

EMISIÓN DE TÍTULO PENSIONAL POR TIEMPO LABORADO A UNA EMPRESA DEL
SECTOR PRIVADO ANTES DE 1993

NATALIA GÓMEZ ORREGO

UNIVERSIDAD EAFIT
FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN

2016

EMISIÓN DE TÍTULO PENSIONAL POR TIEMPO LABORADO A UNA EMPRESA DEL
SECTOR PRIVADO ANTES DE 1993

NATALIA GÓMEZ ORREGO

Trabajo de grado para obtener el título de Abogada

Asesor: José Gabriel Restrepo García

Abogado

UNIVERSIDAD EAFIT

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN

2016

Copyright © 2016 por Natalia Gómez Orrego. Todos los derechos reservados.

Resumen

El riesgo de vejez en Colombia no fue siempre administrado por una entidad estatal, ni su costo asumido por el empleador y el trabajador. En 1946 se creó el Instituto de Seguros Sociales, cuya finalidad era la de subrogar al empleador en la obligación frente al riesgo de vejez de los trabajadores mientras se realizaran los aportes correspondientes. La cobertura del sistema en el territorio colombiano se hizo de manera progresiva, conduciendo a distintas fechas de llamamiento. En 1993 con la expedición de la Ley 100, se efectuó el llamamiento total para todos los empleadores colombianos a afiliar a sus trabajadores. Para los que ya hubiesen cumplido 20 años de labor y la edad requerida, la jubilación seguiría a cargo del empleador mientras que los que no habían cumplido los 20 años pero si más de 10 años de servicio, la pensión sería compartida entre el Instituto y el empleador, y finalmente para los trabajadores que llevaran menos de 10 años de servicios, la Ley 100 estableció que tenían derecho a que se les tuviera en cuenta el tiempo laborado; solo para quienes mantenían el contrato aún vigente cuando comenzó a regir esta ley.

Lo anterior conllevó a tomar varias posturas frente al dilema de qué sucede con los trabajadores que prestaron el servicio por menos de 10 años. Una postura obliga al empleador mientras la otra lo absuelve de la obligación

Con el presente trabajo se pretende dar la solución más sensata al dilema que recae sobre la obligación de los empleadores y los derechos de los trabajadores, a partir de un análisis normativo y jurisprudencial.

Abstract

The **contingency of old age** in Colombia hasn't always been administrated by the State, nor it's rate assumed by the employer and the worker. In 1946 the **Institute of Social**

Security was created, and its goal was to subrogate the employer from this obligation. The **coverage of the system** in Colombia was achieved progressively, leaving each sector of the country with a different coverage date. With the **Law 100 of 1993** the final call was made to the employers to affiliate all of their workers to the system. The ones who had already worked for more than 20 years for the same employer, the employer would still be in charge of their retirement; the employees who had worked for less than 20 years but more than 10, would be retired by the system but the employer would still be required to pay an amount; for the employees who had worked for less than 10 years, only one thing was said by the law, just those who had their contract still valid when the Law 100 began to rule would get a **value title** from their employer representing all their time of service. This has led to different points of view on the dilemma on what to do with these workers. Some judges command the employer to pay and others acquit him.

The intention of this paper is to give a practical solution to the dilemma that falls over the employers' obligation and the workers' rights, by analyzing the regulations and jurisprudence.

Palabras clave. **Value title. Law 100 of 1993. Coverage of the system. Institute of Social Security. Contingency of old age**

Tabla de Contenidos

Capítulo 1 Introducción e información general	1
Introducción	1
Justificación	3
Objetivo General	6
Objetivos Específicos	7
Capítulo 2 Términos Clave	7
Capítulo 3 Cuadro resumen de normas y jurisprudencia	20
Capítulo 4 Normatividad	21
Normas	21
Análisis de la normatividad	35
Capítulo 5 Jurisprudencia	39
Sentencias hito de la Corte Constitucional colombiana	39
Postura 1	39
Postura 2	45
Sentencias hito Corte Suprema de Justicia	48
Postura 1	48
Postura 2	52
Análisis de la jurisprudencia	53
Capítulo 6 Artículo de revista	58
Análisis de artículo de la revista Actualidad Laboral y Seguridad Social	58
Capítulo 7 Conclusiones	62
Lista de referencias	69

Capítulo 1

Introducción e información general

Planteamiento del problema

¿Debe el ex empleador (de una relación laboral de derecho privado), emitir títulos pensionales a favor de los empleados que laboraron bajo su dependencia y subordinación, a pesar de no haber existido llamamiento por parte del sistema y no tener estos el contrato laboral vigente para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993?

Introducción

En el año 1946, con la Ley 90, se estableció el seguro social obligatorio y se creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales con el fin de que el Estado fuese quien administrara el pago de la pensión para el riesgo de vejez de los trabajadores afiliados. Esto no significó la cobertura inmediata por parte del sistema en todo el territorio colombiano. Según pactos internacionales, los derechos prestacionales como la seguridad social, son de realización progresiva por parte del Estado y se garantizan dependiendo de los recursos de los que se disponga. Antes de la creación del Seguro Social en Colombia, e inclusive después, en los lugares donde no había cobertura, estaba a cargo del empleador la obligación de jubilar a sus trabajadores siempre y cuando estos cumplieran unos requisitos exigidos, por la Ley 6ª de 1945, la cual regulaba el tema del riesgo de vejez.

A medida que el Instituto Colombiano de Seguros Sociales iba expandiendo su cobertura, se iba haciendo el llamamiento tanto a los empleadores como a los trabajadores para que hicieran parte de este. De esta forma, se trasladaba la obligación que se encontraba a cargo del empleador al Instituto de Seguros Sociales – en adelante I.S.S. – asumiendo este el pago de la

pensión de vejez del trabajador siempre y cuando se cumplieran los requisitos de edad y semanas cotizadas al sistema.

Es necesario mencionar que cuando inició la cobertura del sistema, la adjudicación del riesgo era tripartita. Tanto los trabajadores como el patrono y el Estado debían aportar un porcentaje de la cotización mensual al sistema. El Estado nunca cumplió con el aporte correspondiente y, además, expidió una Ley, poco tiempo después, en donde se liberaba de todas las obligaciones de realizar aportes al sistema. Los aportes al sistema, para el efectivo funcionamiento del mismo, siempre han provenido del empleador y de los trabajadores.

En 1993 se expidió la Ley 100; esta ley creó el sistema de seguridad social integral y obligó a todos los empleadores colombianos a afiliarse a sus trabajadores al sistema (cobertura total en el territorio colombiano). Esta ley tuvo dos fechas de entrada en vigencia. Para efectos de este trabajo investigativo interesa la primera entrada en vigencia de la Ley 100, la cual se dio el 1° de abril de 1994, es decir, se estableció como la fecha máxima de afiliación para todos los trabajadores del sector privado con contrato de trabajo. Es significativo recordar la segunda fecha de entrada en vigencia, el 30 de junio de 1995, debido a que se erigió como la fecha límite de afiliación al sistema para todos los trabajadores del sector público.

El artículo 33 de la Ley 100, establece los requisitos para obtener la pensión por parte del sistema. En el literal c del Parágrafo 1° dice que se tendrá en cuenta para el cómputo de las semanas requeridas, el tiempo laborado antes de la entrada en vigencia de esta ley, por los trabajadores cuya pensión estaba a cargo del empleador, solo si el contrato de trabajo está vigente o era posterior al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

¿Qué pasa entonces con los trabajadores quienes laboraron un considerable número de semanas pero no las suficientes para cumplir los requisitos de la Ley 6° de 1945, y

que su contrato de trabajo terminó antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993?
¿Obligaba al empleador, el artículo 72 de la Ley 90 de 1946, a hacer provisiones para la jubilación (*definición en la página 14*) de todos los trabajadores a su cargo? ¿Existía alguna norma antes de la Ley 100 de 1993 que convalidara tiempos servidos a un empleador obligado a reconocer la jubilación si se cumplían los requisitos?

Con este escrito se busca construir un registro que ilustre tanto a juristas como a antiguos empleadores y trabajadores, sobre el desarrollo legal y jurisprudencial de la obligación de pagar a favor del sistema un título pensional. De esta forma, se intentará llegar a las respuestas de las preguntas planteadas y exponer las razones que se formulan en la actualidad para obligar a los empleadores a emitir títulos pensionales millonarios a favor de las entidades hoy encargadas de asumir el riesgo de vejez de los trabajadores.

Justificación

La emisión de títulos pensionales a cargo de empleadores por el tiempo laborado de sus trabajadores antes de 1993, es un dilema contemplado en la actualidad por los juristas involucrados en el tema. Del vacío, falta de claridad, o errada interpretación de la norma, hoy se desprenden dos problemas claramente identificables. Por un lado, está el problema para el trabajador quien efectivamente laboró cuando no había llamamiento del I.S.S. y quien no tiene fondo pensional; y por otro lado, está el problema que se le crea a los antiguos empleadores obligados a emitir títulos pensionales a favor del I.S.S. por cifras millonarias. De estos dos problemas se desprende un nuevo problema debido a que existieron relaciones laborales dentro de las cuales no se realizó aporte alguno al sistema, pero al terminar la relación laboral, el patrono o empleador pago al trabajador una suma de dinero proporcional al tiempo laborado (como compensación por el no pago de aportes a la seguridad social). La seguridad social es un

derecho constitucional, innegociable, indisponible e irrenunciable, por esta razón es que estos acuerdos no son válidos. Los empleadores que hayan realizado este tipo de arreglos con sus antiguos trabajadores, y años después estos trabajadores decidan reclamar por vía judicial su derecho a la seguridad social, tendrán que pagar nuevamente al sistema los aportes por el tiempo laborado por ese trabajador. Este tipo de acuerdos no aplica sobre derechos ciertos e indiscutibles.

Muchos de los trabajadores que prestaron su servicio cuando aún no había cobertura por parte del I.S.S. en ciertas zonas del territorio nacional, tenían la expectativa de acceder a una pensión de jubilación a cargo del empleador, no obstante, su contrato había terminado antes de cumplir los requisitos exigidos por la ley. Para ese entonces, estas eran personas jóvenes y con una larga expectativa de vida. Hoy en día, muchos de ellos cumplen el requisito de edad para reclamar una pensión de vejez, pero el sistema no les puede otorgar la pensión porque no cumplen el requisito de semanas cotizadas o capital acumulado. Lo paradójico es que el número de semanas exigido si fue laborado, pero no se cotizaron debido a que era imposible por la falta de cobertura del sistema en la zona donde prestaban el servicio.

La Ley 100 de 1993 fue clara al decir que “Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá: c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.” Aquí se evidencia cómo el legislador dimitió una laguna al no definir qué pasaba con el tiempo laborado por los trabajadores quienes no habían alcanzado por lo menos 10 años de servicio bajo

la subordinación de un mismo empleador, y cuyo contrato terminó antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Es precisamente esto lo que ha impulsado numerosas demandas de trabajadores en contra de sus antiguos empleadores, pretendiendo que se emita por parte de los últimos un título pensional o bono que represente el tiempo laborado, para que la entidad prestadora del servicio pensional donde se encuentra afiliado el trabajador, pueda otorgarle su pensión de vejez.

Es oportuno hacer una breve diferenciación entre título pensional y bono pensional. Los bonos pensionales, según la Ley 100 de 1993 son “Artículo. 115. Bonos pensionales. Los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al sistema general de pensiones.

Tendrán derecho a bono pensional los afiliados que con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad cumplan algunos de los siguientes requisitos:

- a) Que hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o las cajas o fondos de previsión del sector público;
- b) Que hubiesen estado vinculados al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos;
- c) Que estén vinculados mediante contrato de trabajo con empresas que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones, y
- d) Que hubiesen estado afiliados a cajas previsionales del sector privado que tuvieren a su cargo exclusivo el reconocimiento y pago de pensiones.”

Debido a que los bonos pensionales corresponden a tiempos laborados para entidades públicas, los títulos que interesan para el desarrollo de esta investigación son los títulos

pensionales, los cuales, como se verá más adelante, son los títulos expedidos por empresas del sector privado que representan el tiempo laborado por los trabajadores que tenían una expectativa de ser jubilados por ese empleador antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993.

Cada vez es más acogida en Colombia la forma del precedente jurisprudencial y las altas Cortes tratan de llenar los vacíos de la norma con exhaustivos análisis jurisprudenciales. Este caso no ha sido la excepción; el problema es que ni siquiera dentro de la misma Corte Constitucional se ha logrado unificar la posición frente a este dilema.

En varias sentencias, la Corte Constitucional ha acogido la posición de imponer al empleador la carga de emitir un título pensional, al fundamentar su decisión en el principio de equidad. Mientras que en otras sentencias sincrónicas a las anteriores, la Corte Constitucional ha negado la emisión de títulos pensionales, absolviendo al empleador de esta carga con fundamento en la prohibición de aplicar normas de manera retroactiva, dándole una interpretación un poco forzada al principio de seguridad jurídica (*las sentencias hito de ambas posturas se encuentran enlistadas y sintetizadas en el Capítulo 4*).

A pesar de existir estas dos posiciones absolutamente contrarias, el legislador colombiano ha pasado por alto llenar el vacío en la norma, al delegar la solución del problema al criterio de los jueces, en un país donde sigue siendo novedosa la idea del precedente. ¿Cómo se supone que deben fallar los jueces si existen dos precedentes, dos líneas jurisprudenciales, las cuales son totalmente opuestas?

Objetivo general

Analizar las fuentes existentes, dentro del derecho colombiano, que desarrollan el tema de Pensión de Vejez, para así establecer la responsabilidad de los empleadores respecto de

los trabajadores frente a la obligación de emisión de títulos pensionales a favor del sistema de seguridad social por el tiempo laborado en las zonas donde no hubo llamamiento del I.S.S. antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Objetivos específicos

- Realizar un análisis de las principales sentencias que marcan cada una de las líneas jurisprudenciales existentes, al tener en cuenta sentencias tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia.
- Formular conclusiones, plantear soluciones y aportar opiniones personales que impulsen el desarrollo del tema.

Capítulo 2

Términos clave

Afiliación al sistema general de pensiones

“...según el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, son afiliados al sistema general de pensiones en forma obligatoria:

- a) "Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo como servidores públicos", salvo las excepciones establecidas en la misma ley, y
- b) "Los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegibles para ser beneficiarios de subsidios a través del fondo de solidaridad pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales".

Por su parte, son afiliados en forma voluntaria:

- a) "Los trabajadores independientes y en general todas las personas naturales residentes en el país y los colombianos domiciliados en el exterior, que no tengan la calidad de afiliados obligatorios y que no se encuentren expresamente excluidos", y
- b) "Los extranjeros que en virtud de un contrato de trabajo permanezcan en el país y no estén cubiertos por algún régimen de su país de origen o de cualquier otro".

Una de las principales obligaciones que se derivan de la afiliación al sistema es la de efectuar los aportes y cotizaciones obligatorias establecidas en la ley, la cual se extiende mientras dure la relación laboral y cesa cuando se reúnen los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensiona por Invalidez o anticipadamente, según establece el artículo 17 de la Ley 100 de 1993." (*RÉGIMEN DE PENSIONES, AFILIACIÓN AL SISTEMA GENERAL. Concepto N° 97001581-1. Abril 30 de 1997 – Superintendencia Financiera*)

Aportes al Sistema de Pensiones

"Obligatoriedad de las Cotizaciones. Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.

La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente." (*Ley 797 de 2003. Art. 4°*)

Bono Pensional

“ARTÍCULO. 115.- Bonos pensionales. Los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al sistema general de pensiones.

Tendrán derecho a bono pensional los afiliados que con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad cumplan algunos de los siguientes requisitos:

- a) Que hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o las cajas o fondos de previsión del sector público;
- b) Que hubiesen estado vinculados al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos;
- c) Que estén vinculados mediante contrato de trabajo con empresas que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones, y
- d) Que hubiesen estado afiliados a cajas previsionales del sector privado que tuvieren a su cargo exclusivo el reconocimiento y pago de pensiones.” *(Ley 100 de 1993. Art. 115).*

“ARTÍCULO. 118.-Clases. Los bonos pensionales serán de tres clases:

- a) Bonos pensionales expedidos por la Nación;
- b) Bonos pensionales expedidos por las cajas, fondos o entidades del sector público que no sean sustituidas por el fondo de pensiones públicas del nivel nacional a que se refiere el capítulo III del presente título, y cuya denominación genérica de bono pensional se complementará con el nombre de la caja, fondo o entidad emisora, y
- c) Bonos pensionales expedidos por empresas privadas o públicas, o por cajas pensionales del sector privado que hayan asumido exclusivamente a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones y cuya denominación genérica de bono pensional se complementará con el nombre de la entidad emisora.” *(Ley 100 de 1993. Art. 118).*

Cálculo actuarial

“Es una valoración económica de una serie de pagos en la que, además de tener en cuenta que el valor del dinero cambia en el tiempo, se incluye la probabilidad de que cada pago se realice.” (www.edufinet.com. *Portal de educación financiera para empresarios y emprendedores*).

“*Valor de la reserva actuarial*. El valor correspondiente a la reserva actuarial que de conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior debe trasladarse al Instituto de Seguros Sociales, será equivalente al valor que se hubiere debido acumular durante el período que el trabajador estuvo prestando servicios al empleador hasta el 31 de marzo de 1994, para que a este ritmo hubiera completado a los 62 años de edad si es hombre o 57 años si es mujer, el capital necesario para financiar una pensión de vejez y de sobrevivientes por un monto igual a la pensión de vejez de referencia del trabajador de que trata el artículo siguiente.

En todo caso el traslado del valor de la reserva actuarial se entenderá sin perjuicio de las reservas que el empleador deberá mantener para el pago de las obligaciones pensionales a su cargo en relación con los trabajadores que se encuentren en el régimen de transición y frente a aquellas obligaciones pensionales derivadas de pacto o convención colectiva de trabajo.”

(Decreto 1887 de 1994. Art. 2°).

Derecho adquirido

“Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.” (*Constitución Política de Colombia. Art.*

58.).

“Configuran derechos adquiridos las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona. Ante la necesidad de mantener la seguridad jurídica y asegurar la protección del orden social, la Constitución prohíbe el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley, con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones legales. De este modo se construye el principio de la irretroactividad de la ley, es decir, que la nueva ley no tiene la virtud de regular o afectar las situaciones jurídicas del pasado que han quedado debidamente consolidadas, y que resultan intangibles e incólumes frente a aquélla, cuando ante una determinada situación de hecho se han operado o realizado plenamente los efectos jurídicos de las normas en ese momento vigentes.” *Sentencia C-147 de 1997.*

Expectativa legítima

“Las expectativas legítimas, suponen una probabilidad cierta de consolidación futura del correspondiente derecho, si se mantienen las condiciones establecidas en una ley determinada. Tales expectativas pueden ser modificadas por el legislador en virtud de sus competencias, si ello se requiere para cumplir fines constitucionales, pero no pueden ser modificadas de una manera arbitraria en contraposición a la confianza legítima de los ciudadanos.” *Sentencia C-663 de 2007.*

“Las expectativas legítimas se ubican en una posición intermedia entre las meras expectativas y los derechos adquiridos. Las tres figuras hacen alusión a la posición fáctica y jurídica concreta en que podría encontrarse un sujeto frente a un derecho subjetivo. Una persona tiene un derecho adquirido cuando ha cumplido la totalidad de los requisitos exigidos para el

reconocimiento del mismo; estará ante una mera expectativa cuando no reúna ninguno de los presupuestos de acceso a la prestación; y tendrá una expectativa legítima o derecho eventual cuando logre consolidar una situación fáctica y jurídica concreta en virtud de la satisfacción de alguno de los requisitos relevantes de reconocimiento del derecho subjetivo. La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que (i) las meras expectativas carecen de amparo en la resolución de casos concretos; (ii) los derechos adquiridos gozan de una poderosa salvaguarda por haber ingresado al patrimonio del titular y; (iii) las expectativas legítimas son merecedoras de una protección intermedia atendiendo a los factores relevantes del asunto específico y los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.” *Sentencia T-832A de 2013*.

Instituto Colombiano de Seguros Sociales

“Artículo 8. Para la dirección y vigilancia de los seguros sociales, créase como entidad autónoma con personería jurídica y patrimonio propio un organismo que se denominará Instituto Colombiano de Seguros Sociales, cuya sede será Bogotá.

Artículo 9. El Instituto Colombiano de Seguros Sociales tendrá como funciones principales: 1. Dirigir en el orden técnico, vigilar y controlar el conjunto de los ramos de seguros sociales; 2. Elaborar y modificar sus propios estatutos y los reglamentos generales de los seguros sociales, sobre las bases de la presente ley, y someter unos y otros a la aprobación del Presidente de la República, sin la cual no tendrán validez. 3. Prescribir los requisitos, plazos, modalidades y sanciones referentes a la obligación que tienen los patronos de inscribir a sus trabajadores en la respectiva Caja Seccional y de avisar todo cambio de personal, toda modificación de salarios, todo accidente de trabajo y las demás circunstancias que los reglamentos del seguro determinen; 4. Organizar el Departamento Matemático Actuarial; 5. Determinar con aprobación del Presidente de la República, las actividades y regiones y las categorías de empresas situadas fuera

de dichas regiones, a las cuales se aplicará la obligación del seguro social desde su iniciación; el orden de prelación de los riesgos que hayan de asumirse, empezando por el de enfermedad de maternidad, y las etapas para la organización de los servicios restantes y para su extensión progresiva a otras regiones y actividades, y a otras categorías de empresas, a medida que estas vayan ofreciendo la requerida base; 6. Fijar y modificar, de conformidad con los cálculos de los aportes Matemático Actuarial y mediante aprobación del Presidente de la República, el monto de cada uno de los aportes o cotizaciones correspondientes a cada clase de riesgo asegurado; el lapso mínimo durante el cual no podrá ser alterado dicho monto, que no será inferior a un año, y el número de las cotizaciones previas que den derecho a la respectiva prestación en cada modalidad de seguro; 7. Organizar los seguros facultativos; los adicionales para el reconocimiento a los asegurados obligatorios y a los miembros de sus familias que dependan exclusivamente de ellos, de prestaciones más favorables que las determinadas en la presente ley, y las Cajas de Compensación destinadas a atender a los subsidios familiares que algunos patronos decidan asumir en beneficio de los asegurados obligatorios o que lleguen a establecer por ley especial o en las convenciones colectivas de trabajo; 8. Señalar, para los seguros sociales, la política de las inversiones, a fin de que estas queden suficientemente garantizadas, tengan adecuada rentabilidad y sirvan los objetivos peculiares de la institución, y 9. Administrar directamente aquellos ramos del seguro cuya unificación o centralización sea indispensable.” *Ley 90 de 1946.*

Mera expectativa

“Entre tanto, las meras expectativas “son aquellas esperanzas o probabilidades que tiene una persona de adquirir en el futuro un derecho, si no se produce un cambio relevante en el ordenamiento jurídico”.

5.1.4. Partiendo de criterios doctrinarios y jurisprudenciales comúnmente aceptados sobre el tema, esta corporación ha estimado que una de las principales diferencias entre estas dos instituciones radica en que, mientras los derechos adquiridos gozan de la garantía de inmutabilidad que se deriva de su protección expresa en la Constitución, salvo casos excepcionales (art. 58), las meras expectativas, en cambio, pueden ser objeto de modificación por el legislador, pues carecen de dicha protección constitucional.” *Sentencia T-803 de 2014*.

Pensión de Jubilación

“Artículo 14.- La empresa cuyo capital exceda de un millón de pesos (\$1.000.000) estará también obligada:

...

c) A pagar al trabajador que haya llegado o llegue a los cincuenta (50) años de edad después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, una pensión vitalicia de jubilación equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados, sin bajar de treinta pesos (\$ 30) ni exceder de doscientos pesos (\$ 200), en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales, o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión.” *Ley 6ª de 1945*.

“De lo anterior, puede concluir esta Corporación que antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 en materia de pensiones, la expresión pensión de jubilación, tenía relación con las prestaciones reconocidas a: (i) los empleados públicos, cuyos derechos pensionales eran reconocidos y pagados por Cajanal, por cajas especiales; o a (ii) los trabajadores privados cuyas

pensiones eran reconocidas y pagadas por sus empleadores, siempre que cumplieran con los requisitos exigidos que hacían referencia específicamente al “tiempo de servicio...” *Sentencia T-053 de 2010.*

Pensión de Vejez

“... una prestación económica, resultado final de largos años de trabajo, ahorro forzoso en las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y cuando la disminución de capacidad laboral es evidente. Su finalidad directa es garantizar la concreción de los derechos fundamentales de las personas traducidos en la dignidad humana, el mínimo vital, la seguridad social y la vida digna.” *Sentencia T-398 de 2013.*

Principio de progresividad

“Del principio de progresividad (la obligación de moverse lo más rápidamente posible hacia la meta) se deriva la prohibición de regresividad (las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente). Así, el Estado se encuentra obligado a aumentar progresivamente la satisfacción de los derechos sociales y tiene prohibido, al menos en principio, retroceder en los avances obtenidos. Como se verá, uno de tales avances es la inversión de recursos para la satisfacción del derecho, especialmente si existe una deficiente prestación del mismo por insuficiente cobertura, baja calidad o adaptabilidad. La prohibición de regresividad ha sido explicada en múltiples decisiones de esta Corte.” Sentencia T-556 de 2009.

Principio Pro Homine

“El Estado colombiano, a través de los jueces y demás asociados, por estar fundado en el respeto de la dignidad humana (artículo 1º de la Constitución) y tener como fines garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes (artículo 2º), tiene la obligación de preferir, cuando existan dos interpretaciones posibles de una disposición, la que más favorezca la dignidad humana. Esta obligación se ha denominado por la doctrina y la jurisprudencia “principio de interpretación pro homine” o “pro persona”. A este principio se ha referido esta Corporación en los siguientes términos: “El principio de interpretación <pro homine>, impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional”. Este es entonces un criterio de interpretación que se fundamenta en las obligaciones contenidas en los artículos 1º y 2º de la Constitución antes citados y en el artículo 93, según el cual los derechos y deberes contenidos en la Constitución se deben interpretar de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia.” Sentencia C-438 de 2013.

Principio de seguridad jurídica

“Sobre la seguridad jurídica se consigna en la sentencia T-502 de 2002: “3. La seguridad jurídica es un principio central en los ordenamientos jurídicos occidentales. La Corte ha señalado que este principio ostenta rango constitucional y lo ha derivado del preámbulo de la Constitución y de los artículos 1, 2, 4, 5 y 6 de la Carta // La seguridad jurídica es un principio que atraviesa la estructura del Estado de Derecho y abarca varias dimensiones. En términos generales supone una garantía de certeza. Esta garantía acompaña otros principios y derechos en el ordenamiento. La seguridad jurídica no es un principio que pueda esgrimirse autónomamente,

sino que se predica de algo. Así, la seguridad jurídica no puede invocarse de manera autónoma para desconocer la jerarquía normativa, en particular frente a la garantía de la efectividad de los derechos constitucionales y humanos de las personas // En materia de competencias, la seguridad jurídica opera en una doble dimensión. De una parte, estabiliza (sin lo cual no existe certeza) las competencias de la administración, el legislador o los jueces, de manera que los ciudadanos no se vean sorprendidos por cambios de competencia. Por otra parte, otorga certeza sobre el momento en el cual ocurrirá la solución del asunto sometido a consideración del Estado. En el plano constitucional ello se aprecia en la existencia de términos perentorios para adoptar decisiones legislativas (C.P. arts. 160, 162, 163, 166, entre otros) o constituyentes (C.P. Art. 375), para intentar ciertas acciones públicas (C.P. art. 242 numeral 3), para resolver los juicios de control constitucional abstracto (C.P. art. 242 numerales 4 y 5). En el ámbito legal, las normas de procedimiento establecen términos dentro de los cuales se deben producir las decisiones judiciales (Códigos de Procedimiento Civil, Laboral y de seguridad social, penal y Contencioso Administrativo), así como en materia administrativa (en particular, Código Contencioso Administrativo) // 4. La existencia de un término para decidir garantiza a los asociados que puedan prever el momento máximo en el cual una decisión será adoptada. Ello apareja, además, la certeza de que cambios normativos que ocurran con posterioridad a dicho término no afectará sus pretensiones. En otras palabras, que existe seguridad sobre las normas que regulan el conflicto jurídico o la situación jurídica respecto de la cual se solicita la decisión. Ello se resuelve en el principio según el cual las relaciones jurídicas se rigen por las normas vigentes al momento de configurarse dicha relación, que, en buena medida, se recoge en el principio de irretroactividad de la ley; en materia penal, debe señalarse, existe una clara excepción, por aplicación del principio de favorabilidad, que confirma la regla general // Al considerarse, en el

ámbito de la certeza y estabilidad jurídica (seguridad jurídica), la existencia de precisos términos para que la administración o el juez adopten decisiones y el principio de conocimiento de las normas aplicables al caso concreto, se sigue que dichos términos fijan condiciones de estabilización respecto de los cambios normativos. De ahí que, durante el término existente para adoptar una decisión, la persona tiene derecho a que sean aplicadas las normas vigentes durante dicho término. No podría, salvo excepcionales circunstancias en las cuales opera la favorabilidad o por indiscutibles razones de igualdad, solicitar que se le aplicaran aquellas disposiciones que entren en vigencia una vez se ha adoptado la decisión. Es decir, una vez vencido el término fijado normativamente para adoptar una decisión opera una consolidación de las normas jurídicas aplicables al caso concreto. Consolidación que se torna derecho por razón del principio de seguridad jurídica y, además, constituye un elemento del principio de legalidad inscrito en el derecho al debido proceso”. *Sentencia C-250 de 2012*.

Seguridad social

“La seguridad social es un conjunto de medidas que la sociedad proporciona a sus integrantes con la finalidad de evitar desequilibrios económicos y sociales que, de no resolverse, significarían la reducción o la pérdida de los ingresos a causa de contingencias como la enfermedad, los accidentes, la maternidad o el desempleo, entre otras. La forma más común de identificar la seguridad social es mediante las prestaciones y la asistencia médica, sin embargo, esas son solo algunas de las formas en las que se presenta en la vida cotidiana. En los hechos, la seguridad social también se encuentra en los actos solidarios e inclusivos de las personas hacia los demás, pues esos actos llevan en sí mismos la búsqueda del bienestar social.

En la actualidad, existe un consenso internacional respecto a las consideraciones de la seguridad social como un derecho humano inalienable, producto de casi un siglo de trabajo

mancomunado de organismos internacionales relevantes, como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización de Naciones Unidas (ONU), e instituciones supranacionales, como la Asociación Internacional de Seguridad Social (AISS), la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS) y la Conferencia Interamericana de Seguridad Social (CISS).

Por último, cabe señalar que la seguridad social es mencionada como un derecho en la Carta Internacional de Derechos Humanos, donde claramente se expresa: Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.” (CISS, 2014).

Título pensional

“Son pagarés expedidos por las empresas privadas que tenían a su cargo el pago y reconocimiento de pensiones, antes de la Ley 100 de 1993 y cuyo contrato de trabajo estuviere vigente al 23 de diciembre de 1993. Este trámite es exclusivo del Empleador emisor del Título Pensional, en el cual no interviene el afiliado.

Solo en el momento en el que sea efectuado el pago del título Pensional, Colpensiones procederá a actualizar los tiempos y salarios del ciudadano beneficiario, habiendo el levantamiento de la deuda en la historia laboral.

El objetivo del Título Pensional es que el tiempo de servicio del trabajador sea reconocido o convalidado en su historia laboral.”. (www.colpensiones.gov.co. *Títulos Pensionales*).

Capítulo 3

Cuadro resumen de normas y jurisprudencia

A continuación y con el fin de lograr un mejor entendimiento de los dos capítulos siguientes, se encuentra una tabla donde se enlistan todas las normas que han regulado o aun regulan la pensión de vejez, además de las sentencias hito que han marcaron cada postura de las altas cortes frente al problema, en Colombia.

NORMATIVIDAD	JURISPRUDENCIA		
<ul style="list-style-type: none"> ➤ Ley 6° de 1945 (pg.22) ➤ Ley 90 de 1946 pg.22) ➤ Código Sustantivo del Trabajo (1961) (pg.24) ➤ Acuerdo 189 de 1965 (pg.26) ➤ Acuerdo 224 de 1966 (pg.26) ➤ Decreto 3041 de 1966 (pg.28) ➤ Decreto 2879 de 1985 	CORTE CONSTITUCIONAL	POSTURA 1	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Sentencia C-506 de 2001 (pg.39) ➤ Sentencia C-1024 de 2004 (pg.41) ➤ Sentencia T-719 de 2011 (pg.42) ➤ Sentencia T-814 de 2011 (pg.42) ➤ Sentencia T-020 de 2012 (pg.43)
		POSTURA 2	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Sentencia T-784 de 2010 (pg.45) ➤ Sentencia T-712 de 2011 (pg.46) ➤ Sentencia T-549 de 2012 (pg.46) ➤ Sentencia T-125 de 2012 (pg.47) ➤ Sentencia T-410 de 2014 (pg.47)

<p>(pg.29)</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Decreto 758 de 1990 (pg.30) ➤ Ley 100 de 1993 (pg.31) ➤ Decreto 813 de 1994 (pg.31) ➤ Decreto 1160 de 1994 (pg.33) ➤ Ley 797 de 2003 (pg.34) 	CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	POSTURA 1	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Sentencia del 28 de septiembre de 2005. Rad. 25759 (pg.48) ➤ Sentencia del 22 de julio de 2009. Rad. 32922 (pg.49) ➤ Sentencia del 3 de marzo de 2010. Rad. 36268 (pg.50) ➤ Sentencia SL 9856 del 16 de julio de 2014. Rad. 41745 (pg. 51) ➤ Sentencia SL 8647 del 1° de julio de 2015. Rad. 59027 pg.51)
		POSTURA 2	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Sentencia SL 2138 del 24 de febrero de 2016. Rad. 57129 (pg.52)

Capítulo 4

Normatividad

Normas

En este punto se hará un recorrido normativo con la finalidad de numerar todas las normas existentes, en orden cronológico, desde el surgimiento de la pensión por vejez (edad) de manera organizada, dentro de la seguridad social en el sector privado.

Ley 6° de 1945. “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.

Artículo 14.- La empresa cuyo capital exceda de un millón de pesos (\$1.000.000) estará también obligada:

c) A pagar al trabajador que haya llegado o llegue a los cincuenta (50) años de edad después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, una pensión vitalicia de jubilación equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados, sin bajar de treinta pesos (\$ 30) ni exceder de doscientos pesos (\$ 200), en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales, o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión.”

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

Artículo 16. Los recursos necesarios para cubrir las prestaciones en especie y en dinero correspondientes a los seguros obligatorios y los gastos generales de los mismos, serán obtenidos, salvo en los casos expresamente exceptuados, por el sistema de triple contribución forzosa de los seguros, de los patronos y del Estado. Cuando a este último le corresponda contribuir, su cuota no será inferior a la mitad de la cuota del patrón. Además, para las empresas cuyo capital no exceda de treinta mil pesos (\$ 30.000), o de ciento veinticinco mil (\$ 125.000) tratándose de empresas agrícolas o mineras explotadoras de metales preciosos, el Estado contribuirá con una parte de la respectiva cuota patronal que el decreto reglamentario fijará entre un diez por ciento (10%) y un cuarenta por ciento (40%) de la misma. Los aportes del Estado se financiarán, en primer término con los productos de las rentas especiales de que trata el artículo

29, pero si no fueren suficientes, el Gobierno arbitrará los recursos ordinarios y extraordinarios que sean indispensables.

Artículo 50. La cuota del patrono y la del asegurado en las cotizaciones del seguro de invalidez – vejez, serán iguales. La del Estado regirá por la norma del artículo 16. El Instituto proporcionará servicios preventivos y curativos a los asegurados con el fin de evitar o corregir un estado de invalidez, y procurará la recuperación o reeducación de los inválidos pensionados.

Artículo 72. Las prestaciones reglamentarias en esta ley, que se venían causando en virtud de disposiciones anteriores a cargo de los patronos, se seguirán rigiendo por tales disposiciones hasta la fecha en que el seguro social las vaya asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada caso. Desde esta fecha empezarán a hacerse efectivos los servicios aquí establecidos, y dejarán de aplicarse aquellas disposiciones anteriores.

Artículo 76. El seguro de vejez a que se refiere la sección tercera de esta ley, reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas, entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esta obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles, hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de estas pensiones eventuales. En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que en el momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o

empresas que se trate de subrogar en dicho riesgo, serán menos favorables que las establecidas para ellos por la legislación sobre jubilación, anterior a la presente ley.”

Código Sustantivo del Trabajo (1961).

“Artículo 193. REGLA GENERAL.1. Todos los empleadores están obligados a pagar las prestaciones establecidas en este Título, salvo las excepciones que en este mismo se consagran. 2. Estas prestaciones dejarán de estar a cargo de los empleadores cuando el riesgo de ellas sea asumido por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto.

Artículo 259. 1. Los {empleadores} o empresas que se determinan en el presente Título deben pagar a los trabajadores, además de las prestaciones comunes, las especiales que aquí se establecen y conforme a la reglamentación de cada una de ellas en su respectivo capítulo. 2. Las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio dejarán de estar a cargo de los {empleadores} cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto de los Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto.

Artículo 260. DERECHO A LA PENSIÓN. <Artículo derogado por el artículo 289 de la Ley 100 de 1993. El texto derogado continúa vigente para los trabajadores sometidos al régimen de transición creado por el artículo 36 de la Ley 100. El texto original es el siguiente:>
Todo trabajador que preste servicios a una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$ 800.000) o superior, que llegue o haya llegado a los cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o a los cincuenta (50) años si es mujer, después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Código, tiene derecho a una pensión

mensual vitalicia de jubilación o pensión de vejez, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio. 2. <Numeral CONDICIONALMENTE exequible> El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad expresada tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de los veinte (20) años de servicio.

Artículo 267. PENSION-SANCION. <Artículo modificado por el artículo 133 de la Ley 100 de 1993. El nuevo texto es el siguiente:>El trabajador no afiliado al Sistema General de Pensiones por omisión del empleador, que sin justa causa sea despedido después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que dicho empleador lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad si es hombre, o cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido. Si el retiro se produce por despido sin justa causa después de quince (15) años de servicios, la pensión se pagará cuando el trabajador despedido cumpla cincuenta y cinco (55) años de edad si es hombre, o cincuenta (50) años de edad si es mujer, o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media con presentación definida y se liquidará con base en el promedio devengado en los últimos diez (10) años de servicios, actualizado con base en la variación del índice de precios al consumidor certificada por el DANE.

Parágrafo 1°. Lo dispuesto en el presente artículo se aplicará exclusivamente a los servidores públicos que tengan la calidad de trabajadores oficiales y a los trabajadores del sector privado.

Parágrafo 2°. Las pensiones de que trata el siguiente artículo podrán ser conmutadas con el Instituto de Seguros Sociales.

Parágrafo 3°. A partir del 1. de enero del año 2014 las edades a que se refiere el presente artículo, se reajustarán a sesenta y dos (62) años si es hombre y cincuenta y siete (57) años si es mujer, cuando el despido se produce después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, y a sesenta (60) años si es hombre y cincuenta y cinco (55) años si es mujer, cuando el despido se produce después de quince (15) años de dichos servicios.”

Acuerdo 189 de 1965. “Reguló el tema de las consecuencias de la falta de inscripción al I.S.S. por parte del empleador cuando ya había cobertura en la zona.

Los efectos del incumplimiento de la empresa pueden ser el reconocimiento de la pensión o la reparación de los perjuicios, aunque dada la circunstancia de la cancelación de las prestaciones económicas por parte del seguro social estaba condicionado al pago de las cotizaciones e inscripciones previas, la jurisprudencia laboral opto por la segunda de las soluciones.”

Acuerdo 224 de 1966. “Por el cual se expide el Reglamento General de Seguro Social Obligatorio de invalidez, vejez y muerte.

Artículo 59. Los trabajadores que al iniciarse la obligación de asegurarse contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte hubiesen cumplido veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa, de capital de ochocientos mil pesos (\$800.000.00) o superior, cualquiera que fuera su edad, no estarán obligados a asegurarse contra el riesgo de vejez, y en consecuencia de llegar a la edad prevista en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo y retirarse del servicio podrán reclamar con las modalidades y condiciones que establecen las leyes respectivas, la pensión de jubilación al patrono responsable.

También estarán exceptuados del Seguro Obligatorio de Vejez, los trabajadores que en el momento inicial estén gozando de una pensión de vejez a cargo de un patrono.

Parágrafo. Quienes no estando obligado a hacerlo, por edad o por estar gozando de una pensión de vejez, se afilien voluntariamente y paguen las cotizaciones patrono – laborales establecidas por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, gozarán de los mismo beneficios de los asegurados obligatorios, en los riesgos de invalidez y muerte. Las cotizaciones en estos casos serán de los dos tercios del total establecido para los tres riesgos por este reglamento.

Artículo 60. Los trabajadores que al iniciarse la obligación de asegurarse en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, lleven 15 años o más de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$800.000.00) moneda corriente o superior, ingresarán al Seguro Social Obligatorio como afiliados para el riesgo de invalidez, vejez y muerte. Al cumplirse el tiempo de servicios y la edad exigidos por el Código Sustantivo del Trabajo podrán exigir la jubilación a cargo del patrono y éste estará obligado a pagar dicha jubilación, pero continuarán cotizando en este Seguro hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por el Instituto para otorgar la

pensión de vejez, y en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que le venía siendo pagada por el patrono.

Artículo 61. Los trabajadores que lleven una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$800.000.00) moneda corriente o superior, diez años más de servicios continuos o discontinuos ingresarán al Seguro Social Obligatorio como afiliados en las mismas condiciones de los anteriores y en caso de ser despedidos por los patronos sin justa causa tendrán derecho al cumplir la edad requerida por la Ley al pago de la pensión restringida de que habla el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, con la obligación de seguir cotizando de acuerdo con los Reglamentos del Instituto hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por este para otorgar la pensión de vejez; en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión siendo obligación del patrono continuar pagando la pensión restringida. En todo lo demás el afiliado gozará de los beneficios otorgados por el Instituto.

Parágrafo. Esta disposición regirá únicamente durante los primeros 10 años de vigencia del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte.”

Decreto 3041 de 1966. “Por el cual se aprueba el Reglamento General de Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte (Acuerdo 224 de 1966).

Artículo 62. Las prestaciones de los seguros de invalidez, vejez y muerte dispuestas en este Reglamento, sustituirán de derecho las obligaciones patronales que para tales riesgos establece el Código Sustantivo del Trabajo, con las excepciones contempladas en los artículos anteriores en relación con el riesgo de vejez.

Parágrafo. Conforme a la legislación vigente lo establecido en los artículos anteriores no impide que se puedan pactar prestaciones adicionales a las que otorga el Instituto.”

Decreto 2879 de 1985. “Por el cual se aprueba el Acuerdo número 029 del 26 de septiembre de 1985 (por el cual se modifica parcialmente el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte.), emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios.

Artículo 5º. Los patronos insertos en el Instituto de Seguros Sociales que a partir de la fecha de publicación del decreto que apruebe este Acuerdo otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en Convención Colectiva, Pacto Colectivo, Laudo Arbitral o voluntariamente, continuarán cotizando para los asegurados de Invalidez, vejez, y muerte hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez, y en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor si lo hubiere entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía siendo pagada por el patrono.

La obligación de seguir cotizando al Seguro de Invalidez, Vejez, y muerte de que trata este artículo solo rige para el patrono inscrito en el Instituto de Seguridad Social. Parágrafo 1º: Lo dispuesto en este artículo se refiere a que cuando en la respectiva Convención Colectiva, Pacto Colectivo, Laudo Arbitral, o acuerdo entre las partes se haya dispuesto expresamente que las pensiones en ellos reconocidas no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales. Parágrafo 2º: Las pensiones de jubilación a que se refiere esta disposición serán aquellas que reconozcan las empresas que tengan un capital de ochocientos mil pesos (\$800.000) moneda corriente o superior.

Artículo 6°. Los trabajadores que al iniciar la obligación de asegurarse al Instituto de Seguros Sociales contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, llevan en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$800.000) moneda corriente o superior, diez o más años de servicios continuos o discontinuos, ingresará al seguro social obligatorio como afiliados con las mismas condiciones establecidas en el artículo 60 del Acuerdo 224 de 1966, y en caso de ser despedidos por los patronos sin justa causa tendrán derecho al momento de cumplir la edad requerida por la ley, al pago de la pensión restringida de que habla el artículo 8°, de la ley 171 de 1961, con la obligación de seguir cotizando de acuerdo con los reglamentos del Instituto hasta cumplir con los requisitos mínimos exigibles por este para otorgar la pensión de vejez, en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor si lo hubiere entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía siendo pagada por el patrono.

La obligación consagrada en el artículo 60 del Acuerdo 224 de 1966 y en esta disposición de seguir cotizando al seguro hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez, solo rige para el patrono.”

Decreto 758 de 1990.

“Artículo 41. ASUNCIÓN POR PARTE DEL ISS DE LAS PENSIONES DE JUBILACIÓN Y DE INVALIDEZ A CARGO DE LOS PATRONOS. El Instituto será responsable de las prestaciones de que trata el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte a partir de la afiliación, en los términos contemplados en el presente Reglamento. Cuando un patrono no afilie a un trabajador deberá otorgarle las prestaciones que le hubiere cubierto el ISS en el caso de que lo hubiere afiliado.”

Ley 100 de 1993.

“Artículo 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. Para tener el derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones: Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad para la mujer, y sesenta (60) para el hombre. Haber cotizado un mínimo de mil (1.000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1300 en el 2015.

Parágrafo 1°-Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta: ...

c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.”

Decreto 813 de 1994. “Por el cual se reglamenta el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Artículo 5. . TRANSICIÓN DE LAS PENSIONES DE JUBILACIÓN A CARGO DE LOS EMPLEADORES DEL SECTOR PRIVADO. Tratándose de trabajadores vinculados con empleadores o empresas del sector privado que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, para efectos de la aplicación del régimen de transición, se seguirán las siguientes reglas:

a. Cuando el trabajador cumpla con los requisitos del régimen que se le venía aplicando, tendrá derecho al reconocimiento y pago de la pensión a cargo de dicho empleador. Reconocida la pensión de jubilación por el empleador, este continuará cotizando al Instituto de Seguros Sociales hasta que el trabajador cumpla con los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, establecidos en el Artículo 33 de la Ley 100 de 1993. En ese momento el ISS procederá a cubrir dicha pensión siendo de cuenta del empleador únicamente el mayor valor, si lo hubiera, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cubriendo al pensionado.

El tiempo de servicios al empleador se tendrá en cuenta para el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo del ISS. Dicho empleador trasladará al Instituto el valor correspondiente al cálculo actuarial previsto en el Artículo 33 de la Ley 100 de 1993, resultante a 1 de abril de 1994, o un título representativo del mismo emitido por el empleador en las condiciones y con las garantías que señale la Junta Directiva del Instituto del Seguro Social. El valor de dicho cálculo se sujetará al reglamento respectivo. En el evento que no se traslade al Instituto de Seguros Sociales el valor correspondiente, el empleador o la empresa continuarán con la totalidad de la pensión a su cargo.

b. Cuando a 1 de abril de 1994, el trabajador tuviera 20 o más años de servicios continuos o discontinuos, al servicio de un mismo empleador o tenga adquirido el derecho a la pensión de jubilación a cargo de este, la pensión de jubilación será asumida por dicho empleador.

c. Las pensiones de jubilación causadas o reconocidas por el empleador con anterioridad al 1 de abril de 1994 que vayan a ser compartidas con el Instituto de Seguros

Sociales, continuarán rigiéndose por las disposiciones que se venían aplicando para dichas pensiones.

Parágrafo. Lo previsto en este Artículo, solo será aplicable a aquellos trabajadores que presten o hayan prestado sus servicios a un mismo empleador.”

Decreto 1160 de 1994. “Por el cual se complementa el Decreto 813 de 1994 y se dictan disposiciones.

Artículo 2. El artículo 512° del Decreto 813 de 1994, quedará así: "Transición de las pensiones de jubilación a cargo de los empleadores del sector privado. Tratándose de trabajadores vinculados con empleadores o empresas del sector privado que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, para efectos de la aplicación del régimen de transición, se seguirán las siguientes reglas:

a) Cuando el trabajador cumpla con los requisitos del régimen que se le venía aplicando, tendrá derecho al reconocimiento y pago de la pensión a cargo de dicho empleador. Reconocida la pensión de jubilación por el empleador, este continuará cotizando al Instituto de Seguros Sociales hasta que el trabajador cumpla con los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, establecidos en el artículo 3313 de la Ley 100 de 1993. En ese momento el ISS procederá a cubrir dicha pensión siendo de cuenta del empleador únicamente el mayor valor, si lo hubiera, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cubriendo al pensionado.

El tiempo de servicios al empleador se tendrá en cuenta para el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo del ISS. Dicho empleador trasladará al Instituto el valor

correspondiente al cálculo actuarial previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, resultante a 1 de abril de 1994, o un título representativo del mismo emitido por el empleador en las condiciones y con las garantías que señale la Junta Directiva del Instituto del Seguro Social. El valor de dicho cálculo se sujetará al reglamento respectivo. En el evento que no se traslade al Instituto de Seguros Sociales el valor correspondiente, el empleador o la empresa continuará con la totalidad de la pensión a su cargo;

b) Cuando a 1 de abril de 1994, el trabajador tuviera 20 o más años de servicios continuos o discontinuos, al servicio de un mismo empleador o tenga adquirido el derecho a la pensión de jubilación a cargo de este, la pensión de jubilación será asumida por dicho empleador.

c) Las pensiones de jubilación causadas o reconocidas por el empleador con anterioridad al 1 de abril de 1994 que vayan a ser compartidas con el Instituto de Seguros Sociales, continuarán rigiéndose por las disposiciones que se venían aplicando para dichas pensiones.

Parágrafo. Lo previsto en este artículo. Solo será aplicable a aquellos trabajadores que presten o hayan prestado sus servicios a un mismo empleador.”

Ley 797 de 2003.

“Artículo 9. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

Parágrafo 1°- . . . c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993”.

De acuerdo con lo establecido por toda la normatividad que ha cobijado las pensiones de vejez pagaderas a los trabajadores del sector privado a través del tiempo, es procedente efectuar un análisis fundamentado en dichas normas.

Análisis de la normatividad

Es complejo, además, innecesario, hacer un análisis de lo que ocurría con los trabajadores que entraban a la vejez antes de 1945. Es por esto que para el desarrollo del presente análisis basta con examinar las normas que han cobijado el tema desde 1945; año en que de manera organizada se empezó a legislar sobre dicho riesgo.

En 1945 con la Ley 6ª se le impuso una obligación al empleador (empresa o persona natural) del sector privado. La obligación consistía en hacerse cargo del sostenimiento de sus trabajadores cuando estos llegaran a la vejez, siempre y cuando llevaran 20 años o más (continuos o discontinuos), trabajando para él y tuvieran más de 50 años de edad cumplidos. Pero más allá de esta obligación, la ley estaba abriendo las puertas para el inicio del sistema de seguridad social a cargo del Estado.

Para el Estado colombiano, los problemas sociales primordiales que solicitaban asistencia en la época eran la muerte, la invalidez, la vejez, la enfermedad general, la maternidad y los riesgos profesionales de los trabajadores. Condiciones que por su elevado costo no podían ser asumidos de manera individual por la mayoría, ni de manera colectiva por el empleador. Por esto, en 1945 con la Ley 6ª también se estableció la obligación por parte del Estado de crear la seguridad social para todos los ciudadanos de Colombia; compromiso que se cumplió al año siguiente.

En 1946 se expidió la Ley 90. Con esta Ley, prácticamente se dio el surgimiento del Instituto de Seguro Social. Esta ley creó la primera entidad estatal cuya única finalidad era la dirección y vigilancia de los seguros sociales, el I.S.S. Como la cobertura del I.S.S., en el territorio colombiano se hacía de manera gradual y progresiva, solo las grandes ciudades fueron cobijadas en principio por este sistema. La mayoría del territorio colombiano se seguía rigiendo por la Ley 6ª, y los empleadores donde no había cobertura, seguían teniendo a su cargo la asunción de la obligación de pensionar a quienes cumplieran los requisitos.

En los lugares donde hubo cobertura, desde el comienzo, asumir la financiación de pensiones para los trabajadores se hizo de manera tripartita. Los aportes dependían del salario del

trabajador, pero la totalidad del aporte se pagaba entre el trabajador, el Estado y el empleador. El empleador asumía un 50% del costo del aporte, el Estado asumía un 25% y el trabajador asumía el 25% restante. De esta manera, cuando efectivamente se diera el pago definitivo por parte del Estado, empleador y trabajador del tiempo laborado por el trabajador, el I.S.S. se subrogaría frente al empleador en la obligación pensional. Esto lo estableció la Ley 90 de 1946 en su artículo 16. Posteriormente, el Estado se liberó de esta obligación sin realizar ningún aporte al sistema, y en 1977 con el Decreto 1650, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de sus facultades extraordinarias, se dejó claro que los aportes al sistema por riesgos vendrían de esta manera: del empleador (67%) y del trabajador (33%).

El Código Sustantivo del Trabajo ratificó que mientras el I.S.S. no asumiera el riesgo pensional de vejez, asumir el mismo seguía estando en cabeza del empleador.

Después vino el acuerdo 224 de 1966, que debido a todos los problemas financieros por los que atravesaba el I.S.S., estableció que los trabajadores que llevaran 10 años o más laborando bajo la dependencia del mismo empleador, serían jubilados por este; pero, el empleador seguiría cotizando al I.S.S. hasta que por el cumplimiento de los requisitos el sistema se subrogara y asumiera parte de la obligación dejando al empleador únicamente con la obligación de pagar la diferencia que pudiere haber entre el valor pagado por el I.S.S., y el que se hubiera dado a cargo del empleador.

No vienen al tema los motivos ni la multiplicidad de críticas en contra del Estado por no haber cumplido con los aportes que le eran exigibles. El caso es que en 1973 por medio del Decreto 1935, el Estado no solo eliminó la deuda que tenía con el Instituto de Seguro Social,

sino que además estableció que la financiación ya no sería tripartita, debido a que no seguiría contribuyendo con los aportes; dejando estos a cargo del empleador y trabajador únicamente.

Entre 1980 y 1992 el sistema de pensiones estaba en crisis. Aun no había cobertura en la mayoría del territorio colombiano, no existía la forma de contabilizarle el tiempo laborado a alguien que hubiese trabajado toda su vida en el sector público y se trasladara al sector privado (y viceversa), los costos administrativos eran muy altos, y estos eran solo algunos de los tantos problemas.

Fue todo esto lo que impulso la expedición de la Ley 100 de 1993, cuyos objetivos principales eran: lograr equilibrio fiscal, aumentar la cobertura del sistema y mejorar la eficiencia dentro del tema de manejo de recursos. Esto se logra concluir de la exposición de motivos del proyecto de ley 100 (*Exposición de Motivos 100 de 1993 Congreso de la República*). La Ley 100 de 1993 estableció el Sistema General de Seguridad Social en Colombia y creó dos regímenes pensionales opuestos (el Régimen de prima media con prestación definida y el Régimen de ahorro Individual Con Solidaridad {manejado por el sector privado}). Como resultado, se resolvió el problema de la cobertura, la cual ya era total por lo que la obligación de afiliarse a los trabajadores ya recaía sobre todos los empleadores colombianos.

Fue la redacción del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 la que impulsa el debate jurídico que se discute en este trabajo investigativo. Introduce nuevos requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez por parte del Instituto de Seguros Sociales, y genera una gran discusión al declarar que para el cómputo de semanas necesarias para obtener la pensión de vejez, solo se tendrá en cuenta el tiempo laborado por los trabajadores antes de la entrada en

vigencia de la Ley 100, quienes aun tuvieran el contrato vigente en la fecha de entrada en vigor de la ley.

La Ley 797 de 2003 modificó este artículo pero solo en lo referente a los requisitos de edad y semanas para obtener la pensión por parte del sistema. Frente al cómputo de semanas laboradas antes de entrada en vigencia de la Ley 100 por los trabajadores cuyo contrato no estaba vigente, no cambió nada.

En el capítulo siguiente se realizará un recorrido por las sentencias hito de las altas Cortes que han abordado el tema de la obligación de constituir los Títulos Pensionales.

Capítulo 5

Jurisprudencia

Sentencias hito de la Corte Constitucional colombiana

Postura 1

Sentencia C-506 de 2001

Básicamente, lo que expresa la Corte Constitucional en esta sentencia es que el legislador fue claro al crear la Ley 100 de 1993, específicamente el artículo 33 literal c. Dictaminó la Corte que no hay vacío en la norma, sencillamente, hay ausencia del derecho a recibir un título pensional por parte del empleador para los trabajadores que tuvieran una mera expectativa de ser jubilados por su patrono y cuyo contrato no se encontraba vigente el 1 de abril de 1994, o que no cumplieran los requisitos para acceder a la pensión de jubilación por parte de su empleador. El derecho del trabajador, a que se le tuviera en cuenta el tiempo laborado solo

nació con la Ley 100; tanto así, que los que tenían un contrato vigente en esa fecha podían exigir a sus empleadores la emisión del cálculo actuarial por el tiempo laborado anterior a la vinculación al sistema, pero no podían volver donde sus antiguos empleadores a exigirles a estos lo mismo. Antes de que fuese expedida la Ley 100 de 1993, cuando la pensión de vejez aun estaba a cargo del empleador, únicamente se tenía derecho a esta con el cumplimiento total de los requisitos. Lo único que se tenía eran meras expectativas, y estas no son derechos adquiridos. Los derechos adquiridos no pueden ser desconocidos ni por el legislador; en cambio, las meras expectativas pueden ser desconocidas o se pueden reconocer por parte del legislador por medio de un régimen de transición. El legislador estableció un régimen de transición en la Ley 100, pero este solo cobijó a los trabajadores que tuviesen aun su contrato de trabajo vigente en el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994), esto es, los que si tenían por lo menos la mera expectativa de ser jubilados por el empleador ya que seguían laborando para él.

Para esta postura de la Corte Constitucional, la Ley 100 fue la primera en establecer una obligación para los empleadores de aprovisionar el valor de las semanas laboradas para quienes tuvieran el contrato vigente para esa fecha. El legislador no podía imponer obligaciones para una de las partes dentro una relación jurídica que ya no existía, esto atentaba contra el principio de seguridad jurídica. Es imposible adivinar qué leyes existirán en un futuro y empezar a prepararse para ellas sin que ni siquiera existan.

“Crear en cabeza del empleador una obligación retroactiva frente a una relación jurídica ya extinguida, sería necesariamente inconstitucional por atentar contra el principio de seguridad jurídica... El principio de irretroactividad de la ley tiene plena aplicación en el

ordenamiento jurídico colombiano. Una nueva ley, dispone tal principio fundamental para la seguridad jurídica en el Estado Social de Derecho, no puede regular las situaciones jurídicas del pasado que ya se han definido o consolidado, y que por tanto, resultan incólumes en sus efectos jurídicos con la fuerza que les presta la ley bajo la cual se constituyeron.” (*Sentencia C-506 de 2001*).

Sentencia C-1024 DE 2004

Esta sentencia es casi que una reiteración de lo dicho en la sentencia C – 506 de 2001. Acá nuevamente alguien hizo uso de su derecho y por medio de una acción pública de inconstitucionalidad, entre otros, demandó el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que es una réplica casi exacta del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el cual ya había sido declarado exequible por la Corte Constitucional.

La Corte, aclara que este artículo ya hizo tránsito a cosa juzgada constitucional, por lo cual se rechazaron los cargos instaurados. Pero, además, reitera que los trabajadores que no tuvieran el contrato vigente para el 1 de abril de 1994, que hubieran laborado para un empleador pero no lo suficiente como para ser beneficiarios de una pensión de jubilación por parte del empleador, ya que no cumplían los requisitos de haber laborado 20 años para el mismo empleador y además cumplir 50 años de edad (mujer) y 55 (hombres), solo “tenían una mera expectativa”, no un derecho adquirido. Además, insiste la Corte, en que si se les hubiese aplicado la Ley 100 a trabajadores con contratos ya extintos, esto hubiese implicado para los empleadores una aplicación retroactiva de una obligación a una relación jurídica ya terminada violando el principio de seguridad jurídica. (*Sentencia C-1024 de 2004*).

Sentencia T-719 DE 2011

En esta sentencia la Corte Constitucional se pronunció fundamentando, de cierta manera, lo que quiso decir el legislador en la Ley 100 de 1993 al imponer la obligación de emitir títulos pensionales únicamente a favor de los trabajadores que tuviesen su contrato vigente en la fecha de expedición de la misma, al igual que para los trabajadores con contratos vigentes con posterioridad a esta.

En esta ocasión, la Corte Constitucional expresó que el legislador en el artículo 33 de la Ley 100, al conceder el derecho al reconocimiento de las semanas laboradas a los trabajadores cuyo contrato se encontrara vigente, lo que hizo fue un acto de evolución en el sistema normativo, siguiendo de manera juiciosa los mandatos constitucionales de }universalización y progresividad del sistema de seguridad social impuestos por el constituyente.

Contrario a la Constitución y la ley, hubiese sido imponerle a los empleadores una carga u obligación frente a una relación jurídica que ya no existía. Hacer esto sería violar los principios de seguridad jurídica y de irretroactividad de la ley, que son pilares básicos en un Estado Social de Derecho. (*Sentencia T-719 de 2011*).

Sentencia T-814 DE 2011

Reiterando la jurisprudencia, esta sentencia confirma que solo con la Ley 100 de 1993 nació la obligación para los empleadores de aprovisionar hacia el futuro para los trabajadores cuyo contrato se encontrara vigente.

“Sin embargo, la Corporación avaló la interpretación señalada, estableciendo que “solo con la Ley 100 de 1993, es que se establece una nueva obligación para los empleadores del sector privado a cuyo cargo se encontraba el reconocimiento y pago de la pensión, cual es la de aprovisionar hacia el futuro el valor de los cálculos actuariales en la suma correspondiente al tiempo de servicios del trabajador con contrato laboral vigente a la fecha en que entró a regir la Ley, o que se inició con posterioridad a la misma, para efectos de su posterior transferencia, en caso del traslado del trabajador, a las entidades administradoras del régimen de prima media con prestación definida (art. 33 de la Ley 100)”[49]. Adicionalmente, adujo que “crear en cabeza del empleador una obligación retroactiva referente a una relación jurídica ya extinguida sería necesariamente inconstitucional por atentar contra el principio de seguridad jurídica, postulado básico de un Estado de Derecho.” (*Sentencia T-814 de 2011*).

Sentencia T-020 DE 2012

Nuevamente, la Corte Constitucional señala que imponerle esta obligación a los empleadores sería una aplicación retroactiva de la misma, al violar así el principio de seguridad jurídica. Hace un breve recorrido por las normas más importantes para fundamentar lo expuesto. No todos los empleadores, por el simple hecho de serlo, antes de la obligación de afiliar a sus trabajadores a la seguridad social integral, tenían la obligación de aprovisionamiento. Solo con 20 años laborados para el mismo empleador, más la edad cumplida, se consolidaba este derecho.

El artículo 67 de la Ley 90 de 1946 obligaba al empleador a descontar del salario del trabajador su cuota correspondiente para hacer los aportes al ISS, so pena de tener que asumir él todos los costos de jubilación para el trabajador (esto para las principales ciudades, donde había cobertura del I.S.S.). Para los demás lugares donde no había cobertura del sistema integral

de seguridad social, se sabía que era obligación del empleador asumir la pensión de jubilación únicamente cuando el trabajador hubiese cumplido ambos requisitos (edad y 20 años laborados para el mismo empleador).

Adicionalmente, el artículo 267 del C.S.T., imponía una pensión sanción. Este, decía que en caso de que el trabajador fuese despedido sin justa causa, y llevara 15 años o más trabajando para el mismo patrono, tenía derecho al pago de una pensión mensual vitalicia a cargo del empleador la cual sería por el valor del 75% de lo que hubiese costado su pensión de jubilación, cuando cumpliera 50 años sí y solo si realizaba la reclamación de esta dentro del año siguiente a su cumpleaños número 50. Este artículo fue modificado en dos ocasiones cambiando el requisito de edad en general, pero el fundamento era el mismo.

Cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993, muchos trabajadores tenían la expectativa y estaban cerca de cumplir los requisitos para ser jubilados por sus empleadores; pero, esta Ley obligaba a todos los empleadores colombianos a afiliarse a sus trabajadores al sistema de seguridad social, logrando por fin el cubrimiento total del sistema en cada lugar. Como el legislador sabía que muchos de los trabajadores que aun estaban laborando (todavía se encontraba vigente su contrato) tenían la expectativa de obtener su pensión en cabeza del empleador, obligó a los empleadores a emitir títulos pensionales por el tiempo laborado por estos para que así el sistema integral de seguridad social pudiese asumir la carga de la pensión de vejez. Los que no tenían contratos vigentes eran sencillamente porque ya estaban jubilados por sus empleadores o simplemente porque la relación jurídica había terminado y ya ni siquiera podían considerar ser jubilados por su ex empleador.

Con todo esto, la Corte nuevamente fijo su postura señalando que imponer una obligación retroactiva frente a una relación jurídica ya extinta violaba el principio de seguridad jurídica. (*Sentencia T-020 de 2012*).

Postura 2

Sentencia T-784 DE 2010

Según la Corte Constitucional en esta sentencia, cambiando la postura que había adquirido frente al tema, si existía para los empleadores la obligación de aprovisionamiento desde el año 1946 hasta que el I.S.S. asumiera el pago de la pensión o el trabajador cumpliera todos los requisitos para ser jubilado por el empleador. De esta manera, si era y sigue siendo posible ordenarle al empleador la emisión del cálculo actuarial para todos los trabajadores que hubiese tenido este en el pasado inclusive si su contrato laboral no se encontraba vigente cuando entró en vigor el sistema general de pensiones.

Para la Corte Constitucional, el tiempo no cotizado fue de igual manera tiempo en el que el trabajador estuvo laborando bajo la subordinación de un empleador, por lo cual, al no tenerse en cuenta para la pensión de vejez se estaría vulnerando el principio de igualdad.

A pesar del cambio de postura, el magistrado Ernesto Vargas Silva, hizo uso del salvamento de voto y se pronunció indicando que el artículo 72 de la Ley 90 de 1946 no consagraba la obligación al empleador de realizar aprovisionamientos. Señaló, además, que la sentencia de constitucionalidad C – 506 de 2001, ya había declarado exequible el literal c del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el cual solo imponía la obligación de emitir títulos pensionales a empleadores que tuviesen aun una relación jurídica vigente con sus trabajadores o que su

relación iniciara con posterioridad a la entrada en vigencia de la norma. (*Sentencia T-784 de 2010*).

Sentencia T-712 DE 2011

En esta sentencia la Corte Constitucional menciona que a pesar de ser cierto que el accionante dejó pasar mucho tiempo, es válido debido a que instauró la acción de tutela cuando vio que con la Sentencia T – 784 de 2010, la Corte Constitucional abrió las puertas y dio la posibilidad a trabajadores cuyo contrato no se encontraba vigente al momento de entrar en vigor la Ley 100 de 1993, de que su tiempo laborado fuera tenido en cuenta.

La Corte Constitucional fundamenta su postura en el mismo sentido que la sentencia anterior, pero, además, agrega que durante todo el tiempo los empleadores se beneficiaron del trabajo de estos trabajadores, no obstante, no hicieron ningún tipo de aporte a la seguridad social violando así los derechos de los trabajadores a la seguridad social y al mínimo vital. (*Sentencia T-712 de 2011*).

Sentencia T-549 DE 2012

En esta sentencia de tutela la Corte Constitucional habla nuevamente de que la Ley 90 de 1946 creó la obligación de aprovisionamiento para todos los empleadores colombianos. Expresó que a pesar de que la Ley 100 de 1993 solo incluyó a los trabajadores cuyo contrato aun se encontrara vigente, la Ley 90 del 46 cobija a aquellos cuyo contrato ya no se encontraba vigente.

La Corte Constitucional insistió en que ya había un precedente (sentencia T – 784 de 2010), y que el argumento de que para la época anterior a la Ley 100 de 1993 no existía obligación de hacer los aportes a pensiones y por eso no se hizo el aprovisionamiento, violaba los derechos a la seguridad social y al mínimo vital de los trabajadores.

Concluyó que lo que estaba haciendo la contraparte para defenderse era desconocer lo prescrito por la Ley 90 del 46 al acoger de esta manera una interpretación favorable de las normas para eludir una obligación. (*Sentencia T-549 de 2012*).

Sentencia T-125 DE 2012

En este caso concreto, el demandante nunca dejó de laborar para el empleador e inclusive tenía el contrato vigente al momento de entrada en vigor de la Ley 100. El litigio se presenta debido a que este trabajador fue trasladado a un municipio donde no había cobertura del I.S.S. desde enero de 1975 hasta junio de 1979; razón por la cual, no se realizó ningún pago al I.S.S. por este tiempo. La Corte falla a favor del trabajador pero con fundamento en que la relación seguía vigente cuando empezó a regir la Ley 100. Pero, a pesar del fallo, la Corte deja claro que reconoce la postura de la Sentencia C-506 de 2001. (*Sentencia T-125 de 2012*).

Sentencia T-410 DE 2014

En esta sentencia la Corte Constitucional fue más sensata y aceptó que existía un vacío de regulación frente a la obligación que recaía en el empleador respecto del tiempo laborado por este cuando no existía cobertura del I.S.S. en la zona. Lo que hizo la Corte Constitucional en este caso fue proponer que para colmar esta laguna se debía aplicar el principio

de equidad en armonía con lo plasmado en el la Ley 90 de 1946 y el precedente fijado en la sentencia T – 784 de 2010.

Dijo la Corte que, “Los periodos causados para efectos pensionales constituyen un derecho adquirido. Los afiliados al sistema de pensiones tienen derecho a una historia laboral completa, actualizada y unificada.” (*Sentencia T-410 de 2014*).

Las conclusiones de la Corte fueron las siguientes: en primer lugar dijo que la Constitución Política garantiza los derechos adquiridos en materia de seguridad social, los periodos causados son derechos adquiridos, por lo tanto, el legislador debe salvaguardar los periodos pensionales causados por un una persona a lo largo de su vida laboral. Consideró la sala que los trabajadores cuyo contrato no se encontraba vigente cuando entró a regir la Ley 100 igual contaban con un derecho adquirido a los aportes correspondientes al tiempo de servicio que le proporcionaron al empleador mientras duró la relación laboral. Por último, hizo énfasis en que esta obligación no implicaba la imposición de obligaciones de manera retroactiva puesto que la normatividad preexistente a la Ley 100 del 93 ya había advertido sobre el llamamiento que iba a haber a todos los empleadores de afiliar a sus trabajadores a la seguridad social con el traslado del aporte previo.

Sentencias hito de la Corte Suprema de Justicia

Postura 1

Sentencia del 28 de septiembre 2005. Rad.25759

Al hacer referencia sobre cómo se delimitaba el régimen aplicable y el grado de responsabilidad del empleador, específica que lo que determinaba esto era la zona geográfica

donde se prestaba el servicio, pues era imposible que a un empleador la ley le dijera que no podía cotizar hasta que el servicio no se prestara en la zona y que después lo obligaran a entregar todo lo que debió haber cotizado (indexado y con intereses moratorios), cuando no había obligación.

A pesar de no definir explícitamente qué se debía hacer en cada caso, si dejó señalado que en ningún caso sería esto un incumplimiento u omisión del patrono. No se puede hablar de incumplimiento de una obligación cuando no hay obligación, debido a la imposibilidad de afiliación por falta de cubrimiento.

(Sentencia 25759. Sept. 29 de 2005)

Sentencia del 22 de julio de 2009. Rad. 32922

“El entendimiento de la expresión los “empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión” debe guardar consonancia con la vocación del Sistema General de Pensiones de proteger a la totalidad de los trabajadores subordinados, con la exclusión de los de regímenes expresamente exceptuados; de esta manera, el alcance de dicha norma debe ser comprensivo de aquella variedad de situaciones en las que el empleador tuvo o tenía a su cargo el deber de reconocer y pagar el derecho pensional.” *(Sentencia 329222. Julio. 22 de 2009).*

Concluye la Corte Suprema en esta sentencia, que todos los trabajadores que prestaron sus servicios por cualquier tiempo a un empleador, tienen derecho a que se le tenga en cuenta ese tiempo dentro del Sistema General de Pensiones, salvo los que por ley fueron excluidos, entre estos los que trabajaron menos de 10 años para un empleador y no tenían contrato vigente a la fecha de entrada en vigor de la Ley 100. La única forma posible para el

sistema de asumir el riesgo de vejez de los trabajadores que tenían contrato vigente es que se hayan cotizado los aportes mínimos exigidos para el mismo funcionamiento del sistema. Para la Corte, el tiempo que debe ser tenido en cuenta para poder acceder al pago de la pensión de vejez, incluye todo el tiempo que el trabajador haya estado a cargo del empleador sin que este cotizara al sistema. La única forma de habilitar este tiempo es que haya contribución por el valor del mismo.

Sentencia del 3 de marzo de 2010. Rad. 36268

En esta sentencia, la Corte Suprema reitera que la carga de asumir el riesgo de vejez solo nacía para el I.S.S. en el momento en que se daba la cobertura en la zona donde el trabajador prestaba el servicio. Era precisamente en ese momento en que nacía la obligación para el empleador de afiliar a sus trabajadores y hacer los respectivos aportes.

La Ley 100 de 1993 fue la que creó la obligación de emitir Títulos Pensionales que representaran el tiempo que el trabajador laboró, pero solo si el contrato seguía vigente. Según la Corte Suprema, esto es lo que el legislador quiso implementar y se puede evidenciar en el Decreto 1887 de 1994 (artículo 1) y el Decreto 813 de 1994 (artículo 5).

“Los trabajadores respecto a los que los empleadores tienen el deber de constituir títulos pensionales para habilitar el tiempo servido por el que no se efectuaron cotizaciones son aquellos cuya “vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente ley” como reza el literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Y los empleadores a quienes la ley les atribuye tal obligación son aquellos que tienen o tenían a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, como lo señala La ley 100 de 1993 en sus artículo 33, literal c), y 60 literal h), y los decretos reglamentarios, artículo 5 del Decreto 813 de 1994, el artículo 1 del Decreto 1887 de 1994.”

(Sentencia 36268. Marzo 3 de 2010)

El acápite anterior es una copia de lo dicho por la Corte en sentencia del 22 de julio de 2009 radicación 32922. En esta ocasión lo reitera resaltando su posición frente al tema.

Sentencia SL9856 del 16 de julio de 2014. Rad. 41745

“...como el trabajador cuando fue afiliado tenía menos de 10 años de servicio, la subrogación del riesgo de vejez por parte del ISS operó en forma plena y total, sin que exista ninguna obligación pensional a cargo del empleador.”(Sentencia 41745. Julio 16 de 2014)

En esta sentencia, la Corte Suprema de Justicia continúa con su posición. El caso discutible es el de los trabajadores que laboraron menos de 10 años. Cuando se dio la cobertura del sistema en la zona, si el empleador afilió a ese trabajador, el sistema lo subrogó en el riesgo de vejez y no se creó ninguna obligación de pagar el tiempo vencido de prestación del servicio. El único caso en que si se creó la obligación de pagar ese tiempo, es el caso de los trabajadores que aun estaban prestando el servicio y tenían el contrato vigente cuando empezó a regir la Ley 100 de 1993.

Sentencia SL8647 del 1° de julio de 2015. Rad. 59027

En esta ocasión, la Corte Suprema en la parte motiva copia y pega todo lo dicho en la sentencia del 17 de julio de 2014 resaltando las partes más importantes. Dice la Corte que sí se encontraba a cargo del empleador el asumir el riesgo de vejez de los trabajadores (esto se daba cuando el trabajador cumplía al menos 10 años de trabajo bajo la dependencia de un mismo empleador), entonces, ese empleador si está obligado a trasladar al sistema un título pensional que represente todo el tiempo laborado antes de que hubiera llamamiento y el trabajador fuera afiliado al sistema. En el caso de los trabajadores que no habían cumplido 10 años de servicio, no existía obligación para el empleador de asumir el riesgo de vejez, salvo que el contrato estuviera vigente cuando empezó a regir la Ley 100 de 1993.

(Sentencia 59027. Julio 1 de 2015)

Postura 2

Sentencia SL2138 del 24 de febrero de 2016. Rad. 57129

Con esta sentencia, la Corte Suprema de Justicia cambia su postura frente al asunto de emisión de títulos pensionales. La Corte condena al empleador a emitir un título pensional por el valor (cálculo actuarial) de las semanas en las que un trabajador laboró por un lapso menor a 10 años bajo su subordinación y dependencia. La Corte, cita varias sentencias pasadas donde igualmente había condenado al empleador que tenía a su cargo contraer el riesgo de vejez del trabajador porque llevaba más de 10 años bajo su dependencia y subordinación.

Con esta sentencia se abre por parte de la Corte Suprema de Justicia, la otra línea jurisprudencial.

“...desde el punto de vista fáctico, propio del segundo cargo, si bien es cierto que en un proceso judicial anterior se descartó que el empleador tuviera a su cargo el reconocimiento de la pensión de jubilación, eso no impedía que se concluyera, como lo hizo el Tribunal, que, en todo caso, conservaba obligaciones pensionales que se traducían en la emisión de un cálculo actuarial.”

“...el hecho de que la Federación no tenga a su cargo la pensión de jubilación no lo exime de otras cargas pensionales, como la de contribuir para la financiación de la prestación pensional por el tiempo efectivamente laborado por el trabajador.” (Sentencia 57129. Febrero 24 de 2016)

De acuerdo con lo establecido por la jurisprudencia que ha cobijado el tema de los títulos pensionales, pagaderos a favor de los trabajadores del sector privado, es procedente efectuar un análisis fundamentado en dichas sentencias.

Análisis de la Jurisprudencia

Si se mira el precedente jurisprudencial como una fuente de derecho para los jueces, como lo indica el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en su artículo 102 (Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades), sería sensato pensar que todas las decisiones judiciales para casos similares, deberían ser similares. Más, aun, si se tiene en cuenta que la fuente principal para las decisiones judiciales es la ley, la cual debe ser clara y general. Pero, en ocasiones, como la presente se evidencia que la realidad es otra; ni la ley es siempre clara, ni todos los jueces la interpretan de la misma manera, en un Estado donde el juez no tiene la facultad de hacer una interpretación que legisle o llene vacíos.

En el caso concreto no se está frente a un dilema por ambigüedad, debido a que el artículo 33 de la Ley 100 fue claro, ni se está frente a un vacío normativo, o por lo menos no es así desde la óptica de algunos jueces. El asunto que se enfrenta en este caso es de interpretación. El legislador al crear la Ley 100, no incluyó a los trabajadores cuyo contrato ya había terminado, precisamente porque esos contratos se regían por normas vigentes dentro de la duración de los mismos.

Igualmente, fue con la Ley 100 de 1993 que apareció el concepto de título pensional, entendido como la forma en la cual el empleador financiaría el tiempo servido por sus trabajadores cuya pensión se encontraba a su cargo y sus contratos aun se encontraban vigentes; esto para que efectivamente se trasladara la carga pensional al sistema (I.S.S.). De esta forma el Estado quedó únicamente con la carga administrativa del fondo responsable de recibir los aportes y entregar la pensión a los trabajadores que cumplieran con todos los requisitos.

Pero al parecer las leyes anteriores a la Ley 100 no fueron tan claras sobre la situación de aquellos trabajadores que efectivamente laboraron un tiempo considerable bajo la dependencia y subordinación de un empleador, pero, que no cumplieron los requisitos para recibir la pensión de jubilación a cargo de su empleador y su contrato terminó antes del 1 de abril de 1994. Debido a esto quedó en cabeza de los jueces ofrecer la interpretación a las normas existentes para resolver la situación de los trabajadores, que a pesar de cumplir con el requisito de edad y haber trabajado las semanas requeridas por el sistema, no pueden ser pensionados por el mismo puesto que no han hecho los aportes requeridos.

La dificultad radica en la interpretación de la norma. Ha sido un problema tanto para los jueces ordinarios, para doctrinantes y hasta para las altas Cortes. Dentro de la misma Corte Constitucional se han adoptado dos posturas, cada una totalmente contraria a la otra.

Primera postura:

Se fundamenta en el principio de seguridad jurídica. Bajo esta interpretación los jueces han considerado que es inconstitucional crear una nueva obligación en cabeza del empleador, frente a una relación jurídica (empleador – ex trabajador) que ya no existe, ni existía al momento de entrada en vigor de la Ley 100. Dice la Corte que se estaría violando el principio de seguridad jurídica al aplicar de manera retroactiva la Ley para crear nuevas obligaciones dentro de una relación extinta. No existía norma alguna, según esta visión, que advirtiera al empleador sobre el aprovisionamiento que, aparentemente, debía hacer por cada uno de los trabajadores que estuvieran bajo su dependencia y subordinación, por cada una de las semanas trabajadas por estos.

Segunda postura:

La misma Corte Constitucional cambia totalmente la visión anterior y con fundamento en el principio de equidad en concordancia con el Artículo 72 de la Ley 90 de 1946, han condenado a muchos empleadores a emitir cuantiosos títulos pensionales a favor del sistema. Los títulos pensionales representan el tiempo laborado por los trabajadores que estaban bajo su dependencia, incluso, si el contrato terminó antes del 1 de abril de 1994, y no hubiese durado al menos 10 años para que se pudiera hablar de una expectativa próxima (interpretación amplia de la pensión sanción consagrada en el Artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo).

Sustentando sus argumentos en la Ley 90 de 1946, el Artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo y la Ley 6ª de 1945, la Corte fundamenta esta postura al afirmar que con estas normas ya se había emitido el mandato de aprovisionamiento para los empleadores y todas las semanas laboradas por los trabajadores constituían un derecho adquirido para efectos pensionales.

Posturas de la Corte Suprema de justicia:

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, hasta este año (2016), había sostenido una única postura. Pero al igual que lo que ocurre con la Corte Constitucional, hoy se puede decir que la Corte Suprema de Justicia ha adoptado dos posturas.

Lo primero que hizo la Corte Suprema en el año 2005, para realizar su análisis interpretativo, fue una división de los trabajadores en tres grupos para así identificar quien asumía el riesgo de vejez, a partir de la creación del Sistema Integral de Seguridad Social.

El primer grupo de trabajadores cobija a las personas que nunca fueron acreedoras de la pensión de jubilación a cargo del empleador y ni siquiera tuvieron una mera expectativa o expectativa legítima de ser acreedores de la misma. Dentro de este grupo se encuentran los trabajadores que no cumplieron mínimo diez años laborados para el mismo empleador cuando estaba a cargo de este el asumir el riesgo, o que trabajaban para empresas cuyo capital era menor a \$800.000,00 pesos.

En el segundo grupo se encuentran los trabajadores que llevaban diez años o más bajo la dependencia del mismo empleador, pero quienes no trabajaron los 20 años que exigía la norma para ser acreedores de la pensión de jubilación por parte del empleador. Dentro de este

grupo, se encuentran los trabajadores acreedores de la pensión compartida. Lo que aduce la norma es que quienes llevaban más de diez años ya tenían una expectativa de ser jubilados por el empleador, por esto mismo se creó la obligación de aprovisionamiento a cargo del empleador; esto porque cuando efectivamente se hiciera el llamamiento de afiliación al I.S.S., en la zona, el empleador debía empezar a cotizar las semanas de sus trabajadores al sistema y cuando el trabajador cumpliera los requisitos para pensionarse, el riesgo sería asumido por el I.S.S., pero el empleador seguiría obligado con el pago de la diferencia.

Por último están los trabajadores que efectivamente fueron jubilados por sus empleadores por haber cumplido 20 años de labor continua o discontinua para el mismo empleador y tener 50 años de edad, esto antes de que se creara el I.S.S. El Instituto de Seguros Sociales no asumió el riesgo de pensión de estos, no subrogó al empleador en una obligación que ya estaba consolidada.

Para la Corte Suprema de Justicia, antes de la sentencia 57129 del 24 de febrero de 2016, cada vez que se presentara un caso lo primero que había que establecer era el momento en que se dio la cobertura del I.S.S. en la zona donde laboraba el trabajador que estaba reclamando el cálculo actuarial de las semanas laboradas. Después, se miraba el tiempo laborado por el trabajador hasta la fecha de cobertura, y así se lograba ubicar dentro de alguno de los tres grupos. Si al realizar este cálculo el trabajador quedaba dentro del primer grupo, entonces, probablemente necesitaba la emisión de un Título Pensional para acceder a una pensión de vejez a cargo del sistema, la cual solo se le otorgaba si su contrato laboral se encontraba vigente para la fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993.

En febrero de 2016, la Corte Suprema de Justicia, citó varios apartes de sentencias donde se le concedía a un trabajador el derecho a que fuera emitido un título pensional a su favor (por haber laborado este más de 10 años continuos o discontinuos para un mismo empleador), con esto, condenó a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia a emitir un título pensional a favor de un trabajador que había laborado menos de 10 años bajo su dependencia y subordinación.

La Corte Suprema de Justicia siempre había hecho énfasis en que la obligación del empleador de cotizar solo nació cuando se hizo el llamamiento en la zona donde el trabajador prestaba el servicio; al no existir, para el empleador, antes del llamamiento, ninguna obligación de asumir el riesgo de vejez frente a los trabajadores que no hubiesen cumplido al menos 10 años de trabajo. Con esto, la Corte Suprema consideraba que solo con la Ley 100 nació la obligación de pagar el tiempo laborado por los trabajadores que llevaran menos de 10 años trabajados para el mismo empleador, incluso si no había cobertura en la zona, sí y solo si el contrato de trabajo se encontraba aun vigente.

A continuación se realizará una síntesis de un artículo publicado por la revista “Actualidad Laboral y Seguridad Social” de Legis (diciembre de 2014), en la cual dos doctrinantes hacen un recorrido histórico del riesgo de vejez en el territorio colombiano.

Capítulo 6

Artículo de revista

Análisis del artículo “Actual panorama jurisprudencial respecto a obligaciones pensionales anteriores a la subrogación del sistema de pensión” Revista Actualidad Laboral y Seguridad Social (diciembre de 2014)

Los doctinantes Juan Carlos Arenas Rodríguez y Carlos Hernán Godoy Fajardo, socios y fundadores de Godoy Córdoba abogados, publicaron un artículo titulado “Actual panorama jurisprudencial respecto a obligaciones pensionales anteriores a la subrogación del sistema de pensiones”, donde presentan con conocimiento y opiniones el escenario desplegado.

Lo primero que hacen es plantear un supuesto de hecho donde una persona de edad acciona el aparato de justicia pidiendo el cálculo actuarial del tiempo laborado para su antiguo empleador cuando aun no había cubrimiento del sistema en la zona, a razón de que el accionante necesita ese tiempo para que el sistema lo pensione. El empleador se defiende con los mismos argumentos con que se defienden las compañías todos los días para evitar ser condenadas por el incumplimiento de una obligación la cual no sabían ni siquiera que tenían. Estos argumentos son básicamente, que no existía cobertura del sistema de seguridad social integral en la zona para el tiempo que se encontraba vigente ese contrato de trabajo, que la relación discutida no prevaleció siquiera diez años como para el empleador considerar empezar a realizar un aprovisionamiento, y que este tipo de reclamaciones no proceden por vía de tutela.

Con este supuesto planteado pasan a hacer un breve recorrido histórico referente a este tema. Narran la historia del sistema pensional desde su nacimiento, y cómo en principio era un sistema asistencialista donde los encargados de asumir las obligaciones eran los empleadores o el mismo Estado. Pero gracias a las fallas y falencias de este sistema se introduce un nuevo modelo que es el modelo de previsión donde cada quien se preocupa y vela por su futuro, con la

vigilancia y control del Estado. Pero había que crear una entidad que se encargara de todo esto y es así como en el año 1946 con la Ley 90, se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Lastimosamente, este solo tenía cobertura en las grandes ciudades del país, por lo que donde no existía cobertura, la obligación recaía frente a todos los empleadores. Pero para quienes se encontraban laborando en una compañía situada donde si existía cobertura del I.S.S., se creó un nuevo sistema que incluía tres fuentes de ingreso para su sustento; el empleador, el trabajador y el Estado. Este tipo de sistema tampoco duró mucho, puesto que prontamente pasaría el Estado a ser únicamente garante y regulador, y los únicos con obligación de aportar serían los trabajadores y el empleador (como funciona hoy en día).

Dedican una porción del texto a explicar cómo el Decreto 3041 de 1966 trajo una garantía en forma de régimen de transición para aquellos que se encontraban cercanos a adquirir su pensión de jubilación. Esta garantía cobijaba tres grupos; los que ya tuviesen 20 años laborando para el mismo empleador, cuya pensión seguía a cargo de este, los trabajadores que llevaran más de 15 años laborando para el mismo empleador, para quienes el sistema de seguridad social asumiría la obligación cuando el empleador pagara el cálculo actuarial, y los trabajadores que llevaran más de 10 años laborando para el mismo empleador, para quienes el sistema asumiría la obligación en caso de que su contrato fuera terminado sin justa causa, en donde se trasladaría esta obligación al empleador. De esta manera, se dejaron por fuera unos trabajadores, quienes laboraron cualquier tiempo menor a 10 años.

En principio la Corte Suprema de Justicia no fue clara sobre la postura que tomaría, pero no condenaba a los empleadores a la emisión de títulos pensionales. Posteriormente, tomó su única postura de que si no había cobertura del sistema de seguridad

social el empleador no tenía la obligación de aprovisionar y mucho menos de realizar aportes. Así mismo, sería violatorio de la norma y la Constitución exigirle a estos empleadores la emisión de un título pensional.

La Corte Constitucional, por otro lado, no ha podido unificar su postura y emiten fallos en ambas direcciones, por lo que en realidad no se puede hablar de una posición jurisprudencial dentro de esta Corte.

Están equivocados estos doctrinantes al decir que la posición jurisprudencial de la Corte Constitucional se inició con la sentencia T-784 del 2010, debido a que, como se vio anteriormente esta comenzó en el 2001 con la sentencia de constitucionalidad 506. Según estos doctrinantes para la Corte Constitucional apareció la obligación de aprovisionamiento desde 1946, pero como se vio anteriormente, los pronunciamientos de esta Corte han sido en dos sentidos diferentes.

Aunque aclaran que han existido fallos en la otra dirección, no se puede afirmar que la posición de la Corte Constitucional es solamente la anterior ya que han salido fallos en ambos sentidos provenientes de diferentes salas pero de la misma Corte Constitucional.

Concluyen estos doctrinantes al mostrar cómo para encontrar solución a una laguna normativa, parte de la administración de justicia ha impuesto a los empleadores, por considerarlos la parte más fuerte de la relación jurídica laboral, la obligación de asumir estos tiempos laborados por los trabajadores alguna vez, para que ellos puedan tener acceso a la pensión de vejez. Con esto se abren puertas para que miles de personas lleguen a reclamar lo que supuestamente les pertenecía, pero que en realidad no está consagrado aun en ninguna ley de

manera clara como un derecho adquirido. Así se pone a los empleadores en una situación imprevisible para la cual en algunos casos no se cuenta con la capacidad de asumir este riesgo.

De igual forma, emitir un título pensional, con su respectivo cálculo actuarial, representa para las empresas un valor mucho más oneroso que haber simplemente asumido la pensión de vejez del trabajador. Hoy en día, el sistema pensional se soporta tanto de aportes del empleador como del trabajador, en cambio, la emisión de un título pensional hace parte de un sistema asistencialista, el cual ya no existe en Colombia. No se evidencia un fundamento lo suficientemente fuerte para permitir que el precedente de que únicamente el empleador es quien deba “asumir la carga”, y esto se puede ver claramente en el hecho de que ni siquiera las altas cortes han podido llegar a un consenso de si es justo o no fallar a favor del trabajador o del empleador.

Lo único verdaderamente cierto y claro es que solo el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 obliga de manera clara al empleador a la emisión de un título que represente el tiempo laborado por aquellos trabajadores cuyo contrato aun se encontraba vigente al momento de entrada en vigor de esta Ley.

(Fajardo, J. C. (diciembre de 2014). Actual panorama jurisprudencial respecto a obligaciones pensionales anteriores a la subrogación del sistema de pensión. Actualidad laboral y Seguridad Social, 11-16)

Capítulo 7

Conclusiones

1. Las obligaciones frente al riesgo de vejez nacieron en 1945 con la Ley 6ª, la cual puso en cabeza del empleador asumir este riesgo siempre y cuando se cumplieran unos requisitos de tiempo laborado y edad. Al año siguiente con la Ley 90 nació la seguridad social como una obligación a cargo del Estado.

2. Aunque se creó el Instituto de Seguro Social en 1946, para el Estado no era posible económicamente asumir de inmediato el riesgo de vejez. Primero, se tenía que organizar y con el paso del tiempo de manera progresiva iría subrogando al empleador en cada zona hasta lograr el cubrimiento en la totalidad del territorio colombiano. El cubrimiento en las grandes ciudades (primeras zonas) empezó el 1 de enero de 1967.

3. Con la creación del Código Sustantivo del Trabajo en 1961 se dijo que el empleador seguiría asumiendo el riesgo de vejez temporalmente hasta que se diera la cobertura en la zona respectiva. Cuando efectivamente se daba la cobertura en la zona había que hacer una diferenciación respecto del tiempo laborado por los trabajadores de la zona. Los trabajadores que llevaban 20 años o más de trabajo para un mismo empleador, serían pensionados por el empleador (el riesgo de vejez seguía en cabeza del empleador); los trabajadores que llevaran más de 10 años, pero menos de 20, trabajando para un mismo empleador, serían pensionados por ambos, el empleador y el I.S.S., quedando el empleador con la obligación de pagar el valor de la diferencia; por último, estaban los trabajadores que llevaban menos de 10 años laborando para un mismo empleador, frente a estos el sistema asumiría todo el riesgo, quedando el empleador obligado únicamente a realizar los aportes correspondientes a partir de la afiliación.

4. En 1993 se expidió la Ley 100, con la cual se daba la cobertura total en todo el territorio colombiano y se obligaba a todos los empleadores a afiliarse a sus

trabajadores. Esta Ley fue la creadora del concepto “Título Pensional”, como título que representa el tiempo laborado por los trabajadores antes de que hubiera cobertura. El problema fue que la Ley dijo que solo tenían derecho a este los trabajadores que tuvieran su contrato vigente cuando entró a regir la Ley o que hubiera iniciado con posterioridad (artículo 33 de la Ley 100 de 1993). Se demandó este artículo por inconstitucional pero la Corte lo declaró exequible en la sentencia C-506 de 2001, con la cual precisamente inició una de sus dos posturas, liberando al empleador de la obligación de emitir títulos pensionales.

5. La Corte Suprema de Justicia en principio no fue clara en la postura que asumiría frente a la discusión, posteriormente, asumió una única postura; el legislador, con la Ley 100 de 1993, le dio al trabajador que hubiera laborado menos de 10 años, el derecho a que todo el tiempo laborado le fuera tenido en cuenta para adquirir la pensión, únicamente si su contrato seguía vigente cuando empezó a regir la Ley 100. En febrero de este año (2016), la Corte Suprema cambió nuevamente su postura afirmando que cualquier tiempo laborado por un trabajador, incluso si su contrato no se encontraba vigente cuando entró en vigor la Ley 100 de 1993, debía ser reconocido por los empleadores, quedando estos obligados a la emisión de un título pensional a favor del sistema.

6. Cuando a un trabajador no se le concede un título pensional pueden ocurrir dos situaciones; se priva a este de la obtención de una pensión de vejez o se le reduce la cuota mensual de la misma. Este escenario puede llevar inclusive a la violación del mínimo vital. Hoy en día, para que un trabajador pueda acceder a la pensión de vejez debe cumplir tanto el requisito de semanas cotizadas como el de edad. El valor que se debe pagar al sistema proviene por parte del empleador y otro tanto del salario del trabajador. Los títulos pensionales proceden únicamente del dinero del empleador. Es impensable pedirle a los

antiguos trabajadores que paguen parte del título pensional puesto que en su mayoría son personas cuyo ingreso nunca ha superado los tres salarios mínimos legales mensuales. Pero, sí es de carácter urgente regular de una vez el tema, debido a que es un problema actual el cual no se presentará en un futuro.

7. Las transacciones pagadas a los trabajadores para “suplir” los aportes a la seguridad social, no son válidas. La seguridad social es un derecho cierto e indiscutible, esto quiere decir que no se puede conciliar ni transigir, se debe cumplir y ya. El artículo 15 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 2469 del Código Civil, consagran la invalidez e inexistencia de las transacciones sobre este tipo de derechos. Cualquier tipo de acuerdo sobre estos derechos ciertos no hace tránsito a cosa juzgada por lo cual el trabajador podría interponer una demanda en cualquier momento para exigir su cumplimiento.

8. Por el lado del empleador, se ha entendido siempre que este es la parte fuerte de la relación laboral, y es cierto, pero no por ello quiere decir que esté siempre en la capacidad de asumir una obligación tan onerosa como lo es la emisión de un título pensional. Peor es la situación cuando no es un solo trabajador el que necesita que se emita un título pensional por parte del mismo empleador, sino que llegan todos los trabajadores que prestaron su servicio por cualquier tiempo cuando aún no había cobertura del sistema y los jueces obligan al empleador a emitir títulos cuyos valores superan los setenta millones de pesos. Una emisión de 10 o 20 títulos pensionales por parte de la misma empresa, podría llevarla inclusive a la quiebra, provocando consecuencias mucho más graves como lo es el desempleo.

9. Tanto los trabajadores como los empleadores merecen una solución para su situación. Entonces no se necesita una solución sino dos soluciones. En primer lugar está

el trabajador, quien probablemente al llegar a la vejez no tenga más sustento que su pensión, a la cual debería tener derecho por el simple hecho de haber trabajado las semanas necesarias. Más, aun, si no se cotizó por falta de cobertura en la zona donde laboraba.

El principio *pro homine*, como derecho humano, establece que la interpretación jurídica que se de a las normas debe ser en favor del ser humano. Frente a varias interpretaciones siempre debe haber una más extensiva, buscando siempre la forma de tutelarle a la persona su derecho. Con fundamento en este principio todos los jueces deberían tutelar el derecho de los trabajadores a la seguridad social y obligar a que se pague el cálculo actuarial por el valor del tiempo laborado por los trabajadores para que estos puedan acceder a su pensión de vejez; esto obviamente sin ningún tipo de intereses de mora porque no es exclusiva responsabilidad del empleador. La mora no se puede dar por hecho sin que exista por parte del empleador la posibilidad de afiliación. Dejando claro que el valor si se debe indexar para mantener su mismo poder adquisitivo.

En segundo lugar, están los empleadores, quienes están obligados a pagar altas sumas de dinero que representen el tiempo laborado por el trabajador. La solución para los empleadores en donde se vea claramente que la sentencia es injusta porque el trabajador laboro menos de 10 años y el Estado, administración de justicia, cometió una falla en el servicio, es demandar al Estado en una acción de reparación directa. La norma solo obligó a efectuar un aprovisionamiento a los empleadores, por el tiempo laborado por los trabajadores frente a los cuales tenía la obligación de asumir el riesgo de vejez, en otras palabras, los que tenían una expectativa por llevar más de 10 años de servicios prestados al mismo empleador.

Hacia estos no puede el empleador repetir contra el Estado ni pedir ningún tipo de exoneración ya que la norma fue clara.

De acuerdo con lo expresado anteriormente, respecto a los trabajadores que prestaron su servicio por menos de 10 años, la norma no estableció ninguna obligación. Por el principio *pro homine*, estos trabajadores sí tienen el derecho a que les sea tenido en cuenta el tiempo laborado para acceder a la pensión. Pero, también, es cierto que la norma no expresó nada al respecto, y obligar a los empleadores de manera retroactiva es y seguirá siendo una injusticia y genera en el patrimonio del empleador un daño que este no tiene por qué soportar y a que la sentencia en caso de condena no imponga el pago de intereses moratorios que serían abiertamente injustos y desproporcionados. Con estos fundamentos el empleador debe acudir a la jurisdicción administrativa y pretender la indemnización por el daño sufrido en su patrimonio para que se dé el resarcimiento del mismo en cabeza del Estado.

10. Otra circunstancia problemática se deriva del cálculo del valor de los títulos pensionales. Al hacer este cálculo, no solo indexan el valor que debió haberse cotizado hace más de 20 años, sino que le cobran al empleador intereses moratorios. A toda luz no existe justificación ni fundamento. Si el empleador no podía cotizar por falta de cubrimiento del I.S.S. en la zona, no existía ninguna obligación. Como se vio, tampoco sabía el empleador hace 30 años que lo iban a obligar a pagar un valor para el cual no había hecho ningún tipo de provisionamiento en los casos de los trabajadores que no habían cumplido al menos 10 años de servicio. Respecto de los intereses moratorios, esto definitivamente debe

ser eliminado a la hora de realizar el cálculo actuarial (aclarando que el valor si debe ser indexado).

11. Por último, se destaca el tema de la prescripción. Los derechos pensionales no prescriben. La Corte Constitucional ha dicho con fundamento en el artículo 48 de la Carta, que la calidad de pensionado es vitalicia y permanente. Lo anterior se puede interpretar erróneamente al pensar que nada frente al derecho pensional prescribe, lo cual es falso. Cuando se dice que el derecho a la pensión no prescribe, a lo que se refiere es que una persona que haya cumplido los requisitos para pensionarse, puede hacer la reclamación en cualquier tiempo después del cumplimiento de los requisitos. Las mesadas de la pensión si pueden prescribir cuando el titular no las reclama después de haber cumplido los requisitos.

“...Esta Corporación ha ratificado y consolidado la regla de la imprescriptibilidad e irrenunciabilidad en materia pensional, constituyendo aquello una interpretación clara, unívoca, constante y uniforme de la garantía fundamental a la seguridad social. El precedente de la imprescriptibilidad de las prestaciones pensionales como expresión del derecho a la seguridad social.” (Sentencia T-123 de 2015)

Lista de referencias

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Naciones Unidas Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado. 23 de marzo de 1976.
- Superintendencia Financiera. (1997).RÉGIMEN DE PENSIONES, AFILIACIÓN AL SISTEMA GENERAL. Concepto N° 97001581-1. Abril 30 de 1997.
- Ley 797 de 2003. Diario Oficial 45.079 del 29 de enero de 2003. Colombia.
- Ley 100 de 1993. Diario Oficial 41.148 del 23 de diciembre de 1993. Colombia.
- Glosario. eduFInet-Educación financiera en la red.
http://www.edufinet.com/index.php?option=com_glossary&func=display&letter=C&Itemid=27&catid=13&page=1
- Decreto 1887 de 1994. Diario Oficial 41.480 de agosto 5 de 1994. Colombia.
- Constitución Política de Colombia. 1991.
- Corte Constitucional. (19 de marzo de 1997). Sentencia C-147 de 1997. [MP. Dr. Antonio Barrera Carbonell].
- Sala Plena de la Corte Constitucional. (29 de agosto de 2007). Sentencia C-663 de 2007. [MP. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa].
- Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional. (14 de noviembre de 2013). Sentencia T-832ª de 2013). [MP. Luis Ernesto Vargas Silva].
- Ley 90 de 1946. Diario Oficial 26.322 del 7 de enero de 1947. Colombia.
- Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional. (4 de noviembre de 2014). Sentencia T-803 de 2014. [MP. Jorge Iván Palacio Palacio].
- Ley 6ª de 1945. Diario Oficial 25.790 del 19 de febrero de 1945. Colombia.

- Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional. (2 de febrero de 2010). Sentencia T-053 de 2010. [MP. Mauricio González Cuervo].
- Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional. (2 de julio de 2013). Sentencia T-398 de 2013. [MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].
- Sala Plena de la Corte Constitucional. (20 de agosto de 2009). Sentencia T-556 de 2009. [MP. Nilson Pinilla Pinilla.]
- Sala Plena de la Corte Constitucional. (10 de julio de 2013). Sentencia C-438 de 2013. [MP. Alberto Rojas Rios].
- Sala Plena de la Corte Constitucional. (28 de marzo de 2012). Sentencia C-250 de 2012. [MP. Humberto Antonio Sierra Porto].
- CIESS. Centro Interamericano de Seguridad Social. (2014)
http://www.cieess.org/index.php?id=home_es
- Colpensiones. (14 de agosto de 2013). Títulos Pensionales.
<https://www.colpensiones.gov.co/buscar.aspx?lang=es-CO&T=B&P=titulos%20pensionales>
- Acuerdo 189 de 1965. Colombia.
- Acuerdo 224 de 1966. Colombia.
- Decreto 3041 de 1966. Diciembre 19. Colombia.
- Decreto 1650 de 1977. Julio 18. Colombia.
- Decreto 2879 de 1985. Octubre 4. Colombia.
- Decreto 758 de 1990. Abril 11. Colombia.
- Decreto 813 de 1994. Abril 21. Colombia.
- Decreto 1160 de 1994. Junio 3. Colombia.

- Exposición de Motivos 100 de 1993 Congreso de la República. Fecha de expedición: 01/10/1992. Gaceta del Congreso. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS del Proyecto de Ley por el cual se crea el Sistema de Ahorro Pensional y se dictan otras disposiciones sobre seguridad social. Luis Fernando Ramírez A.
- Sala Plena de la Corte Constitucional. (16 de mayo de 2001). Sentencia C-506 de 2001. [MP. Álvaro Tafur Galvis].
- Sala Plena de la Corte Constitucional. (20 de octubre de 2004). Sentencia C-1024 de 2004. [MP. Dr. Rodrigo Escobar Gil].
- Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional. (23 de septiembre de 2011). Sentencia T-719 de 2011. [MP. Nilson Pinilla Pinilla].
- Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional. (28 de octubre de 2011). Sentencia T-814 de 2011. [MP. Luis Ernesto Vargas Silva].
- Sala Sexta de revisión de la Corte Constitucional. (23 de enero de 2012). Sentencia T-020 de 2012. [MP. Nilson Pinilla Pinilla].
- Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional. (30 de septiembre de 2010). Sentencia T-784 de 2010. [MP. Humberto Antonio Sierra Porto].
- Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional. (22 de septiembre de 2011). Sentencia T-712 de 2011. [MP. María Victoria Calle Correa].
- Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional. (13 de julio de 2012). Sentencia T-549 de 2012. [MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].
- Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional. (23 de febrero de 2012). Sentencia T-125 de 2012. [MP. Jorge Ignacio Pretelt].

- Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional. (26 de junio de 2014). Sentencia T-410 de 2014. [MP. Luis Ernesto Vargas Silva].
- Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. (29 de septiembre de 2005). Sentencia 25759. [MP. Dr. Luis Javier Osorio López].
- Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. (22 de julio de 2009). Sentencia 329222. [MP. Eduardo López Villegas].
- Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. (3 de marzo de 2010). Sentencia 362668. [MP. Dr. Luis Javier Osorio López].
- Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. (16 de julio de 2014). Sentencia 41745. [MP. Elsy del Pilar Cuello Calderón].
- Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. (1 de julio de 2015). Sentencia 59027. [MP. Luis Gabriel Miranda Buelvas].
- Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. (24 de febrero de 2016). Sentencia 57.129. [MP. Rigoberto Echeverri Bueno].
- Fajardo, J.C. (diciembre de 2014). Actual panorama jurisprudencial respecto a obligaciones pensionales anteriores a la subrogación del sistema de pensión. Actualidad laboral y Seguridad Social. Legis. Pgs. 11-16.
- Sala tercera de Revisión de la Corte Constitucional. (26 de marzo de 2015). Sentencia T-123 de 2015. [MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez].