

Tendencias en derecho sindical y debates sobre la negociación colectiva en el sector público

CONTENIDO

- **WILFREDO SANGUINETI RAYMOND:** La garantía extracontractual del derecho de huelga: una reconstrucción sistemática.
- **JUDITH CARRERAS GARCÍA:** "¿Puede el feminismo ser un revulsivo sindical?".
- **MAURICIO MATOS ZEGARRA Y FIORELLA MANRIQUE VALDIVIA:** Los colegios profesionales en el Perú: una mirada desde la libertad sindical negativa.
- **MARIANELLA LEDESMA NARVÁEZ:** Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre negociación colectiva en el sector público.
- **JUAN JOSÉ MARTÍNEZ ORTIZ:** La negociación colectiva en el sector público: necesidad de regulación equilibrada.
- **CARLOS GUILLERMO MORALES MORANTE:** Problemática de la regulación del contenido económico de la negociación colectiva en el Sector Público: balances y perspectivas.
- **ADOLFO CIUDAD REYNAUD:** Análisis de los proyectos tramitados en el Congreso de la República.
- **ANA CECILIA CRISANTO CASTAÑEDA:** Los modelos de negociación colectiva en el sector público con incidencia presupuestal: su presencia en los proyectos de ley recientes y en el DU N° 014-2020.
- **RAÚL SACO BARRIOS:** Plazo de vigencia de la convención colectiva de trabajo en el sector público.
- **FERNANDO DELGADO SOARES NETTO:** "Peculiaridades de las relaciones laborales en el sector público en el Uruguay".

SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

- **LUCÍA GUZMÁN ESTRADA:** Riesgos biológicos en el trabajo: fundamentos para plantear una función resarcitoria del Estado.

SEGURIDAD SOCIAL

- **IRENE DEL PILAR ÁLVAREZ DEOSSA:** Sistema Pensional Colombiano: una mirada a la responsabilidad del empleador.

TENDENCIAS: EL COVID-19 Y LAS RELACIONES DE TRABAJO

- **JOSÉ EDUARDO LÓPEZ AHUMADA:** Solidaridad y trabajo protegido desde una perspectiva global: la respuesta social ante la pandemia del coronavirus.
- **MARIO GARMENDIA ARIGÓN:** Navegando la pandemia: notas sobre su impacto laboral y las medidas adoptadas para su contención.
- **LEOPOLDO GAMARRA VÍLCHEZ:** La kenosis peruana puesta en evidencia por el Covid-19.
- **WILLMAN MELÉNDEZ TRIGOSO:** El instituto de la suspensión perfecta de labores en el contexto del Covid-19.

Laborem

N.º 22 / 2020



Revista Laborem

Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Director

Luis Mendoza Legoas

Consejo Editorial

Miguel Canessa Montejo

Ana Cecilia Crisanto Castañeda

Wilfredo Sanguinetti Raymond

Lima, 2020

Laborem es la revista de doctrina laboralista editada por la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Desde 1994, esta publicación ha promovido el debate de asuntos de trabajo desde una perspectiva académica en el campo aplicado y teórico, a nivel nacional e internacional.

En su edición electrónica, la revista alcanza a un número de lectores peruanos y del extranjero, de los ámbitos universitario, gremial, profesional, impulsando el estudio de los asuntos de trabajo a nivel local y comparado. Por ese motivo, la revista respeta el método de citado de las contribuciones originalmente alcanzadas por los autores.

La revista Laborem está alojada en la página de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: www.spdtss.org.pe

EDITORIAL

El número 22 de la revista *Laborem* ve la luz en medio de la crisis originada en una pandemia global que ha conmovido al mundo del trabajo y a las instituciones del Derecho Laboral. No obstante, como escribió hace un tiempo el profesor español Manuel Carlos Palomeque, “la crisis económica es un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo”, por lo que, además de su impacto en las relaciones de trabajo, la verdadera novedad de la crisis que sufrimos actualmente yace en los terribles efectos del COVID-19 en la vida y la salud de las personas que trabajan.

La revista propone, en ese contexto, una temática principal dedicada al Derecho Sindical. En ella, son dos los temas que se presentan. En primer lugar, dos interesantes ensayos sobre temas asaz actuales sobre el fenómeno colectivo: la huelga como manifestación fáctica en su proyección extracontractual en las complejas relaciones empresariales descentralizadas, a cargo de Wilfredo Sanguinetti; y el estudio realizado por Judith Carreras sobre los bastos puntos de conexión entre la plataforma de lucha sindical y la feminista.

A continuación, una serie de artículos presentados a nuestra revista respecto a un tema que ha ocupado un espacio propio en el debate laboral peruano del último lustro: la negociación colectiva en el sector público. Si bien hoy ya se tiene una normativa aprobada sobre el particular, estos artículos se han incluido como testimonio del impulso que la SPDTSS ha dado a la discusión sobre este tema a través de eventos científicos y publicaciones especializadas (esfuerzo que, estamos seguros, tendrá continuidad).

Así, Marianella Ledesma, presidenta del Tribunal Constitucional del Perú, reseña en primer lugar la doctrina y jurisprudencia del alto tribunal sobre el particular. Igualmente, Juan José Martínez Ortiz, presidente ejecutivo de la Autoridad Nacional del Servicio Civil, nos ofrece un panorama de la normativa y la jurisprudencia sobre la negociación colectiva en el sector público, aunada a una nutrida

información estadística sobre aspectos importantes del ejercicio de este derecho en los años recientes.

También dentro del mismo eje temático se presentan los trabajos de los profesores Carlos Guillermo Morales, quien ofrece un balance y perspectivas sobre la regulación del contenido económico; Adolfo Ciudad con un análisis sobre los proyectos normativos que se tramitaron en el Congreso de la República; Ana Cecilia Crisanto, quien trata los modelos de negociación colectiva en los proyectos dados y la norma aprobada; y Raúl Saco, quien analiza el plazo de vigencia asignado a los convenios colectivos del sector público. Cabe mencionar que la mayor parte de estos trabajos recogen, con ampliaciones, las ponencias presentadas por los nombrados autores en el conversatorio sobre negociación colectiva en el sector público, que fue coorganizado por nuestra asociación y la Oficina de la Organización Internacional del Trabajo para los Países Andinos en setiembre de 2019.

Cerrando esta sección, el profesor uruguayo Fernando Delgado nos ofrece una visión comparativa de las relaciones laborales el sector público de su país. Esta reflexión es de especial interés para nosotros ya que el propio autor tuvo oportunidad de compartir con la SPDTSS la experiencia del Uruguay en la negociación colectiva en el sector público. Su vinculación con nuestra sociedad y con el estudio de este tema data entonces de varios años ya.

4

En materia de seguridad y salud en el trabajo, presentamos el estudio de Lucía Guzmán Estrada sobre la responsabilidad del Estado frente a la exposición de los trabajadores en centros de salud pública estatal a riesgos biológicos. Se trata, sin ninguna duda, de un tema de acuciante actualidad dada la precaria situación del personal que lucha diariamente frente a la pandemia que nos azota en los centros de salud del Estado.

Posteriormente, desde Colombia, la abogada Irene Álvarez Deossa nos presenta una exposición de las obligaciones patronales en el marco del Derecho Previsional de su país, haciendo recurso de la vasta jurisprudencia existente sobre el particular.

A continuación, nuestra sección de tendencias recoge estudios iniciales al impacto de la crisis sanitaria y económica del COVID-19 en las relaciones de trabajo. Cuatro estudios componen esta importante sección, adelantando lo que será la temática principal de la siguiente entrega de la revista *Laborem*, programada para noviembre de 2020.

En primer lugar, José Eduardo López Ahumada presenta un claro análisis sobre las respuestas estatales y supranacionales en función de las instituciones laborales más importantes. De otro lado, Mario Garmendia Arigón nos ofrece un panorama sobre las respuestas desde el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en Uruguay, en la dimensión de lo individual y lo colectivo.

También en este eje se presenta al trabajo de los autores nacionales Leopoldo Gamarra Vílchez, quien presenta una explicación del impacto que ha tenido la pandemia en el sistema peruano desde una crítica estructural a la institucionalidad del mercado de trabajo y el Derecho del Trabajo doméstico. Luego, Willman Meléndez Trigo sobre una traumática institución propia de la crisis: la suspensión perfecta de labores. Esta figura, ampliamente discutida en nuestro medio, es estudiada desde una interesante perspectiva que atiende al fundamento de esta figura excepcional.

Como podrá comprobarse en la lectura de estos aportes académicos, la SP-DTSS ofrece a la comunidad laboralista un número de interés, cuyos temas se encuentran en el debate de los problemas nuevos y actuales, pero problemas de siempre al fin.

Guillermo Boza Pró
Presidente SPDTSS

Luis Mendoza Legoas
Director de *Laborem*

CONTENIDO

Editorial	3
-----------------	---

TENDENCIAS EN DERECHO SINDICAL Y DEBATES SOBRE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR PÚBLICO

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND: La garantía extracontractual del derecho de huelga: una reconstrucción sistemática	19
I. Los términos de un problema capital	20
II. La construcción jurisprudencial de la garantía extracontractual del derecho de huelga.....	26
A. La concepción instrumental del derecho de huelga en el punto de partida	26
B. La afirmación del deber del empresario de soportar los efectos del ejercicio del derecho.....	28
C. La proyección de la tutela del derecho hacia otros empresarios.....	31
III. Un intento de reconstrucción: la afirmación de una posición patronal instrumental a los efectos de la garantía del derecho de huelga.....	39
A. La “especial vinculación” entre los trabajadores que ejercen el derecho y el proceso productivo global liderado por otro empresario como fundamento y límite de su proyección a los grupos y las redes empresariales.....	41
B. Contenido de la posición patronal instrumental.....	47

JUDITH CARRERAS GARCÍA: ¿Puede el feminismo ser un revulsivo sindical?	59
Las luchas ‘sindicales’ de la reproducción social.....	62
La Huelga del 8 de marzo densifica el concepto de huelga	66
La huelga feminista, una experiencia para las huelgas laborales y organización sindical	68
Referencias	70
MAURICIO MATOS ZEGARRA / FIORELLA MANRIQUE VALDIVIA: Los Colegios Profesionales en el Perú: Una mirada desde la libertad sindical negativa.....	71
1. Introducción	72
2. La Sindicalización en el Perú	72
2.1 Antecedentes	72
2.2. Regulación actual	75
3. Libertad sindical.....	77
3.1 Contenido y marco normativo aplicable.....	77
3.2 Jurisprudencia	78
4. Colegios profesionales	80
4.1 Regulación normativa y naturaleza de los Colegios profesionales ...	80
4.2 Constitucionalización y principales lineamientos jurisprudenciales	81
4.3. Colegiatura obligatoria y libertad sindical.....	83
5. Conclusiones	84
6. Bibliografía.....	85
MARIANELLA LEDESMA NARVAEZ: Doctrina y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre negociación colectiva en el Sector Público	87
1. El reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos.....	87
2. La negociación colectiva en el sector público	90
3. Negociación colectiva y presupuesto público	91
4. Sector público y ausencia de regulación de la negociación colectiva	92
5. Directrices para la futura legislación sobre negociación colectiva.....	93
6. Límites a los límites de la negociación colectiva en el sector público	95
Conclusiones.....	97

JUAN JOSÉ MARTÍNEZ ORTIZ: La negociación colectiva en el sector público: necesidad de regulación equilibrada.....	99
Los antecedentes normativos en materia de negociación colectiva.....	99
La evolución del pensamiento del tribunal constitucional.....	103
Acción de Inconstitucionalidad contra la Ley N° 28175, Ley Marco de Empleo Público.....	104
La postura actual del tribunal constitucional	106
El derecho de negociación colectiva, como derecho de constitucional de configuración legal	110
La negociación colectiva en el sector público. La evidencia de los datos	111
Problemas actuales de la negociación colectiva.....	114
Comentario final	118
 CARLOS GUILLERMO MORALES MORANTE: Problemática de la regulación del contenido económico de la negociación colectiva en el Sector Público: Balance y perspectivas.....	121
1. Introducción	121
2. Problemática de la regulación del contenido salarial de la negociación colectiva en el Sector Público.....	122
2.1. Antecedentes de la regulación del contenido salarial en la negociación colectiva en el Sector Público en el Perú.....	122
2.2. Las prohibiciones presupuestales al contenido salarial en el Sector Público.....	124
3. Análisis de los cuestionamientos a la prohibición de la regulación del contenido salarial en las Leyes de Presupuesto del Sector Público.....	125
3.1. Cuestionamientos de las organizaciones sindicales ante la OIT	125
3.2. Pronunciamientos del Tribunal Constitucional	127
4. Análisis de las posiciones sobre la problemática de la regulación del contenido salarial en la negociación colectiva en el Sector Público	133
4.1. Posiciones teóricas sobre la materia	133
4.2. Crítica a estas posiciones.....	135
5. Bibliografía.....	136

ADOLFO CIUDAD REYNAUD: Análisis de los proyectos tramitados en el Congreso de la República sobre negociación colectiva en el sector público	139
I. Obligación de fomento de la negociación colectiva.....	139
II. Análisis de los dos proyectos de negociación colectiva.....	140
1. Materias comprendidas en la negociación	140
2. Reglamentación excesiva de los niveles de negociación:	142
3. El Informe Económico Financiero del MEF	144
4. Plazo mínimo de duración del convenio colectivo e inicio de vigencia..	146
5. Conformación del Tribunal Arbitral.....	148
6. Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones colectiva	149
7. Ejecución del laudo arbitral	151
ANA CECILIA CRISANTO CASTAÑEDA: Los modelos de negociación colectiva en el sector público con incidencia presupuestal: su presencia en los proyectos de ley recientes y en el DU N° 014-2020	153
I. Antecedentes	153
II. Fundamento de los límites en materia económica en la negociación colectiva del sector público:	155
III. Modelos legales de negociación colectiva en el sector público con incidencia en el presupuesto estatal.....	157
1. Modelo de topes en la ley de presupuesto:.....	158
2. Modelo de ley que habilita el establecimiento de límites en materia económica:	159
3. Modelo de prohibición legal de la negociación colectiva en materia económica en el sector público.....	160
IV. Informe económico financiero: análisis en los proyectos de ley y en el DU N° 014-2020	162
1. Proyecto de ley de la Comisión de Trabajo	162
2. Proyecto de Ley de la Comisión de Descentralización	164
3. DU N° 014-2020	165
V. Conclusiones.....	167
VI. Bibliografía.....	168

RAÚL SACO BARRIOS: Plazo de vigencia de la convención colectiva de trabajo en el sector público.....	171
1. Antecedentes	172
1.1. Sector privado	172
1.2. Sector público	176
2. Intervencionismo y “reglamentarismo” estatales en la negociación colectiva frente a la autonomía colectiva, y legislación comparada.....	180
3. Doctrina nacional.....	184
4. La OIT.....	186
4.1. Negociación libre y voluntaria	186
4.2. Duración y vigencia de las convenciones colectivas.....	188
5. Cuestiones prácticas	190
6. Conclusiones	191
Bibliografía.....	192
FERNANDO DELGADO SOARES NETTO: Peculiaridades de las relaciones laborales en el sector público en el Uruguay.....	199
I. Introducción	199
II. Peculiaridades en cuanto a la regulación (Derecho Administrativo vs. Derecho Laboral)	200
1. Posición administrativista o dualista.....	200
2. Posiciones laboristas	201
3. Teorías híbridas	201
4. Los aportes de Octavio Racciatti	202
III. Peculiaridades del sujeto empleador (la complejidad y extensión del estado uruguayo)	203
1. Los vínculos laborales del estado	203
2. Las pluralidades en el ámbito estatal.....	204
3. Los cargos políticos , la estructura jerárquica y burocrática.....	205
IV. Peculiaridades en cuanto al rol del ministerio de trabajo	205
V. Peculiaridades en cuanto al contenido (materia salarial, convenios y presupuesto)	206
1. La materia salarial en la negociación pública	206
2. El “ida y vuelta” entre normas presupuestales y convenios colectivos.....	207

3. El caso del convenio en la enseñanza pública.....	208
4. Los efectos jurídicos de los acuerdos o convenios colectivos	209
VI. Otras limitaciones constitucionales, legales y reglamentarias	209
VI. Reflexiones finales.....	210

SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

LUCIA GUZMÁN ESTRADA: Riesgos biológicos en el trabajo: Fundamentos para plantear una función resarcitoria del Estado.....	213
Introducción	214
I. Breve marco conceptual de los riesgos biológicos y su relación con las y los trabajadores de centros sanitarios públicos	215
II. La función garante del Estado como agente principal del sistema de seguridad y salud en el trabajo en centros sanitarios públicos: crítica a la situación actual	216
2.1. Fundamento constitucional del rol garante del Estado en la seguridad y salud en el trabajo.....	216
2.2. Rol garante del Estado en relación a los riesgos biológicos en centros sanitarios públicos: crítica a la situación actual.....	218
3. Riesgos biológicos en el trabajo: ¿cómo se puede sustentar la activación de una función resarcitoria del Estado en relación a sus trabajadores?	221
4. Conclusiones	225
5. Bibliografía.....	226

SEGURIDAD SOCIAL

IRENE DEL PILAR ÁLVAREZ DEOSSA: Sistema pensional colombiano: una mirada a la responsabilidad del empleador.....	231
1. Presentación	231
2. Antecedentes de la seguridad social.....	232
3. De los regímenes pensionales antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.....	234
4. De la creación del nuevo sistema general de pensiones y su posterior reforma con la Ley 797 de 2003	240

A) Antecedentes de la Ley 100 de 1993	240
B) Requisitos para acceder a la pensión de vejez en la Ley 100 de 1993 y sus posteriores reformas.....	242
C) De los títulos pensionales.....	243
5. Recorrido en la jurisprudencia colombiana sobre el pago de título pensional, en las situaciones excluidas del art. 33 de la Ley 100 de 1993.	245
a. De la zona geográfica: trabajadores laborando en zonas no cubiertas por el ISS desde el inicio del contrato y trabajadores afiliados al ISS trasladados a zonas sin cobertura.	246
b. Los trabajadores que no fueron afiliados al hoy fenecido ISS, aun cuando ya el empleador sí tenía la obligación de hacerlo en su zona geográfica, pero que, por razones de orden público no pudo realizarlo	248
c. De los trabajadores cuya vinculación no estaba vigente al 23 de diciembre de 1993, pero cuya pensión estaba a cargo del empleador.	250
Conclusión.....	255

TENDENCIAS: EL COVID-19 Y LAS RELACIONES DE TRABAJO

13

José Eduardo López Ahumada: Solidaridad y trabajo protegido desde una perspectiva global: la respuesta social ante la pandemia del coronavirus.....	259
I. Introducción	260
II. La epidemia del coronavirus y la situación de crisis humanitaria: una profunda cuestión social	261
III. El papel de la OIT ante la crisis global en el empleo: efectos de la crisis del coronavirus en la economía y en el mundo del trabajo	266
IV. Los desafíos internacionales de la crisis global en el mundo del trabajo .	268
V. Las principales medidas laborales y de protección social adoptadas por los estados nacionales: la protección del empleo y la atención a las situaciones de necesidad	272
VI. Régimen de servicios esenciales y sectores prioritarios en régimen de continuidad.....	273
VII. La protección del derecho a la salud en el trabajo.....	275

VIII.	Trabajo a distancia y teletrabajo como respuesta al actual modelo actividad laboral	276
IX.	Protección en el empleo y estabilidad laboral: solidaridad y protección social.....	279
X.	Prohibición y limitaciones a los despidos por causa de fuerza mayor: promoción de la defensa del empleo	281
XI.	La protección del salario y la previsión de beneficios económicos excepcionales en caso de necesidad	283
XII.	La ordenación del tiempo de trabajo y de descanso ante la situación de aislamiento y movilidad restringida	284
XIII.	Conciliación de la vida familiar y laboral.....	286
XIV.	Medidas de protección social: desempleo, renta mínima de inserción y subsidios económicos para colectivos más desfavorecidos	287
XV.	Tutela del trabajo por cuenta propia y del régimen de actividad de las microempresas y pymes	290
XVI.	Conclusiones	292
XVII.	Referencias bibliográficas	296

14

MARIO GARMENDIA ARIGÓN:	Navegando la pandemia: notas sobre su impacto laboral y las medidas adoptadas para su contención	301
I.	Introducción	302
II.	Estado de emergencia sanitaria nacional y su impacto en la actividad económica y el funcionamiento de las empresas.....	303
III.	Continuidad de la actividad y prevención de los contagios	306
	1. Trabajo desde el domicilio de los trabajadores	307
	2. Telemedicina: Ley nº 19.869, del 2 de abril de 2020.....	308
	3. Medidas profilácticas para el trabajo presencial (CONASSAT).....	308
IV.	Empleo e ingresos de los trabajadores: medidas dirigidas a preservar las fuentes de trabajo, la estabilidad del empleo y los ingresos de los trabajadores	310
	1. Flexibilización del seguro de paro.....	310
	2. Otras medidas.....	312
	3. Pago de los salarios.....	313
	4. Fondo solidario COVID-19 e impuesto emergencia sanitaria (ley nº 19.874, del 8 de abril de 2020).....	313

V. Amparo para los trabajadores que contraen la enfermedad o se ven obligados a guardar cuarentena.....	314
VI. Situación de los trabajadores de la salud.....	315
VII. ¿Qué espacio tiene el diálogo social y la negociación colectiva en la actual coyuntura?.....	315
VIII. Conclusiones	316
LEOPOLDO GAMARRA VÍLCHEZ: La <i>kenosis</i> peruana puesta en evidencia por el Covid-19	319
I. Introducción	320
II. El fracaso de las políticas neoliberales	320
1. El grado de la crisis que el coronavirus pone en evidencia	322
2. ¿Cómo explicar esos datos en una “economía social de mercado”?... ..	325
III. Las medidas tomadas por otros países frente al <i>shock</i> del COVID-19....	328
1. La política fiscal, la gran protagonista.....	329
2. La ayuda directa a los más afectados.....	329
3. En cuanto a los trabajadores.....	330
IV. Las medidas que se están tomando (y otras que deben tomarse) en el Perú. .	332
1. Medidas preventivas: “más temo al hambre que al coronavirus”	333
2. Las medidas estructurales: las más necesarias y las más olvidadas	336
V. Conclusiones	341
VI. Referencia bibliográfica.....	342
WILLMAN MELÉNDEZ TRIGOSO: El instituto de la suspensión perfecta de labores en el contexto del Covid-19.....	345
¿De lo genérico a lo específico?	346
La hoja de ruta especial	348

Laborem

SEGURIDAD SOCIAL

N.º 22 / 2020



SISTEMA PENSIONAL COLOMBIANO: UNA MIRADA A LA RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR

IRENE DEL PILAR ÁLVAREZ DEOSSA*

El sistema de seguridad social en Colombia, fue creado bajo un esquema de triple aporte; estado, empleador y trabajador. Sin embargo, solamente se materializó el de estos dos últimos. En los últimos años, se ha examinado el papel del empleador durante los periodos en que el sistema no tuvo cobertura en todo el país, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, que se examina en este artículo desde una perspectiva histórica, legal y jurisprudencial.

231

1. Presentación

El sistema general de pensiones colombiano, creado con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, está consolidado sobre los principios de integralidad y universalidad. Sin embargo, con anterioridad a esta norma ya existían múltiples sistemas pensionales sectorizados que protegían a los trabajadores en los mencionados riesgos, los cuales, tienen en común, que el empleador cumplía un papel preponderante en la prestación pensional al trabajador; en unos casos, porque asumía por sí mismo la pensión o porque la subrogaba en las cajas de previsión social existentes o en el Instituto Colombiano de la Seguridad Social, para las zonas geográficas cubiertas por este.¹

* Máster en Relaciones Laborales e Industriales de la Università degli Studi di Torino en convenio con la OIT. Abogada. Labora actualmente como abogada asesora en el Tribunal Superior de Antioquia, Medellín, Colombia.

1 El Instituto Colombiano de Seguros Sociales inició con esta denominación por creación de la Ley

Esta subrogación, se constituyó en un elemento esencial en la consolidación del Sistema General de Pensiones creado en la citada ley, que unificó la cobertura pensional en Colombia y al mismo tiempo abrió la puerta a nuevas inquietudes de trabajadores y empleadores que prestaban sus servicios antes de que empezara a operar el nuevo sistema, particularmente, en los siguientes casos: cuando el trabajador ya había dejado de prestar servicios al 23 de diciembre de 1993 y necesitaba el tiempo laborado con anterioridad a esta fecha para lograr el pago de la pensión por vejez; cuando, no se le había reconocido el tiempo laborado por haberlo sido en una zona geográfica que carecía de la cobertura del ISS y por último, cuando, pese a que el trabajador había laborado en una zona con cobertura geográfica del ISS, la afiliación no se produjo, debido a situaciones de orden público que la impidieron temporalmente, con lo que tampoco se le contabilizó ese lapso para obtener el pago de la pensión.

Así, en este artículo, el propósito principal es exponer como se han resuelto estos interrogantes normativa y jurisprudencialmente. Para ello, se abordará el tema en cuatro partes: primero, un breve recuento de los antecedentes de la seguridad social en el país, en especial la creación del Instituto Colombiano De Seguros Sociales, lo que llevará a examinar cuáles eran los regímenes pensionales existentes con anterioridad a la entrada en vigencia del actual sistema de pensiones.

También se verá cómo se unificaron ambos regímenes en la Ley 100 de 1993 y la reforma pensional de la Ley 797 de 2003 y la Ley 860 de 2003 y por último el análisis jurisprudencial en lo pertinente a los aportes del empleador antes de la unificación del Sistema General de Pensiones, en las tres situaciones arriba descritas.

2. Antecedentes de la seguridad social

En 1991, Colombia fue constituido como un estado social de derecho, cuyo propósito es favorecer la igualdad social real, bajo los principios de dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, derecho a la vida, integridad personal e igualdad.²

90 de 1946, su nombre cambió a Instituto de los Seguros Sociales por disposición del Decreto 1650 de 1977.

2 VILLAR BORDA, L. (1). Estado de derecho y Estado social de derecho. *Revista Derecho Del Estado*, (20), 73-96. [Recuperado de de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/705>]

En este marco jurídico, el concepto de seguridad social se estructuró como derecho de segunda generación – luego elevado a derecho fundamental por vía jurisprudencial³ – en el artículo 48 de la Constitución Política.

Previo a ello no había una estructuración clara de este concepto dentro del esquema constitucional. Si bien, en 1870, se inició a indagar sobre la “cuestión social”, básicamente por iniciativa de sectores liberales, la primera idea de Seguridad Social puede rastrearse en el discurso de Angostura de Simón Bolívar (1819), a quien se le atribuye enunciar que un mejor sistema de gobierno sería el que produjese la mayor felicidad posible, mayor suma de seguridad social y estabilidad política; sin embargo, ello estaba enfocado en la seguridad de los militares.⁴

Es así como, la protección a los riesgos de invalidez, vejez y muerte en la forma de una prestación pensional, inició sus pasos con timidez, ya que los primeros en ser protegidos por vejez y sobrevivencia, fueron los militares, bajo el esquema de montepíos, que se financiaba con sus aportes.⁵

También se concedía una pensión de vejez a empleados “*políticos, civiles, y de hacienda*”, por retiro, enfermedad o decrepitud, esta última situada en setenta años de vida, que impidiera el cumplimiento de sus servicios, así como a ministros y magistrados de los órganos judiciales.⁶

Sin embargo, estas primeras normas no comprenden todo lo que significa la seguridad social. Su fundamento se basa, en entender esta protección, desde una perspectiva de gratitud por los servicios prestados, más que como un derecho de los trabajadores. Como lo consideran diversos autores del país⁷ estas prestaciones tenían un elemento altruista y caritativo y no existía un sistema ordenado para la totalidad de los trabajadores; dirigido principalmente a la asistencia pública y la

3 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias T-164 de 2013, T-848 de 2013, SU-769 de 2014 y T-209 de 2015; SU 057 de 2018.

4 FORTICH LOZANO, I.M (junio – diciembre 2012). Historia de la Seguridad Social en Colombia. Revista Cultural UNILIBRE Universidad Libre – Sede Cartagena (11), p. 15-19 [Recuperado de http://www.unilibre.edu.co/cartagena/pdf/investigacion/revistas/cultural_unilibre/Revista_Cultural_Unilibre_2012_12.pdf]

5 *Ibíd.*

6 Ley 22 de mayo de 1834; citada por MUÑOZ SEGURA, ANA MARÍA, 2012, LA CONSTITUCION DE 1991 Y LA SEGURIDAD SOCIAL: el derecho laboral generalizado. Bogotá, Colombia, Universidad de Los Andes, Vicerrectoría de Investigaciones Ediciones Uniandes.

7 MUÑOZ SEGURA, ANA MARÍA, 2012, LA CONSTITUCION DE 1991 Y LA SEGURIDAD SOCIAL: el derecho laboral generalizado. Bogotá, Colombia, Universidad de Los Andes, Vicerrectoría de Investigaciones Ediciones Uniandes.

previsión social, tanto así que, a partir de 1906 se crearon las primeras cajas de Previsión, para los distintos gremios laborales.

No existía aun un desarrollo constitucional de Seguridad Social, que se asomó en una de sus esferas, en la reforma constitucional de 1936, por medio de la Asistencia Social, que se definió como una “función del estado”, mas, tampoco era integral ni universal, ya que comprendía solamente a quienes no tuvieran ingresos, ni tampoco quien se los proveyera y además estuvieran físicamente imposibilitados para trabajar.⁸

Aun así, hubo avances en la estructuración de la seguridad social, mediante la Ley 10 de 1936, que se ocupó de los accidentes de trabajo y riesgos profesionales y la Ley 66, que ordenó la creación de la sección de Previsión Social en la Caja Nacional de Ahorros⁹ y sembró los cimientos de esta con los trabajadores de estado, al precisar que tanto el empleador como el trabajador debían ahorrar o más bien aportar un porcentaje sobre su salario del 2% en el caso de los trabajadores y 3% en el caso de empleadores, para garantizar, entre otras el cumplimiento de las disposiciones sobre “*accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, invalidez, vejez, jubilación, muerte y auxilios en caso de maternidad*”

Avances que siguieron creciendo, con el surgimiento de la Caja de Previsión Nacional de Colombia (CAJANAL), y el Instituto Colombiano de Seguros Sociales,¹⁰ institución histórica en la Seguridad Social colombiana.

El funcionamiento de estas entidades con los regímenes pensionales que se crean en el periodo regido por la Constitución de 1886, concretamente en el siglo XX, se verá en el próximo aparte, donde además será posible apreciar, como tales regímenes, intentan procurar una cobertura más amplia en el sector público y en el sector privado, tanto así que se encontrarán los primeros intentos por unificar el sistema de seguridad social.

3. De los regímenes pensionales antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Para hacer referencia a este tema, solamente se tomarán los regímenes establecidos durante el siglo XX, en tanto, son los que cobijan a los trabajadores, quienes

8 Ibid, p.22.

9 Colombia, Congreso de Colombia. Ley 66 de 1936. Diario Oficial. No. 23184. 16 de mayo de 1936 [Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1617523>]

10 Colombia, Congreso de Colombia. Ley 90 de 1946; Diario Oficial No 26.322. 7 de enero de 1947 [Recuperado de https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/ley_0090_1946.htm]

han acudido a la responsabilidad del empleador para reclamar el tiempo laborado, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Como se vio en el aparte anterior, ya para el periodo mencionado Colombia contaba con múltiples instituciones que asumían las prestaciones de los trabajadores, con la creación de diversas cajas de previsión social para empleados,¹¹ de las cuales la más relevante es la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales;¹² constituida como una persona jurídica autónoma, administrada por representantes del gobierno y de los empleados y obreros, como se explicó brevemente en el primer aparte, así como el Instituto Colombiano del Seguro Social, creado con la Ley 90 de 1946, que dejó a cargo de esta entidad, el riesgo de vejez¹³ y que obligó al empleador a entregar una cotización compuesta de su aporte y el de su empleado para que el instituto cubriera las prestaciones de invalidez, vejez y muerte de los trabajadores.¹⁴

Previa la creación del ISS, la Ley 6 de 1945 dejaba en cabeza de los empleadores las prestaciones de los trabajadores, “mientras que se organizaba el Seguro Social Obligatorio”,¹⁵ y establecía una pensión de jubilación para los trabajadores de empresas con un alto capital, por veinte años de servicio y cincuenta años de edad¹⁶; ello para los trabajadores del sector privado.

Posteriormente, con la creación del ICSS, fueron determinadas unas obligaciones para el Estado, quien cumpliría con el aporte que le correspondería al empleador, en el caso de los trabajadores independientes. La visión era que el

11 Entre otras, una de las más importantes fue el sistema de previsión social, creado para los trabajadores del sector postal y telegráfico, mediante la Ley 82 de 1912; que estableció prestaciones como auxilio en caso de muerte, enfermedad y pensión de jubilación.

12 Colombia, Ministerio de Gobierno, Decreto Ley 1600 de 1945, por el cual se organiza la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales, *Diario Oficial No. 25.893*, 24 de julio de 1945. [Recuperado de [https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/137%20\(2018-II\)/82556549006/#fn14](https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/137%20(2018-II)/82556549006/#fn14)]

13 Congreso de Colombia. (7 de enero de 1947). Artículo 47. [Sección III]. [Ley 90 de 1946]. DO:26.322/ Recuperado de [https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/ley_0090_1946.htm]

14 Congreso de Colombia. (7 de enero de 1947). Artículos 21 y 50. [Capítulos III y IV]. [Ley 90 de 1946]. DO:26.322/ Recuperado de [https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/ley_0090_1946.htm]

15 Congreso de Colombia (19 de febrero de 1945). Artículo 12 [Sección I]. [Ley 6 de 1945]. DO: 25.790 / Recuperado de [<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1167>]

16 Congreso de Colombia (19 de febrero de 1945). Lit. c) Artículo 14 [Sección I]. [Ley 6 de 1945]. DO: 25.790 / Recuperado de [<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1167>]

aporte para los trabajadores fuera tripartito, entre el Estado, el empleador y el trabajador,¹⁷ mas, el primero, nunca asumió este aporte, con lo que finalmente las cotizaciones a pensión se desarrollaron como una modalidad bipartita con el aporte del trabajador y el empleador. E indicó que asumiría gradualmente las prestaciones que antes correspondieran a los empleadores,¹⁸ rol que tomaría partir de 1967,¹⁹ al cubrir la seguridad social paulatinamente en distintas zonas del país, con el Decreto 3041 de 1966, aprobatorio del acuerdo 224 del mismo año, en el cual, están compiladas las obligaciones a cargo del ICSS, en los riesgos de invalidez, vejez y muerte. Finalmente incorporó lo que en el acuerdo 049 de 1990, se conocería como la compartibilidad de pensiones, que se explicará más adelante.

Hay que decir también, que como el ISS no había logrado la cobertura total en todo el país, el Código Sustantivo del Trabajo,²⁰ establecía una pensión de jubilación a cargo del empleador, a los trabajadores, de 55 años de edad, en el caso de los hombres y 50 en el caso de las mujeres; después de 20 años de servicio; con un 75% de los salarios devengados en el último año de servicio.

En aquel momento los trabajadores del sector público y los del sector privado tenían regímenes pensionales diferentes, lo cual permaneció hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, sin embargo, no se evidencia que, fuera inexistente el deber del empleador de pagar el respectivo aporte, pues incluso, si no lo hacía, debía responder directamente por la pensión de jubilación en los casos en que no subrogó el riesgo al ICSS; que progresivamente reconocería la pensión de vejez, así como las de invalidez y muerte, al igual que los auxilios por incapacidad temporal y maternidad.

De otro lado, los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional, tienen una pensión de jubilación con idénticas condiciones a las establecidas en el sector privado por el Código Sustantivo del Trabajo.²¹

17 Congreso de Colombia (7 de enero de 1947). Artículo 16; modificado por el artículo 2 del Decreto 3850 de 1949. [Capítulo III]. [Ley 90 de 1946]. DO:26.322/ Recuperado de [https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/ley_0090_1946.htm]

18 Congreso de Colombia (7 de enero de 1947). Artículo 72; modificado por el artículo 2 del Decreto 3850 de 1949. [Capítulo VII]. [Ley 90 de 1946]. DO:26.322/ Recuperado de [https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/ley_0090_1946.htm]

19 Congreso de Colombia (19 de diciembre de 1966) Decreto 3041 de 1966, aprobatorio del acuerdo 224 de 1966. [Decreto 3041] DO: 32.126/ Recuperado de https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/decreto_3041_1966.htm

20 Congreso de Colombia (5 de agosto de 1950) Código Sustantivo del Trabajo [Decreto 2663 de 1950] DO: 27.407/ Recuperado de https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=33104

21 Congreso de Colombia (26 de diciembre de 1968) Artículo 27 [Capítulo II] [Decreto 3135 de 1968]

Así es que, a finales del decenio de los sesenta, se busca la integración de la seguridad social del sector público y privado,²² para lo cual, era necesario estudiar la situación financiera de la Caja de Previsión Nacional y de demás entidades “económico asistenciales” a las que estuvieran afiliados los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional con el fin de determinar su posterior incorporación al ICSS sobre “sanas bases financieras”, que es el propósito de la Ley 3135 de 1968.

También en esta etapa, se encuentra un antecedente importante de responsabilidad del empleador; en tanto, se les otorga a las cajas de previsión la facultad de reclamar a los organismos no afiliados, por los tiempos que el trabajador hubiere servido en ellos, para lo cual debe presentar una liquidación, que “los organismos deudores” tendrán 15 días para objetar.²³ Esta previsión, fue derogada con la Ley 33 de 1985, que, sin embargo, consagró una disposición similar;²⁴ así mismo, estableció otro régimen pensional que cubre a los empleados oficiales, con una transición entre regímenes, es decir protegiendo unas condiciones pensionales anteriores, para los trabajadores con 15 años continuos o discontinuos de servicio y determinó nuevas condiciones pensionales, para la prestación que será asumida por la respectiva Caja de Previsión.

Es llamativo como, pese a que salió del ordenamiento jurídico la norma que instituyó el compromiso del empleador de hacer la respectiva transferencia a la Caja de Previsión, se creó una de igual alcance y además, creó obligaciones para el Ministerio de Hacienda y Crédito Público al establecer que estos anualmente debían girar compensaciones con cargo a los giros que les correspondan a los organismos o Cajas, por concepto de aportes del Presupuesto Nacional; más, si las entidades eran del orden departamental, intendencial, comisarial, municipal o del Distrito Especial de Bogotá,²⁵ dicha compensación correría a cargo de las correspondientes transferencias de impuestos nacionales.

DO: 27.407/ Recuperado de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_3135_1968.htm

22 Congreso de Colombia (26 de diciembre de 1968) Artículo 1 [Capítulo I] [Decreto 3135 de 1968] DO: 27.407/ Recuperado de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_3135_1968.htm

23 Congreso de Colombia (26 de diciembre de 1968) Artículo 28 [Capítulo II] [Decreto 3135 de 1968] DO: 27.407/ Recuperado de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_3135_1968.htm

24 Congreso de Colombia (Enero 29 de 1985) Artículo 2 [Ley 33 de 1985] DO: 36100/ Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=248>

25 La división territorial de Colombia antes de 1991, se categorizaba por departamentos, intendencias y comisarías y Bogotá era el Distrito Especial de Bogotá. A partir de la nueva constitución las inten-

Es decir que, los aportes para las cajas de previsión (los cuales, finalmente, contribuyen a conformar la prestación pensional del trabajador) debían ser pagados por el empleador ineludiblemente, tanto así, que con relación a los trabajadores del sector público, se establece un sistema de compensaciones que debía ser impulsado por el respectivo ministerio, a través de los mecanismos descritos. Por consiguiente, el trabajador no podía quedar descubierto de su prestación, ni el empleador relevado de la obligación de hacer los correspondientes aportes a la Caja de Previsión, aun cuando no hubiere vinculación a la misma.

Se evidencia entonces, que si bien, el propósito de unificar el sistema de seguridad social quedó truncado en esta etapa, sí se establecieron controles y deberes para los empleadores en el sentido de realizar aportes a las cajas de previsión con el fin de procurar, no solo la prestación de los trabajadores, sino una situación financiera saludable para estas entidades.

Controles creados también dentro del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, cuyo nombre cambió a Instituto de los Seguros Sociales; entre los que se establecieron sanciones para los empleadores que incurrieran en conductas tales como, mora en el pago de cotizaciones e incumplimiento en la inscripción oportuna en el Instituto, de las empresas y los trabajadores.²⁶

Fue en esa oportunidad, en el Decreto Ley 1650 de 1977, donde también se explicó que la afiliación al seguro social, consistía en la inscripción del trabajador al régimen de los seguros obligatorios, y que la misma era indispensable para acceder al pago de las prestaciones cubiertas por los seguros sociales obligatorios.²⁷

Además, se buscaba proteger a los trabajadores que, prestaron sus servicios tanto en entidades públicas como privadas, para lo cual se consolidó la unión de los aportes para quienes han laborado en ambos sectores, con la Ley 71 de 1988, llamada también Ley de Pensión por Aportes; que permitió adquirir la pensión de vejez, con la sumatoria de aportes cotizados al Instituto de Seguros Sociales (sector privado) y a las Cajas de Previsión (sector público).

Dicha normativa, estableció también, una transición entre regímenes y cimentó otros requisitos para acceder a la pensión de vejez. Se recuerda que, el ISS

dencias y las comisarías dejaron de existir para convertirse en departamentos.

26 Congreso de Colombia (18 de julio de 1977) Artículo 29 [Decreto Ley 1650 de 1977] DO: 34.840/ Recuperado de https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/decreto_1650_1977.htm

27 Congreso de Colombia (18 de julio de 1977) Artículos 13 y 14 [Decreto Ley 1650 de 1977] DO: 34.840/ Recuperado de https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/decreto_1650_1977.htm

– antes ICSS- no había llegado a todas las zonas de Colombia, por lo que, muchos empleadores aún no habían subrogado el riesgo pensional y les correspondía asumir por sí mismos estas contingencias. Por esta razón, la sumatoria de aportes, comprende de igual manera el tiempo laborado con estos empleadores, que, se trasladará por medio de un título pensional, concepto que se examinará más adelante, previa elaboración de un cálculo actuarial, para lo cual será necesario la reclamación por parte del trabajador y la respectiva caja de previsión.

Presentado este recuento, tenemos que los trabajadores del sector público no tuvieron mayor alteración en su esquema de prestaciones, ni en la responsabilidad del empleador en los aportes; ya que siempre era la respectiva entidad estatal que contribuía con sus recursos. Sin embargo, la necesidad de afianzar el sistema pensional en el Instituto de Seguros Sociales, dio lugar al Decreto 758 de 1990, aprobatorio del acuerdo 049 del mismo año, aplicable a los trabajadores del sector privado, cuyos empleadores los hubiesen afiliado al ISS y cuya finalidad, entre otras, fue la de “unificar la legislación existente en la materia”.

Este decreto, cambió el concepto de “tiempo de servicios” entendido en años, a semanas; puesto que, allí precisó como requisitos para acceder a la pensión de vejez, una densidad mínima de 500 semanas de cotización pagadas en los últimos veinte años anteriores al cumplimiento de la edad requerida (60 años para los hombres y 55 para las mujeres) o 1000 semanas en cualquier tiempo.

También, continuó con la figura de la compartibilidad de pensiones,²⁸ que, permitía a los trabajadores que cumplieran ciertas condiciones, recibir la pensión de jubilación a cargo del empleador – en las condiciones existentes-, pero, este conservaba la obligación de realizar los aportes al seguro hasta cuando el trabajador reuniera los requisitos mínimos establecidos por el ISS, para otorgar la pensión de vejez, caso en el cual; si la pensión de jubilación concedida previamente, tenía un valor superior al de la de vejez, correspondería al empleador cubrir este excedente.

Del mismo modo, el citado acuerdo, dejó sentada la responsabilidad del empleador de afiliar al trabajador al ISS y realizar el aporte correspondiente; pues, de lo contrario, las prestaciones que ahora cubría dicho Instituto correrían a su cargo.

Aquí concluye el recorrido histórico de los regímenes pensionales existentes en Colombia antes de 1991. Cabe anotar que no se cuentan aquellos especiales,

28 Para los propósitos de este artículo apartamos únicamente la norma correspondiente a las pensiones de jubilación; pues el citado acuerdo contiene también compartibilidad de pensiones sanción y pensiones extralegales.

como los de los trabajadores de la Empresa Colombiana de Petróleos –ECOPE-TROL - ni del Magisterio (personal docente del sector público), ya que estos permanecen intactos a la fecha y no desaparecieron con la Ley 100 de 1993, que se verá en el siguiente apartado.

4. De la creación del nuevo sistema general de pensiones y su posterior reforma con la Ley 797 de 2003

A) Antecedentes de la Ley 100 de 1993

Para entender la creación del sistema general de pensiones que opera en Colombia, se debe tener en consideración que, el ISS tenía obstáculos económicos ya que el Estado no realizaba el aporte que le correspondía desde la creación del Instituto, aunado a que, si bien llegaron más beneficiarios, los egresos también se ampliaron.

De otro lado, también se omitió cumplir con los esquemas iniciales planteados al diseñar el ISS, ya que, allí se planeó aumentar la tasa de cotización de manera quinquenal, lo que no se realizó, tanto que para 1989, los ingresos eran de \$104.739 millones y las salidas, por prestaciones otorgadas por el instituto eran de \$113.341, lo que se traduce en un déficit en la estructura pensional, así como, en las finanzas de la entidad.²⁹

Como lo sintetiza Muñoz Segura, la seguridad social en el país enfrentaba graves problemas que llamaban a un cambio urgente. Los problemas financieros eran notorios y la cobertura, precaria, pese a la diversidad de regímenes y de entidades que los administraban.³⁰ Se halló que sólo un 20% de los colombianos estaba cubierto por el ISS, CAJANAL y demás Cajas de Previsión, quienes no representaban más del 50% de los asalariados. Colombia era un país eminentemente rural, tanto así que, para principios de los 90 el 65% de los trabajadores se ocupaba en los sectores campesino e informal urbano.³¹

29 MUÑOZ SEGURA, ANA MARÍA, 2012, LA CONSTITUCION DE 1991 Y LA SEGURIDAD SOCIAL: el derecho laboral generalizado. Bogotá, Colombia, Universidad de Los Andes, Vicerrectoría de Investigaciones Ediciones Uniandes. p. 28

30 *Ibid* p. 28

31 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Exposición de motivos Ley 100 de 1993 presentado por Luis Fernando Ramirez A. Ministro de Trabajo y de la Seguridad social [recuperado de https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/pdf/xp_exm_l0100_93.pdf el 8 de abril de 2020.]

Aunado a lo anterior había un 40% de pobreza, por lo cual la supervivencia del sistema, soportado en las cotizaciones de empleadores y trabajadores dependía de su modernización y ampliación.³²

En este orden de ideas, se presentaron varias propuestas para crear un nuevo esquema de seguridad social, que ya era reconocida como servicio público en la Constitución. Inicialmente el gobierno presentó el proyecto 155 de septiembre de 1992, con un alcance restringido, pues no incluyó el sistema de salud, y la finalidad era crear una reforma integral. Esta omisión fue solucionada con una adición que se le hizo al proyecto inicial con el título XX sobre salud, que no tuvo mucha aceptación. Debido a lo anterior, en marzo de 1993 se presentó el proyecto de la que hoy se conoce como Ley 100 de 1993,³³ por el entonces senador Álvaro Uribe Vélez, cuya vigencia inició el 23 de diciembre de 1993, consolidando el Sistema Integral de Seguridad Social en Colombia, luego de concluir que, lo que hasta entonces se tenía como tal, no cumplía con los criterios de universalidad, solidaridad y eficiencia; falencias estas, que no se solucionaban con cambios administrativos menores, o de cotizaciones o beneficios.³⁴

La Ley 100, estableció el sistema de seguridad social en tres temas: salud, pensiones y riesgos profesionales –ahora conocidos como riesgos laborales–; de los cuales solo nos ocuparemos del segundo de ellos. El mismo fue abordado con una orientación mercantilista, dirigida, principalmente a sanear las finanzas del sistema por medio de un esquema competitivo y al mismo tiempo superar la gran falla del sistema anterior, que, se insiste era la poca cobertura. La propuesta principal, consistió en el esquema de Ahorro Individual, bajo la premisa de que cada trabajador construye de forma individual su propia pensión; se trata de un sistema de capitalización individual, similar al modelo de multifondos, formado en Chile; en oposición al sistema de Reparto simple; a lo cual se llegaría de manera paulatina en un periodo de treinta años.³⁵ De este modo, en la actualidad, Colombia cuenta dentro del sistema general de pensiones con dos regímenes pensionales, uno administrado por fondos privados, que se basa en un esquema de ahorro

32 *Ibid.*

33 MUÑOZ SEGURA, ANA MARÍA, 2012, LA CONSTITUCION DE 1991 Y LA SEGURIDAD SOCIAL: el derecho laboral generalizado. Bogotá, Colombia, Universidad de Los Andes, Vicerrectoría de Investigaciones Ediciones Uniandes. p. 70

34 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Exposición de motivos Ley 100 de 1993 presentado por Luis Fernando Ramírez A. Ministro de Trabajo y de la Seguridad social [recuperado de https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/pdf/xp_exm_10100_93.pdf el 8 de abril de 2020.]

35 *Ibid.*

individual, llamado precisamente Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el administrado por Colpensiones, empresa comercial del estado,³⁶ cimentado en el sistema de reparto, y conocido como Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuyos requisitos para acceder a la pensión de vejez, se desarrollan a continuación.

B) Requisitos para acceder a la pensión de vejez en la Ley 100 de 1993 y sus posteriores reformas

Fueron establecidos como requisitos para acceder a la pensión de vejez: 55 años de edad para las mujeres y 60 para los hombres, y 1000 semanas en cualquier tiempo, modificados por la Ley 797 de 2003, que reglamentó el incremento progresivo de semanas, hasta 1300, y el aumento de la edad para pensionarse en el año 2014, en 57 años de edad las mujeres y 62 años los hombres.

En cuanto a los tiempos que se tomarían en cuenta para reunir esta densidad de semanas, la Ley 100 catalogó:

- a) Las semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones.
- b) Tiempo de servicio como servidores públicos remunerados.
- c) Tiempo como trabajadores vinculados con empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 -23 de diciembre de 1993-; siempre que, después de esta fecha tal vinculación existiera o se hubiese iniciado con posterioridad.
- d) Semanas cotizadas en cajas previsionales del sector privado que reconocían y pagaban la pensión,³⁷ antes de la Ley 100 de 1993.

En la reforma antes citada, fue agregado además el tiempo laborado con empleadores que por omisión no hubieran afiliado al trabajador,³⁸ norma que, valga

36 Congreso de Colombia (28 de septiembre de 2012) Decreto 2013 de 2012, DO: 48567 / Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=82851>] mediante el cual fue suprimido el ISS y creado en su reemplazo la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-

37 Véase a modo de ejemplo, CAXDAC, creada para el pago de prestaciones en el sector de aviación. Congreso de Colombia Decreto 1015 de 1956. (10 de mayo de 1956) DO: 29.036/ Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1207419>

38 Congreso de Colombia (29 de enero de 2003) Literal e) art. 9 *Ley 797 de 2003*, DO: 45.079 / Re-

decir no precisó que para ello fuera necesario que el vínculo laboral estuviese activo.

En este mismo sentido también estableció como se reconocería el cómputo de estos tiempos, así como el de los trabajadores con pensión a cargo del empleador y vinculación activa o posterior a la ley 100 y las semanas cotizadas en cajas previsionales del sector privado, al determinar que estas semanas se contabilizarán siempre que el empleador o la respectiva caja trasladen a la entidad que reconocerá la pensión, la suma correspondiente por estos tiempos, luego de realizado un cálculo actuarial, representado por un bono o título pensional.³⁹

Lo que quiere decir que los tiempos laborados en modo alguno se “pierden” para el trabajador, en tanto, el nuevo sistema de pensiones cobijó a los trabajadores con las situaciones antes descritas; y estableció incluso, el citado instrumento de deuda para cobrar el valor de los lapsos laborados, bajo las tres últimas situaciones descritas.

Sin embargo, la protección a los tiempos laborados no finalizó allí, ya que hubo otra reforma constitucional, el acto legislativo 01, que modificó directamente el artículo 48 de la Constitución, y entre otros cambios adicionó: “*En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos*”.

Por último, la Ley 860 de 2003, en lo tocante al tema que hoy nos ocupa, con relación al cálculo actuarial para el pago del título pensional, otorgó en su artículo tercero; a las empresas empleadoras de aviadores civiles, plazo hasta el año 2023, para realizar los pagos del valor de dicho cálculo “a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector privado”.

C) De los títulos pensionales

Estos instrumentos de deuda, se definen inicialmente como pagarés a cargo del empleador que tenía a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993;⁴⁰ pero también se constituyen en pagarés a cargo de la respectiva caja de previsión del sector privado – si la hubiere – o del empleador, que omitió afiliar al trabajador.

cuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0797_2003.html

39 Congreso de Colombia (29 de enero de 2003) Parágrafo 1, art. 9 *Ley 797 de 2003*, DO: 45.079 / Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0797_2003.html

40 Colpensiones Documento 37; Títulos Pensionales [recuperado de <https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/doc37.htm>, el 9 de abril de 2020]

Corresponden a un cálculo actuarial o cálculo de la reserva actuarial de los lapsos ya referidos; y representan además de las semanas válidas para la pensión, el dinero que ingresa al fondo común para financiar las pensiones, en el régimen de Prima Media con Prestación Definida, mas, si la persona se traslada al fondo Privado (del ya mencionado Régimen de Ahorro Individual), se traduce en un capital que se trasladará a la cuenta de ahorro individual.⁴¹ Para realizar la operación aritmética se tienen en cuenta los conceptos y las fórmulas establecidas en el Decreto 1887 de 1994, este último dirigido a los títulos pensionales que debían pagar los empleadores que, en su momento debieron afiliarse a los trabajadores al Sistema de Seguridad Social en el ISS y soslayaron tal obligación.

Como fue planteado en la presentación de este artículo, el título pensional, o más bien, la responsabilidad con relación al mismo, ha generado diversas inquietudes; no obstante que ya es claro que a la persona trabajadora se le deben incluir todos los períodos laborados antes de la entrada en vigencia del actual sistema general de pensiones; no es menos cierto, que, con el devenir de las solicitudes de pensión de vejez, se presentaron otras situaciones fácticas:

- Los trabajadores que sí habían laborado con empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, pero cuyo contrato ya había finalizado al 23 de diciembre de 1993.
- Los trabajadores que, iniciaron labores en una zona geográfica que estaba cubierta por el ISS y por ende estaban afiliados, pero luego, pasaron a otra que no estaba abarcada por la entidad, por lo cual, los tiempos laborados no aparecen en su historia laboral.
- Los trabajadores que no fueron afiliados al hoy fenecido ISS, aun cuando ya el empleador sí tenía la obligación de hacerlo en su zona geográfica, pero que, por razones de orden público no pudo realizarlo.

Lo que conduce a la última parte del este artículo, cual es el desarrollo jurisprudencial que se le ha dado a la responsabilidad del empleador, respecto del pago de título pensional en estas situaciones.

41 *Ibid.*

5. Recorrido en la jurisprudencia colombiana sobre el pago de título pensional, en las situaciones excluidas del art. 33 de la Ley 100 de 1993.

Para estudiar este tema, recordamos que el Instituto de Seguro Social, si bien inició la asunción el riesgo de vejez el 1 de enero de 1967, no lo hizo uniformemente en todo el país. Esta fecha se tomó en particular las ciudades principales.⁴² Sin embargo, en otras localidades, la cobertura inició en fechas posteriores, por ejemplo, a mediados de la década de los 80,⁴³ o incluso al iniciar la siguiente década.⁴⁴

Aunado a lo anterior y dada la falta de cobertura, también sucedió que muchos trabajadores, laboraron gran parte de tiempo a una empresa, sin tener esta cobertura en seguridad social, pero sí, la posibilidad de obtener la pensión de jubilación a cargo del empleador. No obstante, hubo casos en que este contrato finalizó antes de que cumplieran los requisitos de edad y años de servicio y antes del llamado de inscripción del ISS en la respectiva localidad, con lo que, estos periodos laborados, quedaban en principio inmersos en el limbo y se consideraba inicialmente que estaban “perdidos”.

Sucedió otro tanto con trabajadores cuya zona sí estaba cubierta por el ISS, pero, el empleador no acudió al llamado a inscripción en la entidad oportunamente, porque agentes externos lo impidieron, específicamente problemas de orden público y social.

42 Instituto Colombiano de los Seguros Sociales. Resolución 831 de 1966. “que ordenó a partir del 1o de enero de 1967 la inscripción en el Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte de los trabajadores y patronos comprendidos en las actividades consagradas en el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, y que ejerzan sus actividades en las jurisdicciones actualmente cubiertas por las Cajas Seccionales de los Seguros Sociales de Antioquia, Cundinamarca, Quindío y Valle y por las Oficinas Locales de los Seguros Sociales de Boyacá, Huila, Manizales y Santa Marta.” Citada en COLPENSIONES, concepto 1196 de 5 de febrero de 2008.

[Recuperada en https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/cto_iss_0001196_2008.htm]

43 Instituto de los Seguros Sociales (20 de junio de 1986) [Resolución n.º 02362]; llamado a inscripción a patronos y trabajadores, para la cobertura de los riesgos de Invalidez, vejez y muerte a partir del 1 de agosto de 1986. Copia tomada de la original.

44 Instituto de los Seguros Sociales (1 de febrero de 1990) [Resolución 3340] llamado a inscripción en el municipio de Sesquilé, Cundinamarca; Instituto de los Seguros Sociales, (27 de abril de 1990) [Resolución 905]; llamado a inscripción en el municipio de Pacho, Cundinamarca; Instituto de los Seguros Sociales (22 de febrero de 1990) [Resolución 713] llamado a inscripción en el municipio de Purificación, Tolima. Citadas en COLPENSIONES, concepto 16777, 13 de octubre de 2005, [Recuperado de https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/cto_iss_0016777_2005.htm]

Así, la jurisprudencia ordinaria evolucionó en la medida que llegaban estas variables, hacía una perspectiva progresista, como paso a examinar, no sin que antes se hubiera realizado también un recorrido al interior de la jurisdicción constitucional, con relación a casos similares, en el cual, también hubo oposición y se tenía también resistencia al reconocimiento de título pensional, en circunstancias no consignadas en el citado artículo 33 de la Ley 100 de 1993; como se decanta:

a. De la zona geográfica: trabajadores laborando en zonas no cubiertas por el ISS desde el inicio del contrato y trabajadores afiliados al ISS trasladados a zonas sin cobertura.

Cuando se inició el examen de los primeros casos de solicitud de título pensional por falta de cobertura, la Corte Suprema de Justicia, aceptaba un criterio civilista, en el que simplemente se concluía que era imposible para el empleador realizar una afiliación y, por ende, tampoco podía pagar las respectivas cotizaciones a sus trabajadores.⁴⁵

Basaba su argumento en que, no bastaba con examinar la afiliación, sino que el lugar donde el trabajador laboró fue llamado a inscripción.⁴⁶ Igualmente, planteaba que, al no existir la obligación en el sitio donde laboraba, mal podía hablarse de incumplimiento y por ende, no había lugar a obligar al empleador al pago de cotización al trabajador.⁴⁷

Esta posición fue morigerada, en principio, con la decisión 32922 de 2009,⁴⁸ que indicó que era necesario habilitar los tiempos laborados, aun por fuera de la zona de cobertura del ISS. No obstante, la alta Corporación no hizo eco de esta en pronunciamientos posteriores, al regresar a la posición anterior.

45 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 22 de septiembre de 1998, Magistrado Ponente: Fernando Vásquez Botero (Sentencia número 10805) Copia tomada directamente de la Corporación. [Recuperada de: <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>]

46 *Ibíd.*

47 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 4 de junio de 2008 (28479), 29 de julio de 2008 (29180), y 1º de julio de 2009 (32942). Citadas en SL17300-2014 Magistrado Ponente: Rigoberto Echeverri Bueno [recuperada de https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/csj_scl_sl17300_2014_2014.htm]

48 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 10 de julio de 2009. Magistrado Ponente: Eduardo Lopez Villegas. (Sentencia radicación 32922) Copia tomada directamente de la Corporación. [Recuperada de [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/lineas/linea2/32922\(22-07-09\).pdf](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/lineas/linea2/32922(22-07-09).pdf)]

Mas, el cambio de gran parte de los integrantes de la Sala de Casación Laboral, en el año 2014, posibilitó que, luego de hacer un amplio estudio de estas situaciones desde una óptica constitucional y principialística, fuera descartada esta posición estrictamente sometida al giro de los negocios jurídicos civiles y fijó en cabeza del empleador la obligación de reconocer por medio de un título pensional el periodo laborado por el trabajador, aun en zonas con falta de cobertura,⁴⁹ ya que si bien, no desconoce la dificultad, que esto entrañaba para el empleador en su momento, no es menos cierto que, el trabajador debe gozar de una protección integral, por medio de la entidad de seguridad social, a través de la empleadora, bien sea que, no se hicieron aportes a la Seguridad Social, por falta de cobertura, omisión del empleador al afiliarse o pagar las cotizaciones.

Como soporte legal, tuvo el artículo 76 de la Ley 90 de 1946, que estableció en cabeza del empleador asumir las respectivas cuotas, para que el (en aquel entonces) ICSS asumiera las pensiones. De lo contrario, estas quedarían a su cargo, por lo cual interpretó que, estas situaciones son inherentes al contrato de trabajo y no puede el empleador desentenderse de ellas.⁵⁰

Así, con esta interpretación el trabajador dejó ya de estar desprotegido en este supuesto, y es carga del empleador realizar el pago del respectivo título pensional, por el tiempo en que faltó la cobertura del ISS en su localidad y por ende, no había podido realizar la afiliación; que es el acto jurídico que marca el inicio del cubrimiento del Sistema de Seguridad Social por el riesgo de vejez. Mas, es con el contrato laboral que surge en cabeza del empleador, hacer las reservas o aprovisionamientos necesarios para asegurar que el trabajador tenga cubierto en el sistema general de pensiones, el tiempo que ha laborado.

Ahora bien, en la segunda variable, en la cual, el trabajador ya estaba afiliado al ISS, pero que fue trasladado a una zona donde este acto jurídico no era obligatorio, por no haber cobertura del ISS y, naturalmente el empleador en su momento no lo realizó; razonó que, la afiliación es única en el tiempo, y no se pierde a pesar del traslado del trabajador, a una zona no cubierta. Así fue explicado en la decisión 25757 de 2005:

Con todo, al margen de lo anterior, esta sala de la Corte ha enseñado en su jurisprudencia que la afiliación al sistema de pensiones tiene vocación de permanencia

49 COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 16 de julio de 2014. Magistrada Ponente: Elsy del Pilar Cuello Calderón. (SL9856-2014) [Recuperada de <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/bmay2015/SL9856-2014.pdf>]

50 *Ibid.*

y que, en ese sentido, el empleador debe responder por aquellos periodos en los que omite la afiliación, debido a que, en ejercicio del *ius variandi*, traslada a uno de sus trabajadores de un municipio en el que existía cobertura del Instituto de Seguros Sociales a otro en el que no la había.⁵¹

Posición que fue reiterada en la sentencia 37757 del 31 de enero de 2012, al recordar el contenido de la providencia anterior y explicar que, el traslado del trabajador se hizo sin garantizarle el derecho a la seguridad social, por lo cual el argumento del empleador para eximirse de la cotización, en el sentido de que no había cobertura, no basta para evitar que el empleado haga la reclamación respectiva. Pues, si así se aceptara, sería como considerar que se inicia otro contrato laboral⁵².

En esta situación al darse validez a la afiliación al sistema de seguridad social y más importante aún, imprimirle vocación de permanencia, el empleador queda atado a las obligaciones que conlleva este acto jurídico durante todo el vínculo laboral; por lo cual, el cambio de localidad, no rompe ese lazo. Al quedar intactos tanto el contrato de trabajo, como la afiliación al sistema de seguridad social, ello le imponía continuar realizando la reserva pertinente para el momento en que el ISS entrara a cubrir la zona donde el trabajador estaba prestando su labor. De tal manera, no es viable para el empleador liberarse de sus deberes dentro del sistema de seguridad social en el marco del contrato de trabajo.⁵³

Deberes, de los cuales, no se sustrae ni siquiera de manera temporal, como se explica en el siguiente supuesto:

b. Los trabajadores que no fueron afiliados al hoy fenecido ISS, aun cuando ya el empleador sí tenía la obligación de hacerlo en su zona geográfica, pero que, por razones de orden público no pudo realizarlo

Este escenario reviste particular importancia en el contexto colombiano, concretamente en el Departamento de Antioquia, en la zona de Urabá; allí, en la década de los 80 principalmente, hubo fuerte presencia de grupos al margen de la

51 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 29 de septiembre de 2005. Magistrado Ponente: Luis Javier Osorio López (Sentencia número 25757) Recuperada de

52 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 31 de enero de 2012, Magistrado Ponente Rigoberto Echeverri Bueno (sentencia Número 37757). [Recuperada de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtmll>]

53 Ibíd.

ley (guerrilla), que impedían el normal funcionamiento de las empresas, con todo lo que ello implica, incluido el procedimiento de afiliación al sistema de seguridad social, ejerciendo una fuerte presión sobre las asociaciones sindicales, quienes orientaron a sus afiliados a negarse a participar como miembros activos del nuevo sistema de seguridad social, administrado por el ISS.

Fue en este contexto, que el 1 de agosto de 1986, el ISS hizo el llamado a los empleadores para que inscribieran a sus trabajadores en la entidad, con el fin de afiliarlos y subrogar la responsabilidad de estos en los riesgos de invalidez, vejez y muerte.⁵⁴ No obstante, debido a la oposición de las organizaciones sindicales influenciadas por el movimiento insurgente, muchos empleadores no pudieron efectuar la afiliación en la fecha determinada por la entidad, sino que la realizaron al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, y por ello, los trabajadores en estos periodos laborados quedaban sin cotizaciones para pensiones, las cuales se hicieron necesarias, para completar el tiempo requerido en semanas con el fin de obtener la pensión de vejez o incluso, una mesada pensional superior.

Esta situación que escapaba al control del empleador, si bien en principio podría llevar a concluir la ausencia de culpa o negligencia por parte de este, mas, la Sala de Casación Laboral, concluyó que esta obligación emanada del contrato de trabajo, no desaparece por eventos que temporalmente impidan al empleador realizar la debida afiliación y cotización, como el narrado anteriormente; ya que la situación se normalizó, por lo menos administrativamente, y en esas circunstancias, el empleador podía efectuar el pago de estos conceptos.⁵⁵

Por medio de la jurisprudencia se ha buscado resolver todas aquellas situaciones en las que hubo omisión de afiliación al sistema de pensiones, en el sentido de que todo el tiempo de servicio debe tenerse como si hubiese sido efectivamente cotizado, situación que se perfecciona con el pago del cálculo actuarial por parte del empleador; porque, insiste la alta corporación, que la temporalidad de una situación que impida la afiliación oportuna, no puede eximir a la empresa de asumir sus obligaciones pensionales.⁵⁶

54 COLOMBIA. INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES. Resolución N° 02362 de 20 de junio de 1986; llamado a inscripción a patronos y trabajadores, para la cobertura de los riesgos de Invalidez, vejez y muerte a partir del 1 de agosto de 1986; citada en sentencia número SL14215-2017, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral.

55 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 6 de septiembre de 2017. Magistrada Ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo. (Sentencia número SL14215-2017) Copia tomada directamente de la Corporación. [Recuperada de [http://www.corte-suprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/lineasJ/linea2/32922\(22-07-09\).pdf](http://www.corte-suprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/lineasJ/linea2/32922(22-07-09).pdf)]

56 Ibíd

Se resalta del contenido de estas decisiones, que, contrario a como han entendido los empleadores, la financiación de las pensiones, no tiene componente sancionatorio. Las pensiones, y, por ende, los elementos que la componen, se causan por la prestación del servicio por parte del trabajador, con el fin de procurar que este tenga un ingreso que le permita subsistir cuando culmine su etapa productiva al servicio de un empleador.

Esto conduce a enfatizar que, previo a la cobertura del ISS y en algunos casos, hasta la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100, era el empleador quien asumía el pago de la pensión de vejez, pero, ocurría, que había trabajadores que no lograban esta pensión en cabeza de una empresa, y requerían acreditar el periodo laborado allí antes del 23 de diciembre de 1993, para consolidar la citada prestación, lo cual lleva al estudio del siguiente supuesto:

c. De los trabajadores cuya vinculación no estaba vigente al 23 de diciembre de 1993, pero cuya pensión estaba a cargo del empleador.

En aras de contextualizar esta variable, se recuerda que el literal c) del art. 33 de la Ley 100 de 1993, establece como una de las situaciones acogidas por la suma de tiempos laborados la de los trabajadores cuya vinculación estaba vigente o nacía con posterioridad al 23 de diciembre de 1993, pero que, la pensión era reconocida por el empleador; es decir que aún no se había realizado el traslado del riesgo al Instituto de Seguro Social, por medio de la afiliación a este.

Esta norma fue objeto de demanda de constitucionalidad que fue resuelta en la decisión, C-605 de 2001, allí se estudió la inexequibilidad de este literal, ya que, consideró desproporcionado exigir que la vinculación estuviera vigente a la entrada en vigencia de la multicitada norma, por cuanto, en tanto no se exige tal condición a los demás trabajadores. La Corte Constitucional tuvo en cuenta que, antes de la Ley 100, no era posible para los trabajadores de las empresas privadas, responsables de asumir la pensión de vejez, sumar tiempos laborados en unas y otras, sino se cumplían los requisitos para acceder a dicha prestación dentro de la empresa respectiva; para lo cual tuvo en consideración que la Ley de Pensión por Aportes – que ya fue mencionada brevemente – sí permitió esta posibilidad a los servidores públicos, en tanto admitía que se sumaran tiempos trabajados en entidades públicas, junto con los tiempos cotizados al ISS en empresas del sector privado.⁵⁷

57 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia del 16 de mayo de 2001.

Expuso, que, dado que para estos trabajadores no era posible hacer la sumatoria de tiempos y el contrato de trabajo se encontraba finalizado, ellos nunca configuraron un derecho en su patrimonio, por lo tanto, no tenían la titularidad para exigir el reconocimiento de estos tiempos con el fin de conformar su pensión de vejez. Lo que la condujo a determinar que, la situación jurídica estaba consolidada, y que por ello el legislador tuvo razón al establecer como condición para sumar tiempos de quienes su prestación estuviese a cargo del empleador la vigencia del contrato o la celebración del mismo con posterioridad al 23 de diciembre de 1993.⁵⁸

Esta sentencia fue de gran importancia en el ordenamiento jurídico colombiano, por ser una sentencia de constitucionalidad, es decir, que estudia si el contenido de una norma se adecúa a la constitución del país y por lo tanto, es una decisión de obligatorio cumplimiento para todos los jueces, a diferencia de las sentencias de tutela, cuyo efecto, por regla general cubre únicamente a las partes involucradas.

Por ello, inicialmente, se podía concluir que, simplemente, quienes laboraron, por ejemplo, cinco o siete años en una empresa que estaba a cargo de la pensión, pero que finalizaron el contrato, en 1990 o, más aún el 21 de diciembre de 1993, no tienen derecho a que estos 5 o 7 años se les puedan contabilizar para obtener el número de semanas necesarios para completar la pensión de vejez. Y en efecto así fue entendido durante mucho tiempo por la Corte Constitucional de Colombia⁵⁹ y por la Corte Suprema de Justicia.⁶⁰

No obstante, la Corte Constitucional, también consideraba la posibilidad de que sí se sumaran los tiempos laborados con un empleador que tuviera a su cargo el reconocimiento de la pensión. Posición que, insistimos no era del todo uniforme; en tanto en otras decisiones estimó lo contrario, al atenerse a lo establecido en la decisión de constitucionalidad ya citada.

Magistrado Ponente: Alvaro Tafur Galvis. (Sentencia Número C-506). Copia tomada directamente de la Corporación. [Recuperada de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2001/C-506-01.htm>]

58 Ibíd

59 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-719 de 2001, T-890 de 2011, T-020 de 2012, T-814/11, T-205 de 2012. [Recuperadas de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>]

60 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 10 de julio de 2009. Magistrado Ponente: Eduardo Lopez Villegas. (Sentencia radicación 32922) Copia tomada directamente de la Corporación. [Recuperada de [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/lineas/linea2/32922\(22-07-09\).pdf](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/lineas/linea2/32922(22-07-09).pdf)]

Esta escisión inició en el año 2010,⁶¹ cuando la Corte Constitucional autorizó la sumatoria de tiempos para un trabajador de la empresa de petróleos (no confundir con ECOPETROL), entre sus argumentos citó pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, sin embargo, allí no se estudió como núcleo del problema “la vigencia del contrato de trabajo antes del 23 de diciembre 1993” sino “la obligación de la empresa de reconocer y pagar la pensión” previa esa fecha; tanto así, que en esta última sentencia, el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral insistía en la aplicación del literal c, En el supuesto de hecho exacto, que allí se indica, es decir cuando el contrato está vigente o es posterior al 23 de diciembre de 1993.⁶²

Mas, en el año 2014, la Alta Corporación, debió hacer un estudio de la posición contenida en la sentencia de constitucionalidad, y de la opositora.⁶³ Allí concluyó que solo hizo tránsito a cosa juzgada relativa (es decir, meramente formal), entre otros fundamentos porque, *“no estudió la probable infracción de los derechos adquiridos de los trabajadores (Art. 48 y 58 C.P.) en que podría incurrir el literal “c” parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 en lo relacionado con la exigencia de pervivencia del vínculo laboral.”*⁶⁴ Aunado a que, ya había un cambio en el artículo 48 ya citado, pues se otorgó a este la protección de los derechos adquiridos en materia pensional, en razón de lo cual recordó que la obligación de los aportes pensionales es imprescriptible.⁶⁵

Al estudiar esta situación en la jurisdicción ordinaria laboral por la Corte Suprema de Justicia, se encontró que fue en el año 2013,⁶⁶ que se estableció la

61 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Octava de Revisión. Sentencia del 30 de septiembre de 2010. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto (Sentencia T-784/10) Copia tomada directamente de la Corporación. [Recuperada de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-784-10.htm>]

62 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 10 de julio de 2009. Magistrado Ponente: Eduardo Lopez Villegas. (Sentencia radicación 32922) Copia tomada directamente de la Corporación. [Recuperada de [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/lineas/linea2/32922\(22-07-09\).pdf](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/lineas/linea2/32922(22-07-09).pdf)]

63 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Novena de Revisión. Sentencia del 26 de junio de 2014. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva (Sentencia T-410/14) Copia tomada directamente de la Corporación. [Recuperada de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-410-14.htm>]

64 *Ibíd*

65 *Ibíd*

66 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 20 de marzo de 2013. Magistrado Ponente: Jorge Mauricio Burgos Ruiz. (Sentencia radicación 42398) Copia tomada directamente de la Corporación. [Recuperada de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>]

posibilidad de sumar los tiempos de los contratos de trabajo finalizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100, al precisar que el Decreto 1887 de 1994, que inicialmente aplicaba únicamente a aquellos contratos vigentes o celebrados con posterioridad al 23 de diciembre de 1993, se extendería a todas aquellas situaciones en las que el empleador había omitido el deber de afiliarse, aun si el contrato ya había finalizado; por cuanto, al haberse adicionado por la Ley 797 de 2003, el literal d) que incluía también para el computo de tiempos laborados aquellos en los que el empleador omitió la afiliación al ISS debiendo realizarla, se entendía que no era viable hacer discriminación alguna, ya que la obligación de afiliarse al trabajador al sistema de seguridad social en pensiones, existía con anterioridad a la Ley 797 de 2003.

Igual espíritu tuvieron las decisiones del órgano de cierre que inaplicaron dicha exigencia. Sin embargo, en el rastreo realizado por la autora, en este caso específico, se evidenció que estas obedecían a casos en los que el empleador, ya estaba obligado a afiliarse al trabajador al Seguro Social, es decir que ya no estaba a cargo de reconocer la pensión de vejez, sino de subrogar este riesgo en la entidad de seguro social, con lo cual, el pago del título pensional, era procedente, debido a que la afiliación se realizó en forma tardía, sin importar que el contrato estuviera vigente o no. Luego, aun cuando se inaplicó la exigencia del citado literal, lo cierto es que, tampoco puede afirmarse que esta hubiera encuadrado en ese supuesto de hecho; en tanto, el literal c) recalca que se trataba de empleadores que tuvieron a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

Con todo, fue esta la interpretación que sirvió de base a la Sala de Casación Laboral para dejar de aplicar el requisito de “vigencia de la relación laboral” al razonar que, es contrario al principio de universalidad de la seguridad social, así como a la intención primigenia de su constitución, cual era sanear las finanzas del mismo.⁶⁷

En este mismo sentido también fue recordado por la Corte Suprema de Justicia que ya la Corte Constitucional había aplicado la sumatoria de tiempos, precisamente en la decisión que anteriormente fue objeto de análisis, teniendo en cuenta entre otros argumentos, los examinados por la Corte Suprema de Justicia en otras decisiones, en particular la sentencia SL 646-2013.⁶⁸

67 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 24 de febrero de 2016. Magistrado Ponente: Rigoberto Echeverri Bueno. (Sentencia Número SL2138-2016) Copia tomada directamente de la Corporación [Recuperada de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>]

68 *Ibíd.*

Aquí, es válido precisar que la interpretación de la Corte Suprema de Justicia, que permitió exigir el reconocimiento y pago del cálculo actuarial respecto de los tiempos laborados con empleador a cargo de la pensión con contrato finalizado, se hizo luego de analizar el Decreto 1887 de 1994,⁶⁹ norma diferente al ya mencionado literal c) art. 33, y ampliar su aplicación, en aras de adherirse a los principios de la seguridad social; mientras que el análisis de la Corte Constitucional, si bien principalístico, se enfocó en el núcleo del derecho a la pensión, y en como, por ser un derecho adquirido, no era susceptible de ser negado por una condición tal, como la cancelación del contrato de trabajo que le dio origen.

Debe tenerse en cuenta que uno de los primeros elementos para causar la obligación del traslado del título es que el empleador tuviera a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, caso diferente al examinado en dichas providencias, pues, en ambas, el empleador no tenía tal obligación sino la de realizar la afiliación; *más*, no debe dejarse de lado, que, cuando el empleador no tenía la obligación de afiliarse, sí la tenía de realizar los respectivos aprovisionamientos o reservas actuariales.

Situación que fue analizada de manera concreta, en las decisiones SL2138-2016 y SL15551-2017⁷⁰ que trataron el supuesto fáctico del tiempo laboral adeudado para efectos pensionales, en un contrato laboral finalizado antes del 23 de diciembre de 1993.

En la primera de ellas, el trabajador pidió el reconocimiento por medio de título pensional de tiempos laborados del 2 de septiembre de 1968 hasta el 30 de agosto de 1985. En esa ocasión, la Corte Suprema de Justicia, se valió de los argumentos presentados en las decisiones arriba citadas; en la que también precisó el deber de los aprovisionamientos, al argumentar que, el sistema de seguridad social, tiene como propósito solucionar la situación financiera derivada de las omisiones en la afiliación que se presentaron anteriormente, sin importar la causa, con el fin de garantizar una protección adecuada a todos los afiliados en los riesgos, lo cual hace irrelevante que el contrato tenga o no vigencia en un lapso determinado,

69 COLOMBIA. (3 de agosto de 1994). Artículo 1 [Decreto 1887 de 1994] DO:41.480 / Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=31646>

La aplicación de esta norma se dirigía a los empleadores que tenían la obligación de reconocimiento y pago de pensiones a los trabajadores y cuyo contrato laboral estaba vigente al 23 de diciembre de 1993 o se inició después de dicha fecha.

70 COLOMBIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 20 de septiembre de 2017. Magistrada Ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo. (Sentencia Número SL15511-2017) Copia tomada directamente de la Corporación [Recuperada de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>]

“pues desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los empleadores mantenían la carga de la afiliación y, en subsidio de ello, de aprovisionamiento de los recursos necesarios para contribuir a la financiación de las pensiones.”⁷¹

Argumentos que fueron acogidos en su integridad en la segunda sentencia citada.

Con lo que la solución actual a este problema, tanto por la vía constitucional, como por la vía de la jurisdicción ordinaria laboral, es indudablemente, realizar la sumatoria de tiempos laborados, pese a que el contrato de trabajo haya finalizado antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993.

Conclusión

Del estudio realizado, se evidencia que, si bien, el estado colombiano se constituye como Estado social de derecho a partir de 1991, los empleadores tenían desde antes, un deber insoslayable de procurar que el trabajador pudiera disfrutar de su derecho pensional en cualquier modalidad. Fuera, asumir la prestación por sí mismos o afiliarlos al sistema de seguridad social, que se forjaba a principios del siglo XX y que se consolidó definitivamente con la Ley 100 de 1993.

Con ello ha desempeñado un papel importante en el cumplimiento de este fin, e inclusive ha suplido las obligaciones que debió asumir el estado colombiano desde la creación del ya extinto Instituto de los Seguros Sociales, y soporta cargas que, en la actualidad, si bien, pueden verse a simple vistas como desproporcionadas, solo buscan enmendar fallas que acusaba el sistema pensional en Colombia desde antes de las modificaciones que fueron introducidas a partir de la Ley 100 de 1993.

Ello se refuerza aún más con la característica de fundamental que tiene el derecho a la seguridad social, especialmente, si se tiene en cuenta, que la pensión de vejez es indispensable para cumplir uno de los fines de la seguridad social y del estado social de derecho como es el asegurar unas condiciones de vida digna para quien es acreedor de la misma, en todos los estadios de su vida. Y que, por ello, el esfuerzo realizado en todos los años de trabajo, debe ser reconocido y valorado económicamente para conformar la prestación pensional con todas las garantías a que tiene derecho.

71 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 24 de febrero de 2016. Magistrada Ponente: Rigoberto Echeverri Bueno. (Sentencia SL2183-2016) [recuperada de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>].

