte consideró que si la disposición legal le concede al trabajador la facultad de seguir cotizando al régimen pensional, la misma no puede ser frustrada por el empleador, al asumir de forma unilateral y sin consulta, la decisión de solicitar la pensión del trabajador para poder terminar la relación laboral (Corte Suprema de Justicia, 2005). Sin embargo, ese deber tenía el mismo límite temporal de los cinco años establecidos para poder seguir cotizando, ya que, pasado ese tiempo, después de que el trabajador cumpliera los requisitos para su pensión, el empleador podría solicitarla sin necesidad de la consulta a aquel (Corte Suprema de Justicia, 2019).

Es importante señalar que esta postura fue adoptada por la Corte Suprema de Justicia por decisión mayoritaria, mediante Sentencia del 8 de octubre de 1999 expediente 11832 (Corte Suprema de Justicia, 1999), postura que fue reiterada incluso en sentencias posteriores a la entrada en vigencia

de la modificación introducida por la Ley 797 de 2003⁵ (El Congreso de Colombia, 2003), claro está, aplicándose sobre situaciones en las que se consolidó el derecho de pensión con los requisitos de la Ley 100 de 1993 (Congreso de la República de Colombia, 1993). Sin embargo, este mismo criterio fue adoptado por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-1443 del 2000 (Corte Constitucional, 2000), en la que se condicionó la exequibilidad del reconocimiento de la pensión como justa causa para terminar la relación laboral, causal contemplada en el numeral 14 parte A, del artículo 62° del Código Sustantivo del Trabajo.

En esta oportunidad, la Corte Constitucional analizó su constitucionalidad a la luz de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en particular, sobre lo consagrado en el parágrafo 3° de su artículo 33. En su análisis, la Corte indica que “la causal demandada no puede convertirse en una patente de curso otorgada por el legislador al empleador, para decidir, por sí y ante sí, cuándo terminar la relación laboral” (Corte Constitucional, 2000) y que, por el contrario, debía tenerse en cuenta la opinión del trabajador, pues ello implica la posibilidad de mejorar las condiciones de su pensión, al poder seguir y trabajado.

Por lo anterior, la Corte Constitucional declaró condicionalmente exequible la causal de terminación del contrato con justa causa por el reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación, en el entendido que el empleador no puede darlo por terminado en forma unilateral y por justa causa basándose en esta causal, si previo al reconocimiento de la pensión de vejez no consulta al trabajador si deseaba hacer uso de la facultad de seguir cotizando durante cinco (5) años más.

Aunado a esto, en Sentencia C-107 de 2002 (Corte Constitucional, 2002), el máximo tribunal constitucional estudió si el término “durante 5 años más” contenido en el parágrafo 3°, del artículo 33°, de la Ley 100 de 1993, se ajustaba a la Constitución Política, por cuanto el accionante consideró que ese periodo configuraba una limitación al derecho de trabajo, limitándolo a los 65 años si es hombre y 60 si es mujer.

En tal sentido, en la parte resolutive de la sentencia, se declaró exequible bajo el entendido que dicha expresión se trataba de una garantía de estabilidad laboral para los trabajadores, permitiéndoles aumentar el monto de la pensión o seguir trabajando y cotizando para lograr adquirir la pensión, indicando que “siempre que se entienda que se trata de una garantía especial de estabilidad para el trabajador que dentro de dicho término está en la posibilidad de adquirir el status de pensionado. Quienes no estén en esta situación no quedan cobijados con este amparo, pues ello implicaría que so pretexto de la expectativa de adquirir la pensión se le imprimiera al principio de estabilidad laboral un carácter absoluto del cual carece” (Corte Constitucional, 2002),.

De igual forma, indicó que dicho lapso no impide que el trabajador continúe prestando sus servicios por un periodo superior hasta adquirir los requisitos de pensión.

⁵ Verbigracia las Sentencias SL18716-2002, SL18908-2003, SL20954-2004, SL23549-2005, SL24361-2005, SL3088-2014 y SL5287-2019.

3.3 Ley 797 de 2003.

La Ley 797 de 2003 (El Congreso de Colombia, 2003), realizó una reforma al Sistema General de Pensiones, dentro de la cual se incluyó en su artículo noveno, la modificación al artículo 33° de la Ley 100 de 1993.

Dentro de los cambios introducidos, además de los relativos a los requisitos para obtener la pensión de vejez, esta reforma introdujo diferentes aspectos fundamentales en cuanto a la terminación de la relación laboral por reconocimiento de la pensión.

En primer lugar, se eliminó la facultad que atribuía al trabajador la opción decidir si deseaba seguir cotizando por cinco (5) años más, sin perjuicio de haber alcanzado el número de semanas cotizadas requeridas en el Régimen de Prima Media. En su lugar, el parágrafo tercero, estipuló que el cumplir los requisitos para tener derecho a la pensión “establecidos en este artículo”⁶, constituye justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, la cual sólo procedería cuando se reconozca o se notifique la pensión “por parte de las administradoras del sistema general de pensiones”.

Pese a esta nueva regulación, esta causal no representa mayor novedad, teniendo en cuenta que en el ya mencionado artículo 62 del Código Sustantivo del trabajo⁷, se encuentra estipulado el reconocimiento de la pensión como justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo por parte del empleador, existiendo diferencias casi incólumes, considerando que el nuevo artículo 33° de la Ley 100 de 1993, incluye la notificación de la pensión para la procedencia de la justa causa y se aplica tanto para el sector público como para el sector privado a las pensiones reconocidas bajo ese régimen pensional del Sistema General de Seguridad Social.

De igual forma, el parágrafo tercero del nuevo artículo 33°, en su inciso segundo, incorporó la posibilidad de que el empleador solicite el reconocimiento de la pensión, en nombre del trabajador, cuando haya transcurrido treinta (30) días después de haber cumplido los requisitos establecidos en ese artículo, sin que el trabajador la haya solicitado. Sin embargo, si bien esta facultad se incorporó expresamente en el ordenamiento Jurídico con la Ley 797 de 2003 (El Congreso de Colombia, 2003), tal prerrogativa ya venía teniendo aplicación en razón a la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. No obstante, sí incluyó la novedad del término a partir del cual el empleador puede iniciar los trámites de la pensión en nombre de su trabajador. A su vez, en el inciso tercero, se estableció que “lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones”.

En contraste con la anterior regulación, este nuevo texto del inciso segundo del parágrafo tercero, sustituye completamente el deber de consultar al trabajador si deseaba optar por la opción de seguir trabajando a pesar de haber alcanzado los requisitos para la pensión. En su lugar, le otorgó al empleador la facultad de gestionar y tramitar su reconocimiento en nombre de aquel, permitiéndole consecuentemente, que una vez le sea reconocida, poder aplicar la causal de despido con justa causa.

⁶ Se refiere al artículo 33° de la Ley 100 de 1993, donde se consagran los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el Régimen de Prima Media con prestación definida, es decir, lo relativo a la edad y semanas cotizadas.

⁷ El Artículo establece que “El reconocimiento al trabajador de la pensión de la jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa”

Es precisamente por la justa causa, que cobra mayor relevancia determinar la aplicación de esta prerrogativa en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad o si su aplicación a las relaciones laborales es de carácter restrictivo, y en esa medida, la facultad que adjudicó al empleador es exclusiva para el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, perdiendo de vista lo consagrado en el inciso tercero del parágrafo al que se arguye, en el que se establece que tales disposiciones rigen al sistema general de pensiones, que incluye los dos regímenes en estudio.

Ahora bien, el nuevo texto del parágrafo 3° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 (Congreso de la República de Colombia, 1993), fue objeto de estudio de constitucionalidad mediante Sentencia C-1037 de 2003 (Corte Constitucional, 2003). En esta oportunidad, la acción tuvo como fundamento que, según el actor, el consagrar la potestad del empleador de dar por terminada la relación laboral pública o privada por el reconocimiento de la pensión y el poder solicitarla en nombre del trabajador, vulnera la libertad y el libre desarrollo de la personalidad de los trabajadores “al obligarlos a realizar conductas no queridas”, así como el derecho al trabajo, igualdad y la irrenunciabilidad de los derechos laborales, entre otros.

Para la Corte Constitucional, la disposición acusada se ajusta a los preceptos de la Carta Política, por la facultad de libre configuración legislativa, en el que se habilita al legislador a desarrollar la materia, siempre que se respete los valores y límites constitucionales. Al respecto, la Corte analiza las discusiones que se llevaron a cabo para la aprobación de la Ley 797 de 2003 (El Congreso de Colombia, 2003), concluyendo que si un trabajador ha laborado durante el tiempo suficiente para tener derecho a la pensión, es apenas razonable que se prevea la terminación de la relación laboral, pues al tener acceso a la pensión, la persona no queda desamparada cuando ve disminuida su capacidad de producción laboral y, a su vez, se crea la posibilidad de que los cargos sean ocupados por nuevas personas.

En ese sentido, el máximo tribunal constitucional declaró la exequibilidad de la norma, adicionando que, además de la notificación del reconocimiento de la pensión, es requisito indispensable para la configuración de la justa causa la notificación de la inclusión del trabajador en la nómina de pensionados. Esto considerando que no debe existir solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y el pago de la mesada pensional para asegurar los ingresos mínimos vitales del trabajador. Sin embargo, respecto del cargo de inconstitucionalidad de la solicitud de la pensión por parte del empleador, la Corte no expresó argumento adicional.

Ahora bien, respecto del condicionamiento de exequibilidad establecido en la Sentencia C-1443 del 2000 (Corte Constitucional, 2000), en la que se señaló que se requiere consultar al trabajador si deseaba hacer uso de la facultad de seguir cotizando durante cinco (5) años más, para poder proceder tanto a la solicitud de pensión en nombre de aquel, como para alegar la justa causa, toda vez que ese deber es inexistente en la Ley 797 de 2003, la exigencia de consultar al trabajador su intención quedó derogada a partir del 29 de enero de 2003, fecha de la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 (Corte Suprema de Justicia)

En este orden de ideas, bajo el desarrollo normativo y jurisprudencial expuesto, se puede identificar claras características entre los tres momentos, de la siguiente manera:

	Antes de la Ley 100 de 1993	Ley 100 de 1993	Ley 797 de 2003
Sustento normativo	<p>Decreto 2351 de 1965. Artículo 7°. Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo: [...] 14. Reconocimiento al trabajador de la pensión de la jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa.</p>	<p>Artículo 33°. [...] PARÁGRAFO 3o. No obstante el requisito establecido en el numeral dos (2) de este artículo, cuando el trabajador lo estime conveniente, podrá seguir trabajando y cotizando durante 5 años más, ya sea para aumentar el monto de la pensión o para completar los requisitos si fuere el caso.</p>	<p>Artículo 9°. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993, quedará así: [...] PARÁGRAFO 3o. Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión.</p> <p>El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones. Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel. Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones.</p>
Configuración de la justa causa	Se debe reconocer la pensión estando el trabajador al servicio de la empresa, y exista certeza de que podrá percibirla desde el día siguiente de su desvinculación, sin solución de continuidad.	Para su aplicación se requería consultar al trabajador si quería seguir trabajando y cotizando, a su cargo, durante cinco años más.	Se requiere la notificación de inclusión en nómina de pensionados.
Solicitud de pensión por parte del empleador	Se aplicaba por disposiciones jurisprudencial.	Se aplicaba por disposiciones jurisprudencial.	Se aplica por disposición legal cuando han pasado 30 días desde el cumplimiento de los requisitos de pensión de vejez, sin que el trabajador lo haya solicitado.

3.4 Decreto 2245 de 2012

A raíz de la sentencia C 1037 del 5 de noviembre de 2003 (Corte Constitucional, 2003), en la que la Corte Constitucional, declaró la exequibilidad condicionada del parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 (El Congreso de Colombia, 2003), adicionando el requisito de notificación de

la inclusión en nómina del pensionado para proceder con la terminación de la relación laboral con justa causa, el Gobierno Nacional, expidió el Decreto 2245 del 31 de octubre de 2012 (Presidente de La República de Colombia, 2012), en el que se reglamentó el inciso tercero de la disposición en comento.

La parte motiva de esta regulación atiende lo dispuesto en esa sentencia, procurando garantizar que no exista solución de continuidad entre la fecha del retiro y aquella en la que efectivamente se empiece a disfrutar la pensión, con la notificación de la inclusión en nómina. Para tal efecto, estableció unas medidas, las cuales, conforme a lo señalado en su artículo primero “aplican a los empleadores de los sectores público y privado y a las administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.”

Por otra parte, en su artículo segundo, este Decreto contempla el deber que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones o las entidades competentes para efectuar el reconocimiento de pensiones de vejez, de informar al empleador el acto por el cual reconocen la pensión, dentro de los diez (10) días siguientes al mismo (2012).

De igual forma, consagró el procedimiento a seguir para hacer uso de la facultad de terminar la relación laboral con justa causa, indicando que el empleador debe informar por escrito y con tres meses de antelación, a la respectiva administradora de pensiones, la fecha a partir de la cual se efectuará la terminación del vínculo. Aquella, a su vez, deberá informar al empleador y al beneficiario de la pensión, la fecha exacta de la inclusión en nómina de este, dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la comunicación que haya enviado el empleador. Asimismo, condicionó el retiro del trabajador a la inclusión en nómina de pensionados.

Ahora bien, sobre el asunto llama la atención que, de acuerdo con su epígrafe y al desarrollo del articulado, la reglamentación va dirigida al inciso primero de la disposición estudiada, la cual expresa la sujeción de la justa causa para la terminación de la relación laboral, a los requisitos establecidos en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (Ramírez & Rodríguez, 2020). Sin embargo, no es menos cierto que lo contemplado en el artículo primero, al determinar su aplicabilidad al Régimen de Ahorro Individual, también desarrolla el precepto del inciso tercero del mismo párrafo, el cual establece que lo allí dispuesto se aplica los afiliados al sistema general de pensiones, y no sólo al Régimen de Prima Media. En ese orden, lo que podría resultar en una imprecisión regulatoria, partiendo de la presunción de legalidad de la cual gozan los Actos Administrativos, hasta tanto este se encuentre vigente y sin pronunciamiento en contrario, el Decreto en mención tiene plena validez reglamentaria y, por tanto, lo allí dispuesto debe ser aplicable a ambos regímenes.

Dentro de este marco resulta procedente, en gracia de discusión, cuestionar si en consideración al ámbito de aplicación de este Decreto y al inciso tercero del párrafo en estudio, resulta aplicable al RAIS la justa causa contemplada en la Ley 797 de 2003 (El Congreso de Colombia, 2003). No obstante, se debe recordar que dicha causal también se encuentra prevista en el Código Sustantivo del Trabajo, en el artículo 62, literal A numeral 14, luego de la modificación surtida con el Decreto 2351 de 1965, razón por la cual la terminación del contrato de trabajo por reconocimiento de la pensión, resulta aplicable a este régimen, independientemente de lo contemplado en la Ley 797 de 2003.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 5 de junio de 2007 radicación No. 29211, estableció que “no hay razón alguna para que actualmente se

sostenga que no aplican a las pensiones de vejez, reconocidas bajo el Sistema de Ahorro Individual con Solidaridad, pues, al fin y al cabo se trata del acceso del trabajador a una pensión de vejez.” Argumentado en que el propósito del legislador para autorizar el despido, “no fue otro que el de que no existiera solución de continuidad entre la cesación en el pago del salario y el comienzo de la cancelación de la mesada pensional, para lo cual exigió que el otorgamiento pensional ocurriera estando el trabajador al servicio de la empresa” (Ramírez & Rodríguez, 2020)

Ahora bien, no resulta igual de palpable cuando se trata de la aplicación de la justa causa en la relación legal y reglamentaria para los afiliados al Régimen de Ahorro Individual, pues la aludida causal está contemplada en el Código Sustantivo del Trabajo. Razón por la cual, a primera vista, ameritaría un estudio específico respecto de la aplicación extensiva del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 (El Congreso de Colombia, 2003), por cuanto en esta sí se especifica que reglamenta a las relaciones de trabajo del sector público. Sin embargo, de acuerdo con el Decreto 1083 de 2015, (Presidente de La República de Colombia, 2015) reglamentario del sector de la función pública y al artículo 41 de la Ley 909 de 2004 (El Congreso de Colombia, 2004), una de las causales de retiro del servicio, es precisamente el haber obtenido la pensión de jubilación o vejez, la cual opera a partir de que el funcionario es incluido en la nómina de pensionados de la entidad, conforme al condicionamiento de exequibilidad establecido en la Sentencia C 501 de 2005⁸ (Corte Constitucional, 2005),

Por lo anterior, se puede determinar con grado de certeza que la causal de terminación de la relación laboral, pública o privada, por reconocimiento de la pensión, se aplica en el Régimen de Ahorro Individual, independientemente de si es procedente o no la extensión de lo establecido en el parágrafo 3° del artículo 33° de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003 (El Congreso de Colombia, 2003).

En orden de lo expuesto, se puede considerar que cualquier estudio sobre el asunto resultaría en la misma precisión. No obstante, no resulta igual de concreto en cuanto a la posibilidad de solicitar la pensión por parte del empleador en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por no existir norma que de forma clara y expresa lo contemple.

4. SOLICITUD DE PENSIÓN POR PARTE DEL EMPLEADOR EN EL RÉGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA

La facultad otorgada al empleador, con la modificación de la Ley 797 de 2003 (El Congreso de Colombia, 2003), quedó inmersa en la Ley 100 de 1993 referida al “sistema de seguridad social integral” y más específicamente al Título II sobre el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Capítulo II destinado a fijar las reglas de la pensión de vejez de dicho régimen solidario. De este modo, no hay discusión alguna respecto de su aplicación para los afiliados a este régimen.

Ahora bien, debe entenderse que el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, estableció dos prerrogativas: La primera, que una vez el trabajador cumpliera con los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez, pudiera invocarse como justa causa para dar por terminada cualquier relación laboral

⁸ Lo anterior, debe entenderse sin perjuicio de lo establecido en el artículo 2 de la Ley 1821 de 2016, sobre la opción de permanecer en el cargo hasta la edad de retiro forzoso.

pública o privada, cuando fuera reconocida o notificada la pensión, y la segunda, al facultar al empleador para solicitar el reconocimiento de la misma a nombre de aquel. Sin embargo, debe precisarse que para que proceda la justa causa por reconocimiento de la pensión, debe tenerse en cuenta las siguientes precisiones, sin distinción de si lo solicita el principal interesado o el empleador en uso de su prerrogativa:

1. Tal como el artículo en mención lo determina, la justa causa se aplica tanto a los trabajadores del sector privado, como a los servidores públicos.

No obstante, frente a estos últimos, debe analizarse en conjunto con lo establecido en el artículo 2° de la Ley 1821 de 2016 (El Congreso de Colombia, 2016), ‘Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas’, ampliándola hasta los 70 años, según el cual:

Quienes, a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, accedan o se encuentren en ejercicio de funciones públicas podrán permanecer voluntariamente en los mismos, con la obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social (salud, pensión y riesgos laborales), aunque hayan completado los requisitos para acceder a la pensión de jubilación. A las personas que se acojan a la opción voluntaria de permanecer en el cargo, en los términos de la presente ley, no les será aplicable lo dispuesto en el parágrafo 3o del artículo 9o de la Ley 797 de 2003.

Lo anterior implica que para el sector público existe una edad diferencial correspondiente a la del retiro forzoso, lo que conlleva a dejar sin aplicación la justa causa de terminación de la relación legal y reglamentaria que se prevé en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 (El Congreso de Colombia, 2003), así como la posibilidad de solicitud de pensión por parte del empleador para ese sector, cuando la persona decida seguir en ejercicio de sus funciones hasta los 70 años⁹.

No obstante, la jurisprudencia ha sostenido que la edad de retiro forzoso es una causal autónoma de terminación de la relación laboral en el sector público, sean trabajadores oficiales (vinculados mediante contrato de trabajo) o empleados públicos (relación legal y reglamentaria) distinta a la justa causa, por reconocimiento de la pensión. Al respecto, en Sentencia SL700-2018 (Corte Suprema de Justicia, 2018), la Corte Suprema de Justicia, los diferenció de forma concreta en el cuadro que se cita a continuación:

EDAD DE RETIRO FORZOSO (Dto. 2400/68 y demás normas complementarias y reglamentarias)	PENSIÓN COMO CAUSAL DE RETIRO (Parágrafo 3° de la Ley 100/93 modificada por la Ley 797/03)
Llegada la edad señalada en la ley, el retiro es de carácter imperativo.	Es facultativa, en consecuencia, el empleador podrá o no utilizarla según lo estime pertinente.
Su aplicación, no exige que el servidor reúna requisitos para la pensión.	Su aplicación, exige que el servidor reúna los requisitos de edad y densidad de semanas cotizadas al sistema, así como tener reconocido el derecho a la pensión y estar incluido en nómina de pensionados.
Se configura con 65 años de edad - hoy en 70-.	El derecho a la pensión se adquiere a los 57 años para la mujer y 62 para los hombres.

⁹ La Ley 1821 de 2016 fue objeto de estudio de exequibilidad mediante Sentencias C 084 y C 135 de 2018, concluyendo, en ambas, que la exclusión de la aplicación del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, se ajusta a los preceptos constitucionales.

Pese a lo anterior, antecedentes jurisprudenciales vía tutela, han ordenado el reintegro de personas retiradas del servicio por el cumplimiento de la edad de retiro forzoso, cuando el servidor público no tenía garantizado su acceso a pensión de vejez, ordenando el reintegro hasta tanto comience a percibir las mesadas pensionales. En tal sentido, la Sentencia T 007 de 2010, donde además de lo ya señalado, esa corporación recordó al empleador, que “el Parágrafo 3º, del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, posibilita al empleador para que coadyuve en la solicitud de la pensión, si cumplidos los requisitos el trabajador no la solicita, entonces el empleador podrá hacerlo a nombre del trabajador” (Corte Constitucional, 2010)

Por otra parte, se puede considerar que lo expresado en la Ley 1821 de 2016 (El Congreso de Colombia, 2016), al otorgar la posibilidad a los trabajadores del sector público de seguir cotizando hasta la edad de retiro forzoso y dejando sin efecto lo establecido en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 (El Congreso de Colombia, 2003), constituiría una vulneración al principio de igualdad, frente a los trabajadores del sector privado. Lo cierto es que la Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido que establecer esa edad diferencial no constituye vulneración alguna al artículo 13º de la Constitución Política de Colombia “al comparar la situación de los servidores públicos respecto de los trabajadores privados, pues frente a cada uno de ellos existen reglas especiales que rigen la forma de terminación de su vínculo. Por ende, no cabía reparo alguno respecto de la expresión prevista en el parágrafo, por virtud de la cual: "No podrá obligarse a ningún funcionario o empleado público a retirarse del cargo por el sólo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso". (Corte Constitucional, 2018)

2. La justa causa solo puede aplicarse cuando la administradora le notifica al trabajador el reconocimiento de la pensión y su inclusión en nómina, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 2245 de 2012 y a lo establecido por la Corte Constitucional en sentencia C-1037-2003, a fin de que no exista solución de continuidad entre la fecha de la desvinculación y la percepción de la pensión (Corte Suprema de Justicia).

3. El uso de la causal, así como de la posibilidad del empleador de solicitar la pensión, es facultativo de este y no de obligatoria aplicación. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia señaló:

El enunciado «podrá» contenida en los incisos 1º y 3º de la norma, expresa que «el retiro del trabajador por reconocimiento de la pensión de vejez entraña una decisión discrecional del empleador. Luego, no se trata de una causal de forzoso acatamiento, sino de una facultad que la ley le brinda al empleador y de la cual puede hacer uso cuando estime conveniente que el servidor ha cumplido su ciclo laboral en la empresa o entidad (Corte Suprema de Justicia, 2019).

Pero, para poder proceder a la solicitud, con base en lo expresado en la norma, se requiere a su vez que transcurran treinta (30) días después de que el trabajador cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, sin que este la solicite.

4. No le es aplicable el principio de inmediatez. En este orden de ideas, puede ser aplicada cuando el empleador lo estime conveniente, sin consideración al tiempo que ha pasado desde el reconocimiento de la pensión. (2019). Incluso, bajo el mismo análisis para la exoneración de la inmediatez, podría aplicarse, igualmente, a la solicitud de pensión por parte del empleador, en el entendido de que puede hacer uso de tal facultad en cualquier momento, después de los treinta días

siguientes al cumplimiento de los requisitos de pensión del trabajador, sin que este inicie las acciones pertinentes para su reconocimiento.

5. PROCEDENCIA DE LA SOLICITUD DE PENSIÓN POR PARTE DEL EMPLEADOR EN EL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

Dejando por sentado que, al pasar treinta días desde el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión, el trabajador no solicita su reconocimiento, la Ley 797 de 2003 (El Congreso de Colombia, 2003) y la jurisprudencia le otorga al empleador la facultad de tramitarla en nombre de aquel. No obstante, como se mencionó, dicha facultad está contemplada expresamente en el título II sobre el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida de la Ley 100 de 1993 (Congreso de la República de Colombia, 1993). Por su parte la literalidad de la norma establece de forma expresa, que: [...] transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel.”

En este orden, el contexto normativo de tal disposición, al señalar el deber de cumplir “con los requisitos establecidos en este artículo”, se refiere expresamente a los exigidos para el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, que consta de las edades específicas y semanas cotizadas.

Dicho lo anterior, en una lectura gramatical y sistemática de la norma, se podría intuir que lo allí expuesto es aplicable únicamente para este régimen, lo que conlleva a que los requisitos que se deben cumplir para que el empleador pueda hacer uso de su facultad, es que el trabajador haya alcanzado la edad y tiempo de cotización requeridos para la pensión, y que transcurran treinta días sin que el trabajador la solicite.

Pese a lo anterior, a renglón seguido, en el mismo párrafo, en su inciso tercero se establece que “Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones.”

Con lo expuesto, no obsta mencionar que de acuerdo con el artículo 13° de la Ley 100 de 1993 (Congreso de la República de Colombia, 1993), el Sistema General de Pensiones está compuesto por dos regímenes excluyentes entre sí pero que coexisten. A saber, el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Al hacer mención este inciso que lo consagrado en ese artículo rige a todo el régimen pensional (y no únicamente al RPM) permite sugerir que la facultad aludida también es aplicable para el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad. Tal afirmación llama la atención al cuestionar la finalidad de esta disposición, pues si no fuera otra que permitir la extensión al RAIS, su consagración se tornaría en inoperable e insustancial, debido a que la aplicación de esa prerrogativa es incuestionable para el Régimen de Prima Media.

Ante el anterior planteamiento al aplicar una interpretación teleológica de la norma, se encuentra que la Ley 797 de 2003 tuvo como uno de sus fundamentos el garantizar el relevo generacional (Consejo de Estado, 2020). En efecto, esta disposición surge del proyecto de ley número 056 de 2002 Senado y 055 de 2002 Cámara “por la cual se define el Sistema de Protección Social, se prevén algunos programas contra el riesgo del desempleo, 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”, donde la parte motiva se sustenta en el contexto socioeconómico de Colombia en esa época, en donde el desempleo estaba cercano al 20% y el subempleo al 35% de la población económicamente activa (Congreso de la República), por lo tanto, según su exposición de motivos, se buscó ofrecer a los empresarios y trabajadores, mejores oportunidades para la generación de empleo. (Congreso de la República, 2002)

Sin embargo, si bien en el artículo 12° del Proyecto de Ley número 056 de 2002 Senado (Senado de la República, 2002), se presentó una proposición de modificación significativa al artículo 33° de la Ley 100 de 1993, el párrafo tercero no reflejaba mayor cambio, salvo en lo relativo a la posibilidad de seguir cotizando por 5 años más, en el que se planteó que no fuera sólo decisión del trabajador, sino que sería de mutuo acuerdo con el empleador, tal como se muestra a continuación:

Ley 100 de 1993 (texto original)	Proyecto de Ley 56 de 2002 Senado.
<p>PARÁGRAFO 3o. No obstante el requisito establecido en el numeral dos (2) de este artículo, cuando el trabajador lo estime conveniente, podrá seguir trabajando y cotizando durante 5 años más, ya sea para aumentar el monto de la pensión o para completar los requisitos si fuere el caso.</p>	<p>Parágrafo 3°. No obstante el requisito establecido en el numeral 2 de este artículo, <u>cuando el trabajador cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión de vejez, de común acuerdo con el empleador,</u> podrá seguir trabajando y cotizando durante 5 años más, ya sea para aumentar el monto de la pensión o para completar los requisitos, si fuere el caso</p>

Sobre la propuesta, la Comisión Séptima Constitucional Permanente del Senado, presentó observaciones al proyecto de ley, señalando en particular sobre el párrafo 3° que la modificación no era conveniente porque no corregía la imprecisión que traía la Ley 100 y su mala redacción, “en tanto no es comprensible que se hable de la posibilidad de continuar cotizando por cinco años más para completar los requisitos, cuando se parte de la base de que la opción se ofrece es para quien ha cumplido ya los requisitos mínimos” (Congreso de la República, 2002). A su vez, se consideró que no era provechoso que la atribución del trabajador de optar por seguir cotizando por 5 años más, se modificare “por cuanto en la propuesta se abre un vasto campo de conflictos entre empleador y trabajador, en la medida en que está pretendiendo que sea de común acuerdo entre empleador y trabajador que se tome tal decisión [...]”, Adicionalmente, se señaló que era válido si lo que se buscaba con el mutuo acuerdo era que el empleador continúe con el deber de pagar las cotizaciones, mientras que se mantiene la relación laboral vigente, no obstante, si no hay acuerdo, no debía socavarse la posibilidad de que el trabajador pudiera asumirlas por su cuenta. (Congreso de la República, 2002).

Sin embargo, en Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley 56 de 2002 Senado, 55 de 2002 Cámara, (2002) las Comisiones Séptimas Constitucionales Permanentes en Sesiones Conjuntas, se presenta Pliego de Modificaciones, con una nueva adenda a dicho párrafo, proponiendo que el nuevo quedara así:

Parágrafo 3°. Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida la pensión por parte de las administradoras del Sistema General de Pensiones.

Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al Sistema General de Pensiones o a cualquier régimen exceptuado o especial.

De allí que se haya incorporado la justa causa para la terminación de la relación contractual pública o privada, al igual que se consagró el inciso que establece la aplicación al “sistema general de pensiones”, incluso la proposición lo extendía “a cualquier régimen exceptuado o especial”

No obstante, en ponencia de segundo debate al proyecto de ley en mención (Congreso de la República, 2002), en sesiones conjuntas de las comisiones séptimas constitucionales de Senado y Cámara, se aprobaron nuevas modificaciones al ahora artículo 9°, que según se indica en la Gaceta del Congreso 617, se incluyeron por redacción y se adiciona “en el último inciso del párrafo tercero a los trabajadores del sector privado, aclarando que no solo cobijaba a los servidores públicos, por lo tanto se corrige la redacción.”

Justo con esta nueva modificación, se incluye la facultad del empleador de solicitar la pensión en nombre del trabajador, transcurridos treinta (30) días después de haber cumplido los requisitos para acceder a ella, sin que este lo solicite. Además, se incluyó la notificación de la pensión para la procedencia de la justa causa, tal como está contemplado hoy día.

Posteriormente, según consta en Gaceta No. 43 del Congreso, fue eliminado del inciso tercero la aplicación “a cualquier régimen exceptuado o especial”.

Ahora bien, pese a que no se evidencia mayor explicación respecto de tales modificaciones que dan lugar al texto vigente del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 (El Congreso de Colombia, 2003), lo cierto es que las altas cortes han estudiado a través de sus providencias cuál fue la intención del legislador.

Verbigracia, en la ya mencionada Sentencia C 1037 de 2003 (Corte Constitucional, 2003), precisamente estudiando la exequibilidad del párrafo 3° en cuestión, la Corte Constitucional al analizar la facultad del empleador de terminar la relación laboral cuando un trabajador ha laborado durante el tiempo necesario para acceder a la pensión, llega a considerar que tal asignación es razonable y objetivo, en primer lugar porque la persona no queda desamparada al tener derecho a disfrutar su pensión y segundo porque crea la posibilidad de que el cargo que ocupaba sea copado por otra persona. Precisamente ante esa afirmación trae a colación la evaluación que hizo el Legislador en las discusiones que dieron origen a la Ley 797 de 2003, citando:

Todas estas tendencias en el sector productivo y el aparato social se reflejaron en el mercado laboral. La tasa de desempleo llegó a niveles no registrados nunca antes: más de 20% en el área urbana y cerca del 17% a nivel nacional, a finales de 2000, mientras que la tasa de ocupación se desaceleró en los últimos años y la participación se disparó [...].

El número de desempleados llega en la actualidad a más de tres millones, siendo los más afectados las personas de menor educación, lo más pobres, los más jóvenes y las mujeres, grupos en los que se registran altas tasas de desocupación [...].

Lo anterior contrasta con las pocas figuras contempladas por nuestra legislación laboral para la contratación de mano de obra, situación que puede estar reduciendo la demanda de empleo. Para evitar que los ajustes a la economía se den vía empleo,

sacrificando a los ciudadanos con menos posibilidades de defensa frente a fenómenos de esa naturaleza, se deben crear las condiciones que permitan absorber los choques de otra manera, y para esto se requieren cambios sustanciales en nuestras instituciones empresariales y laborales

De igual forma, el Consejo de Estado, en Sentencia del 27 de octubre de 2005, reiterada en Sentencia 2009-00211 del 30 de enero de 2020, analizando esta disposición, estableció que la Ley 797 de 2003, fue expedida “(...) para enfrentar los derechos pensionales garantizando equidad intrageneracional e intergeneracional, esto es, buscando que el relevo de unas generaciones por otras” (Consejo de Estado, 2020).

Además de las anteriores providencias, resulta de vital importancia traer a colación la Sentencia SL2509-2017¹⁰, en la cual la Corte Suprema de Justicia entró a analizar la aplicación del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, como nueva causal para dar por terminado de las relaciones de trabajo, tanto públicas como privadas, mencionando la complejidad de su configuración por tratarse a su vez, de temas del sistema pensional (Corte Suprema de Justicia, 2017).

En dicha Sentencia, la Corte acude al propósito de la norma y la intención del legislador con su expedición, determinando que su objeto es que los empleadores puedan disponer de las personas que tengan asegurado su pensión, en concordancia con el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, para promover el empleo de las personas en edad de trabajar a través del relevo generacional. En este sentido, de forma expresa, señaló:

(i) Desde el prisma de los propósitos útiles de la norma, la proposición objeto de análisis fue expedida con la intención de suministrar herramientas a los empleadores públicos y privados a fin de que estos puedan disponer libremente de las personas que tuvieran asegurado un ingreso pensional. Con lo anterior el legislador buscó dar satisfacción al mandato constitucional de «propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar» (art. 53 C.N.), mediante el relevo de las personas de mayor edad y la correlativa oportunidad dirigida a la población joven o en curso de su vida profesional de obtener nuevas fuentes de empleos. De otra parte, la instrumentación legal de esta política laboral atendió a la obligación del Estado de intervenir en la economía para dar «pleno empleo a los recursos humanos» (art. 334 C.N.), por medio de la redistribución y renovación de un recurso escaso, como lo son los empleos.

Además, se analizó bajo los preceptos de la igualdad, determinando que no existe un motivo objetivo que justifique un trato diferenciado, por el contrario, sería abiertamente desigual, que unos trabajadores puedan ser retirados y otros no, con base únicamente “al tipo de pensión o a la estructura jurídica de la misma”¹¹.

El máximo tribunal aterriza el anterior análisis concluyendo que una interpretación de la norma que conduzca a que la causal de retiro por reconocimiento de la pensión solo aplica a las pensiones

¹⁰ Reiterada en sentencias SL10770-2017, SL3108-2019, SL5018-2019, SL5287-2019, SL1391-2020, entre otras.

¹¹ De manera precisa, en sentencia SL2509-2017, la corte señaló: “(ii) Desde un plano de igualdad en la interpretación y aplicación de la ley, tampoco la Sala advierte un motivo objetivo que amerite impartir un trato diferenciado. De hecho, resultaría abiertamente desigual que en una misma entidad, unos trabajadores puedan ser retirados y otros no, con base en razones que atienden exclusivamente al tipo de pensión o la estructura jurídica de la misma. Esta lectura en la práctica conlleva a conceder privilegios y beneficios injustificados a los pensionados por jubilación (Ley 33 de 1985) por encima de otros servidores, lo que resulta inaceptable e incoherente axiológicamente.”

del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, “es una interpretación formalista de la norma, en la medida que incoherentemente se escinde su texto de las finalidades de la ley, como si ambos pudieran existir por sí solos” (subrayado fuera de texto)

Aunado a lo anterior, a renglón seguido expresó que “Necesariamente la adecuada comprensión de los textos legales impone al intérprete consultar sus propósitos útiles; letra y espíritu deben conjugarse en aras de lograr interpretaciones satisfactorias a las expectativas de la sociedad” (Corte Suprema de Justicia, 2017)

Si bien en esta providencia la Corte Suprema de Justicia hace referencia a la aplicación de esta causal para el reconocimiento de la pensión bajo los requisitos de la Ley 33 de 1985 (El Congreso de Colombia, 1985), es dable considerar que nada impide que dicho argumento sea extensivo a otro régimen pensional, incluyendo el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; por el contrario, según lo anota la misma corporación en la citada providencia, el no hacerlo constituye una infracción al Principio de Igualdad, que debe regir en el ordenamiento jurídico.

Conforme a lo expuesto, se puede colegir hasta este punto, que existen suficientes argumentos legales y jurisprudenciales que permiten aseverar la aplicación de la facultad del empleador en el RAIS de solicitar y tramitar en nombre de su trabajador la pensión, que al momento se circunscriben principalmente en dos manifestaciones:

- i. De origen legal, se encuentra el inciso tercero del párrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2009, que modificó el artículo 33° de la Ley 100 de 1993, que dispone que lo allí consagrado se aplica “para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones” (Congreso de la República de Colombia, 1993)
- ii. De origen jurisprudencial, la Sentencia SL2509-2017 (Corte Suprema de Justicia, 2017), que lo consagrado en el párrafo 3° de la Ley en mención, no solo aplica para las pensiones del régimen de prima media con prestación definida, pues una interpretación en tal sentido, no sólo es formalista que desconoce la intención del legislador, sino que además constituiría una infracción al principio de igualdad.

Sobre esta última afirmación, se hace pertinente señalar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia también ha hecho extensiva otras disposiciones que en principio, podía manifestarse que eran aplicables únicamente al RPM, como lo es la pensión especial de padres cuyo hijo padezca invalidez física o mental, que se configura a cualquier edad siempre y cuando se haya cotizado al Sistema General de Pensiones el mínimo de semanas requerida en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. Esta pensión precisamente se encuentra consagrada en el párrafo 4° del mismo artículo 33° de la Ley 100 de 1993, el cual fue incorporado, de igual forma, por la Ley 797 de 2003 (El Congreso de Colombia, 2003).

Específicamente debe señalarse que esta pensión especial fue extendida por la Corte Constitucional al Régimen de Ahorro Individual en el año 2014, mediante Sentencia C 758 de ese año (Corte Constitucional, 2014). Sin embargo, con antelación a ese pronunciamiento, ya la Sala de Casación Laboral de Corte Suprema de Justicia en sentencia SL32204 del 18 de agosto de 2010 (Corte Constitucional, 2010b), había establecido jurisprudencialmente que dicha pensión no era exclusiva del Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Tal tesis se sustentó en que los principios, características y objetivos de esa pensión están concebidos para el sistema pensional

en general y no para solo para un régimen individualmente considerados. En lo pertinente, se esgrimió:

Una característica que identifica al Sistema General de Pensiones, creado por la Ley 100 de 1993, es el estar compuesto por dos regímenes solidarios, excluyentes, pero que coexisten. Esa peculiaridad, que se traduce en la existencia de diferencias en la organización, estructura y financiación de tales subsistemas, no significa que son también distintos sus principios, características y objetivos que, en realidad, están concebidos y determinados legalmente para el sistema pensional, en general, y no para cada uno de los regímenes en particular.

[...] importa precisar que la Ley 797 de 2003 estuvo dirigida a reformar ciertos aspectos del Sistema General de Pensiones, en algunos casos comunes para los dos regímenes; por esto se explica que el artículo 9, que en principio pareciera estar dirigido a modificar sólo temas del régimen de prima media con prestación definida, pero que, como se verá, contiene disposiciones para los dos regímenes, estableciera en el inciso segundo de su parágrafo 4 una variante prestacional igual para ambos subsistemas (...)

En contra de los argumentos esgrimidos por la censura, debe decirse que la Corte entiende que en verdad la preceptiva referida cubre ambos regímenes, pues expresamente prevé el reconocimiento pensional para las madres y padres que hayan cotizado al Sistema General de Pensiones, luego no se está refiriendo en particular a uno de los dos regímenes que lo integran, porque, se reitera, en realidad no existe ninguna razón de orden administrativo, estructural o financiero para que esa prestación sólo deba estar a cargo de las administradoras de uno de los dos regímenes [...]

[...] No existe, a juicio de la Corte, se insiste, una razón valedera para pensar que es exclusiva de uno de los dos subsistemas de pensiones previstos por la ley, pues basta recordar que esos regímenes no son antagónicos, ya que están concebidos como concurrentes para brindar a los afiliados modalidades distintas para la causación de la pensión de vejez, pero, en todo caso, para cubrir las contingencias a los beneficiarios, así existan variantes en la forma como se otorga la prestación económica (...)

Es cierto que, de manera poco técnica, con el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 se adicionó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que trata sobre la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida y se ubica dentro del título de que trata ese régimen. Pero esa circunstancia, que indiscutiblemente en otro contexto podría servir como elemento que permitiría utilizar un criterio de interpretación sistemático, en este caso específico no puede llevar a concluir que el derecho consagrado en la norma bajo análisis sea exclusivo de los afiliados al régimen de prima media con prestación definida, pues, en lo que concierne con la pensión especial en comento, basta tomar en consideración el propósito protector del derecho y la forma como está concebido, para fácilmente percatarse de que pueden y deben acceder al mismo los afiliados a cualquiera de los dos regímenes.

En efecto, con toda claridad en la norma se establece como requisito para gozar del derecho que se “...haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el

mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media con prestación definida para acceder a la pensión de vejez.

Si el precepto alude a las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, es porque deben tenerse en cuenta las efectuadas a cualquiera de los dos regímenes que lo integran y no sólo a uno de ellos. Si el legislador hubiese querido limitar el derecho y consagrarlo solamente para los afiliados al régimen de prima media con prestación definida, obviamente habría mencionado exclusivamente las cotizaciones a ese régimen (Corte Constitucional, 2014)

Como se puede evidenciar, si bien la argumentación se basó en la aplicación extensiva de la pensión especial, el análisis de la Corte Suprema de Justicia es perfectamente aplicable a la facultad del empleador de solicitar el reconocimiento de la pensión, en nombre de su trabajador.

En primer lugar, porque en juicio de ponderación se comprende que, si bien los dos regímenes solidarios son excluyentes y cada uno tiene particularidades para acceder el derecho a la pensión, ambos tienen la misma finalidad que consiste en proteger el riesgo de la vejez. Si además de lo anterior se analiza con el propósito de la disposición normativa en comento, que no es otro que permitir el relevo generacional sin que ello implique costos adicionales al empleador, al mismo tiempo que se garantiza que el trabajador tenga acceso a una prestación económica que le permita soportar su vejez, la conclusión no sería otra que afirmar que no existe razón de índole financiera o administrativa para que esa prerrogativa sólo sea aplicable a uno de los dos regímenes, pues en caso contrario, se estaría ante la vulneración al principio de igualdad, por avalar sólo para unos cuantos esa posibilidad (Corte Suprema de Justicia, 2017)

Aunado a lo anterior, también se evidencia en el análisis que la Corte afirma que la intención del legislador no podía ser otra que esa pensión especial fuera aplicable a los dos regímenes solidarios, por considerar que en el parágrafo 4° se establece como única condición para acceder a ella, el haber “cotizado al Sistema General de Pensiones”, lo que a su juicio implica que debe tenerse en cualquiera en los dos regímenes que lo integran y no sólo al Régimen de Prima Media, pues si esta fuera su finalidad, el legislador habría mencionado exclusivamente las cotizaciones a ese régimen.

En armonía con lo expuesto en líneas anteriores, este mismo análisis se puede predicar del inciso tercero del parágrafo objeto de estudio, pues tal como lo hemos mencionado, si el propósito de su consagración en el ordenamiento fuera sólo su aplicación al Régimen de Prima Media con prestación definida, así lo hubiera expresado, o para el caso particular, no lo hubiese consignado en dicho artículo, pues no existe ni existiría duda alguna de que sería aplicable de forma exclusiva al RPM.

Pese a las consideraciones ya analizadas, existe dentro de la Doctrina una postura antagónica a la mencionada, expuesta por Ramírez & Rodríguez, (2020), según la cual, esta facultad no está consagrada para el RAIS, puesto que para este régimen, el inciso segundo del artículo 64 de la Ley 100 de 1993, señala que “cuando a pesar de cumplir los requisitos para acceder a la pensión en los términos del inciso anterior, el trabajador opte por continuar cotizando, el empleador estará obligado a efectuar las cotizaciones a su cargo, mientras dure la relación laboral, legal o reglamentaria, y hasta la fecha en la cual el trabajador cumpla sesenta (60) años si es mujer y sesenta y dos (62) años de edad si es hombre” (Congreso de la República de Colombia, 1993)

En consecuencia, el cumplimiento de los requisitos previstos para el reconocimiento de la pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual no faculta al empleador a dar por terminado la relación de trabajo, pues se requiere para el efecto, que se consulte al trabajador si desea optar por seguir cotizando, lo que además implica para aquel, el deber de seguir realizando los aportes a su cargo, hasta que cumpla la edad señalada en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 o hasta que dure la relación laboral (Ramírez & Rodríguez, 2020).

Además de lo anterior, el Régimen de Ahorro Individual requiere para el reconocimiento de la pensión de vejez, la selección de una de las modalidades de pensión previstas tanto en el artículo 79 de la Ley 100 de 1993 (Congreso de la República de Colombia, 1993), como en la Circular Externa No. 13 de 2012 de la Superintendencia Financiera de Colombia (2012), a saber: (1) renta vitalicia inmediata, (2) retiro programado, (3) retiro programado con renta vitalicia diferida, (4) renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, (5) renta temporal con renta vitalicia diferida, (6) retiro programado sin negociación de bono pensional y, (7) renta temporal con renta vitalicia inmediata (Ramírez & Rodríguez, 2020)

Teniendo en cuenta estas disposiciones, esta tesis se argumenta en que la selección del tipo de modalidad, está en cabeza del afiliado por virtud del artículo 79 de la Ley 100 de 1993, sin que exista reglamentación que permita al empleador sustituir al trabajador frente a esta decisión. (Ramírez & Rodríguez, 2020)

Acorde con lo expuesto por Ramírez & Rodríguez, (2020) el empleador no podría solicitar en nombre de los trabajadores el reconocimiento de la pensión de vejez, aun cuando hayan cumplido los requisitos mínimos para su reconocimiento, en los términos del artículo 64 de la Ley 100 de 1993 o del artículo 65 de la misma norma, para los casos de garantía de pensión mínima.

Como sustento a su afirmación citan, en el marco de su investigación, a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección, quien “confirma” que lo establecido en el párrafo tercero del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, “sólo aplican al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, debido a que la norma que alude a la aplicación del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, nada se menciona al respecto (...) Así las cosas, la facultad de la solicitud de la pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sería tan solo del trabajador, pues no habría sustento jurídico para la aplicación del mismo principio que rige para el Régimen de Prima Media con Prestación Definida” (Ramírez & Rodríguez, 2020).

Aun así, es pertinente señalar que como ya se ha indicado a lo largo de este escrito, no es cierta la afirmación expuesta que indica que no existe sustento jurídico para la aplicación de la prerrogativa dada al empleador en el Régimen de Ahorro Individual (Colpensiones, 2019), pues como hemos visto, la aplicación tiene sustento tanto jurisprudencial, en especial la Sentencia SL2509-2017, como legal, por lo establecido en el inciso tercero de la disposición en comentario. Además de los sustentos obtenidos del análisis teleológico de la norma.

Por su parte, en lo que respecta a lo establecido en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 (Congreso de la República de Colombia, 1993) y el derecho que tiene el trabajador de optar por seguir cotizando hasta los 60 años de edad si es mujer y 62 años si es hombre, esto no es obstáculo para que la justa causa pueda ser aplicada, pues una vez el trabajador opte por la pensión, la misma puede ser alegada. De igual forma, tampoco es impedimento para que el empleador pueda hacer uso de la prerrogativa de solicitar la pensión en nombre del trabajador, pues podría sugerirse que

sólo al llegar al alcanzar las edades señaladas, el empleador quedaría facultado para proceder al trámite de la pensión; además, cesa para el este la obligación de realizar cotizaciones.

Sin embargo, frente al argumento tendiente a la selección de la modalidad de pensión de vejez ya señaladas, sí representa un impedimento práctico de la aplicación de la norma al RAIS, pues tal como lo mencionan Ramírez & Rodríguez (2020), actualmente el único legitimado para seleccionarla es el afiliado.

No obstante lo anterior, es menester aclarar que la falta de esa legitimación no implica que la prerrogativa no sea aplicable al RAIS, sino que evidencia que existe omisión legislativa por falta de reglamentación expresa que determine la forma en que opera esta facultad en el Régimen de Ahorro Individual.

5.1 Requisito para su aplicación

En orden de lo expuesto, se puede concretar que para que proceda la solicitud de pensión por parte del empleador en el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, se requiere:

- i. Que el trabajador afiliado cuente con el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual que le permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente, tal como lo establece el artículo 64 de la Ley 100 de 1993.
- ii. Que el trabajador tenga sesenta (60) años de edad si es mujer y sesenta y dos (62) años de edad si es hombre.
- iii. Transcurrir 30 días desde que el trabajador cumplió los requisitos para acceder a la pensión, sin que este lo haya solicitado.
- iv. El trabajador debe seleccionar la modalidad que desee adoptar para su pensión de vejez.
- v. El afiliado debe quedar incluido en nómina de pensionados para que proceda la justa causa de terminación de la relación laboral, público o privada, acorde con lo expuesto por la Corte Constitucional en Sentencia C-1037 del 2003.

6. CONCLUSIONES

- ✓ El reconocimiento de la pensión de vejez constituye justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal y reglamentaria.
- ✓ El empleador está facultado por el artículo 33° de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, para iniciar el trámite de reconocimiento de la pensión de vejez del trabajador afiliado.
- ✓ La facultad del empleador de solicitar la pensión en nombre de su trabajador tiene origen jurisprudencial en la Sentencia del 15 de abril de 1980, radicación 7034, de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.
- ✓ El legítimo interés del empleador de solicitar que a un trabajador suyo le sea reconocida la respectiva pensión de vejez, se sustenta en que de este modo queda exonerado del gravamen de contribuir en las cotizaciones y que, una vez notificada la pensión, puede invocar la justa causa.
- ✓ Para que proceda la justa causa se requiere que el trabajador quede incluido en nómina de pensionados.
- ✓ La exigencia de consultar al trabajador su intención de seguir cotizando y trabajando por 5 años más, tuvo aplicación hasta el 29 de enero de 2003, fecha de la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003.
- ✓ A los servidores públicos que opten voluntariamente por seguir prestando sus servicios hasta la edad de retiro forzoso, no les será aplicable lo dispuesto en el parágrafo 3o del artículo 9o de la Ley 797 de 2003.
- ✓ La inclusión de la facultad del empleador de tramitar en nombre del trabajador la pensión de vejez, tiene sustento en el relevo generacional, de acuerdo con el análisis teleológico de la norma.
- ✓ El inciso tercero del parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, extiende al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, la facultad del empleador de solicitar la pensión en nombre del trabajador.
- ✓ El empleador puede solicitar la pensión del trabajador en el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, siempre que el afiliado tenga 60 años de edad si es mujer y 62 años de edad si es hombre.
- ✓ En todo caso, el único legitimado para seleccionar la modalidad de pensión de vejez que será reconocida, es el afiliado, tal como lo establece el artículo 79 de la Ley 100 de 1993.

Bibliografía

- Arenas, G. (2018). *El derecho colombiano a la seguridad social* (Cuarta Edición ed.). Bogotá: Legis Editores S.A.
- Colpensiones. (18 de noviembre de 2019). *Radicado No. 2019_14196822 del 22 de octubre de 2019. Comunicado BZ2019_14295713-3124985*. Bogotá: Administradora Colombiana de Pensiones.
- Congreso de la República. (23 de agosto de 2002). Exposición de motivos Proyecto de Ley 055 (Senado) de 2002. *Gaceta del Congreso*(350).
- Congreso de la República. (5 de noviembre de 2002). Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley 56 de 2002 Senado, 55 de 2002 Cámara. *Gaceta del Congreso*(533).
- Congreso de la República. (18 de diciembre de 2002). Ponencia para Segundo Debate al proyecto de ley número 056 Senado 2002, 055 Camara de 2002. *Gaceta del Congreso*(617).
- Congreso de la República de Colombia. (23 de diciembre de 1993). *Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: Diario Oficial No. 41.148 de 23 de diciembre de 1993.
- Congreso de la República. (s.f.). Proyecto de ley 044, 056 y 098 de 2002. *Gaceta del Congreso 533 del 22/11/2002*.
- Consejo de Estado. (1967). *Sentencia del 13 de diciembre de 1967*. Bogotá: El Consejo de Estado.
- Consejo de Estado. (30 de enero de 2020). *Sentencia 2009-00211. M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez*. Bogotá: El Consejo de Estado.
- Corte Constitucional. (25 de octubre de 2000). *Sentencia C-1443/00. M.P. Alfredo Beltrán*. Bogotá: La Corte Constitucional.
- Corte Constitucional. (2002). *Sentencia C-107 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas*. Bogotá: La Corte Constitucional.
- Corte Constitucional. (2003). *Sentencia C 1037 de 2003. M.P. Jaime Araújo*. Bogotá: Corte Constitucional.
- Corte Constitucional. (2005). *Sentencia C 501 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda*. Bogotá: La Corte Constitucional.
- Corte Constitucional. (14 de enero de 2010a). *Sentencia T-007/10. M.P. Jorge Ignacio Pretelt*. Bogotá D.C: La Corte Constitucional.
- Corte Constitucional. (2010b). *Sentencia SL32204 del 18 de agosto de 2010. M.P. Gustavo José Gnecco*. Bogotá: La Corte Constitucional.

- Corte Constitucional. (2014). *Sentencia C 758 de 2014. M.P. Martha Victoria Sáchica* . Bogotá: La Corte Constitucional.
- Corte Constitucional. (28 de noviembre de 2018). *Sentencia C-135/ 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero* . Bogotá: La Corte Constitucional.
- Corte Suprema de Justicia. (15 de abril de 1980). *Sala de Casación Laboral. Sentencia del 15 de abril de 1980*. Bogotá.
- Corte Suprema de Justicia. (12 de marzo de 1981). Sala de Casación Laboral - Sección Segunda. *. Expediente 7765 del 12 de marzo de 1981. GACETA JUDICIAL N° 2406* .
- Corte Suprema de Justicia. (25 de mayo de 1999). *Sentencia 11832 de 08 de octubre de 1999. M.P. Luis Gonzalo Toro* . Bogotá, Bogotá D.C: La Corte Suprema de Justicia.
- Corte Suprema de Justicia. (2002). *Sentencia CSJ SL 18716, de 2002*. Bogotá: La Corte Suprema de Justicia.
- Corte Suprema de Justicia. (25 de mayo de 2005). *Sala de Casación Laboral. Radicación No. 24361. M.P. Camilo Tarquino* . Bogotá: La Corte Suprema de Justicia.
- Corte Suprema de Justicia. (2014). *SL2088-2014. Radicación No. 40054. M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruíz*. Bogotá: La Corte Suprema de Justicia.
- Corte Suprema de Justicia. (12 de julio de 2017). *Sentencia SL10770-2017 de 12 de julio de 2017. M.P. Clara Cecilia Dueñas* . Bogotá: La Corte Suprema de Justicia.
- Corte Suprema de Justicia. (15 de febrero de 2017). *Sentencia SL2509-2017. M.P. Clara Cecilia Dueñas*. Bogotá: La Corte Suprema de Justicia.
- Corte Suprema de Justicia. (febrero de 28 de 2018). *Sentencia SL700-2018. M.P. Clara Cecilia Dueñas* . Bogotá: La Corte Suprema de Justicia.
- Corte Suprema de Justicia. (4 de diciembre de 2019). *Sentencia SL5287-2019. M.P. Rigoberto Echeverri*. Bogotá: La Corte Suprema de Justicia.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (12 de marzo de 1981). *Sentencia del 12 de marzo de 1981*. Bogotá.
- El Congreso de Colombia. (1968). *Ley 48 de 1968* . Bogotá: Diario Oficial 32.679 de diciembre 26 de 1968.
- El Congreso de Colombia. (1985). *Ley 33 de 1985. or la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público*. Bogotá: Diario Oficial No. 36100 del 13 de febrero de 1985.
- El Congreso de Colombia. (2003). *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*. Bogotá: Diario Oficial No. 45.079 de 29 de enero de 2003.

- El Congreso de Colombia. (2004). *Ley 909 de 2004. Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: Diario Oficial 45.680 de septiembre 23 de 2004.
- El Congreso de Colombia. (2016). *Ley 1821 de 2016. Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas*. Bogotá: El Congreso.
- Gómez, F. (2007). *Constitución Política de Colombia* (24 ed.). Bogotá, 2007: Leyer.
- Presidente de la República de Colombia. (17 de septiembre de 1965). *Decreto 2351 de 1965. Por el cual hacen unas reformas al Código Sustantivo del Trabajo*. Bogotá: Diario Oficial No 31.754, 17 de septiembre de 1965.
- Presidente de la República de Colombia. (1966). *Decreto 1373 de 1966* . Bogotá: Diario Oficial. Año CIII. N. 31970. 2, julio, 1966. pág. 3.
- Presidente de La República de Colombia. (1994). *Decreto 692 de 1994*. Bogotá: Diario Oficial No. 41.289, del 30 de marzo de 1994.
- Presidente de La República de Colombia. (2012). *Decreto 2245 de 2012*. Bogotá: Diario Oficial 48600 de octubre 31 de 2012.
- Presidente de La República de Colombia. (2015). *Decreto 1083 de 2015*. Bogotá: La Presidencia.
- Ramírez, L., & Rodríguez, M. (27 de 03 de 2020). *Terminación del contrato de trabajo por reconocimiento de la pensión de vejez: Análisis normativo, jurisprudencial y aplicación práctica*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Senado de la República. (2002). Proyecto de Ley 56 de 2002 Senado. *Gaceta del Congreso*(350).
- Superintendencia Financiera de Colombia. (2012). *Circular Externa No. 13 de 2012*. Bogotá: La Superintendencia .