

ESTUDIO DE LA CAUSAL DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO
POR APLICACIÓN DEL PARÁGRAFO 3 DEL ARTÍCULO 9 DE LA LEY 797
DE 2003 QUE MODIFICÓ EL ARTÍCULO 33 DE LA LEY 100 DE 1993,
POR RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ A LOS AFILIADOS
AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

YULIANA MARCELA LÓPEZ MEDINA

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2011

ESTUDIO DE LA CAUSAL DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO
POR APLICACIÓN DEL PARÁGRAFO 3 DEL ARTÍCULO 9 DE LA LEY 797
DE 2003 QUE MODIFICÓ EL ARTÍCULO 33 DE LA LEY 100 DE 1993,
POR RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ A LOS AFILIADOS
AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

YULIANA MARCELA LÓPEZ MEDINA

Monografía para optar al título de Abogado

ASESORA: DOCTORA ALEXANDRA OCAMPO ESPECIALISTA EN DERECHO
LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL, DE LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2011

Nota de aceptación

Firma del jurado calificador

Firma del jurado calificador

Medellín, ____ de _____ de _____

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	6
1. REFERENTES PARA EL ESTUDIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA DE PENSIÓN POR VEJEZ EN COLOMBIA	10
1.1 SURGIMIENTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL	10
1.2 LA SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA	11
1.2.1 Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia	13
1.2.1.1 Marco Constitucional de la Seguridad Social en Colombia	13
1.2.1.2 Normatividad de la Seguridad Social en Colombia	16
1.2.1.3 Principios de la Seguridad Social	26
2. ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVIDAD DE PENSIÓN POR VEJEZ EN EL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD	34
3. ANÁLISIS Y EXPLORACIÓN DE LA APLICABILIDAD DE LA LEY 797 DE 2003, ARTÍCULO 9, PARÁGRAFO 3 AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD	45
3.1 EL PARÁGRAFO 3 DEL ARTÍCULO 9 DE LA LEY 797 DE 2003 APLICADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD	47
3.2 SITUACIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD	48
3.3 PRINCIPIO DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO	53
3.4 JUSTAS CAUSAS DE DESPIDO	56
3.5 DEBER DEL ESTADO DE GENERAR EMPLEO	58

3.6 EXPLORACIÓN DE ALTERNATIVAS A LA APLICABILIDAD DE LA LEY 797/2003 ARTÍCULO 9 PARÁGRAFO 3	60
3.6.1. En cuanto al principio de solidaridad	60
3.6.2. En cuanto al principio de in dubio pro operario	62
3.6.3. En cuanto al principio de estabilidad en el empleo	63
3.6.4. En cuanto al derecho de libertad de elección de modalidad de la pensión	65
4. CONCLUSIONES	66
BIBLIOGRAFÍA	68

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo, corresponde a un estudio de la posibilidad de terminar el contrato de trabajo a partir de la aplicación del parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en el momento que se cumplan los requisitos para la obtención de la pensión de vejez por parte de los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Para adelantar el trabajo, se toma la temática desde el estado del arte en el Derecho Laboral y la Seguridad Social como un área macro, y en la Pensión de Vejez en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad como un área micro.

La base para el desarrollo del proyecto, la constituyen las materias de Derecho Laboral y Seguridad Social, impartidas por la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT en el período académico y la complementación que mediante investigación personal se ha logrado en los últimos días.

El problema encontrado en las discusiones jurídicas radica en la falta de concreción de la aplicabilidad de la disposición normativa contenida en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Es posible observar falta de claridad cuando se analiza la aplicabilidad de esta disposición normativa a las personas que se encuentran afiliadas al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, puesto que a pesar de ser muy explícita y clara para la aplicación a las personas afiliadas al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en cuanto a edad y tiempo de servicio para adquirir la pensión de vejez, no lo es para los cotizantes al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, debido a que los requisitos necesarios para adquirir el derecho pensional son diferentes en los dos regímenes y esto constituye motivo para que el empleador no pueda apropiarse de una herramienta jurídica que permita aducir una justa causa de despido al trabajador después de que éste ha cumplido los requisitos para pensionarse por vejez.

Con base en el planteamiento anterior, la autora se pregunta: ¿Será posible que mediante el análisis de los Principios Laborales y de la Seguridad Social, complementado con el estudio de la forma de constitución y funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, perteneciente Sistema General de Pensiones, se puedan explorar alternativas a la falencia que presenta la norma, con el fin de que el empleador pueda dar por terminado el contrato de trabajo del afiliado que ha cumplido el requisito para pensionarse por vejez en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

Además de esta pregunta surgen otras, cuyas respuestas contribuyen a dar luces para realizar un correcto análisis de la situación. Estas son:

- ¿Cómo se encuentra diseñado el Sistema General de Pensiones en Colombia?
- ¿Cómo funciona y se encuentra estructurado el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?
- ¿Cómo se encuentra diseñada la pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?
- ¿Cuáles son los Principios Laborales y de la Seguridad Social aplicables a la problemática planteada?
- ¿Cuál es la fundamentación de las justas causas de despido y cómo son interpretadas?

La temática tratada en esta monografía, que se sitúa específicamente en el campo jurídico colombiano y aunque es un tema que independientemente de ser actual, trascendente, y diariamente trasegado, pocas personas o entidades han discurrido por vías concretas con el fin de detenerse en cuestiones puntuales para ser analizadas bajo la óptica del derecho, por lo tanto este tema carece de antecedentes en lo relativo a investigaciones serias al respecto y se podría pensar que es por el relativamente corto tiempo que lleva operando la norma.

Como planteamiento de la problemática que aquí se trata, dos autores la enuncian tangencialmente: Gerardo Arenas Monsalve y Guillermo Guerrero Figueroa.

Gerardo Arenas Monsalve en su texto El derecho colombiano de la seguridad social, hace un recorrido completo acerca de Seguridad Social en Colombia; sin embargo, por ser la ésta una materia tan extensa, él se limita simplemente a mencionar el asunto como problemática a presentarse en un futuro, sin sustanciar el caso. Y Guillermo Guerrero Figueroa, en su libro Manual de derecho del trabajo trata las generalidades del tema en el Derecho Laboral sin profundizar explícitamente en el campo que nos compete.

La importancia de esta investigación radica en los elementos que aporta para que sirvan como sustento teórico a los presentes y futuros usuarios del Centro Cultural Biblioteca Luis Echavarría Villegas bajo la óptica de un criterio como objeto aceptable o rebatible para sus análisis.

El objetivo de esta monografía consiste en formular herramientas jurídicas como alternativas a la falencia que presenta la aplicación del parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, estudiadas a la luz de los Principios Laborales y de la Seguridad Social y el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad perteneciente al Sistema General de Pensiones.

Para llevar a cabo la finalidad que se propone en este trabajo es necesario atender a los cuestionamientos que el asunto plantea, estructurados en este caso como objetivos:

- Definir fundamentos jurídicos acerca de la conformación y funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, específicamente en cuanto a la pensión de vejez.
- Describir los Principios Laborales y de la Seguridad aplicables a la problemática planteada.
- Analizar la naturaleza jurídica e interpretación de las justas causas de despido en el Régimen Laboral.
- Explorar alternativas a la falencia que presenta la aplicación del parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, extraídas de las disposiciones normativas encontradas en la Legislación Laboral y de la Seguridad Social.

La metodología aplicada para llevar a cabo este proyecto es de corte exploratorio porque no se encontraron unos antecedentes claros; de tipo descriptivo, con un enfoque cualitativo, porque en él se exploran alternativas para la solución de un problema, utilizando el método inductivo, deductivo, porque a la vez que se toman elementos de la legislación laboral y de la Seguridad Social en Colombia, se inducen conceptos para analizar e interpretar las justas causas de despido consignadas en el Derecho Laboral.

Para realizar la investigación se toma información de fuentes primarias y fuentes secundarias:

La información Primaria será recolectada por medio de entrevistas informales con la asesora del proyecto.

En cuanto a fuentes secundarias, como técnica, la investigación acude a la bibliografía, la informática y la web gráfica, mediante instrumentos que abarcan: documentos, archivos, cuestiones documentales, artículos de revista, jurisprudencia, normatividad y páginas de la web, consignados en herramientas consistentes en libros, medios magnéticos, ópticos, acústicos y revistas.

Una vez revisada la bibliografía y recopilada la teoría se procede con el análisis de la situación para formular las herramientas jurídicas planteadas en el objetivo de la investigación. Finalmente se consigna un informe que contiene las Fases del estudio, estructuradas en 3 capítulos, así:

Introducción

1. Referentes para el estudio de la Seguridad Social en materia de pensión por vejez en Colombia
2. Explicación de la normatividad de pensión por vejez en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad
3. Análisis y exploración de alternativas al problema de falencias de la Ley 797 de 2003, Artículo 9, Parágrafo 3

El desarrollo de esta investigación se realiza en el término de cuatro meses, a partir de febrero del presente año, y debido a que el tema no tuvo cambios sustanciales en materia de legislación, su ejecución no presentó tropiezos.

La autora ha pretendido hacer un aporte que pueda servir de sustento a futuras investigaciones en el campo académico y a posibles consultas en la práctica laboral, además de ser un complemento indispensable de la academia para obtener el título de Abogada.

Como beneficiarios de este proyecto se pueden considerar tanto la Universidad EAFIT con su facultad de Derecho en el área de Derecho Laboral y Seguridad Social como la autora del mismo. Igualmente y en justas proporciones son las responsables del resultado que se obtenga de él.

Esta investigación es asesorada por la doctora Alexandra Ocampo Peláez, Abogada de la Universidad EAFIT y Especialista en Seguridad Social de la Universidad de Antioquia quien se desempeña como Asesora Jurídica de la Secretaría General de la Universidad EAFIT.

1. REFERENTES PARA EL ESTUDIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA DE PENSIÓN POR VEJEZ EN COLOMBIA

1.1 SURGIMIENTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El surgimiento del concepto de Seguridad Social se encuentra en el Estado Bienestar, según el alemán Otto Von Bismarck¹, quien a finales del siglo XIX como canciller de Alemania impulsó el primer **Sistema de Seguro Social**, en el que promovió el bienestar de los trabajadores y eludió la demanda de opciones socialistas más radicales.

Debido a que las enfermedades, los accidentes de trabajo, la invalidez y la vejez demandaban la protección del Estado, Alemania creó por primera vez un sistema de seguro social reuniendo tres frentes denominados Reglas de Bismarck, que fueron concebidos paulatinamente así: primero se creó el seguro contra enfermedad en 1883, posteriormente se le incorporó el seguro contra accidentes de trabajo en 1884 y finalmente el seguro contra invalidez y vejez en el año 1889, estableciendo de esta forma el sistema de seguro social con el fin de atender las necesidades de la población en estos aspectos.

El modelo Bismarkiano fue tan eficiente y efectivo en su época, que logró en varios países Occidentales ser adoptado a finales del siglo XIX, puesto que éste era un sistema de seguro social que se caracterizaba por ir dirigido al sector asalariado de la industria y además acogía el modelo como un seguro privado. Sin embargo, Lahoz, López y Momparler² dicen que por ser tan limitado el sector al que se dirigía, el concepto evolucionó y el sistema fue llamado **Seguridad Social** por el británico William Henry Beveridge, en 1942, quien estableció para el caso de la cobertura de las necesidades sociales dos niveles de seguridad: El primero de ellos fue catalogado como seguridad social contributiva y era financiado en parte por cuotas bajo el esquema de seguro; y el segundo denominado seguridad social no contributiva, en el que a todos los ciudadanos carentes de salario, se les debería garantizar una cierta seguridad económica a través de la redistribución de la renta, por el solo hecho de ser ciudadanos.

Lahoz, López y Momparler³ aseguran que el sistema de Beveridge fue adoptado por otros países y los escandinavos lo bautizaron con un nuevo nombre,

¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO -OIT-. De Bismarck a Beveridge: seguridad social para todos. En: Revista del Trabajo 67, diciembre de 2009. Ginebra: OIT. P. 2.

² LAHOZ, José Francisco, LÓPEZGANDIA, Juan y MOMPALER CARRASCO, María Ángeles. Curso Básico de Seguridad Social. Valencia España: Editorial Tirant Lo Blanch, 2007. P. 30, 31.

³ *Ibíd.*, p. 32.

Protección Social, en el que se tuvieron en cuenta los dos niveles desarrollos por el británico y a su vez le adicionaron dos nuevos niveles llamados asistencia social y servicios sociales, donde el primero se caracterizaba por ir dirigido a la población de bajos recursos que necesitaba la garantía de un renta mínima; y, en el segundo se encontraba una renta ofrecida tanto por el sistema de seguridad social, como por el Estado en aquellos casos donde los ciudadanos no tenían derecho a la protección de sus necesidades sociales.

Estos sistemas amparaban las necesidades sociales, que para el doctrinante José M. Almansa Pastor⁴ deben entenderse como la escasez de un bien material o inmaterial, es decir, que pueden tener un contenido económico o no tenerlo y que demanda ser satisfecho por un individuo, como miembro de una sociedad, o por el conjunto de la sociedad.

A su turno, los autores José Francisco Lahoz, Juan López Gandía y María Ángeles Momparler Carrasco⁵, sostienen que la expresión necesidades sociales, en el campo de la Seguridad Social, se caracteriza por una gran indeterminación, por ser el resultado de una evolución histórica y al respecto expresan, que a pesar de tratarse de una expresión indeterminada por esencia, puede delimitarse y especificar qué necesidad pueda incluirse dentro del sistema, a qué mecanismos y qué subsistema va a proteger estas necesidades y lo sustentan afirmando que el Estado a través de sus políticas públicas se encuentra facultado para llenar de contenido a la expresión necesidades sociales.

En Colombia, por ejemplo, el Estado protege a la población mediante el Sistema de Seguridad Social Integral, denominación que el gobierno ha adoptado únicamente para la atención en salud, pensiones y riesgos profesionales, dejando de lado a la educación, que aún no logra alcanzar la denominación de necesidad social dentro este sistema.

1.2 LA SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA

Antes de 1945 la realidad colombiana respecto de la seguridad social era incierta, debido a que sólo se encontraban en el país hospitales y ancianatos de caridad creados por grupos religiosos o personas con gran capacidad económica que por caridad pública se asociaban para crear ese tipo de entidades; claro está que lo poco que existía era sólo para cubrir necesidades de salud. Sin embargo, anterior

⁴ ALMANSA PASTOR, José M. Derecho a la Seguridad Social. Séptima edición. México: Editorial Tecnos , 1991. P. 30, 31.

⁵ LAHOZ, Op. cit., p. 25 – 27.

a esto, dicen Redondo y Guzmán⁶ que en 1912 por medio de la Ley 82 se había creado un régimen que cubría las necesidades sociales de los trabajadores de las ramas de postal y telegrafía, en lo referente a muerte, enfermedad y jubilación.

En el año 1945, en Colombia, se consagraron una serie de derechos específicos a favor de los trabajadores dependientes; el Congreso⁷ por medio de la Ley Sexta, que creó un régimen de prestaciones patronales a favor de los trabajadores, en vista de que aún no había una ley que implementara un seguro social obligatorio, de tal manera que el empleador debía cubrir las necesidades sociales de sus trabajadores respecto a los accidentes de trabajo, enfermedad profesional y no profesional. Esta fue la primera norma legal que consagró derechos prestacionales para los trabajadores y en ella la responsabilidad de la cobertura de necesidades sociales fue asignada directamente al empleador

También, dicen Redondo y Guzmán⁸ que la Ley Sexta creó la Caja Nacional de Previsión Social que tendría por objeto la cobertura de las necesidades sociales del sector oficial, específicamente para los empleados y obreros nacionales. En ese momento las necesidades a cubrir eran las de las pensiones de jubilación por vejez o invalidez.

Posteriormente, sostiene el Instituto de Estudios Sociales Juan Pablo II⁹ que fue expedida la Ley 90 de 1946, inspirada en el Sistema de Seguro Social Bismarkiano, por medio de la cual fue creado el Instituto Colombiano de Seguro Social -ICSS-, entidad con personalidad jurídica y autonomía financiera que se encargaría de administrar el seguro social obligatorio, a través del cual se protegió a los trabajadores del sector privado que se encontraban bajo un contrato de trabajo, independientemente de que se tratara de personas nacionales o extranjeras.

En 1950, se promulgó el Código Sustantivo del Trabajo que en su artículo 195 estableció que todos los empleadores debían asumir los costos de las prestaciones sociales, salvo en las necesidades sociales asumidas por el Instituto Colombiano de Seguro Social.

⁶ REDONDO, Herman Gómez y GUZMÁN, Fernando Mora. La reforma de la Salud y la Seguridad Social en Colombia. El desastre de un modelo económico. Biblioteca Jurídica Diké, 2000. P. 62.

⁷ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 6, (19, febrero, 1945). Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo. Diario Oficial. Bogotá, 1945.

⁸ REDONDO GÓMEZ, Op. cit., p. 64.

⁹ INSTITUTO DE ESTUDIOS SOCIALES JUAN PABLO II. Seguridad Social Derecho Fundamental y Base para el Bien Común. Bogotá D.C. INSTITUTO DE ESTUDIOS SOCIALES JUAN PABLO II, 1998. P 8.

Así las cosas, según Arenas Monsalve¹⁰, el Instituto Colombiano de Seguro Social tenía por objeto proteger necesidades sociales que en aquella época estaban determinadas por enfermedades no profesionales y maternidad; invalidez y vejez; accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; y muerte. La contribución para la cobertura de las necesidades estaba diseñada como un sistema de triple contribución forzada –Estado, empleador y trabajador-. No obstante, el Decreto Ley 433 de 1971 introdujo ciertas modificaciones al Sistema de Seguridad Social en Colombia, la más significativa de ellas fue el cambio de la relación de triple financiación del sistema, porque el Estado dejó su papel de contribuyente, debido a que por sus constantes incumplimientos financieros le había generado un déficit al ICSS, y en consecuencia la entidad cambiaría su denominación para pasar a llamarse Instituto de Seguros Sociales –ISS.

Debido a la multiplicidad de competencias legales normatizando lo referente a seguridad social, los siguientes 20 años fueron tortuosos para el sistema colombiano por la inseguridad jurídica a la que estaba sometido, hasta que en 1991, con la modificación de la Constitución Política de Colombia en la que se consignó un nuevo modelo político, denominado Estado Social de Derecho, el Estado se encargaría de dirigir, controlar y en algunos casos administrar y prestar los servicios de la seguridad social, a la par con los particulares, que por primera vez entran a ser parte del escenario de la seguridad social colombiana. También, a partir de la promulgación de la Carta Magna, en su artículo 48, le otorgó a la Seguridad Social el status que requería, y de esta forma pasó a ser cobijada directamente por la Constitución y no únicamente por las leyes como lo estaba hasta 1991.

1.2.1 Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia. La Ley 100, fundamentada en la Constitución de 1991, y su reglamentación, mediante leyes, decretos, actos legislativos, actos administrativos y sentencias que la modifican, adicionan y/o complementan, reúne todo el conglomerado normativo del Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia.

1.2.1.1 Marco Constitucional de la Seguridad Social en Colombia. El artículo 48 de la Constitución de 1991, ubicado dentro del capítulo II del título II *de los derechos sociales, económicos y culturales*, consigna específicamente el concepto de seguridad social en Colombia, como instrumento de la política social del Estado, caracterizado por ser un derecho irrenunciable y de segunda generación. Para la Corte Constitucional “este derecho no emana de la relación laboral o la dependencia del trabajador, sino es la misma condición humana, las previsiones

¹⁰ ARENAS MONSALVE, Gerardo. El Derecho Colombiano de la Seguridad Social. Segunda edición. Bogotá D.C.: Editorial Legis, 2007. P. 91.

del riesgo, la conservación de una comunidad sana y productiva, los conceptos que la han hecho un derecho inalienable a la persona”¹¹, es decir, es reconocido a todos los habitantes del territorio y no depende de la condición del individuo como trabajador asalariado. Además, se caracteriza también por ser un derecho objetivo puesto que le han creado instituciones y asignado jueces que la materializan; y, subjetivo porque la persona tiene derecho a éste, cuando su situación en el hecho se enmarca dentro de las normas del Sistema de Seguridad Social, logrando hacerlo exigible judicialmente ante las especialidades laboral y de la seguridad social.

Sin embargo, el artículo 48 superior no es el único que habla de la seguridad social, puesto que en los primeros artículos de la Carta Política –artículos 1 y 2- se comienza a hacer alusión a la misma, estableciendo que Colombia es un Estado Social de Derecho, fundamentado en el respeto de la dignidad humana, el trabajo y la prevalencia del interés general sobre el particular y se observa su materialización a través del desarrollo y cumplimiento de los fines esenciales del Estado colombiano entre los que se encuentran, “promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”¹².

Adicionalmente, los artículos 13, 49, 64, 334, 350 y 365 de la Constitución Política, establecen que el Gobierno debe propiciar y desarrollar políticas públicas que permitan, entre otras, promover la salud y la seguridad social, especialmente para aquellas personas de bajos recursos, implicando esto que en la prestación de servicios de la seguridad social los servidores públicos o particulares que los presten deben hacerlo bajo el marco de la Constitución y la Ley.

Así las cosas, la Seguridad Social como expresión y desarrollo del principio constitucional a la dignidad humana, hace que la protección social se encuentre indiscutiblemente amparada por las políticas sociales del Estado, en busca de la protección de las necesidades sociales que el mismo determina para las personas. No obstante, no sólo el Estado debe actuar para satisfacer las necesidades sociales, sino que también se reclama la intervención de los individuos, puesto que por medio de su trabajo pueden aportar capital que contribuye al amparo de sus propias necesidades y de esta forma, estaría asegurada la atención para el cubrimiento de las necesidades sociales a las que están expuestos los individuos, como la vida, la salud y la capacidad económica, donde el Estado, como máximo protagonista, tiene el deber de cubrirlos a través de la búsqueda de una armonía en sus políticas sociales que permita satisfacer las necesidades de los individuos,

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T - 471 (17, julio, 1992) Magistrado Ponente Dr. Simón Rodríguez Rodríguez. Bogotá, 1992.

¹² ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE 1991 DE COLOMBIA. Constitución Política de Colombia. Bogotá D.C: Editorial Legis, 2007. Artículo 1.

para lo cual tomará medidas de protección de carácter preventivo, reparador, indemnizatorio y compensatorio, en las cuales se vean amparadas todas las situaciones de necesidades sociales.

Sin embargo, para la Corte Constitucional, la naturaleza jurídica del Sistema de Seguridad Social Integral es concebida como un derecho de la persona que se materializa por medio de la prestación de un servicio público de carácter obligatorio, de donde se desprende que es un derecho subjetivo irrenunciable y que hace parte de los derechos económicos, sociales y culturales, es decir, son previstos como derechos de segunda generación y no son de aplicación inmediata, por lo cual requieren de una reglamentación que los desarrolle.

La misma Corte Constitucional ha señalado que la protección a la seguridad social se hace a través de la tutela, no porque ésta esté revestida de carácter fundamental, sino porque al encontrarse en conexidad con uno o varios derechos que sí lo están, hacen que la protección sea inmediata. En este sentido, se pronunció la Corte Constitucional mediante la Sentencia T - 1001 del 9 de diciembre de 1999, con ponencia del Dr. José Gregorio Hernández Galindo, así: “La Sala reitera los criterios expuestos en consolidada jurisprudencia, en el sentido de que el derecho a la seguridad social, del cual forman parte las prestaciones económicas, no es en principio un derecho fundamental, carácter que se adquiere únicamente cuando está íntimamente vinculado con un derecho que sí tiene tal calidad”¹³.

Por lo anteriormente expuesto, queda claro que los derechos que involucra la seguridad social hacen parte de los derechos sociales, económicos y culturales de la Constitución y para hacerlos valer cuentan con sus propios mecanismos, procedimientos y jurisdicción. No obstante cuando se afecta un derecho fundamental de la Carta Política que se encuentre en conexidad con la vulneración de los derechos de la seguridad social, se puede acudir a la acción de tutela para reclamar ante un Juez de Tutela su protección, siempre y cuando el objetivo de ésta sea el evitar que se genere un perjuicio irremediable.

Sin embargo, vale hacer una precisión en cuanto al derecho a la salud del sistema de seguridad social, debido a que en los últimos tiempos, la Corte Constitucional¹⁴ revaluó la tesis de la conexidad específicamente para este derecho, diciendo que la salud es entendida como un derecho fundamental autónomo y que es protegible a través de la acción de tutela siempre y cuando se compruebe la ocurrencia de un perjuicio irremediable o la falta de idoneidad del medio judicial ordinario para protegerlo.

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T - 1001 (9, diciembre, 1999). Magistrado ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá D.C. 1999.

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T - 707 (6, octubre, 2009). Magistrado ponente Dr. Juan Carlos Henao Pérez. Bogotá D.C. 2009.

Así mismo, ha dicho la Corporación Constitucional que el derecho a la salud debe ser entendido como un derecho fundamental, independientemente de la ubicación del mismo dentro de los derechos sociales, económicos y culturales, porque el derecho a la salud lleva inmersa la dignificación de la persona, lo cual hace que su protección deba ser inmediata, en caso que este derecho se encuentre amenazado:

“(…) el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho.

(…) la Corte Constitucional en pleno ha subrayado que la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. No hacerlo conduce a que se presenta un déficit de protección constitucionalmente inadmisibles”.¹⁵.

Por lo tanto puede concluirse que la seguridad social hace parte de los derechos sociales, económicos y culturales y requieren para su protección y ejecución una normatividad que los desarrolle y adicione; sin embargo, el derecho a la salud debe ser entendido como un derecho fundamental autónomo, cuando el mismo se vea amenazado y requiera una protección inmediata por parte del Juez de tutela.

1.2.1.2 Normatividad de la Seguridad Social en Colombia. Como consecuencia de la promulgación de la Constitución Política de Colombia de 1991 se estructuró un sistema normativo para garantizar los derechos expresados en la Carta Magna con el fin de atender debidamente las necesidades sociales de los habitantes de Colombia. Esta normativa se constituyó en un Sistema Integral que consigna todo lo relativo a la atención en salud, pensiones y riesgos profesionales con contenidos puntuales y estructurante del sistema en subsistemas.

- **Antecedentes de la Ley 100 de 1993**

Los primeros referentes de la Ley 100 de 1993 se pueden encontrar en el “Informe Chenery”, ejecutado en 1985 que tuvo como objetivo realizar un diagnóstico sobre la problemática del Derecho Laboral y de la Seguridad Social en Colombia. En cuanto a los problemas de la seguridad social en dicho informe, señala el

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T – 760 (31, julio, 2008). Magistrado ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá D.C. 2008.

doctrinante Gerardo Arenas Monsalve¹⁶ que los mismos estaban dados por la imperiosa necesidad de unificar la diversidad de regímenes pensionales que se encontraron; así mismo, se planteó que debía darse una ampliación de la cobertura de la seguridad social a los trabajadores independientes.

Otro motivo para la expedición de la Ley 100 de 1993, fue la promulgación de la nueva Carta Política para los Colombianos, a partir de la creación de la Asamblea Nacional Constituyente, que se encargó el 4 de julio de 1991 de divulgar los contenidos de ésta, estableciéndose para el caso de la seguridad social la superación del modelo asistencialista para pasarse a un modelo de seguridad social, “visto como un servicio público que debe guiarse por los principios de eficacia, universalidad y solidaridad”¹⁷.

No obstante, haberse proclamado con la expedición de la Constitución de 1991 la cobertura de la seguridad social para todos los habitantes del territorio nacional, la realidad que vivía el país para la época de los inicios de los años 90’s, era la de una cobertura de no más del 20% de la población del país. Aunado a lo anterior, se encontraba el déficit financiero por el que estaba pasando el ISS, por lo tanto el Gobierno Nacional de aquella época, pretendía que las reformas a la seguridad social deberían darse desde lo económico más que desde lo social.

De esta manera la Ley 100 de 1993 fue presentada por medio del proyecto de Ley 155 de 1992 bajo el Gobierno del entonces presidente Cesar Gaviria Trujillo, que buscaba principalmente la reforma a la multiplicidad de mecanismos de pensión que existían en aquella época; y, conjurar la grave crisis que presentaba el Instituto de los Seguros Sociales; en principio, entonces, no se pensó en una reforma a la salud, porque sobre este derecho la Ley 10 de 1990 expresaba con anterioridad que era un servicio público.

Independiente de lo anterior, las modificaciones que se intentaban consignar a partir del proyecto de ley, eran drásticas, debido a que se pretendida la creación de las FPP, Fondos Privados de Pensión, los cuales se encargarían de administrar el sistema pensional en Colombia, a través de un modelo de cuentas de ahorro individual, con carácter de obligatoriedad con respecto a la afiliación a estos fondos, para las personas que se incorporaban por primera vez a la fuerza laboral del país. Así mismo, dicen Alvares y Caiza¹⁸ que se buscaba aumentar la edad de jubilación hasta los 65 años, y las semanas de cotización a 2.000.

¹⁶ ARENAS MONSALVE, Op. cit., p 99.

¹⁷ ARENAS MONSALVE, Op. cit., p. 104.

¹⁸ ALVARES BUSTOS, Andrea y CAIZA ROSERO, Juan Carlos. Vías especiales de solución de conflictos de seguridad social. Trabajo de grado Abogado. Bogotá D.C. Universidad Pontificia Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. 2001. P. 22 - 28.

Adicionalmente, pero con menor razón de peso se tuvieron en cuenta los escándalos de corrupción al interior de las ISS, porque la atención se desvió hacia la creación de mecanismos para financiar el sistema, debido a que el déficit que presentaba el Instituto para aquella época era considerable.

- **Promulgación de la Ley 100 de 1993**

El Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia fue creado mediante la Ley 100 de 1993 como desarrollo del artículo 48 de la Constitución Política, norma por medio de la que se estableció “un conjunto de instituciones disposiciones y procedimientos de los cuales las personas pueden disponer para mejorar su calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las necesidades sociales, especialmente las que menoscaban la salud y capacidad económica de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar y la integración de la comunidad; y, así cumplir los postulados básicos del Estado Social de Derecho”¹⁹. De esta manera, es que se puede decir que el Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia, obedece a una política de Estado, en el que se propende por la cobertura a las necesidades sociales de salud, pensiones y riesgos profesionales, para así dar desarrollo a los fines del Estado.

Es así como, para el logro de dichos fines Estatales, se determinó como base jurídica el Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia contemplado en la Ley 100 de 1993 y otras normatividades que la modifican y adicionan. Esta norma se encuentra compuesta por tres subsistemas, Sistema General de Pensiones, Sistema General de Salud y Sistema General de Riesgos Profesionales que se exponen a continuación a grandes rasgos:

- ✓ **Subsistema General de Salud**

La salud se encuentra consagrada constitucionalmente en el artículo 49 de la Constitución, en el que se determina que la salud es un servicio público que debe ser garantizado a toda la población. Por ello, la Ley 100 de 1993 en su Libro II artículos 152 a 248, desarrolla el sistema de salud, como una de las necesidades sociales a ser cubierta y garantizada a la sociedad colombiana. Así, establece el artículo 152 ídem, que el objeto del sistema de salud es reglamentar la prestación del servicio público esencial de salud para la población colombiana.

¹⁹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100, (23, diciembre, 1993). Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C. 1993. Preámbulo.

En la consagración constitucional y legal del sistema de salud, se encuentra que éste además de fundamentarse en los principios generales del Sistema de Seguridad Social Integral, lo hace también en los principios de libre escogencia de régimen, equidad, obligatoriedad, protección integral, autonomía de las instituciones, participación social, descentralización administrativa, prevalencia de derechos, enfoque diferencial, corresponsabilidad, complementariedad y transparencia, irrenunciabilidad, intersectorialidad, prevención, continuidad, calidad y concertación; bajo los cuales, se admite que en la prestación de servicios de salud interactúen diversas entidades, donde el afiliado tenga la oportunidad de escoger entre ellas para la prestación del servicio, en el entendido de que todos tienen derecho a la prestación de servicios de salud con calidad, efectividad e igualdad “y con independencia de las condiciones socio-económicas del afiliado”²⁰.

Con el fin de distribuir las funciones dentro del Sistema General de Salud, se crearon cuatro actores que interactúan conformando así el Sistema completo para la prestación del servicio, éstos son: 1) Las Entidades Promotoras del Servicio - EPS, 2) Las Instituciones Prestadoras del Servicio - IPS, 3) Las Entidades Sociales del Estado - ESE y 4) Los afiliados. Las primeras, las EPS son las encargadas de administrar el sistema de salud y “son responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía”²¹. Las segundas, las IPS de acuerdo con el Congreso²², son las encargadas de prestar los servicios de salud a los afiliados al sistema, de acuerdo con su nivel de atención; estas instituciones pueden ser entidades de carácter oficial, mixto, privado, comunitario y/o solidario. Por su parte, el Congreso²³ contempla a las ESE como las encargadas, al igual que las IPS, de la prestación de los servicios de salud. Por último, los afiliados, dice el mismo Congreso²⁴ son las personas beneficiarias de los servicios del sistema de salud, bien sea porque se encuentren vinculados al Régimen Contributivo o Subsidiado del sistema.

Así las cosas, el sistema de salud se encuentra compuesto por dos regímenes, Régimen Subsidiado y Régimen Contributivo. El primero, manifiesta el Congreso²⁵, tiene por objeto financiar la atención en salud a las personas de bajos recursos y

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-663, (28, noviembre, 1996). Magistrado ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá, 1996.

²¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100, Op. cit., artículo 177.

²² CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100, Op. cit., artículos 156 literal i) y 185.

²³ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100, Op. cit., artículo 194.

²⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100, Op. cit., artículo 157, siguientes.

²⁵ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100, Op. cit., artículo 212.

que sean vulnerables y a los grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar. El segundo, el Régimen Contributivo está definido como “un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador”²⁶. Por tanto, se aprecia que en este último régimen se encuentran cubiertas las personas que se hallen bajo un contrato de trabajo y las personas que cotizan como independientes; para quienes se hallen bajo una relación de trabajo dependiente, el aporte está a cargo del empleador y del trabajador; y, en el segundo, es decir el trabajador independiente tiene a su cargo la totalidad del aporte.

La forma como se financia al sistema de salud depende del régimen en que se encuentre el afiliado, por ello si se halla en el Régimen Contributivo y es trabajador dependiente, la cotización está a cargo del empleador en un 8,5% del ingreso base de cotización (IBC) y el restante 4% a cargo del trabajador; ahora, si se trata de un trabajador independiente el 12,5% de la cotización estará a cargo de éste. En el caso del régimen subsidiado, la forma de financiación está dada por recursos fiscales, producto de transferencias de los departamentos a los municipios y un 1.5% adicional que debe aportar el régimen contributivo al régimen subsidiado.

✓ **Subsistema de Riesgos Profesionales**

El Sistema de Riesgos Profesionales está definido por el artículo 1 del Decreto Ley 1295 de 1995, como “el conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencias del trabajo que desarrollan”²⁷.

De esta manera, este sistema va dirigido a aquellos sujetos que se encuentran bajo un contrato de trabajo, o son trabajadores independientes. Tiene dos finalidades: La primera consiste en la prevención de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, y la segunda, la de cubrir estas mismas necesidades sociales cuando se materializan en la integridad física o mental del trabajador – generadas bien sea por accidentes presentados en el lugar de trabajo o con ocasión de éste, y enfermedades profesionales como tal-, cuestión que se traduce en prestaciones asistenciales y económicas a favor de los afiliados al sistema.

²⁶ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100, Op. cit., artículo 202.

²⁷ GOBIERNO NACIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto Ley 1295, (22, junio, 1995). Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales. Diario Oficial. Bogotá D.C. 1995. Artículo 1.

Las prestaciones asistenciales de acuerdo con el artículo 5 del mismo Decreto estudiado, están dadas por asistencia en materia de salud cuando la misma se vea afectada o amenazada por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional. Ahora, las prestaciones económicas que son cubiertas por este sistema, igualmente por enfermedad profesional o por accidente de trabajo, son las siguientes, de acuerdo con el Decreto Ley:

- a. Subsidio por incapacidad temporal;
- b. Indemnización por incapacidad permanente parcial;
- c. Pensión de Invalidez;
- d. Pensión de sobrevivientes; y,
- e. Auxilio funerario”²⁸.

Aunque, como se dijo anteriormente quienes se encuentran cubiertos por este sistema son los trabajadores dependientes y los independientes, vale aclarar que el responsable de la afiliación y del total de la cotización al sistema en el caso de los trabajadores dependientes es el empleador, so pena de las sanciones legales; y, para el caso de los trabajadores independientes la responsabilidad se encuentra en cabeza de estos. De todas formas el porcentaje de cotización se determina de acuerdo a los factores que señala el artículo 15 del Decreto Ley 1295 de 1995, y el porcentaje de cotización según Gobierno Nacional²⁹ en ningún caso puede ser inferior al 0.348%, ni superior al 8.7%, en los términos que señala el artículo 18 del mismo Decreto Ley.

La administración del sistema de riesgos profesionales se encuentra a cargo de las administradoras de riesgos profesionales (ARP) de origen privado; también pueden estar a cargo de la entidad pública denominada Positiva. Las funciones que son asignadas por el Gobierno³⁰ a estas entidades son las de administrar el sistema y entre ellas se encuentra la afiliación, la promoción de la prevención de los accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales, la garantía de los servicios asistenciales y económicos y el recaudo del dinero de las cotizaciones.

✓ **Subsistema General de Pensiones**

Mediante la Ley 100 de 1993 se creó un único Sistema General de Pensiones, y a su vez ésta, en su artículo 289 derogó las normas anteriores que regían el tema pensional en el país, con el propósito de unificar los múltiples regímenes que hasta ese momento existían y así conjurar el caos que se estaba presentando.

²⁸ Ibid. Artículo 7.

²⁹ Ibid. Artículo 18.

³⁰ Ibid. Artículo 80.

En este sistema, el Congreso³¹, respetó los derechos adquiridos por leyes anteriores y/o por acuerdos extralegales o legales, bien fueran derechos causados no reclamados, o bien, legales derivados de pactos colectivos o laudos arbitrales, siempre que se cumpliera con los requisitos para causar el derecho, conforme a normas anteriores. Así mismo según Bustos y Caiza Rosero³², con la creación de este sistema general de pensiones se dieron cambios en cuanto a los requisitos para adquirir los derechos pensionales, puesto que se incorporaron reformas relacionadas con la edad para pensionarse, monto de las cotizaciones y entidades responsables, entre otros aspectos.

El propósito fundamental de la Ley 100 de 1993 con la unificación del sistema pensional era la de crear un sistema dual, es decir, de un lado se buscaba garantizar las prestaciones derivadas de las necesidades sociales de invalidez, vejez y sobrevivientes y, por otro lado, ampliar progresivamente la cobertura a todos los habitantes del territorio nacional, así: “El Sistema General de Pensiones tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones”³³. De esta manera se dio desarrollo y cumplimiento a los principios de universalidad y progresividad del sistema de seguridad social colombiano.

De otro lado, el Congreso³⁴ imprime carácter de obligatoriedad de afiliación Sistema General de Pensiones por parte de los trabajadores dependientes e independientes, quienes tienen la libertad de escoger entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; también, está caracterizada por el reconocimiento y acreditación de las pensiones de vejez, invalidez y sobreviviente. Además, reconoce y acredita en caso de que el afiliado no pueda acceder a la pensión, la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos de la pensión, según el régimen aplicable.

Dentro de este contexto, de expansión del sistema pensional colombiano, del que se viene hablando, según el carácter impreso al mismo, se determina que para ser beneficiario de la cobertura a las necesidades sociales de vejez, incapacidad y sobreviviente, es necesario que se dé la afiliación al sistema, bien sea por

³¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100, Op. cit., artículo 11 modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003.

³² ALVARES BUSTOS, y CAIZA ROSERO, Op. cit., P 62 - 76.

³³ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100, Op. cit., artículo 10.

³⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100 Op. cit., artículo 13.

voluntad del individuo o porque le resulte obligatoria. Dentro de la afiliación obligatoria se encuentran las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos y a partir de la Ley 797 de 2003, expedida por el Congreso de la República³⁵, los trabajadores independientes lo están, puesto que antes de esta Ley eran afiliados voluntarios.

En todo caso, la afiliación al sistema así sea obligatoria o voluntaria, implica la libertad de escogencia entre uno de los regímenes del sistema (Régimen de Prima Media con Prestación Definida o Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad). Entonces, por regla general para afiliarse a este sistema, las personas tienen la potestad de elegir en virtud del principio de libre escogencia; no podrán seleccionar entre los dos regímenes, quienes ingresen por primera vez al sector público en cargos de carrera, porque ellos serán obligatoriamente afiliados al Instituto de los Seguros Sociales con una permanencia mínima de tres años y luego de estos 3 años podrán cambiarse libremente de régimen.

Del mismo modo, dicen Bustos y Caiza Rosero³⁶ que así como se requiere por regla general una afiliación obligatoria al sistema, debe realizarse una cotización obligatoria, lo que implica que el afiliado realice los aportes que se establecen por ley, según lo devengado; esto para las personas que se encuentren laborando mediante un contrato de trabajo. Los independientes cotizarán siempre sobre el valor de los ingresos que perciben y no podrán ser inferiores a un salario mínimo. Para esta cotización obligatoria, el Congreso³⁷ señala como base de cotización para los afiliados obligatorios, un valor no inferior al salario mínimo legal mensual vigente, ni superior a veinticinco salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El ingreso base de cotización al sistema, corresponde al ingreso total mensual real del afiliado que se toma como referencia para aplicar el porcentaje de cotización al sistema general de pensiones que el Congreso de la República³⁸ establece, el cual corresponde para el caso de trabajadores dependientes al ingreso base de cotización (IBC) que de todas formas no podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente ni superior a 25 salarios mínimos mensuales legales vigentes y si recibe salario integral el IBC corresponde al 70% del mismo. En cuanto a los servidores del sector público se toma como ingreso base de cotización, la asignación básica, los gastos de representación, la prima técnica, las

³⁵ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100, Op. cit., artículo 15 modificado por el artículo 3 de la Ley 797 de 2003.

³⁶ ALVARES BUSTOS, Op. cit., p 62 - 76.

³⁷ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100, Op. cit., inciso 4 del artículo 18. P. 20 de 226.

³⁸ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100, Op. cit., artículo 20 modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003.

primas de antigüedad, ascensional y de capacitación, remuneración por trabajo dominical o festivo, remuneración por trabajo suplementario, recargos nocturnos y la bonificación por servicios prestados.

En el caso de los trabajadores independientes, el Congreso³⁹ manifestó que el IBC corresponde al 40% de los honorarios que declaren ante la entidad a la cual se afilien, guardando correspondencia con los efectivamente recibidos, sin que pueda cotizarse por debajo del salario mínimo legal mensual vigente.

La obligación de cotización al sistema, para todos los afiliados, cesa en el momento en que éste reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente, sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en los dos regímenes, como lo establece el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 - modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003-.

En este punto, cabe distinguir entre el ingreso base de cotización antes referido, y el ingreso base de liquidación, que se encuentra descrito por el Congreso⁴⁰, como la base para liquidar las pensiones previstas en dicha ley.

El Congreso de la República⁴¹ aclara que para el caso de la afiliación y cotización de los trabajadores dependientes, su empleador es responsable del pago total de las cotizaciones ante la entidad administradora que elija el afiliado, se establece que puede descontar, por autorización legal, del salario del trabajador afiliado el monto de las cotizaciones, voluntarias y obligatorias. En el caso de los empleadores del sector público, estos están obligados a incluir en el presupuesto las partidas necesarias para el pago del aporte patronal y los ordenadores del gasto deben disponer la consignación oportuna de los aportes, so pena de incurrir en causal de mala conducta. Por tanto, en el caso que los empleadores no cumplan su obligación, responderán por la totalidad del aporte y demás sanciones y acciones a las que haya lugar.

Fuera de lo anterior, la Ley 100 de 1993 también consagró un fondo de solidaridad pensional, con el cual se pretende “subsidiar los aportes al Régimen General de Pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte, tales como artistas, deportistas, músicos, compositores, toreros y sus subalternos, la mujer microempresaria, las madres comunitarias, los discapacitados físicos,

³⁹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100, Op. cit., artículo 19 modificado por el artículo 6 de la Ley 797 de 2003.

⁴⁰ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100, Op. cit., artículo 21.

⁴¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100, Op. cit., artículo 22, 23.

psíquicos y sensoriales, los miembros de las cooperativas de trabajo asociado y otras formas asociativas de producción, de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional”⁴².

El Congreso⁴³ imprime naturaleza pública al Régimen de Prima Media con Prestación Definida porque las cotizaciones y rendimientos de sus afiliados hacen parte de un fondo común, que garantiza el pago de las pensiones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la misma ley 100 de 1993.

En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, para hacerse acreedor a las pensiones, se debe cumplir con los requisitos que requiere cada uno de los tipos de pensión que adquiere el afiliado, así: para el caso de la pensión por vejez, debe cumplir un requisito de tiempo de cotización y otro de edad, porque para la pensión de sobreviviente, además del tiempo de cotización se requiere que exista un beneficiario y que ocurra el hecho generador que es la muerte del afiliado, y para la pensión de invalidez se necesita un tiempo de cotización y que ocurra el hecho generador de la invalidez. Igualmente el monto de la pensión dependerá de si es por vejez, invalidez o sobreviviente, y en ningún caso podrán ser inferiores a un salario mínimo legal mensual vigente.

Por otra parte, cabe señalar cuatro aspectos del este Régimen de Prima Media con Prestación Definida: el primero de ellos, es la consagración de un régimen de transición que dicta el Congreso⁴⁴ para que las personas puedan acceder a la pensión de vejez bajo la normatividad que los regía antes de entrar en vigencia la ley 100 de 1993; así entonces, los trabajadores del sector privado que al 1 de abril de 1994 y los trabajadores del sector público que al 30 de junio de 1995, tuvieran 35 o más años de edad si son mujeres ó 40 o más años de edad si son hombres, ó 15 o más años de servicios cotizados, se les aplicará la norma anterior en cuanto al tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez. Los demás requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se rigen por las disposiciones contenidas en la ley 100 y demás normas que la modifiquen o adicionen. No obstante lo anterior debe tomarse en consideración el parágrafo 4 transitorio del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, dentro del que se estipula que:

“El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio

⁴² CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100, Op. cit., artículo 25 - 30.

⁴³ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100, Op. cit., artículo 32.

⁴⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100, Op. cit., artículo 36.

de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014”⁴⁵

El segundo aspecto dentro del Régimen de Prima Media con Prestación Definida es, la disposición de la indemnización sustitutiva, la cual es procedente en los casos en que el afiliado una vez ha cumplido la edad para obtener la pensión de vejez, no ha cotizado el mínimo de semanas exigidas por la ley, y no desea seguir cotizando, caso en el cual, expresa la Ley: “tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado”⁴⁶.

El tercero de los cuatro aspectos, según el Congreso de la República⁴⁷ es la pensión mínima de vejez que se encuentra consagrada a favor del afiliado como una pensión que no podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente y que se obtiene luego de la aplicación de la fórmula descrita en el artículo 10 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo xxx de la Ley 100 de 1993.

El último aspecto es la consagración de la justa causa de despido del trabajador por parte del empleador, cuando el primero cumple los requisitos para pensionarse por vejez en éste Régimen de Prima Media con Prestación Definida (ver capítulo 3, pág. 44,46 de esta monografía).

1.2.1.3 Principios de la Seguridad Social. Para dar cumplimiento al mandato constitucional, jurisprudencial y legal, la Ley 100 contempló la dotación del Sistema de Seguridad Social Integral de Colombia con unos principios fundamentales que permiten el cabal desarrollo de las actividades que deben cumplir cada uno de los subsistemas en que se encuentra estructurado el Sistema Integral, entre ellos están: Principio de solidaridad, universalidad, eficiencia, gradualidad, integralidad, irrenunciabilidad, progresividad, unidad, Favorabilidad e in dubio pro operario y sostenibilidad financiera.

⁴⁵ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Acto Legislativo 01, (22, julio, 2005). Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política. Diario Oficial. Bogotá D.C. 2005. Parágrafo transitorio 4 del artículo 1.

⁴⁶ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100, Op. cit., artículo 37.

⁴⁷ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100, Op. cit., artículo 37, Parágrafo 3 del artículo 33, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

- **Solidaridad**

La solidaridad en materia de seguridad social se determina por el apoyo o ayuda a la que deben estar prestos los actores del sistema para respaldar a quien se encuentre en una posición de debilidad frente a la necesidad social que se esté protegiendo. En este sentido el Congreso⁴⁸ estima que el principio de solidaridad de la seguridad social, conmina a la sociedad colombiana a la ayuda entre todos los ciudadanos, en especial la solidaridad o ayuda, del más fuerte hacia el más débil. Por lo anterior, dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se encuentra un deber a cargo de los cotizantes a este régimen, los cuales destinan un porcentaje de su aporte al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, para ayudar aquellas personas que no alcanzan a tener el capital suficiente para pensionarse.

Así mismo, la Corte Constitucional⁴⁹ ha dicho que la consagración del principio de solidaridad es la base del Estado Social de Derecho colombiano, puesto que desde el mismo artículo 1 de la Constitución Política, se estima que la sociedad colombiana está llamada a la mutua colaboración y apoyo. Por lo tanto, con este principio se busca que los individuos que hacen parte del Estado colombiano, deban estar prestos a colaborar y participar en la vida social del Estado, debido a que el principio de solidaridad es un principio fundamental en la organización social del Estado Colombiano y su consagración como tal, implica que la población colombiana debe colaborar con todo su esfuerzo y actividad al beneficio de todos, por el solo hecho de hacer parte de este Estado. En este sentido, se encuentra la consagración que contiene el artículo 95 de la Carta Política al señalar que todas las personas en virtud del principio de solidaridad, deben responder con acciones humanitarias ante situaciones que lleguen a poner en peligro la vida o la salud de las personas.

- **Universalidad**

El principio de universalidad de la seguridad se encuentra consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política y en el literal b del artículo 2 de la Ley 100 de 1993, en las que se establece que en virtud de este principio de la seguridad social tiene como propósito garantizar la cobertura de las necesidades sociales a todos los habitantes del territorio nacional.

La Corte Constitucional ha expuesto en Sentencia que:

“la universalidad es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna distinción, en todas las etapas de la vida. Sobre el sistema y sus

⁴⁸ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100, Op. cit., literal c del artículo 2.

⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C – 1054 (26, octubre, 2004). Magistrado ponente Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA. Bogotá, 2004.

principios este Tribunal ha considerado que la Carta adoptó un concepto amplio de la seguridad social que incluye el mayor número de servicios, auxilios, asistencias y prestaciones en general. Este conjunto de derechos y su eficacia comprometen al Estado, la sociedad, la familia y la persona. También muestra la norma superior el derecho de los particulares a la realización de la seguridad social. Todo ello sin perjuicio de la dirección, coordinación, reglamentación y vigilancia que corresponde al Estado. No obstante, los particulares tienen el derecho y el deber concomitante de participar en la ampliación de la cobertura y en la ejecución de las prestaciones que les son propias⁵⁰.

Para lograr una extensión paulatina de la cobertura de la seguridad social a toda la población del territorio nacional, ésta debe tener un desarrollo igualitario, progresivo y programático con el fin de ofrecer plena cobertura por medio de cada uno de los subsistemas que conforman el Sistema de Seguridad Social en Colombia, puesto que no debe existir discriminación de ninguna clase para la afiliación a este sistema y la respectiva prestación del servicio a los habitantes.

- **Eficiencia**

El principio de eficiencia del sistema de seguridad social, según promulga el Congreso⁵¹, exige que los recursos del sistema sean utilizados de la mejor forma para lograr que las necesidades sociales sean cubiertas adecuadamente a sus beneficiarios. En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional: “La Corte ha recordado que el principio de eficiencia consiste en lograr el mejor uso económico y financiero de los recursos disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social⁵²”. Es decir, que de acuerdo con este principio los recursos que hacen parte de la seguridad social deben ser invertidos de la mejor manera para que así se pueda garantizar el reconocimiento y pago de los beneficios que brinda el Sistema Integral de Seguridad Social.

Así las cosas, es imperativo para las entidades administradoras del Sistema de Seguridad Social Integral, ya sean estas de origen público o privado, administrar los recursos del sistema de la forma más precisa, adecuada y eficaz, puesto que son ellas las responsables de garantizar la prestación de los servicios a los afiliados, lo cual se traduce en una adecuada inversión de los dineros que entran a este sistema.

⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C - 760 (10, agosto, 2004) Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Uprimny Yepes. Bogotá, 2004.

⁵¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100, Op. cit., literal a del artículo 2.

⁵² CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C – 543 (18, julio, 2007) Magistrado ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis. Bogotá, 2007.

- **Gradualidad**

El principio de gradualidad exige que la seguridad social deba ir paulatinamente cubriendo a toda la población colombiana, puesto que en la medida que se realice la cobertura en todo el territorio nacional, se va realizando a la par el principio de universalidad. Así mismo, este principio debe ser concordante con el principio de progresividad, porque si gradualmente toda la población colombiana va siendo parte del sistema, los derechos que se adquieren en él debe ir a su vez mejorando, en el entendido que no puede retrocederse en lo ya logrado por el Sistema de Seguridad Social, salvo cuando la medida contraria deba tomarse para salvaguardar el orden público nacional. En este sentido, la Corte Constitucional ha expuesto en Sentencia que

“La Seguridad Social constituye” “...un servicio público de carácter obligatorio, sometido a la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley, que correlativamente se estructura en la forma de un derecho absolutamente irrenunciable, cuya prestación corre a cargo del Estado, con la intervención de los particulares, y del cual son titulares todos los ciudadanos, permitiéndoles obtener el amparo necesario para cubrir los riesgos que pueden llegar a minar su capacidad económica y afectar su salud, con especial énfasis en aquellos sectores de la población más desprotegidos, en la intención de conservar una comunidad sana y productiva, gracias a la ampliación gradual de la cobertura que en forma progresiva debe producirse, según los parámetros que señale el legislador”⁵³.

Este principio, entonces, exige que las medidas que sean adoptadas en el Estado colombiano, para desarrollar y proteger los derechos que se encuentran inmersos en la Seguridad Social, deben garantizar, además de una cobertura universal, una gradualidad en la producción normativa para hacer efectiva la prestación de los servicios del sistema.

- **Integralidad**

El principio de integralidad, expresa la Corte Constitucional⁵⁴, que propende porque el cubrimiento de todas las necesidades sociales que presta el sistema de seguridad social, salud, pensión y riesgos profesionales se encuentre garantizado en su integridad a los afiliados del sistema de seguridad social. Y continúa

⁵³ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C – 542 (1, octubre, 1998) Magistrado ponente Dr. Hernando Herrera Vergara. Bogotá, 1998.

⁵⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia T - 744 (14, septiembre, 2010) Magistrado Ponente Dr. Huberto Antonio Sierra Porto. Bogotá, 2010.

diciendo la misma Corporación Constitucional⁵⁵, en razón de que el principio que debe orientar la prestación de servicios en el Sistema de Seguridad Social es la integralidad, que se relaciona, de un lado, con la posibilidad que tiene el afiliado de exigir la satisfacción de todos los derechos a los que puede acceder dentro del sistema, y de otra parte, desde la obligación que tienen las entidades que los administran, de garantizar todos los servicios que allí se ofrecen a sus afiliados. Esto quiere decir, que la protección debe ser integral en relación con todo aquello que se necesite para conjurar la situación particular del afiliado.

Por tanto, la integralidad en el Sistema de Seguridad Social colombiano sugiere, que así como se debe tender hacia una cobertura universal de la población del territorio nacional y se debe garantizar que quienes ya se encuentran afiliados al sistema, tengan la posibilidad de acceder a todos los servicios que se brindan dentro de éste, donde la prestación de estos servicios debe ser completa, segura y asertiva.

- **Irrenunciabilidad**

En el Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia el Congreso⁵⁶, establece que los derechos que adquieren los afiliados son irrenunciables, implicando que si en un momento determinado las entidades que administran los sub-sistemas de salud, pensiones y riesgos profesionales, no reconocen debidamente el cubrimiento de las necesidades sociales que se encuentran consagradas a favor del afiliado, éste último no puede renunciar a reclamar lo debido, y en caso de que se realice una convención en ese sentido, dice la Corte Constitucional⁵⁷ que dichas convenciones no producirán efectos jurídicos. Y así se pronuncia la Honorable Corporación Constitucional:

“... se inspira en el carácter esencialmente tuitivo de la normatividad laboral, orientada como ninguna otra, a proteger al trabajador de los eventuales abusos de que pueda ser objeto, para lo cual lo rodea de una serie de derechos y garantías que se consideran indispensables a fin de asegurarle un mínimo de bienestar individual y familiar que consulte la dignidad humana”. La Corporación estima que el mismo carácter tuitivo justifica la inclusión del derecho a la seguridad social dentro de los derechos que no pueden ser objeto de menoscabo al resolver la apelación, pues el afiliado o el beneficiario de los sistemas de seguridad social también merece protección especial y advierte que a favor de esta tesis procede aducir que, según las reformas

⁵⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia T - 744 (14, septiembre, 2010) Magistrado Ponente Dr. Huberto Antonio Sierra Porto. Bogotá, 2010.

⁵⁶ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100, Op. cit., artículo 1.

⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia T – 1000 (25, noviembre, 2002). Magistrado ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño. Bogotá, 2002.

últimamente efectuadas y en particular las introducidas por la Ley 1149 de 2007, el Código Procesal ya no lo es exclusivamente del trabajo, puesto que también lo es de la seguridad social”⁵⁸.

Adicionalmente a lo anterior, los artículos 48 y 49 de la Constitución Nacional, le imprimió a la seguridad social el carácter de derecho público irrenunciable y obligatorio, a cargo del Estado, lo que significa para el caso del Sistema General de Pensiones que el afiliado que pretenda adquirir la condición de pensionado no puede renunciar ni total ni parcialmente a que le sea otorgado su derecho. Así se ha pronunciado la Corte Constitucional con relación a la irrenunciabilidad de los derechos en el sistema pensional: “... si la entidad encargada del reconocimiento de una pensión no lo hace por lo que legalmente corresponde, el afectado no puede renunciar a reclamar lo debido. Sería atentar contra los derechos fundamentales que se considerará que no puede reclamar amparo el pensionado a quien se le ha efectuado una incorrecta liquidación de su mesada, en detrimento del debido proceso y del mínimo vital”⁵⁹.

- **Progresividad**

En cabeza del Estado se encuentra la obligación de generar políticas públicas bajo las cuales no se disminuyan los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozan los habitantes del territorio nacional. Esto se traduce, para la Corte Constitucional⁶⁰, en que no puede haber reformas a la normatividad, de carácter regresivas, a menos que se establezca una justificación constitucional para dicha reforma.

La Corte Constitucional⁶¹ señaló que el principio de progresividad establece la obligación para el Estado de expandir progresivamente la satisfacción de los derechos de segunda generación; a su vez, este principio envuelve la prohibición de regresividad de las medidas que se hayan adoptado en beneficio de los afiliados al sistema de seguridad social colombiano, puesto que si debe tomarse una medida legal regresiva, debe estar plena y cuidadosamente justificada en el interés general.

⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C – 070 (10, febrero, 2010) Magistrado ponente Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo Bogotá, 2010.

⁵⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia T-631 (8, agosto, 2002). Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá, 2002.

⁶⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C - 556 (20, agosto, 2009). Magistrado ponente Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá, 2009.

⁶¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C - 507 (21, mayo, 2008). Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño. Bogotá, 2008.

- **Unidad**

La Corte Constitucional⁶² instituye que el principio de unidad pretende una armonía entre las políticas y necesidades sociales que se protegen a través del sistema de seguridad social, para así lograr y realizar los fines que el Estado pretende alcanzar dentro del sistema. Adicionalmente, la seguridad social ordena a los medios de protección institucionales que amparen al afiliado frente a las necesidades sociales como la enfermedad, la invalidez, la muerte o la vejez, para que de esta manera le permitan gozar de una existencia digna.

A pesar de que este principio de unidad no aparece explícitamente consagrado en la Carta Política, la Corte Constitucional “ha entendido que la Constitución incorpora el principio de unidad de la seguridad social, en virtud del cual, la ley no sólo debe amparar a las personas frente a las principales contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de la población sino que, además, esa protección debe hacerse de manera que haya articulación y cohesión entre las políticas, las instituciones, los regímenes, los procedimientos y las prestaciones destinadas a alcanzar los fines de la seguridad social”⁶³. Por tanto, todo el Sistema de Seguridad Social Integral debe funcionar como un sistema de engranaje, donde cada actor cumpla su función, acorde con la unificación del sistema que se dio en 1993, para así lograr la dignificación de los habitantes del territorio nacional y obtener el cumplimiento de los fines propuestos por el Estado en materia de seguridad social.

- **Favorabilidad e in dubio pro operario**

Por disposición del Congreso⁶⁴, el sistema de seguridad social adopta los principios contenidos en la principalística del derecho laboral. Debido a la importancia que la sustanciación de los principios de favorabilidad e in dubio pro operario conllevan en su núcleo fundamental, es preciso adaptarlo para de esta forma establecer diferenciaciones derivadas de conflictos normativos e interpretacionales.

Para la Corte Constitucional estos dos principios son entendidos para la Seguridad Social como similares, puesto que “la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite

⁶² CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C - 760 (10, agosto, 2004) Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Uprimny Yepes. Bogotá, 2004.

⁶³ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C – 674 (28, junio, 2001). Magistrado ponente Dr. Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá, 2001.

⁶⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100, Op. cit., artículo 272.

varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador⁶⁵.

No obstante lo anterior, estos dos principios tienen un significado diferente, entendiendo que el **principio de favorabilidad** establece que si se encuentra más de una norma de la seguridad social que regule el mismo asunto y ellas están presentado conflicto, debe ser aplicada en su integridad la norma más favorable al afiliado, es decir, no se puede tomar parte de la norma para aplicar solamente lo más favorable al afiliado.

El **principio del in dubio pro operario**, adecuado al sistema de seguridad social, establece que cuando se encuentra una norma que permite varias interpretaciones, para el caso concreto que se está examinando, hay que aplicar la interpretación más favorable al afiliado.

- **Sostenibilidad financiera**

Para la Corte Constitucional⁶⁶ el principio de sostenibilidad financiera del sistema de seguridad fue incorporado por el Acto Legislativo 01 de 2005 al Sistema de Seguridad Social Integral, ordenándose en él, al órgano legislativo, que toda reforma legal que realice al régimen de pensiones, a partir de la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo, debe salvaguardar el equilibrio financiero del régimen.

El Acto Legislativo 1 de 2005 establece en su artículo 1 que “el Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas⁶⁷. De esto se desprende que, en razón de este principio no se pueden realizar pactos o convenciones a favor de los afiliados al sistema general de pensiones que les permita adquirir mejores condiciones económicas para su pensión.

⁶⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C – 177 (1, marzo, 2005). Magistrado ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 2005.

⁶⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C - 543 (18, julio, 2007). Magistrado ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis. Bogotá, 2007.

⁶⁷ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Acto Legislativo 01, (22, julio, 2005). Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política. Diario Oficial. Bogotá, 2005. Parágrafo transitorio 4 del artículo 1.

2. ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVIDAD DE PENSIÓN POR VEJEZ EN EL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

El Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad contenido en el Título III del Libro I de la Ley 100 de 1993, es un régimen integrado por un cuerpo normativo y de procedimientos por medio de los cuales se facilita la administración de los recursos privados y públicos que ingresan al régimen y que son destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a los afiliados. Adicionalmente, se determina que la base del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, está dada por “el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, la solidaridad a través de garantías de pensión mínima y aportes al Fondo de Solidaridad”⁶⁸.

Para la Corte Constitucional, este Régimen “...se basa en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, en un sistema de competencia entre las diferentes entidades administradoras, libremente escogidas por los afiliados; donde la cuantía de la pensión de vejez dependerá de los aportes de los afiliados y empleadores, sus rendimientos financieros y de los subsidios del Estado, cuando a ellos hay lugar”⁶⁹.

La administración del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, según establece el Congreso⁷⁰ se encuentra a cargo de los fondos privados autorizados por el Gobierno Nacional, quienes para la administración del régimen deben diseñar planes de capitalización y de pensiones, con el fin de ser presentados a la Superintendencia Financiera para su autorización y ejecución. Además, dice el mismo Congreso⁷¹ que los fondos privados de pensión deberán invertir los recursos del fondo de pensiones, de acuerdo a las especificaciones que el Gobierno Nacional ha expedido para este tema y contar con garantías que respalden todas las inversiones que ellos realicen, producto de la administración del Régimen de Ahorro Individual, puesto que debe garantizarse la seguridad, liquidez y rentabilidad mínima de estas inversiones. En conformidad con lo anterior, la Corte Constitucional ha dicho que:

“Igualmente, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en los artículos 48 Superior y 2 literal c) de la Ley 100 de 1993 y con el fin de hacer efectivo el derecho a la seguridad social de los colombianos afiliados al

⁶⁸ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100, Op. cit., artículo 59.

⁶⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C – 529 (23, junio, 2010). Magistrado ponente Dr. Mauricio González Cuervo. Bogotá, 2010.

⁷⁰ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100, Op. cit., artículo 95, 96.

⁷¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100, Op. cit., artículo 99 – 101, literales e), f) artículo 60.

Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, el artículo 99 ibidem exige a las administradoras y aseguradoras constituir y mantener garantías para responder por el manejo adecuado de las inversiones representativas de los recursos administrados en desarrollo de los planes de capitalización de pensiones. Al efecto, deberán contar con la garantía del Fondo de garantías de Instituciones Financieras-Fogafín-, con cargo a recursos propios, para asegurar el reembolso del saldo de las cuentas individuales de ahorro pensional, en caso de disolución o liquidación de la respectiva administradora.

De lo anterior se desprende que el Régimen de Ahorro Individual desarrolla cabalmente el principio de solidaridad, porque en este subsistema se da la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos y las comunidades, bajo la protección del más fuerte hacia el más débil, en la medida en que se puede obtener una pensión mínima que ampare al afiliado en su vejez o invalidez y a los beneficiarios de una pensión de sobrevivientes en caso de muerte, sino también el financiamiento para aquellos afiliados cuyos recursos son insuficientes⁷².

Como se puede observar el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se sustenta en una cuenta individual que debe conformarse con las cotizaciones obligatorias, las cotizaciones voluntarias, los rendimientos financieros y los bonos pensionales, cuando son del caso. Estos cuatro elementos, o mejor, saldos que componen la cuenta individual de cada uno de los afiliados cotizantes a este Régimen de Ahorro, están determinados así por Gerardo Arenas Monsalve⁷³: En primer lugar las cotizaciones obligatorias son las que se encuentran determinadas por la Ley, en un 16% del ingreso base de cotización, para los dos regímenes que componen el Sistema General de Pensiones. En segundo lugar las cotizaciones voluntarias son la esencia del Régimen de Ahorro, debido a que con ellas podrá obtener el afiliado un mayor valor de pensión, generándose así la responsabilidad, a cargo del afiliado que cotiza a este Régimen, de aportar el dinero suficiente que le permita, a la edad que lo desee, obtener una pensión que cumpla con sus expectativas. En tercer lugar, los rendimientos financieros de la cuenta individual son el producto de las utilidades que origina el fondo de pensiones, rendimientos que deben ser abonados a la cuenta individual del afiliado y son controlados para evitar su mala utilización por vías legales o por el mercado. Por último, los bonos pensionales regulados principalmente por el Decreto Ley 1299 de 1994, representan el valor que ha acumulado el afiliado hasta el momento en que decide trasladarse de régimen de pensiones; dicho bono es denominado por el Decreto como un bono tipo A que a través de un documento representa esos valores acumulados, y que entra a ser parte de la cuenta individual del afiliado, cuando éste decide trasladarse del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

⁷² CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C – 086 (13, febrero, 2002). Magistrada ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá, 2002.

⁷³ ARENAS MONSALVE, Op. cit., p. 331 - 334.

Ahora bien, el conjunto de las cuentas de ahorro individual que contienen los cuatro elementos ya descritos constituye un patrimonio autónomo que es propiedad de los afiliados y se denomina genéricamente fondo de pensiones y que según el literal d) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993 es independiente del patrimonio de las entidades privadas que los administran.

En cuanto a la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y a diferencia del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, quienes decidan afiliarse al primero podrán trasladarse libremente entre los fondos privados que lo administran, puesto que dentro del mismo pueden existir diferentes fondos de pensión.

En la actualidad, la determinación de las cotizaciones obligatorias deben efectuarse sobre el 16% del ingreso base de cotización, teniendo siempre en cuenta que la obligatoriedad de la cotización es igual para los dos regímenes del Sistema General de Pensiones; sin embargo, la destinación que se realiza del valor de las cotizaciones es diferente el del Régimen de Prima Media, puesto que en el de Ahorro Individual con Solidaridad, el destino de los dineros recaudados, producto de las cotizaciones obligatorias se distribuyen de la siguiente forma, de acuerdo con la regulación que ha hecho el Congreso⁷⁴: una parte de ella, el 11,5%, para capitalizar la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado, un 3% para el pago de primas de seguros con el objeto de atender las pensiones de invalidez y de sobreviviente, también destinada a financiar los gastos de administración y la prima de reaseguros de Fogafín; y el 1.5% restante del total del 16% de la cotización será destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Adicional a lo anterior y en cumplimiento del principio de solidaridad, el Congreso de la República dispuso en la Ley 797 de 2003, que los afiliados que tengan ingresos iguales o superiores a cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes deben contribuir con un mayor porcentaje de su ingreso base de cotización para garantizar la subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional:

“Los afiliados que tengan un ingreso mensual igual o superior a cuatro (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes, tendrán a su cargo un aporte adicional de un uno por ciento (1%) sobre el ingreso base de cotización, destinado al fondo de solidaridad pensional, de conformidad con lo previsto en la presente ley en los artículos 25 y siguientes de la Ley 100 de 1993.

⁷⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 797, (29, enero, 2003). Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes. Diario Oficial. Bogotá, 2003. Artículo 7.

Los afiliados con ingreso igual o superior a 16 salarios mínimos mensuales legales vigentes, tendrán un aporte adicional sobre su ingreso base de cotización, así: de 16 a 17 smlmv de un 0.2%, de 17 a 18 smlmv de un 0.4%, de 18 a 19 smlmv, de un 0.6%, de 19 a 20 smlmv, de un 0.8% y superiores a 20 smlmv de 1% destinado exclusivamente a la subcuenta de subsistencia, del Fondo de Solidaridad Pensional de que trata la presente ley.

La entidad a la cual esté cotizando el afiliado deberá recaudar y trasladar al fondo de solidaridad pensional los recursos correspondientes en los términos y condiciones que señale el Gobierno Nacional.”⁷⁵

Con el aporte antes descrito, depositado en la cuenta de ahorro individual de cada afiliado, se tendrá derecho al reconocimiento y pago de las pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes, o a la devolución de saldos, o a los subsidios del Estado –garantía de pensión mínima-, cuando a ellos hubiere lugar, debido a que el Estado, debe garantizar “los ahorros del afiliado y el pago de las pensiones a que éste tenga derecho, cuando las entidades administradoras o aseguradoras incumplan sus obligaciones”⁷⁶, como expresión y desarrollo del principio de solidaridad del Sistema Integral de Seguridad Social.

Las cuentas de ahorro individual a las que son dirigidas las cotizaciones, tanto las obligatorias y, voluntarias cuando sea del caso, como también los rendimientos financieros, y el bono pensional cuando haya lugar al mismo, constituyen el patrimonio autónomo denominado Fondo de Pensiones de propiedad de los afiliados, puesto que los fondos privados se encargan, por determinación de la Ley, únicamente de la administración de dicho patrimonio autónomo con el fin de garantizar las prestaciones y pensiones de los afiliados al sistema pensional. Sin embargo, vale aclarar que por disposición normativa del Congreso⁷⁷, se determina que cada afiliado sólo podrá tener una cuenta de ahorro individual a la que ingresa el valor de su cotización obligatoria y voluntaria si es del caso al igual que los rendimientos financieros de ésta y el bono pensional de ser aplicable.

Al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad podrá afiliarse cualquier persona, bien sea por encontrarse bajo una relación de trabajo dependiente o que se trate de una persona independiente, salvo, dice el Congreso⁷⁸, quienes a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tuvieren 55 años de edad si se es hombre y 50 años de edad si se es mujer.

⁷⁵ Ibíd. Artículo 7.

⁷⁶ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100, Op. cit., literales g), i) del artículo 60.

⁷⁷ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100, Op. cit., artículo 63.

⁷⁸ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100, Op. cit., artículo 61.

En todo caso, determina el Congreso⁷⁹ que los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, además de las cotizaciones obligatorias, podrán realizar cotizaciones voluntarias, ya sean estas periódicas u ocasionales, que les permitan incrementar los dineros de su cuenta individual. Así las cosas, las personas que se encuentren afiliadas a este Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrán derecho, entre otras, a obtener bien sea una pensión por vejez, por invalidez o de sobreviviente.

Adicionalmente y al tenor del artículo 4 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, se estipula que la obligación de cotizar al Sistema General de Pensiones cesa en el momento en que el afiliado reúna los requisitos para adquirir una pensión mínima de vejez, a no ser que éste quiera continuar la cotización voluntariamente con el objeto de mejorar su mesada pensional:

“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.

Lo anterior sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en los dos regímenes”⁸⁰.

Respecto de esta disposición normativa se ha pronunciado la Corte Constitucional, para el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, diciendo que “el requisito que le permite al afiliado acceder a la pensión mínima de vejez es haber acumulado, a la edad que escoja, en su cuenta de ahorro individual, un capital acumulado que le permita obtener una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente”⁸¹. Por tanto, es preciso afirmar, que para la Honorable Corporación Constitucional este artículo 4 de la Ley 797 de 2003 es perfectamente aplicable al Régimen de Ahorro Individual, porque el mismo hace parte de las disposiciones normativas que regulan el Sistema General de Pensiones en Colombia, bajo el supuesto que el afiliado tenga en su cuenta individual una suma de dinero que equivalga a un porcentaje del 110% del salario mínimo legal mensual vigente al momento que se cause la pensión.

⁷⁹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100 Op. cit., artículo 62.

⁸⁰ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 797, Op. cit., artículo 4.

⁸¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C – 529, Op. cit.

El artículo 64 de la Ley 100 de 1993 concuerda con el artículo 4 antes mencionado, con respecto a la cotización voluntaria después de haber cumplido los requisitos mínimos para pensionarse por vejez, puesto que dentro de este artículo se estipula que si el afiliado quiere continuar cotizando luego de cumplidos los requisitos para acceder a la pensión, lo podrá hacer, aclarando que si se trata de un afiliado que se encuentra bajo un contrato de trabajo, se genera con esa decisión del afiliado, una obligación para su empleador de continuar realizando las cotizaciones que se encuentran a su cargo, hasta tanto el trabajador cumpla la edad de 60 años si es mujer y 62 años de edad si es hombre.

Ahora, para la Corte Constitucional, en lo referente a la interpretación de los artículos 64 de la Ley 100 de 1993 y del artículo 4 de la Ley 797 de 2003, ha expuesto que:

“-En principio, al afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad se le extingue la obligación de cotizar al sistema cuando, a cualquier edad, el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual le permite obtener una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente.

-Si el afiliado, a pesar de tener ese capital acumulado, opta por continuar cotizando, el empleador sigue obligado a efectuar las cotizaciones a su cargo. En este caso, la cotización correspondiente al afiliado tiene un origen voluntario, pero en caso de darse, genera una obligación para el empleador.

-Esa obligación del empleador sólo se extingue cuando termine la relación laboral, legal o reglamentaria. Al empleador se le extinguirá la obligación nacida de la opción de seguir cotizando que tomó el afiliado, si éste llega a la edad de 60 años, en el caso de las mujeres, o de 62 años, en el caso de los hombres.

Se concluye entonces que en el régimen de ahorro individual con solidaridad, la concurrencia de los requisitos para pensionarse también extingue la obligación de cotizar, pero si el afiliado opta por seguir cotizando, nace una nueva obligación para el empleador, que sólo cesa por la terminación del vínculo laboral, legal o reglamentario, o por la llegada de la edad prevista en el citado artículo 64 de la Ley 100 de 1993. Sólo en este supuesto, -el de que el afiliado haya optado por seguir cotizando-, adquiere relevancia la existencia de un vínculo laboral, legal o reglamentario. Sólo en esta específica hipótesis, puede afirmarse que la continuación de dicho vínculo determina la obligación de cotizar al sistema, por parte del empleador (el afiliado lo seguirá haciendo pero por decisión propia)⁸².

⁸² Ibid.

De otro lado, respecto del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad hay que tener presente que en caso de que el fondo privado en el que el afiliado cotice, incumpla las obligaciones que se encuentran a su cargo, establece la ley, que en cabeza del Estado está la obligación de garantizar el pago de los ahorros del afiliado y el pago de las pensiones a que éste tenga derecho, así: “cuando las entidades administradoras o aseguradoras incumplan sus obligaciones, en los términos de la presente ley, revirtiendo contra el patrimonio de las entidades administradoras y aplicando las sanciones pertinentes por incumplimiento, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional”⁸³. En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional al decir que “El artículo 60 de la Ley 100 de 1993 al señalar las características fundamentales del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad desarrolla el principio de solidaridad en la medida en que dispone que el Estado debe aportar los recursos que sean necesarios para garantizar el pago de pensiones mínimas, cuando la capitalización de los aportes de los afiliados y sus rendimientos financieros fueren insuficientes”⁸⁴.

Dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el afiliado tendrá derecho al pago de una pensión por vejez, por invalidez o por sobreviviente, luego de verificarse el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley 100 para obtener estas pensiones; una vez establecida la legalidad del asunto, el afiliado adquiere el status de pensionado bien sea por vejez o por invalidez o por sobreviviente.

Para el caso del Régimen de Ahorro Individual la necesidad social que se pretende proteger en el caso de la pensión por vejez, es la de la finalización de la vida laboral del afiliado, causándose la pensión cuando éste reúne en una cuenta individual el capital necesario para financiar la pensión de vejez.

Por lo tanto, en este régimen, la pensión por vejez no está sometida en principio a ningún requisito de edad ni cotización, como lo señala el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, debido a que este régimen está diseñado para que el propio afiliado planee su pensión, de forma que reúna en su cuenta el capital necesario para financiar la pensión con la que planea vivir la etapa de jubilado. Entonces, el afiliado tendrá derecho a una pensión de vejez a la edad que escoja y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual le permita obtener una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993, reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice General de Precios al Consumidor.

⁸³ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100, Op. cit., literales g) del artículo 60.

⁸⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C – 086, Op. cit.

Con el cumplimiento del requisito mínimo de la acumulación del 110% del salario mínimo legal mensual vigente al momento de causarse la pensión, el afiliado puede acceder a una pensión mínima, que en términos de Arenas Monsalve⁸⁵ está sometida a una condición jurídica con las siguientes características: en primer lugar, es una condición que puede cumplirse o no cumplirse, es decir, que se cause el derecho pensional y esta causación al derecho pensional depende intrínsecamente de unos factores financieros; segundo, es una condición que hace que el derecho a la pensión de vejez sea determinable a través del capital acumulado en la cuenta individual del afiliado; tercero, el cumplimiento de la condición no depende de la voluntad del fondo privado que administre la pensión, debido a que se trata de una cuenta individual donde el afiliado tiene la obligación de realizar un aporte para construir su propia pensión; cuarto, el valor que se puede obtener como pensión mínima de vejez en este Régimen, depende más del afiliado que de los preceptos legales, porque la ley cumple su finalidad al estipular cuándo una persona puede obtener una pensión mínima, puesto que si el afiliado tiene interés en un valor superior, está en sus manos la posibilidad de tenerla, haciendo aportes voluntarios a su cuenta individual; se constituye como última característica, para cumplir la condición jurídica de cumplimiento del requisito mínimo para pensionarse por vejez en el Régimen de Ahorro Individual, una certificación, expedida por parte del fondo administrador de la cuenta individual, en la que se acredite que el valor del recaudo es superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente al momento de recibirse la pensión, es decir, que este valor debe ser una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993 y que se reajustará anualmente con base en el Índice General de Precios al Consumidor -IPC-.

Si se cumple con el requisito que se establece en este Régimen, para causarse el derecho pensional, el afiliado podrá continuar cotizando, bajo los presupuestos del inciso segundo del artículo 64 según lo expresa el Congreso⁸⁶, en el entendido que dicha cotización será voluntaria para el afiliado, generándose de este modo en el caso de los trabajadores dependientes una obligación para su empleador, de continuar con el porcentaje que a éste le corresponde de la cotización mientras dure la relación laboral o hasta que el trabajador cumpla la edad de 60 años si es mujer y si es hombre la edad de 62 años, debido a que el régimen permite que el afiliado efectúe ahorros voluntarios adicionales a los obligatorios con el fin de mejorar el valor del monto de su pensión.

Ahora, cuando no se accede a la pensión de vejez en este Régimen de Ahorro Individual, porque no se cuenta con el capital suficiente para hacerlo, se podrá

⁸⁵ ARENAS MONSALVE, Op. cit., p. 330 - 331.

⁸⁶ Inciso segundo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-410-94 del 15 de septiembre de 1994, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz.

acceder a una garantía de pensión mínima, regulada en los artículos 65, 83 y 84 de la Ley 100 de 1993, donde se dispone que esta garantía de pensión se encuentra en el Fondo de Garantía a la Pensión Mínima, que se encarga de ajustar el dinero de la pensión, cuando el afiliado no cuenta con el 110% del salario mínimo legal mensual vigente para obtener su pensión, bajo el supuesto que el afiliado haya cumplido como requisito el haber cotizado 1.150 semanas, cuando se llegue a la edad de 57 años en el caso de las mujeres y 62 años de edad para el caso de los hombres. Además, se determina que dicha garantía de pensión mínima se pagará a quienes reúnan el requisito anterior, cuando “la anualidad resultante del cálculo de retiro programado sea inferior a doce veces la pensión mínima vigente, o cuando la renta vitalicia a contratar con el capital disponible, sea inferior a la pensión mínima vigente”⁸⁷.

No obstante lo anterior, el Congreso de la República⁸⁸ establece que no se obtiene el derecho a la garantía estatal de pensión mínima cuando el resultado de la suma de las pensiones, rentas y remuneraciones que recibe el afiliado, sea superior a lo que le correspondería como pensión mínima.

Claro que si no se reúne el capital pensional correspondiente al 110% y si tampoco se puede acceder a la garantía estatal de pensión mínima y se tienen 57 años de edad si es mujer ó 62 años de edad en el caso de ser hombre, podrá aplicarse la figura de la devolución de saldos consagrada por el Congreso⁸⁹, en el entendido que se hará una devolución de la totalidad de las sumas abonadas a la cuenta, correspondientes a cotizaciones obligatorias, voluntarias, rendimientos, y bono pensional cuando sea del caso. En otras palabras, cuando el capital de la cuenta pensional no permite financiar la pensión mínima y no se cumplen las condiciones para garantía de pensión mínima, el afiliado tiene derecho a recibir la devolución del capital acumulado en su cuenta.

Ahora, si el afiliado no está dispuesto a recibir la devolución del saldo de su cuenta individual podrá, como se dice en la parte final del artículo 66 de la Ley 100 de 1993, continuar cotizando hasta cumplir con el requisito exigido en el artículo 64 de la Ley, para obtener la pensión por vejez.

De esta manera y una vez acumulado el 110% del capital que le permita al cotizante una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993 y que se reajustará anualmente con base en el IPC, según la edad en la que haya escogido pensionarse y después de que éste adquiera el status de pensionado, deberá

⁸⁷ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100, Op. cit., artículo 83.

⁸⁸ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100, Op. cit., artículo 84.

⁸⁹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100, Op. cit., artículo 66.

escoger entre las tres modalidades de pensión que ofrece el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, bajo la cual podrá convertir el capital que se encuentra abonado en su cuenta individual, en una pensión periódica.

En la actualidad se encuentran tres modalidades de retiro pensional, con la posibilidad que sean autorizadas otras modalidades por parte de la Superintendencia Financiera; las tres existentes se encuentran reguladas y denominadas en el capítulo V del Título III del Libro I de la Ley 100 de 1993, como: renta vitalicia inmediata, retiro programado, y retiro programado con renta vitalicia diferida.

- Renta Vitalicia Inmediata

La renta vitalicia inmediata, establece el Congreso de la República⁹⁰ que es la modalidad de pensión a través de la cual el afiliado o beneficiario contrata directa e irrevocablemente con la aseguradora un contrato de renta vitalicia, donde dicha entidad aseguradora se obliga a pagar a título oneroso al pensionado una renta o pensión periódica durante la vida de este último y al pago de pensiones de sobrevivientes en favor de sus beneficiarios por el tiempo durante el cual tengan derecho, cuando sea del caso, es decir, cuando el pensionado que fallezca tenga beneficiarios con derecho a disfrutar la pensión de sobrevivientes, porque si no tiene beneficiarios, aunque tenga herederos, dice Arenas Monsalve⁹¹ que bajo esta modalidad de pensión, no puede transmitirse a los herederos el capital pensional, debido a que el mismo fue transferido a la entidad aseguradora a través del contrato de renta vitalicia, es decir, que ese capital, en este caso, pasa a integrar el patrimonio de la entidad aseguradora.

Por lo tanto, para el efecto, el capital pensional es entregado a la entidad aseguradora, quien asume la obligación del pago de la pensión en los términos en que se convino con el pensionado. Dicha convención, sobre el valor del monto de la pensión de vejez es libre, siempre y cuando la misma sea superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993 y que se reajustará anualmente con base en el IPC, como lo dispone el artículo 35 de la Ley 100 de 1993.

- Retiro Programado

De otro lado, se encuentra la modalidad de retiro programado, definida por el Congreso⁹², como la modalidad donde el afiliado obtiene la pensión por vejez de

⁹⁰ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100, Op. cit., artículo 80.

⁹¹ ARENAS MONSALVE, Op. cit., p. 339.

⁹² CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100, Op. cit., artículo 81.

parte de la entidad administradora, efectuando retiros controlados a su cuenta pensional, para lo cual se calcula año por año una anualidad en unidades de valor constante a partir del saldo que se encuentra en la cuenta individual del pensionado al concluir cada período, con la condición de que este saldo permita una pensión mínima, es decir, que mensualmente se pueda obtener un valor superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993 y que se reajustará anualmente con base en el IPC. Ahora, si el valor mensual de la pensión se reduce a menos de un salario mínimo legal mensual vigente, el pensionado deberá cambiar a la modalidad de pensión de renta vitalicia.

En esta modalidad de retiro programado, se establece que si al morir el pensionado, no se tiene ningún beneficiario que puedan acceder a la pensión de sobreviviente, los valores que se encuentran en la cuenta individual del pensionado pasan a integrar la masa sucesoral del pensionado cuando hayan herederos, si no los hay, dichos valores se deberán destinar al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima.

- Retiro Programado con Renta Vitalicia Diferida

Finalmente, si el pensionado elige la modalidad de retiro programado con renta vitalicia diferida, deberá analizar su capital pensional y dividir este monto en dos partes, a voluntad del afiliado, y como lo estipula el Congreso⁹³ una de ellas con el fin de tomar un retiro programado y la otra parte para tomar una renta vitalicia, con el objeto de recibir pagos mensuales a partir de una fecha determinada, reteniendo en su cuenta individual de ahorro pensional, los fondos suficientes para obtener de la administradora un retiro programado, durante el período que medie entre la fecha en que ejerce la opción por esta modalidad y la fecha en que la renta vitalicia diferida comience a ser pagada por la aseguradora. Así mismo, como en las otras modalidades, el valor de la renta vitalicia diferida contratada tampoco podrá ser inferior dicha pensión mensual a un valor superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993 y que se reajustará anualmente con base en el IPC. Además, que en caso de muerte del pensionado, se seguirán las reglas que cada una de las modalidades tiene, dependiendo de la modalidad en la que se encuentre el pensionado al momento de su fallecimiento.

⁹³ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100, Op. cit., artículo 82.

3. ANÁLISIS Y EXPLORACIÓN DE DE LA APLICABILIDAD DE LA LEY 797 DE 2003, ARTÍCULO 9, PARÁGRAFO 3 AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

El problema fundamental que se plantea, radica en la aplicabilidad de la norma que establece la posibilidad de dar por terminado el contrato de trabajo de un empleado afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que quedó consagrada en la Ley como propia del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en lo referente al cumplimiento de los requisitos para la obtención de la pensión de vejez, según lo dispuesto en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 que modificó el parágrafo 3 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 que a la letra dice:

“Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.

Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel.

Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones”⁹⁴.

En primer lugar, a partir de la Ley 100 de 1993, este parágrafo 3 del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, es el resultado de una modificación inicial de la Ley que explícitamente decía: “Parágrafo 3.- No obstante el requisito establecido en el numeral dos (2) de este artículo, cuando el trabajador lo estime conveniente, podrá seguir trabajando y cotizando durante 5 años más, ya sea para aumentar el monto de la pensión o para completar los requisitos si fuere el caso”⁹⁵.

Posteriormente, este mismo parágrafo fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional cuando se pronuncia diciendo que se “considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o

⁹⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 797, Op. cit., parágrafo 3 del artículo 9.

⁹⁵ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100, parágrafo 3 artículo 33 –sin modificación–.

reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones, **siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente**⁹⁶. (Negrilla fuera de texto)

Con su pronunciamiento, la Corte Constitucional tuvo como objetivo garantizar que el trabajador no quedara cesante por ningún motivo sin antes obtener la seguridad del pago de su mesada pensional, por tanto, lo anterior se debería entender como aplicable a todos los trabajadores y servidores públicos que se encuentran afiliados al sistema general de pensiones.

Además, con respecto al párrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, dice la Corte Constitucional⁹⁷ que la consagración de la justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo está dispuesto para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones, refiriéndose sólo al ámbito de las relaciones estrictamente laborales, es decir, que los trabajadores independientes quedan por fuera. Adicionalmente, para la Corte, la disposición normativa en mención es ajustada a la Constitución de 1991 porque “al legislador le asiste amplia libertad de configuración en materia de definición de las causales de terminación de los contratos laborales y esta causal en particular cumple con los requisitos para tener derecho a la pensión, porque busca satisfacer fines constitucionalmente legítimos”⁹⁸.

Así para este caso concreto fue como se pronunció la Corporación en Sentencia C – 1037 de 2003, en lo referente a la constitucionalidad del párrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 en la que hizo referencia también a la libertad de configuración en lo concerniente a la consagración de justas causas de terminación de los contratos de trabajo, que exclusivamente le competen al Congreso de la República:

“Cuando un trabajador particular o un servidor público han laborado durante el tiempo necesario para acceder a la pensión, es objetivo y razonable que se prevea la terminación de su relación laboral. Por un lado, esa persona no quedará desamparada, pues tendrá derecho a disfrutar de la pensión, como contraprestación de los ahorros efectuados durante su vida laboral y como medio para gozar del descanso, en condiciones dignas, cuando la

⁹⁶ Párrafo 3o. declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1037-03 de 5 de noviembre de 2003, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería.

⁹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C – 529, Op. cit.

⁹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C – 529, Op. cit.

disminución de su producción laboral es evidente. Por otro lado, crea la posibilidad de que el cargo que ocupaba sea copado por otra persona, haciendo efectiva el acceso en igualdad de condiciones de otras personas a esos cargos, pues no puede perderse de vista que los cargos públicos no son patrimonio de las personas que lo ocupan”⁹⁹

De esta manera, concluye la Honorable Corte Constitucional, que en el caso del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, la consagración de la justa causa de despido del trabajador que ha cumplido con los requisitos para pensionarse por vejez está ajustada a la Carta Magna, porque del “cumplimiento de esos requisitos ubica al afiliado en una nueva situación jurídica, en la que (i) a sus empleadores se les permite dar por terminado con justa causa el vínculo, precisamente porque se presume que el afiliado no queda desprotegido, ya que recibirá la pensión a la que tiene derecho, y (ii) al afiliado se le exime de la obligación de cotizar, precisamente por reunir ya los requisitos”¹⁰⁰.

3.1 EL PARÁGRAFO 3 DEL ARTÍCULO 9 DE LA LEY 797 DE 2003 APLICADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

En este punto se realiza un análisis al párrafo 3 artículo 9 de la Ley 797 de 2003 que modificó el párrafo 3 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que la Ley omite en el título correspondiente al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, teniendo siempre en cuenta que es muy diferente hablar de la afectación real a las personas afiliadas a uno de los dos tipos de regímenes establecidos por la Ley para el Sistema General de Pensiones y por ello se parte de la descripción de la situación de la pensión en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, fundamentado en los principios de solidaridad y del in dubio pro operario, propios de la Seguridad Social y por otro lado, del principio de la estabilidad en el empleo, propio del Derecho Laboral.

Para establecer la aplicabilidad de la disposición normativa contenida en el párrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 y el cómo puede operar en el caso de presentarse un despido del trabajador afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad esgrimiendo la justa causa de haber acumulado un valor superior al 110% del s.m.l.m.v. a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993 y habiendo sido reajustado cada año con base en el IPC, sabiendo que necesariamente se tiene en cuenta una norma establecida solamente en el título correspondiente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en el que no se precisa claramente que cuando el afiliado cumple con el requisito para

⁹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C - 1037 (5, noviembre, 2003). Magistrado ponente Jaime Araújo Rentería. Bogotá, 2003.

¹⁰⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C – 529, Op. cit.

pensionarse por vejez del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se podrá prescindir del trabajador, esgrimiendo entre otros, como beneficio conexo, la generación de nuevos empleos y/o el relevo generacional. Por ello, esta monografía trata de esclarecer el camino que pueda generar una luz para la aplicabilidad del parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 que modificó el parágrafo 3 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

3.2 SITUACIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

Respecto a las modalidades para gozar de la pensión de vejez son bien diferentes las estructuras, normatividad y requisitos a tener en cuenta según los dos regímenes que operan en el Sistema General de Pensiones. De hecho los requisitos para obtener el status de pensionado, la distribución de la cotización, la modalidad aplicada para acceder a la pensión de vejez, entre otros, son totalmente diferentes, además la Ley 100 de 1993 contempla cada régimen individualmente tanto en sus títulos como en sus articulados, estructural y genéricamente así:

Libro I. Sistema General de Pensiones

Título I. Disposiciones generales

Título II. Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida

Título III. Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad

Dentro del título III correspondiente al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se aprecia que el único requisito para acceder a la pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad consiste en haber acumulado por parte del afiliado, en su cuenta individual de ahorro, por lo menos una suma superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993 y que se reajustará anualmente con base en el Índice General de Precios al Consumidor -IPC-, a partir del cual podrá entrar a gozar de su pensión, voluntariamente. Ahora bien, esto no exime al empleador de la obligatoriedad de continuar cotizando a nombre del trabajador, mientras persista la relación de trabajo, cuando el afiliado continúe voluntariamente cotizando al Sistema General con el fin de mejorar el monto de su mesada pensional.

La Ley no ha omitido totalmente el relacionar como justa causa para dar por terminada la relación laboral, dependiente y subordinada, de los trabajadores, en el caso de que hayan cumplido el único requisito para obtener la pensión de vejez cuando están afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, porque de hecho la norma lo expresó, pero lo hizo en el Título II, artículo 33, parágrafo 3 de la Ley 100 de 1993 en el título correspondiente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y que fue modificado por el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, en la que se determina que este mismo parágrafo será aplicable a

todos los afiliados al Sistema General de Pensiones, es decir, además de abarcar a los afiliados al Sistema de Seguridad Social Pensional del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, también se aplica a los afiliados al mismo sistema, dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Ahora bien, el artículo 33 de la Ley 100, en su parágrafo 3 fue modificado por el artículo 9, parágrafo 3 de la Ley 797 de 2003 y en su inciso final prescribe que el artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones, por lo tanto, hay que entenderlo como aplicable a los dos regímenes pensionales.

Lo anterior quiere decir, que en este sentido, todo empleador puede acudir a esta justa causa de despido de un trabajador que se encuentre afiliado al Sistema General de Pensiones, siempre y cuando se cumplan los requisitos legales y se lleve a cabo el siguiente procedimiento: Primero, el empleador debe realizar la solicitud de pensión ante la entidad administradora de la pensión, luego de pasados 30 días de que el trabajador haya cumplido los requisitos para adquirir la pensión de vejez y no hubiere realizado la solicitud y, segundo, el empleador debe esperar a que el trabajador haya sido incluido en la lista de la nómina de pago de la pensión, por parte de la entidad administradora de pensiones a la cual se encuentra afiliado en el Sistema General de Pensiones.

No obstante, podría pensarse a primera vista que no resulta viable esta posibilidad frente a los trabajadores que se encuentran afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, porque en este régimen, la pensión por vejez no está sometida a ningún requisito de edad ni cotización, como lo señala el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, debido a que el mismo está diseñado para que el propio afiliado planee su pensión, de forma que reúna en su cuenta el capital necesario para financiarla con proyección al resto de su vida. Entonces, el afiliado tendrá derecho a su pensión de vejez a la edad que escoja y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual le permita obtener una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993 y que se reajustará anualmente con base en el Índice General de Precios al Consumidor -IPC-. Adicionalmente, para que al afiliado se le reconozca el status de pensionado, éste es quien debe dirigirse ante el fondo que administra su cuenta de ahorro individual para solicitar la pensión por vejez, puesto que él y únicamente él es quien se entera permanentemente del monto acumulado en la cuenta de ahorros creada para este fin, y además, debe elegir en ese mismo momento la modalidad a través de la cual quiere disfrutar su pensión, escogiendo entre retiro programado, renta vitalicia inmediata o retiro programado con renta vitalicia diferida.

El derecho de escogencia de la modalidad a través de la cual el afiliado se va a pensionar, el planteamiento de las modalidades y la descripción de las mismas se encuentran consagrados en los artículos 79 a 82 de la Ley 100 de 1993, los cuales

se encuentran prescritos a favor del afiliado con el objeto de salvaguardar su derecho pensional. El artículo 79, por ejemplo establece el enunciado de las modalidades y el derecho de escogencia por parte del afiliado, como se aprecia a continuación:

“Las pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes, podrán adoptar una de las siguientes modalidades, **a elección del afiliado** o de los beneficiarios, según el caso:

- a) Renta vitalicia inmediata;
- b) Retiro programado;
- c) Retiro programado con renta vitalicia diferida; o
- d) Las demás que autorice la Superintendencia Bancaria”¹⁰¹. (Negrilla fuera de texto)

En la consagración expresa del derecho de libre escogencia de modalidad de pensión a favor del afiliado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se salvaguarda y se materializa el derecho pensional, que en términos de la Corte Constitucional¹⁰², es un derecho que adquiere **carácter fundamental** debido a que el mismo no puede separarse o estar desligado de la protección que recibe el derecho al trabajo, puesto que este derecho al trabajo está garantizado expresamente de manera especial en la Constitución, por considerar que es un principio fundante del Estado Social de Derecho, y por tal motivo el derecho pensional cuando nace y se consolida en una relación de trabajo dependiente, lleva implícita la protección al derecho pensional y por ende hace parte de los derechos fundamentales por conexidad con el derecho al trabajo.

Así entonces, como se está en presencia del derecho pensional del afiliado que se encuentra bajo una relación de trabajo dependiente, de donde se deriva que el derecho pensional no se puede separar en ningún momento del derecho al trabajo, se llega de esta forma a la conclusión de que la protección se da porque el derecho pensional se encuentra en conexidad con el derecho fundamental al trabajo, y a pesar de que la Seguridad Social se ha establecido en forma genérica en el artículo 48 de la Constitución como un derecho de segunda generación, éste, en lo que respecta a la pensión, adquiere el carácter de **fundamental** en el caso de que por circunstancias de hecho se potencialice y pueda poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como el derecho al trabajo y al mínimo vital y móvil.

¹⁰¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100, Op. cit., artículo 79.

¹⁰² CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia T - 526 (18, septiembre, 1992). Magistrado ponente Dr. Ciro Angarita Baron. Bogotá, 1992.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado¹⁰³ al expresar que el derecho pensional es el resultado de las cotizaciones efectuadas por el afiliado durante el tiempo en que se mantiene bajo una relación de trabajo dependiente, o por lo menos, mientras se encuentre en edad laboral activa, por tanto es importante advertir que el derecho a la pensión no es un concepto meramente civilista, porque cuando opera como amparo a las necesidades sociales derivadas de la invalidez, la vejez y la muerte debe tomarse como un derecho privilegiado dentro del artículo 48 de la Constitución.

Para el mismo Consejo de Estado¹⁰⁴ esa posición privilegiada del derecho pensional dentro de la Constitución Política, está dada porque el derecho a la pensión está dotado de una identidad propia por tres razones: Primero, por la forma como se conforma el derecho pensional, esto es, la forma como se realiza la cotización al Sistema General de Pensiones. Segundo, porque por expresa disposición constitucional se define que en cabeza del Estado se encuentra la obligación de garantizar el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones que son reconocidas bajo el rigor de la ley, de acuerdo con los artículos 48 y 53 de la Constitución. Por último, porque la Constitución reconoce que el derecho pensional hace parte de los fines esenciales que el Estado debe desarrollar, lo que se traduce en que el derecho pensional constituya una de las bases del Estado Social de Derecho.

Por tanto, para el Consejo de Estado el derecho pensional se puede estructurar a partir de las siguientes características que presenta:

- “Es un derecho que se identifica con las finalidades sociales del Estado y por tanto expresa con entera nitidez la justificación de la conformación de la comunidad política sobre la que se elabora la razón de ser del Estado.
- Posee tratamiento específico y privilegiado conforme al Orden Constitucional tanto en su condición de elemento integrador de la seguridad social, como en la financiación de los recursos propios de la sociedad destinados a conformar la Caja Pública en un nivel de igualdad con los recursos reservados para la defensa de la soberanía nacional, es decir, que los recursos para el pago de pensiones comparten importancia estratégica y política con los destinados para la defensa nacional, de ahí las restricciones aplicadas al Gobierno en la administración de los fondos destinados para su financiamiento.

¹⁰³ CONSEJO DE ESTADO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia 2533-07 (4, agosto, 2010). Consejero ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Bogotá, 2010.

¹⁰⁴ *Ibíd.*

- Técnicamente, los derechos pensionales poseen un campo de aplicación universal y su estructuración compromete la actividad productiva de su titular y la contribución proporcional de los empleadores, prorrogada o extendida en un tiempo determinado; además, el goce del mismo se condiciona a supuestos futuros que el Legislador puede definir en función de la edad y de la habilidad laboral.
- La regulación de los derechos pensionales ocurre dentro de límites de contenido que ha de observar el Legislador en el ámbito material y temporal, atendiendo todos los supuestos jurídicos que por el proceso de conformación del derecho, consolidan situaciones subjetivas jurídicamente relevantes e inmodificables.
- En cuanto a su causa, hay que reconocer que si bien el derecho pensional tiene condición de derivado -en función de la actividad laboral-, es manifiesta su autonomía una vez surge, dado que al compartir identidad con el derecho al trabajo, luego de consolidado produce situaciones jurídicas oponibles al empleador y como se ha indicado anteriormente, limitantes de la actividad Legislativa.
- Por supuesto, la estructura de los derechos pensionales, por hacer parte de la seguridad social y de los derechos laborales de las personas son imprescriptibles e irrenunciables.
- Se trata además de un derecho dinámico, pues su consolidación o establecimiento, no agota las posibilidades de modificación dentro del marco del principio de progresividad del derecho laboral, conforme lo reconoció el constituyente al establecer como garantía del Estado la atención al reajuste periódico de las pensiones legales -inc. 2° del artículo 53 de la Carta Política-, e igual de acuerdo con lo previsto por el artículo 150 de la Ley 100 de 1993, que establece la posibilidad de reliquidar el ingreso base para calcular la pensión conforme a los salarios devengados con posterioridad a la fecha de la Resolución que la reconoce¹⁰⁵.

De lo anterior, se deduce, entonces, que la seguridad social es un derecho subjetivo irrenunciable y que hace parte de los derechos económicos, sociales y culturales, es decir, que están previstos como derechos de segunda generación y no son de aplicación inmediata, por lo cual requieren de una reglamentación que los normatice. En consecuencia, la protección a la seguridad social se garantiza a través de la tutela, no porque ésta esté revestida de carácter fundamental, sino porque al encontrarse en conexidad con uno o varios derechos que sí lo están, amerita que la protección deba ser inmediata.

¹⁰⁵ *Ibíd.*

3.3 PRINCIPIO DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

Con el principio de estabilidad laboral en el sistema jurídico colombiano, que está consagrado constitucionalmente en el artículo 53, se observa que éste contribuye a configurar las bases del Derecho Laboral Colombiano, que debe ser desarrollado y reglamentado por el Congreso de la República a través de la producción legislativa de la Corporación:

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; **estabilidad en el empleo** -(negrilla fuera de texto)-; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”¹⁰⁶.

A pesar de la responsabilidad que tiene el Congreso de la República, éste no ha expedido el nuevo estatuto laboral para los colombianos, por lo tanto no se encuentra, en estricto sentido, dentro del marco de la Ley, una norma que desarrolle este principio fundamental del Derecho Laboral. No obstante lo anterior, ello no significa que el mismo no haga parte del ordenamiento jurídico, específicamente del Derecho Laboral, debido a que queda claro que desde la promulgación de la Constitución de 1991 este principio es integrante del Derecho Laboral colombiano y por tal motivo debe acudir a la doctrina y a la jurisprudencia para encontrar un desarrollo sobre el mismo.

¹⁰⁶ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE 1991 DE COLOMBIA Op. cit., artículo 53.

Para Jorge Rodríguez Mancini¹⁰⁷, el principio de estabilidad o continuación de la relación laboral, como él lo denomina, no es tanto un principio sino una regla de aplicación del principio protector, porque como protector es el principio general fundamental del Derecho Laboral y sustento de las relaciones de trabajo, puesto que su objeto es la dignificación de la persona a través de la aplicación de tres reglas denominadas: in dubio pro operario, norma más favorable y continuación de la relación laboral. Así entonces, para Rodríguez¹⁰⁸, el principio, o mejor, la regla de la continuación de la relación laboral prescribe que éste se encuentra consagrado a favor del trabajador.

Adicional a lo anterior, el mismo Rodríguez Mancini¹⁰⁹ define con propiedad la noción de estabilidad en el empleo, diciendo que a través de ella se le da al trabajador la garantía de mantener indefinidamente en el tiempo la relación de trabajo en la que se encuentra, siempre que sea jurídicamente posible, puesto que si en algún momento el empleador decide terminar la relación de trabajo sin un fundamento legal, el ordenamiento jurídico deberá tener consagrado un sistema de indemnizaciones que contemple las situaciones de despido sin justa causa. Además, Rodríguez¹¹⁰, agrega que la estabilidad en el empleo es de dos clases: La primera es la estabilidad propia, que se da cuando no se puede terminar una relación laboral sin una causa que lo sustente, proporcionando potestad al trabajador para impugnar el acto a través del cual se generó la terminación del contrato de trabajo, cuestión que deberá hacerse ante instancias judiciales; también manifiesta que esta estabilidad propia es absoluta, es decir, cuando además de impugnarse el acto que da origen a la terminación del contrato de trabajo, se ordena la reincorporación del trabajador a su lugar de trabajo; y es relativa la estabilidad propia, cuando a pesar de que el despido no se encuentre sustentado en una justa causa consagrada por el ordenamiento jurídico, se le permita al empleador no reintegrar al trabajador, porque en su lugar el juez ordenará que le pague al trabajador una suma de dinero a título de indemnización. Y la segunda, es la estabilidad impropia que no le garantiza al trabajador la permanencia en el empleo, porque la estabilidad se traduce en el establecimiento y desarrollo de un sistema indemnizatorio que persuade al empleador de no despedir a sus trabajadores sin una causa que lo sustente, debido a que si ocurre lo contrario deberá pagar, de pleno derecho, una indemnización a éstos.

¹⁰⁷ RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge. Curso de derecho del trabajo y de la seguridad social. Cuarta edición. Buenos Aires: Editorial Atrea, 2000. P. 51 de 900.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, p. 55.

¹⁰⁹ *Ibíd.*, p. 93 - 195.

¹¹⁰ *Ibíd.*, p. 196 - 197.

Por otra parte, señala Augusto Conti¹¹¹ que el principio de estabilidad laboral está determinado porque al trabajador que se encuentra bajo una relación de trabajo dependiente le sea garantizada una permanencia indefinida en el trabajo, siempre que no se generen hechos que la ley estipula como un justo motivo, o mejor, como una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo. Por tanto, si el empleador decide unilateralmente dar por terminada la relación de trabajo sin invocar una justa causa de despido descrita en la Ley, deberá indemnizar al trabajador de acuerdo con lo prescrito por el Derecho Laboral. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional diciendo respecto al principio de estabilidad en el empleo que:

“Mediante el principio de la estabilidad en el empleo, que es aplicable a todos los trabajadores, independientemente de que sirvan al Estado o a patronos privados, la Constitución busca asegurar que el empleado goce de una certeza mínima en el sentido de que el vínculo laboral contraído no se romperá de manera abrupta y sorpresiva, de manera que no esté expuesto en forma permanente a perder su trabajo y con él los ingresos que permiten su propio sustento y el de su familia, por la decisión arbitraria del patrono”¹¹².

Finalmente, se encuentra la consagración del principio de estabilidad en el empleo en los tratados internacionales que Colombia ha suscrito y ratificado, con la connotación que conllevan en el sentido de que los mismos hacen parte de la legislación interna del país, como lo dispone el artículo 93 de la Constitución Nacional. En este sentido fue así como se sustentó el desarrollo de este principio en el Protocolo del Salvador en el Convenio Americano sobre Derechos Humanos, aprobado por el Congreso de la República a través de la Ley 319 de 1996, que señala en el artículo 7 que:

“Los Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular... d) La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquier otra prestación prevista en la legislación nacional.”¹¹³

¹¹¹ CONTI, Augusto. Manual de Derecho Laboral. Primera edición. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2008. P. 47 de 864.

¹¹² CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C - 016 (4, febrero, 1998) Magistrado ponente Dr. Fabio Morón Díaz. Bogotá, 1998.

¹¹³ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 319, (20, septiembre, 1996). Por medio de la cual se aprueba el "protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos" en materia de derechos económicos, sociales y culturales "protocolo de San Salvador", suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988. Diario Oficial. Bogotá, 1996. Artículo 7.

Por lo tanto, se puede concluir que en el caso específico de Colombia, se encuentra una consagración a nivel Constitucional del principio de estabilidad en el empleo que determina una garantía a favor del trabajador, en el entendido que éste no podrá ser despedido por su empleador sin tener una justa causa legal que lo sustente, puesto que si se da la terminación del contrato de trabajo sin existir un motivo justificado, el empleador deberá indemnizar a su trabajador de acuerdo con el sistema de indemnizaciones que se consagran en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

3.4 JUSTAS CAUSAS DE DESPIDO

El derecho al trabajo, al estar fundamentado en el principio de estabilidad en el empleo, procura que las relaciones de trabajo perduren en el tiempo; sin embargo, para Rodríguez Mancini¹¹⁴ lo anterior no se opone a que se establezcan contratos a término fijo o a que se determinen formas de terminación del contrato de trabajo sujetas a condiciones especiales que no menoscaben los derechos de los trabajadores.

En Colombia se han establecido cuatro modos de terminación de las relaciones de trabajo, que son: (1) modos o causas genéricas de terminación del contrato de trabajo que se encuentran reglamentadas en el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo; (2) justas causas consagradas a favor del empleador para dar por terminado el contrato de trabajo y reglamentadas por el artículo 62 del Código Laboral; (3) justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo establecidas a favor del trabajador y reglamentadas por el artículo 62 del mismo Código Laboral; y, (4) terminación de la relación laboral sin justa causa, regulada en los artículos 64 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Cuando se acude a una de las dos últimas formas de terminación del contrato de trabajo, es decir, que si se rompe la relación laboral porque existe una justa causa de despido consagrada a favor del trabajador o se configura un despido sin una justa causa que lo sustente, el empleador deberá pagar una suma de dinero a favor del trabajador que equivale a una indemnización de perjuicios, de acuerdo con lo establecido en el artículo 65 del Código Laboral.

De lo anterior expuesto, se puede pensar que en el sistema jurídico colombiano las justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo por parte del empleador están consagradas en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo que debe entenderse como de aplicación restrictiva porque dentro de esta norma hay una consagración taxativa de las herramientas con las que cuenta el empleador para despedir a un trabajador que ha incurrido en alguna de las causales de despido justo.

¹¹⁴ RODRÍGUEZ MANCINI, Op. cit., p. 403 - 404.

Ignacio Cadavid Gómez y Eraclio Arenas Gallego¹¹⁵ entienden que el despido en Colombia se encuentra consagrado como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones o prohibiciones contenidas en el contrato de trabajo y no como una sanción disciplinaria, debido a lo cual el empleador no tiene que tener establecido un procedimiento de terminación del contrato de trabajo, pero si debe brindarle la oportunidad al trabajador de pronunciarse u oponerse a los hechos y motivos que generaron su despido. Además, dichos motivos y hechos que inspiran la ruptura de la relación laboral deben ser invocados por parte del empleador oportunamente y en forma escrita, preferiblemente; sin embargo, debe tener en cuenta, siempre, que luego no puede señalar razones distintas a la configuración del despido por justa causa.

De otro lado, la Corte Constitucional¹¹⁶ ha manifestado que cuando el empleador hace uso de las causales para justificar la terminación del contrato de trabajo, debe en primer lugar identificar la causal que dio origen a la ruptura de la relación de trabajo, porque posteriormente no pueden alegarse causales distintas y en segundo lugar, el empleador debe precisar los hechos y motivos concretos y exactos que sustentan la invocación de la causal de despido, porque de acuerdo con el principio de buena fe en el ámbito de las relaciones laborales y a la finalidad de la norma de terminación del contrato de trabajo por justa causa, al trabajador le asiste el derecho de conocer con precisión cuáles son las razones por las cuales la otra parte ha decidido unilateralmente dar por terminado el contrato de trabajo, invocando una justa causa. En este mismo sentido se ha pronunciado la misma Corporación Constitucional, diciendo en Sentencia C - 299 de 1998 que:

“No es suficiente que las partes se valgan de alguna de las causales enunciadas para tomar su decisión, pues es imperativo que la parte que desea poner fin a la relación exprese los hechos precisos e individuales que la provocaron. Así, la otra parte tiene la oportunidad de enterarse de los motivos que originaron el rompimiento de la relación laboral, en el momento en que se le anuncia tal determinación y, puede hacer uso de su derecho de defensa y controvertir tal decisión si está en desacuerdo”¹¹⁷.

Adicionalmente, para la Corte Constitucional¹¹⁸ debe concordarse la justa causa para la terminación del contrato de trabajo contenida en el parágrafo 3 del artículo

¹¹⁵ CADAVID GÓMEZ, Ignacio y ARENAS GALLEGU, Eraclio. Cartilla del Trabajo. Tercera edición. Medellín: Universidad Medellín, 2008. P. 323 -329 de 487.

¹¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C - 594 (20, noviembre, 1997). Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, 1997.

¹¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C - 299 (17, junio, 1998). Magistrado ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz. Bogotá , 1998.

¹¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C – 529, Op. cit.

9 de la Ley 797 de 2003 con el numeral 14 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, solamente para lo que tiene que ver estrictamente con las relaciones de trabajo. Así entonces, debe decirse que el reconocimiento al trabajador de la pensión de vejez y su inclusión en la nómina de pensionados, constituye una justa causa para que el empleador unilateralmente finalice el contrato de trabajo con el trabajador.

Por lo tanto, es claro que la aplicación de las justas causas de terminación del contrato de trabajo son de aplicación restrictiva, puesto que el empleador caprichosamente no puede hacer uso de ellas, debido a que siempre debe ceñirse a lo estipulado por la norma, es decir, que debe identificar perfectamente el o los hechos que generan la terminación del contrato de trabajo y motivar además la decisión adoptada.

3.5 DEBER DEL ESTADO DE GENERAR EMPLEO

La Corte Constitucional a propósito del examen de constitucionalidad realizado al parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 en relación con la terminación del contrato de trabajo al trabajador que ha cumplido los requisitos para pensionarse, recordó que al Estado le asiste el deber de propiciar empleo a las personas que están en edad de trabajar, puesto que en el Preámbulo de la Constitución Nacional de 1991 se instituye a Colombia como un Estado Social de Derecho, y por lo tanto tiene la obligación de brindar a sus habitantes “el mínimo de condiciones materiales indispensables que posibiliten su subsistencia en condiciones dignas, a efectos de que puedan gozar a plenitud de los diferentes derechos y libertades consagrados en la Carta Política, y por ende, no devengan éstos en meras proclamaciones y muletillas retóricas”¹¹⁹.

Por tanto, hay que entender que el derecho al trabajo tiene especial protección y el Estado debe generar situaciones que permitan su protección y contribuyan con el desarrollo de este principio como lo manda el artículo 54 de la Constitución al decir que “Es obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. **El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar** y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”¹²⁰ - (negrilla fuera de texto)-. Así entonces, el Estado debe ser garante de la generación de empleo para la nueva fuerza de trabajo que se va incorporando a la vida productiva y laboral del país. En igual sentido, el artículo 334 de la misma

¹¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C - 1037 (5, noviembre, 2003). Magistrado ponente Jaime Araújo Rentería. Bogotá, 2003.

¹²⁰ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE 1991 DE COLOMBIA, Op. cit., artículo 54.

Constitución Nacional ordena al Estado garantizar el pleno empleo para las personas que están en edad de trabajar; esta garantía se debe dar especialmente a las personas de bajos recursos:

“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.”¹²¹

También, la Corte Constitucional ha dicho, en cuanto a la obligación que tiene el Estado de generar empleo para las personas que están en edad de trabajar, que:

“Estas obligaciones son las que permitieron el tránsito histórico del clásico Estado de Derecho al Estado Social de Derecho. En este último tipo de Estado a la Administración se le responsabiliza de la tarea de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones necesarias y los servicios públicos adecuados para el pleno desarrollo de su personalidad reconocida no sólo a través de las libertades tradicionales, sino también a partir de la consagración constitucional de los derechos fundamentales de carácter económico, social y cultural. En esta perspectiva los dos mandatos aludidos se convierten en herramientas insustituibles para que el Estado haga realidad sus obligaciones sociales”.¹²²

Así las cosas, en cabeza del Estado se encuentra el deber de propiciar alternativas de empleo para la población que se encuentra en edad de trabajar, claro está que en la generación de esas alternativas de empleo no se puede menoscabar el derecho al trabajo que le asiste a las personas que se encuentran bajo una relación de trabajo dependiente, puesto que los trabajadores tienen protección constitucional de unos derechos, como lo son, la estabilidad en el empleo y el mínimo vital y móvil.

¹²¹ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE 1991 DE COLOMBIA, Op. cit., artículo 334.

¹²² CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C – 1037, Op. cit.

3.6 EXPLORACIÓN DE ALTERNATIVAS A LA APLICABILIDAD DE LA LEY 797/2003 ARTÍCULO 9 PARÁGRAFO 3

Según la Ley debe entenderse que cuando el trabajador afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ha cumplido el requisito para pensionarse por vejez, el empleador le podrá dar por terminado el contrato de trabajo, siempre y cuando el trabajador decida no seguir cotizando voluntariamente al régimen, además de haber realizado el procedimiento consistente en: tramitar la solicitud de la pensión por vejez ante el fondo que administra su cuenta de ahorro; elegir la modalidad a través de la cual desea vivir su etapa de pensionado y que efectivamente se le haya notificado el pago de su pensión por parte del fondo que administra su cuenta de ahorro individual.

No obstante lo anterior se presentan algunas precisiones:

3.6.1. En cuanto al principio de solidaridad:

- No se vulnera el principio de solidaridad, porque durante el tiempo de cotización del afiliado al sistema pensional, se materializa este principio de solidaridad del Sistema Integral de Seguridad Social, mediante las cotizaciones hechas para apoyar a quienes se encuentran en una posición de debilidad frente a la necesidad social. Estas cotizaciones son recaudadas y manejadas por los actores del sistema de acuerdo con una normatividad existente.
- Tampoco se violenta el principio de solidaridad del sistema pensional porque, aún, cuando un trabajador que cotiza al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es despedido por justa causa por parte del empleador, luego de verificado el cumplimiento del requisito para pensionarse por vejez, este trabajador durante toda su etapa de afiliado cumplió con la obligatoriedad de aportar al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual, un porcentaje de su cotización mensual, con el fin de ayudar a los afiliados que no alcanzan a reunir en su cuenta individual el capital suficiente para pensionarse.
- Por otro lado, el principio de solidaridad no se violenta tampoco por parte de los afiliados que tuvieron durante su relación de trabajo ingresos iguales o superiores a cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes, porque aparte de contribuir al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual, contribuyeron también, como dicta la norma, con otro porcentaje de cotización, con el objeto de garantizar la subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional, lo que implica que en virtud del principio de solidaridad estos afiliados colaboraron también con quienes lo necesitan dentro del Sistema General de pensiones.

- Por su parte, el principio de solidaridad del Sistema Integral de Seguridad Social tampoco se vería vulnerado en el caso de que la finalización de la relación de trabajo dependiente se produjera como consecuencia del cumplimiento del requisito para pensionarse por vejez en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, porque aparentemente el afiliado, luego de cumplido y verificado el requisito para pensionarse y adquirir el status de pensionado, deja de apoyar dentro del sistema a los afiliados que no alcanzan a tener un capital suficiente para pensionarse, lo cual a todas luces no ocurre, porque el afiliado que adquiere su derecho pensional y con él el status de pensionado al decidir jubilarse y comenzar a disfrutar de los aportes que realizó durante toda su vida de trabajador afiliado al sistema, deja de ser un afiliado al sistema pensional y por lo tanto no está obligado a contribuir y a apoyar al sostenimiento del mismo sistema porque pasa a ser un beneficiario del derecho pensional del Sistema General de Pensiones, lo que implica que con su nuevo status no tiene el deber solidario al que estaba obligado en su etapa de afiliado.
- Por último, el principio de solidaridad no se vulnera por la aplicación del artículo 9 parágrafo 3 de la Ley 797 a los dos regímenes del sistema pensional, por dos razones fundamentales como lo ha señalado la Corte Constitucional: primero porque luego del cumplimiento del trámite para adquirir la pensión por vejez el afiliado se pone en una nueva situación jurídica, es decir, pasa de su condición de afiliado a la de pensionado, lo que implica que disfrutará del valor de su mesada pensional el resto de su vida y por tal motivo es dable que se le permita a los empleadores acudir a esta justa causa de terminación de la relación laboral porque se entiende el pensionado no queda desprotegido. Y segundo porque el Congreso de la República tiene dentro de sus facultades una amplia libertad de configuración en lo referente a las justas causas para dar por terminado las relaciones de trabajo, siempre y cuando la causal que se esgrima busque satisfacer fines constitucionalmente legítimos como en efecto ocurre con la determinación de despido con justa causa por el cumplimiento del o de los requisitos para tener derecho a la pensión por vejez del afiliado al Sistema General de Pensiones.

Sumado a lo anterior, hay que recordar, como lo ha hecho la Corte Constitucional que el principio de solidaridad del Sistema Integral de Seguridad Social no es un principio absoluto “y su aplicación debe matizarse con la de otros principios y valores, como el de sostenibilidad, el de eficiencia y el de garantía de los derechos fundamentales. De lo contrario, el sistema de seguridad social sería inoperante e inviable”¹²³.

¹²³ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C – 529, Op. cit.

3.6.2. En cuanto al principio de in dubio pro operario:

Al párrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 se le pueden realizar dos posibles interpretaciones: una literal y otra sistemática, así:

- ✓ **Literal:** De la disposición normativa se puede interpretar literalmente que ella sólo es aplicable a los afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida por dos razones: primero, porque el Legislador lo ubicó únicamente dentro del titulado de este Régimen de Prima Media y segundo porque el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 se está refiriendo únicamente al cumplimiento de los requisitos para obtener la pensión de vejez en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

- ✓ **Sistemática:** Teniendo en cuenta que por interpretación sistemática se entiende la lectura y revisión de la disposición de la normativa en su conjunto, hay que considerar lo que quiso disponer el mismo Legislador cuando acuñó el último inciso del párrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 que literalmente expresa: “Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones”¹²⁴. De ahí que no se pueda pensar que es un error en el que incurrió el legislador puesto que si se tiene en cuenta el principio de igualdad que inspira al ordenamiento jurídico colombiano habría que preguntarse por qué el legislador puso en desventaja a los afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida para que su contrato de trabajo y sólo el de ellos, sea susceptible de terminación por justa causa como consecuencia del cumplimiento de los requisitos para pensionarse.

- En cuanto a la aplicación de la norma entendida **literalmente**, no vulnera el principio de in dubio pro operario, porque sea cual fuere el requisito para obtener la pensión por vejez, la norma tiene en cuenta a todos los trabajadores y servidores públicos, por encima de los regímenes que ella misma establece y diferencia.

- En cuanto a la aplicación de la norma entendida **sistemáticamente**, no se violenta este principio, en la disposición normativa del párrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 con el fin de aplicarlo a la relación laboral, aún cuando el afiliado se encuentre en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, porque se puede observar que cuando el afiliado decide pensionarse, después de cumplir con el requisito de la acumulación de dinero en su cuenta, correspondiente a un valor superior al 110% del s.m.l.m.v., independiente de la edad a la que decida pensionarse, adquiere el status de pensionado, una vez haya realizado los trámites exigidos por el fondo que administra su

¹²⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 797, Op. cit., párrafo 3 del artículo 9.

pensión. Es decir, los derechos de pensionado están garantizados en favor del afiliado que ya adquiere el status de pensionado al empezar a disfrutar de su mesada pensional que se supone le permitirá cumplir todas sus necesidades.

- En último caso, no se viola el principio de in dubio pro operario, porque éste se respeta totalmente, a partir de los dictámenes del Congreso de la República, que acudiendo a la facultad otorgada para efectuar una amplia configuración en lo referente a las justas causas para dar por terminadas las relaciones de trabajo, el empleador tiene que tener en cuenta dos condicionamientos: primero, que la causal que se esgrima debe buscar el satisfacer fines constitucionalmente legítimos, que en este caso en particular están dados en principio, porque el fin de la disposición normativa es que el afiliado al adquirir la nueva condición jurídica de status de pensionado pase a descansar en su vida de jubilado, como recompensa por tantos años de trabajo y esfuerzo, gozando de una mesada pensional que supuestamente le permite cubrir sus necesidades por el resto de su vida; y en segundo lugar, es evidente que para cualquier tipo de configuración que elija el Congreso, deberá acatar la misma normatividad que él ha dispuesto, lo que permite pensar que de todas maneras el cumplimiento de este principio está asegurado, puesto que en caso de algún fallo adverso al afiliado, basado en la interpretación de la norma, bien sea literal o sistemáticamente, persiste como recurso complementario la configuración que el Congreso haga a las causales de despido justo.

3.6.3. En cuanto al principio de estabilidad en el empleo:

- La no vulnerabilidad del principio de estabilidad en el empleo en el caso de la aplicación del parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 está dada en primer término por la Constitución como una garantía a favor del trabajador, en el entendido que éste no podrá ser despedido por su empleador sin tener una justa causa legal que lo sustente, puesto que si se da la terminación del contrato de trabajo sin existir un motivo justificado, el empleador deberá indemnizar a su trabajador de acuerdo con el sistema de indemnizaciones que se consagran en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, lo que supone pensar que si es una norma bien elaborada no puede pasar por alto la Constitución en lo referente a su contenido en cuanto a garantías a favor del trabajador.
- También, no hay violación al principio de estabilidad en el empleo porque en Colombia las justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo por parte del empleador, son de aplicación restrictiva porque dentro de ellas hay una consagración taxativa de las herramientas con las que cuenta el empleador para despedir a un trabajador que ha incurrido en alguna de las causales de despido justo, teniendo en cuenta que a pesar de que estas

herramientas son numerosas (artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, además del párrafo en mención), el empleador no podrá acudir a ellas a libre albedrío, por lo tanto al trabajador le asisten muchas otras herramientas que puede esgrimir con el fin de que se le respete su estabilidad laboral.

- La no vulneración del principio de estabilidad laboral está contemplada también en el mismo párrafo 3 del artículo 9 de la ley 797 de 2003 que es aplicable estrictamente para lo que tiene que ver con las relaciones de trabajo, constituyéndose así como una 'justa' causa de despido a la que acude el empleador unilateralmente para dar por finalizado el contrato de trabajo a partir del momento en que el afiliado perteneciente a cualquiera de los dos regímenes cumpla con, el o los, requisitos para pensionarse y empiece a recibir el valor de su mesada pensional; por esto no existe alteración al principio de estabilidad laboral, debido a que el principio de estabilidad en el empleo no es un principio inmutable debido a que todo contrato de trabajo lleva implícita su finalización bajo una forma especial de terminación de la relación laboral que en este caso es el cumplimiento de un requisito indispensable para gozar de la pensión de jubilación y recibirla efectivamente mediante su inclusión en la nómina de pensionados o porque efectivamente se le haya notificado el pago de su pensión.
- El empleador tampoco es quien vulnera el principio de estabilidad laboral del trabajador afiliado al Sistema General de Pensiones cuando aplica la justa causa de terminación del contrato de trabajo contenida en la disposición normativa del párrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 porque él no puede hacer uso caprichoso de la norma, debido a que debe respetar el mandato de ésta y que para el caso consiste en la verificación del cumplimiento, del o de los, requisitos para que el trabajador afiliado pueda pensionarse y empezar a disfrutar de ella.

Para reafirmar lo anterior hay que tener en cuenta, al analizar detenidamente la aplicabilidad del párrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 contemplado en el título II correspondiente al Régimen de Prima Media, la impotencia del empleador para iniciar el trámite de la pensión del trabajador afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que ya ha cumplido los requisitos para jubilarse, por dos motivos: el primero porque el afiliado es el único que puede saber cuánto ha acumulado en su cuenta de ahorro individual, monto que es desconocido por el empleador, y segundo, porque el afiliado al decidir pensionarse debe elegir la modalidad a través de la cual desea recibir su mesada pensional y por lo tanto, el empleador debe esperar y posteriormente verificar que el trabajador haya elegido la modalidad de pensión y que con certeza se inicie el pago de la mesada, porque de lo contrario, es decir, en caso de que el empleador despida al trabajador antes de constatar estos hechos, estaría no sólo incurriendo en un despido injusto,

sino que además estaría vulnerando el principio a la estabilidad en el empleo del trabajador afiliado.

Ahora, en cuanto a lo relativo al despido del trabajador por justa causa, por parte del empleador, en caso de que el afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ha llenado todos los requisitos para hacer uso de su pensión de jubilación y efectivamente lo esté haciendo, porque no decidió seguir cotizando voluntariamente al régimen y porque cumplió con el procedimiento consistente en tramitar la pensión por vejez ante el fondo que administra su cuenta de ahorro y por último eligió la modalidad a través de la cual deseaba vivir su etapa de pensionado y efectivamente se le notificó el pago de su pensión, es claro que el principio no se vulnera porque él conlleva la voluntad del trabajador afiliado, pero en el caso de que el trabajador afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad decida continuar cotizando voluntariamente al régimen con el fin de incrementar el valor de su mesada pensional, independiente del monto que posea en el momento, el empleador no podrá despedir al trabajador, porque adquiriría la connotación de despido injustificado y entraría a violar el principio de estabilidad en el empleo.

3.6.4. En cuanto al derecho de libertad de elección de modalidad de la pensión:

Por último no se viola el derecho que el afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tiene a la libertad de elección de modalidad de la pensión de jubilación cuando se aplica la justa causa de despido como lo configura el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, porque si el afiliado no ha elegido la modalidad pensional, aunque haya realizado todos los demás trámites ante el fondo que administra su pensión, no se notificará el pago de su pensión y por lo tanto el empleador no podrá despedirlo aún aduciendo justa causa, porque de hacerlo estaría no solo vulnerando su derecho pensional y su derecho a la libertad de elección de la modalidad de la pensión, sino que estaría incurriendo en un despido sin justa causa que acarrearía la indemnización de perjuicios al trabajador que así fuere despedido.

4. CONCLUSIONES

- ✓ Es posible que la disposición normativa contenida en el párrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 que configura una de las justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo, se pueda aplicar por parte del empleador que decida unilateralmente dar por finalizado el contrato de trabajo, tanto a los trabajadores afiliados tanto al Régimen de Prima Media con Prestación Definida como a los trabajadores afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que se encuentren en el campo de lo estrictamente laboral siempre y cuando el empleador, para el caso del trabajador afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no pierda de vista que podrá aplicar la disposición normativa a partir del momento en que éste cumpla el requisito para jubilarse, haya elegido la modalidad de la pensión y empiece a recibir el valor de su mesada pensional efectivamente, además de constatar que éste no haya decidido seguir cotizando voluntariamente al Régimen.
- ✓ Como conclusión analítica, no se debe perder de vista que en ambos casos de despido justo de los trabajadores afiliados tanto al Régimen de Prima Media con Prestación Definida como al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el empleador debe exponer claramente los hechos y motivos que sustentan la causal de despido justo que está invocando.
- ✓ Para no incurrir en errores es necesario tener siempre presente que el derecho al trabajo tiene especial protección por parte de la Constitución y para ello el Estado genera políticas públicas que permiten esta protección y contribuyen con el desarrollo del derecho al trabajo en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 54 de la Constitución, sin menoscabo al derecho de las personas que se encuentran bajo una relación de trabajo dependiente.
- ✓ Con la aplicación de la terminación de la relación laboral, cuando una persona ha cumplido los requisitos para pensionarse por vejez en el Sistema General de Pensiones y se da por finalizado el contrato de trabajo, se presenta un relevo generacional que contribuye a vincular a la vida laboral a las personas que se encuentran en edad laboral activa, contribuyendo de esta forma a aliviar la carga que tiene el Estado de propiciar empleo a las personas que están en edad de trabajar de acuerdo con el Preámbulo de la Constitución Nacional de 1991 que instituye a Colombia como un Estado Social de Derecho, y por lo tanto éste tiene la obligación de brindar a sus habitantes “el mínimo de condiciones materiales indispensables que posibiliten su subsistencia en condiciones dignas, a efectos de que puedan gozar a plenitud de los diferentes derechos y

libertades consagrados en la Carta Política, y por ende, no devengan éstos en meras proclamaciones y muletillas retóricas”¹²⁵.

¹²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C – 1037, Op. cit.

BIBLIOGRAFÍA

ALMANSA PASTOR, José M. Derecho a la Seguridad Social. Séptima edición. México: Editorial Tecnos , 1991. 302 p.

ALVARES BUSTOS, Andrea y CAIZA ROSERO, Juan Carlos. Vías especiales de solución de conflictos de seguridad social. Trabajo de grado Abogado. Bogotá. Universidad Pontificia Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. 2001. 141 p.

ARENAS MONSALVE, Gerardo. El Derecho Colombiano de la Seguridad Social. Segunda edición. Bogotá D.C.: Editorial Legis, 2007. 757 p.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE 1991 DE COLOMBIA. Constitución Política de Colombia. Bogotá: Editorial Legis, 2007. Artículo 1.

CADAVID GÓMEZ, Ignacio y ARENAS GALLEGO, Eraclio. Cartilla del Trabajo. Tercera edición. Medellín: Universidad Medellín, 2008. 487 p.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Acto Legislativo 01, (22, julio, 2005). Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política. Diario Oficial. Bogotá, 2005.

_____. Acto Legislativo 01, (22, julio, 2005). Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política. Diario Oficial. Bogotá, 2005.

_____. Ley 100, (23, diciembre, 1993). Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, 1993.

_____. Ley 319, (20, septiembre, 1996). Por medio de la cual se aprueba el "protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos" en materia de derechos económicos, sociales y culturales "protocolo de San Salvador", suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988. Diario Oficial. Bogotá, 1996.

_____. Ley 6, (19, febrero, 1945). Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo. Diario Oficial. Bogotá, 1945.

_____. Ley 797, (29, enero, 2003). Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes. Diario Oficial. Bogotá, 2003.

CONSEJO DE ESTADO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia 2533-07 (4, agosto, 2010). Consejero ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Bogotá, 2010.

CONTI, Augusto. Manual de Derecho Laboral. Primera edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. 864 p.

CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C - 016 (4, febrero, 1998) Magistrado ponente Dr. Fabio Morón Díaz. Bogotá, 1998.

_____. Sentencia C – 1054 (26, octubre, 2004). Magistrado ponente Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA. Bogotá, 2004.

_____. Sentencia C-663, (28, noviembre, 1996). Magistrado ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá, 1996.

_____. Sentencia T - 1001 (9, diciembre, 1999). Magistrado ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá, 1999.

_____. Sentencia T - 471 (17, julio, 1992) Magistrado Ponente Dr. Simón Rodríguez Rodríguez. Bogotá, 1992.

_____. Sentencia T - 707 (6, octubre, 2009). Magistrado ponente Dr. Juan Carlos Henao Pérez. Bogotá, 2009.

_____. Sentencia T – 760 (31, julio, 2008). Magistrado ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 2008.

_____. Sentencia C - 760 (10, agosto, 2004) Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Uprimny Yepes. Bogotá, 2004.

_____. Sentencia C - 507 (21, mayo, 2008). Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño. Bogotá, 2008.

_____. Sentencia C - 543 (18, julio, 2007). Magistrado ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis. Bogotá, 2007.

_____. Sentencia C - 1037 (5, noviembre, 2003). Magistrado ponente Jaime Araújo Rentería. Bogotá, 2003.

_____. Sentencia C - 594 (20, noviembre, 1997). Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, 1997.

CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C - 299 (17, junio, 1998). Magistrado ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz. Bogotá, 1998.

_____. Sentencia C – 543 (18, julio, 2007) Magistrado ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis. Bogotá, 2007.

_____. Sentencia C – 542 (1, octubre, 1998) Magistrado ponente Dr. Hernando Herrera Vergara. Bogotá, 1998.

_____. Sentencia C – 070 (10, febrero, 2010) Magistrado ponente Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo Bogotá, 2010.

_____. Sentencia C – 674 (28, junio, 2001). Magistrado ponente Dr. Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá, 2001.

_____. Sentencia C – 177 (1, marzo, 2005). Magistrado ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 2005.

_____. Sentencia C – 529 (23, junio, 2010). Magistrado ponente Dr. Mauricio González Cuervo. Bogotá, 2010.

_____. Sentencia C – 086 (13, febrero, 2002). Magistrada ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá, 2002.

_____. Sentencia T - 744 (14, septiembre, 2010) Magistrado Ponente Dr. Huberto Antonio Sierra Porto. Bogotá, 2010.

_____. Sentencia T - 526 (18, septiembre, 1992). Magistrado ponente Dr. Ciro Angarita Baron. Bogotá, 1992.

_____. Sentencia T – 1000 (25, noviembre, 2002). Magistrado ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño. Bogotá, 2002.

_____. Sentencia T-631 (8, agosto, 2002). Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá, 2002.

_____. Sentencia C - 556 (20, agosto, 2009). Magistrado ponente Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá, 2009.

GOBIERNO NACIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto Ley 1295, (22, junio, 1995). Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales. Diario Oficial. Bogotá, 1995.

INSTITUTO DE ESTUDIOS SOCIALES JUAN PABLO II. Seguridad Social Derecho Fundamental y Base para el Bien Común. Bogotá D.C. INSTITUTO DE ESTUDIOS SOCIALES JUAN PABLO II, 1998. 18 p.

LAHOZ, José Francisco, LÓPEZGANDIA, Juan y MOMPALER CARRASCO, María Ángeles. Curso Básico de Seguridad Social. Valencia España: Editorial Tirant Lo Blanch, 2007. 102 p.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO -OIT-. De Bismarck a Beveridge: seguridad social para todos. En: Revista del Trabajo 67, diciembre de 2009. Ginebra: OIT. 47 p.

REDONDO, Herman Gómez y GUZMÁN, Fernando Mora. La reforma de la Salud y la Seguridad Social en Colombia. El desastre de un modelo económico. Biblioteca Jurídica Diké, 2000. 254 p.

RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge. Curso de derecho del trabajo y de la seguridad social. Cuarta edición. Buenos Aires: Editorial Atrea, 2000. 900 p.