

IDEMA - Régimen laboral y pensional. Lo sustituyó el Ministerio de Agricultura en el pago de las pensiones legales y extralegales. Compartibilidad pensional con el ISS. Derecho al reajuste pensional por elevación de la cotización en salud / REAJUSTE PENSIONAL - Por elevación de la cotización en salud. El previsto en artículo 143 de la Ley 100 de 1993 es de naturaleza compensatoria / COMPARTIBILIDAD PENSIONAL - No puede representar un elemento de ruptura en los derechos del pensionado. El empleador a cargo de quien estaba la pensión extralegal se encuentra obligado a asumir el mayor valor que resulte entre ésta y la pensión de vejez

El señor Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, doctor Andrés Felipe Arias Leiva, consultó a la Sala sobre el alcance del derecho al reajuste pensional por elevación de la cotización en salud, previsto en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 y su aplicación en pensiones compartidas. En suma, encuentra la Sala que el traslado del riesgo de una pensión al Instituto de Seguros Sociales bajo la figura de la compartibilidad, no se agota con el hecho de que el empleador continúe cotizando en nombre del jubilado, sino que se exige la determinación adecuada y justa del "mayor valor" que le corresponde asumir, a partir de la protección constitucional de los derechos adquiridos de los pensionados y de la interdicción de la disminución de las pensiones reconocidas conforme a derecho (art. 48 C.P), que ha sido la perspectiva desde la cual se ha definido la figura de la compartibilidad. La Sala observa que el cambio en la forma de calcular el reajuste por salud cuando entra a operar la compartibilidad (aplicándolo únicamente sobre el mayor valor que le corresponde asumir al Ministerio), implica que los pensionados vean reducido su ingreso y que tengan que asumir a su costa una carga que no les corresponde en los términos de la Ley 100 de 1993 ni de las normas que regulan la compartibilidad, lo que, además de todo, podría ser cuestionado desde el punto de vista de las garantías constitucionales previstas en el artículo 48 Superior. Por tanto, en relación con la obligación de pagar el referido reajuste en forma completa, la Sala advierte que la compartibilidad no tiene efectos liberatorios, ni opera la subrogación, de manera que el empleador pueda reducir la protección otorgada por la Ley 100 de 1993 a las pensiones reconocidas antes del 1° de enero de 1994. De esta manera, la Sala concluye que la premisa de la que parte el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, cuando afirma que la situación de quienes tienen pensiones compartidas le "genera alguna duda sobre la aplicación del reajuste porque el balance económico que realizan, al comparar los valores devengados antes y después de ser materializada la compartibilidad de su pensión con el ISS, arroja un resultado deficitario para el jubilado.", debe resolverse a favor de ese grupo poblacional, para hacer prevalecer sus derechos y la garantía de que no se reducirán las mesadas reconocidas conforme a derecho.

NOTA DE RELATORIA: Levantada la reserva legal con auto de 17 de agosto de 2012.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 48 / DECRETO 3041 DE 1966 - ARTICULO 60 / DECRETO EXTRAORDINARIO 2420 DE 1968 / DECRETO EXTRAORDINARIO 133 DE 1976 / DECRETO 2879 DE 1985 / DECRETO 758 DE 1990 / LEY 5 DE 1992 / DECRETO EXTRAORDINARIO 2136 DE 1992 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 143 / DECRETO 692 DE 1994 / DECRETO 1675 DE 1997

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 11001-03-06-000-2008-00032-00(1897)

Actor: MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL

Referencia: Pensión compartida y reajuste pensional por elevación de la cotización en salud.
Artículo 143 de la Ley 100 de 1993.

El señor Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, doctor ANDRES FELIPE ARIAS LEIVA, consultó a la Sala sobre el alcance del derecho al reajuste pensional por elevación de la cotización en salud, previsto en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 y su aplicación en pensiones compartidas. Al efecto formuló los siguientes interrogantes:

“1.- ¿El alcance del reajuste establecido por la Ley 100 de 1993, en el artículo 143, reglamentado por el artículo 42 del Decreto 692 de 1994, es el de incrementar directamente el valor de la mesada de las pensiones de vejez, de jubilación, de invalidez o de sobrevivientes, causadas o reconocidas antes del 1º de enero de 1994?

2.- Si la respuesta es afirmativa, en el caso de las pensiones de jubilación del extinto “IDEMA”, ¿Se deben liquidar con un 9,33% las mesadas a partir del mes de junio de 1995 cuando se incrementó el aporte en salud?

3.-Y si es negativa, ¿Este Ministerio debe continuar aplicando los efectos de la citada norma legal mediante el pago mensual del concepto “ajuste por salud” sin adicionarlo a la mesada en el momento en que se comparte la pensión con el seguro social?”

Como antecedente de la consulta, el Ministro explica que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural sustituyó al IDEMA en el pago de las pensiones legales y extralegales a cargo de esa entidad, en cumplimiento de lo ordenado en el Decreto ley 1675 de 1997, por medio del cual se ordenó la liquidación de esa entidad

Indica que en cumplimiento a lo previsto en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993,

según el cual "a quienes con anterioridad al 1o. de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez o muerte, tendrán derecho, a partir de dicha fecha, **a un reajuste mensual** equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de la presente Ley", el IDEMA venía pagando mensualmente a sus pensionados el porcentaje de reajuste por "aumento en la cotización en salud", el cual ha seguido haciéndose por el Ministerio desde que sustituyó a esa entidad. Explica que por regla general ese reajuste es del 9.33%, que equivale a la diferencia entre el monto del aporte en salud a cargo del pensionado antes de la Ley 100 de 1993 (2.67%) y el que debió asumir después de ella (12%).

Informa que quienes se jubilaron del IDEMA antes del 1 de enero de 1994 -cuyo pago ha sido asumido por el Ministerio-, han expresado su desacuerdo en que cuando su pensión entra a ser compartida por el Instituto de Seguros Sociales, el Ministerio pase a calcular el reajuste pensional ordenado por la Ley 100 de 1993 no sobre el valor total de la pensión -como se venía haciendo- sino únicamente sobre el mayor valor a su cargo; que, en esas condiciones, los

pensionados consideran que se reduce el monto de la pensión que venían recibiendo antes de la compartibilidad, lo que implica una desmejora y pérdida de derechos adquiridos, pues siendo la pensión una sola, no es válido que el cálculo del reajuste mensual ordenado en la ley se realice solamente sobre una parte de ella (el mayor valor a cargo del Ministerio).

Que, por su parte, el Ministerio considera que si bien el reajuste que se venía reconociendo por el IDEMA como "un pago adicional", compensa exactamente el incremento del aporte en salud de los jubilados del IDEMA antes del 1° de enero de 1994, al interior de la entidad se ha entendido que cuando opera la compartibilidad, el Ministerio sólo debe asumir el reajuste por elevación de la cotización en salud sobre el mayor valor a su cargo, esto es, sin tener en cuenta el valor asumido por el Instituto de Seguros Sociales.

Para ilustrar su posición, explica que cuando se expide la resolución de reconocimiento de la pensión de vejez por parte del Seguro Social, el Ministerio de Agricultura declara la subrogación de la obligación pensional y asume el mayor valor que resulta entre la mesada pensional que estaba a su cargo y la mesada que reconoce el ISS, "lógicamente sin considerar el valor del concepto "ajuste por salud". Una vez establecida tal diferencia, el Ministerio continúa pagando el ajuste del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, que corresponde al 9,33%, pero únicamente **sobre el mayor valor** que le corresponde asumir en la pensión de vejez.

No obstante lo anterior, manifiesta que la argumentación que exponen los pensionados en el sentido que la anterior operación reduce efectivamente el monto de la pensión, "genera alguna duda sobre la aplicación del reajuste porque el balance económico que realizan, al comparar los valores devengados antes y después de ser materializada la compartibilidad de su pensión con el ISS, arroja un resultado deficitario para el jubilado."

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para resolver los problemas jurídicos objeto de esta consulta es preciso establecer en primer término el régimen pensional de los trabajadores del IDEMA; a continuación se revisará cuál es el alcance del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, para lo cual se consultarán a los antecedentes legislativos y la jurisprudencia que sobre la materia se ha proferido; posteriormente se estudiará la regulación de las pensiones compartidas y los derechos que se deben garantizar a los pensionados cuando opera esta figura; y, finalmente, con base en lo anterior, se responderán los interrogantes planteados por el Ministerio, en especial si es viable que el reajuste de que trata el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 se pague únicamente sobre el mayor valor que le corresponde asumir a esa entidad después de que ha operado la compartibilidad.

Conviene advertir en todo caso, que de acuerdo con la atribución que la Constitución Política le otorga a esta Sala (art. 23

), el concepto que se emite tiene el propósito de orientar la actuación de la Administración y, en consecuencia, debe entenderse sin perjuicio de las decisiones judiciales de las autoridades competentes en caso de que el asunto sea objeto de controversia judicial.

I. ACLARACION PREVIA SOBRE EL REGIMEN LABORAL Y PENSIONAL DEL IDEMA

La Ley 5 de 1992 creó el Instituto Nacional de Abastecimiento -INA-, que posteriormente fue transformado en el Instituto de Mercadeo Agropecuario – IDEMA- en virtud del Decreto

Extraordinario 2420 de 1968.

Posteriormente, en virtud del Decreto Extraordinario 133 de 197

, se transformó la naturaleza jurídica del IDEMA de Establecimiento Público a Empresa Industrial y Comercial del Estado, con lo cual la generalidad de sus trabajadores pasó a tener la calidad de trabajadores oficiales

, lo que les permitía negociar y suscribir convenciones colectivas, al tenor de lo establecido en el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo que sólo limita esa posibilidad en el caso de empleados públicos

La condición de Empresa Industrial y Comercial del Estado se mantuvo en el Decreto Extraordinario 2136 de 1992, en el cual se previó además la creación de un fondo para asegurar el pago de las pensiones reconocidas por la entidad hasta que fueran asumidas por el ISS en virtud de la compartibilidad:

"ARTICULO 9o. FONDO DE PENSIONES. La Junta Directiva podrá disponer que en el IDEMA funcione un Fondo destinado a atender el pago de las mesadas del personal pensionado o con derecho a la pensión, hasta cuando tales obligaciones sean asumidas por el ISS, así como las demás exigencias a que se refiere la Ley 4a. de 1976, y cubrir, además, la diferencia entre el valor reconocido por los Seguros Sociales y el monto de la pensión decretada."

Posteriormente, el Decreto 1675 de 1997 ordenó la liquidación del IDEMA, dispuso que los derechos de los trabajadores oficiales serían los previstos en la ley y en la convención colectiva de la entidad

y dispuso que una vez concluida su liquidación, los bienes no enajenados, derechos y obligaciones pasarían a la Nación Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. Señaló además que "el pago de las mesadas a cargo del Idema, sería asumido directamente por la Nación, a través de la entidad que defina el Gobierno Nacional", es decir, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, como lo informa la misma entidad consultante.

Según la consulta, el presente caso versa sobre aquellas pensiones reconocidas por el IDEMA con anterioridad al 1° de enero de 1994, que posteriormente pasaron a ser compartidas con el ISS, estando a cargo del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural el pago del mayor valor entre la pensión reconocida por la entidad y la asumida por el Seguro.

II. EL DERECHO AL REAJUSTE PENSIONAL POR ELEVACION DE LA COTIZACION EN SALUD.

El proyecto de ley 155 de 1992 - Senado, que se convirtió en la Ley 100 de 1993, contempló desde su origen, el denominado "reajuste" de que trata el artículo 143 ibídem, con el fin de proteger los derechos adquiridos de los pensionados antes del 1° de enero de 1994, frente a la propuesta contenida en el mismo proyecto de elevar la cotización en salud de los afiliados al sistema para ampliar su cobertura.

En la ponencia para segundo debate, sobre la finalidad de este reajuste pensional, se expuso:

"Además de la mesada adicional existe un **reajuste para las pensiones reconocidas antes de**

1994 con el fin de compensar el incremento en las cotizaciones para el cubrimiento de los riesgos de salud de los pensionados.

"Este mecanismo si bien **desde el punto de vista del pensionado es neutro**, para el sistema de seguridad social tiene un impacto diferente al manejarse en cuentas separadas los riesgos económicos de salud.". (Destaca la Sala).

Finalmente, el reajuste pensional por elevación de la cotización en salud quedó previsto en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 en los siguientes términos:

“Artículo 143. Reajuste pensional para los actuales pensionados. A quienes con anterioridad al 1o. de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez o muerte, tendrán derecho, a partir de dicha fecha, a un reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de la presente Ley.

“La cotización para salud establecida en el sistema general de salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de éstos, quienes podrán cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral (...)

“Parágrafo Transitorio.- Sólo por el año de 1993, los gastos de salud de los actuales pensionados del ISS se atenderá con cargo al Seguro de IVM y hasta el monto de la cuota patronal. (...)”.

Por su parte, el artículo 42 Decreto 692 de 1994, reglamentó el artículo 143 de la Ley 100, señaló que tales pensionados tendrían derecho a que con la mesada mensual se incluyera el reajuste equivalente a la elevación en la cotización en salud prevista en la Ley 100 de 1993:

“Artículo 42. Reajuste Pensional por Incremento de aportes en salud. A quienes con anterioridad al 1o. de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez, o sobrevivientes, y a quienes sin haberles efectuado el reconocimiento tuvieran causada la correspondiente pensión con los requisitos formales completos, tendrán derecho a partir de esa fecha a que con la mesada mensual se incluya un reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud prevista en la Ley 100 de 1993.

“En consecuencia, las entidades pagadoras de pensiones procederán a efectuar el reajuste previsto en este artículo por la diferencia entre la cotización que venían efectuando los pensionados y la nueva cotización del 8% que rige a partir de abril de 1993, o la que se determine cuando rija la cobertura familiar, sin exceder del 12%. En el caso del ISS, en donde ya existe la modalidad de medicina familiar para los pensionados, el reajuste se hará por la diferencia entre el 3.96% que venían aportando los pensionados, y el 12% de la cotización con cobertura familiar.

“Las entidades pagadoras deberán descontar la cotización para salud y transferido a la EPS o entidad a la cual esté afiliado el pensionado en salud. Igualmente deberán girar un punto porcentual de la cotización al fondo de solidaridad y garantía en salud. (...)”.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-111 de 1996, consideró que el reajuste por incremento de la cotización en salud del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, tiene por objeto preservar el principio de igualdad, al reconocer que los pensionados con anterioridad al 1o. de enero de 1994, se encuentran en una situación diferente a la de quienes se pensionen con

posterioridad a esa fecha, ya que aquellas personas han tenido un régimen de obligaciones, montos de pensión y demás derechos y beneficios distinto al previsto en el sistema contributivo instaurado por la Ley 100, en el cual, la cotización por salud pasa a estar a cargo del pensionado

Dijo la Corte entonces, que el reajuste previsto en el artículo 143 en cita tiene naturaleza puramente compensatoria y difiere por tanto de los ajustes o incrementos anuales que se ordenan a favor de todos los pensionados:

“La Corte estima que en el caso que se examina con el inciso 1o. de la norma acusada, se trata de compensar a los pensionados con anterioridad al 1o. de enero de 1994, a quienes se les hubiere reconocido la pensión, en el sentido de otorgarles un reajuste que sea equivalente al incremento de la cotización para la salud, que resulte de la aplicación de la Ley 100 de 1993 y de las disposiciones legales que señalen el monto de la cotización.

“Este reajuste de la pensión es específico para quienes se les hubiere reconocido la pensión con anterioridad al 1o. de enero de 1994 y rige a partir de dicha fecha, como lo señala la norma cuyos apartes se acusan; no ampara ninguna desigualdad sino que, por el contrario acata dicho principio consagrado en el artículo 13 de la C.P., y es evidente que es distinto al reajuste anual ordenado para todos los pensionados a que se refiere el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

(Destaca la Sala).

En el mismo sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación del 14 de agosto de 200, en la que, siguiendo esta misma orientación, precisó que el reajuste ordenado en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 no tiene por objeto incrementar en términos reales el monto de las pensiones, sino únicamente mantener intacto su valor después del incremento en los aportes a salud a cargo del pensionado:

"(...) el reajuste especial de pensiones por ella decretado [ley 100 de 1993] no comportaba una revalorización en el ingreso real del pensionado, sino una compensación por la depreciación a que se vería abocado el beneficiario de una pensión como consecuencia del incremento en el monto de cotización para salud, con destino a cubrir la medicina familiar, y por ese mecanismo extender la cobertura ciertamente precaria en esta materia antes de la Ley 100.

"Corolario de lo anterior es que el valor de la pensión así incrementado no va a engrosar definitivamente el peculio del pensionado, sino que debe destinarse a la correspondiente entidad promotora de salud para los fines explicados, por lo que si bien se puede hablar de un verdadero reajuste en el monto nominal de la citada prestación social, esa cifra adicional debe ponerse a disposición de las respectivas empresas recaudadoras, mediante descuento efectuado por el responsable de la cotización, la entidad pagadora de la pensión o por la entrega directa que haga el pensionado de ese porcentaje en el evento de que se le hubiere cancelado directamente a él la totalidad de la mesada.

"No de otra forma es dable entender que la Ley haya atado el aumento de la cotización (e impuesto esta carga a los pensionados), a la revalorización especial, al señalar claramente

que los pensionados antes del primero de enero de 1994, a partir del momento del incremento de la cotización en salud tienen derecho a un reajuste mensual equivalente a la elevación de la cotización para salud que resulte de la aplicación de dicha Ley, lo que evidencia que el objetivo fue que no se aminorara el monto de la pensión como consecuencia de la nueva carga.

(...)

"Interesa agregar que el verdadero espíritu del legislador fue proteger a las pensiones cuya efectividad se diera con antelación al primero de abril de 1994, así su otorgamiento u orden de pago se produjera en fecha posterior por los trámites normales de acreditación de requisitos o por negligencia del ente reconocedor o pagador de la misma, pues condicionar la aplicación del beneficio al simple acto formal de reconocimiento equivaldría a condenar injustamente al pensionado a tener que asumir una carga por circunstancias ajenas a su voluntad y desde luego sin ninguna culpa o negligencia de su parte.

En el mismo sentido se pronunció también el Consejo de Estado, en sentencia del 19 de mayo de 2005, cuando al estudiar la legalidad del artículo 42 del Decreto Reglamentario 692 de 1994, manifestó que el objeto de este reajuste "no es otro que el de procurar que los pensionados no soporten una desmejora en sus ingresos o que los mismos vean disminuidos, precisamente en razón del aumento de la cotización en salud (...)". En otras palabras, el reajuste ordenado impide que "se reduzca" el ingreso pensional de quienes estén cobijados dentro de los supuestos fácticos de la norm

Cabe indicar adicionalmente, que frente al reajuste pensional en comento, ni la Ley 100 de 1993 ni sus normas reglamentarias, prevén o autorizan alguna excepción o trato diferente cuando entra a operar el fenómeno de la compartibilidad pensional que se revisa más adelante.

De acuerdo con lo expuesto, la Sala encuentra entonces que existe una posición uniforme en la jurisprudencia en relación con el alcance de la norma objeto de estudio, en cuanto a que su finalidad es "compensar" el efecto negativo del incremento de la cotización en salud de los pensionados ordenada por la Ley 100 de 1993, para evitar que ésta "amignore", "reduzca" "deprecie" o se refleje negativamente en la asignación mensual de las personas a quienes con anterioridad al 1º de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez, o sobrevivientes y de aquellas a quienes sin haberles efectuado dicho reconocimiento tuvieran causada la correspondiente prestación.

En ese sentido, el reajuste del artículo 143 de la Ley 100 de 1993 no representa como tal un incremento o revalorización en términos reales del ingreso del pensionado, lo que, en todo caso, no implica que no se deba asegurar su pago completo, pues, como se ha visto, el ingreso real de quienes se pensionaron o causaron su derecho antes del 1º de enero de 1994, no debe sufrir ninguna disminución por causa de la elevación de las cotizaciones en salud (garantía de efecto neutro).

Lo anterior tiene una relevancia especial al tenor del artículo 48 de la Constitución Política, el cual establece una protección constitucional reforzada para los pensionados y una garantía especial para las pensiones adquiridas conforme a derecho:

"Artículo. 48.- La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se

prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

“Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social.

“El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley. (...)

“La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante

“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 ellas.

“Sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho. (...)

“En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos. (...)

“Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. (...).” (Negrilla fuera del texto original).

Por tanto y de acuerdo con este mandato constitucional, se deben tener como referentes adicionales para el caso concreto (i) la protección constitucional de los derechos adquiridos en materia pensional, (ii) la prohibición de reducir el valor de las pensiones reconocidas conforme a derecho y (iii) la aplicación de los principios pro operario, de favorabilidad y de no regresividad en materia laboral.

III. Compartibilidad Pensional.

La compartibilidad pensional fue consagrada por primera vez, en el artículo 60 del Decreto 3041 de 1966, por el cual se aprobó el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte como una excepción a la figura de la compatibilidad pensional

Sin embargo, fue mediante el Decreto 2879 de 1985, por el cual, se aprobó el Acuerdo 029 del 26 de septiembre de 1985, emanado del Consejo Nacional de los Seguros Sociales, como lo afirma la doctrina, que se introdujo la compartibilidad en las pensiones convencionales, como regla, al establecer que los patronos inscritos en el Instituto de Seguros Sociales, que a partir de la fecha de publicación de ese Decreto, otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en Convención Colectiva, Pacto Colectivo, Laudo Arbitral o voluntariamente, continuarían cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplieran con los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en ese momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía siendo pagada por el patrono

El reglamento del Seguro Social, previsto en el Acuerdo 49 de 1990 del Seguro Social aprobado

por el Decreto 758 de 1990, siguiendo los mismo parámetros del Decreto 2879 de 1985, precisó en el artículo 18, que los empleadores que concedan pensiones extralegales causadas a partir del 17 de octubre de 1985, continuarían cotizando al seguro hasta cuando los asegurados cumplieran los requisitos exigidos por el instituto para otorgar la pensión de vejez, y en ese momento, el instituto procederá a cubrir dicha pensión, quedando a cargo del empleado el mayor valor respectivo

Para completar el marco normativo, vale la pena señalar que el Decreto 1513 de 1999, en vigencia de la Ley 100 de 1993, se refiere a la compartibilidad al señalar que “Las pensiones establecidas por una norma de inferior categoría a una ley, serán reconocidas por el Instituto de Seguros Sociales como pensiones compartidas de conformidad con la ley y los reglamentos de ese instituto a este respecto, y por lo tanto, **el mayor valor de la pensión derivado de ordenanza, acuerdo, pacto, convención, laudo o cualquiera otra forma de acto o determinación administrativa, estará a cargo del empleador.**

Ahora bien, para la Sala es claro que la compartibilidad tal como está regulada en las disposiciones transcritas, solamente representa una alternativa que tiene el empleador para liberarse total o parcialmente del pago de una pensión extralegal

, de manera que su efecto frente al pensionado no puede significar una disminución, retroceso o desmejora de la prestación ya reconocida, que por se constituye un límite constitucional expreso en materia pensional (art. 48 C.).

En ese sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional al señalar:

"De tal manera, el monto de la pensión que viene percibiendo el asegurado no sufre variación alguna en razón a la compartibilidad pensional, es decir, no se incrementa ni se disminuye, puesto que el ISS subroga a la entidad jubilante en su obligación pensional, siendo de cargo de dicha entidad solamente el mayor valor, si lo hubiere, con lo cual se evita un doble pago respecto de un mismo y único derecho pensional. Además, si el monto de la pensión de vejez reconocida por el ISS, es igual o mayor a la pensión pagada hasta ese momento por el empleador, el ISS se subroga en la totalidad de dicha obligación y el empleador se libera de la misma." (se subraya)

Por tanto, como dijo este tribunal, "el ex empleador no podrá desconocer el derecho pensional que existe en cabeza del pensionado y tampoco podrá liberarse en forma total de su obligación cuando aún debe asumir el mayor valor de la pensión que ha entrado a compartir

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que el empleador a cargo de quien estaba la pensión extralegal se encuentra obligado a asumir el mayor valor que resulte de la diferencia entre ésta y la pensión de vejez, para preservar así los derechos de los jubilados:

“Cabe tener presente, como de manera certera lo hace notar el opositor, que el propósito de las cotizaciones previstas en el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990 no es otro que el de propender por radicar en los entes de seguridad social la totalidad del cubrimiento de las obligaciones pensionales o por lo menos la parte más significativa de las mismas cuando lo primero no sea posible, **desembarazando a los empleadores total o parcialmente del pago de dichas prestaciones**, y su incumplimiento por lo mismo no puede significar la extinción de la compartibilidad y su conversión en compatibles **sino la asunción por parte del empleador de una porción más cuantiosa de la pensión que estaba a su cargo.** (Negrilla fuera del texto

original).

Dicha conclusión surge además del concepto de "unidad" que la prestación tiene para el beneficiario, la cual sirve en este caso para afirmar que la compartibilidad no puede representar un elemento de ruptura en los derechos del pensionado:

"...debe la Sala recordar que en aplicación de los criterios de unidad y universalidad de las prestaciones, el pensionado no puede aspirar a una duplicidad o acumulación de beneficios, cuando el origen del derecho pensional en cuestión es uno solo. La ley ha indicado que la seguridad social representada en nuestro caso por el instituto de Seguros Sociales, es el ente encargado de asumir este riesgo en tanto la obligación del empleador se extingue, pues éste último estará obligado a asumir dicho pago hasta tanto el I.S.S., reconozca tal prestación. Sólo a partir de ese momento, el empleador estará obligado a pagar la diferencia que surgiere entre las dos pensiones, y si no hubiere diferencia alguna, no deberá nada.

Así, en Sentencia del 1 de septiembre de 1981, citada por la Corte Constitucional en la anterior providencia, la Corte Suprema de Justicia señaló:

'La unidad y la universalidad de las prestaciones, principios lógicos consagrados por la ley que exigen la debida integración o coordinación de los beneficios, rigen tanto para el sistema prestacional directo a cargo del patrono como para el régimen del seguro social, y deben aplicarse también lógicamente, cuando en la etapa de transición de un sistema al otro las prestaciones se dividen o distribuyen entre ellos, o en algunos casos se comparten transitoriamente. Resulta entonces que esas distintas prestaciones no son compatibles, pero tampoco son acumulables.

'Las normas vigentes, como se ha explicado al estudiar el cargo, impiden tanto la acumulación o duplicidad de beneficios, como su reducción al nivel mínimo imponible que puede dejar al trabajador parcialmente desprotegido frente a las garantías mínimas a que tienen derecho.' (se subraya)

En suma, encuentra la Sala que el traslado del riesgo de una pensión al Instituto de Seguros Sociales bajo la figura de la compartibilidad, no se agota con el hecho de que el empleador continúe cotizando en nombre del jubilado, sino que se exige la determinación adecuada y justa del "mayor valor" que le corresponde asumir, a partir de la protección constitucional de los derechos adquiridos de los pensionados y de la interdicción de la disminución de las pensiones reconocidas conforme a derecho (art. 48 C.P), que ha sido la perspectiva desde la cual se ha definido la figura de la compartibilidad:

“La compartibilidad pensional consiste en la protección que se otorga al monto del ingreso pensional del jubilado, cuando el mismo cumple con todos los requisitos para acceder al pago de la pensión vitalicia de vejez, por parte de la entidad administradora de tales recursos. Lo anterior ocurre, por ejemplo, cuando la entidad en la cual se encuentra laborando el trabajador prevé condiciones más favorables para acceder a la pensión que la prescritas para la generalidad de los trabajadores. En tales circunstancias, la empresa empleadora asume el pago de las mesadas hasta tanto el empleado cumpla la edad y el tiempo de cotización exigidos por la ley para todas las personas”

IV. CONCLUSIONES

De acuerdo con lo señalado anteriormente, la Sala concluye lo siguiente:

(i) El reajuste mensual de la pensión previsto en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, constituye un derecho de quienes se pensionaron antes del 1 de enero de 1994, que debe ser reconocido en su integridad para mantener el efecto neutro del reajuste en salud ordenado por la Ley 100 de 1993, con independencia de que la respectiva pensión pase a ser compartida con el Instituto de Seguros Sociales.

(ii) Como la compartibilidad no puede afectar los derechos adquiridos del pensionado, el monto de la pensión debe ser igual antes y después de operar dicho fenómeno; así, en este último caso, la sumatoria del valor que reconoce la entidad de aseguramiento y del mayor valor a cargo del ex empleador -cuando la pensión extralegal es mayor- debe corresponder a lo que devengaba el pensionado antes de la compartibilidad, inclusive con el reajuste del artículo 143 de la Ley 100 de 1993.

(iii) Dado que conforme a las normas citadas a lo largo de este concepto, el mayor valor entre el monto de la pensión de jubilación y la pensión reconocida por el Instituto de Seguros Sociales se encuentra a cargo del ex empleador -en este caso del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural como sucesora del IDEMA-, corresponde a este último garantizar la respectiva equivalencia y, por tanto, el pago integral del reajuste previsto en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993. La discusión que sobre esa materia pueda darse con el Instituto de Seguros Sociales, en cuanto a si dicha entidad debe asumir parte de ese reajuste, es un asunto que no puede trasladarse por el Ministerio al pensionado.

Así las cosas, la Sala observa que el cambio en la forma de calcular el reajuste por salud cuando entra a operar la compartibilidad (aplicándolo únicamente sobre el mayor valor que le corresponde asumir al Ministerio), implica que los pensionados vean reducido su ingreso y que tengan que asumir a su costa una carga que no les corresponde en los términos de la Ley 100 de 1993 ni de las normas que regulan la compartibilidad, lo que, además de todo, podría ser cuestionado desde el punto de vista de las garantías constitucionales previstas en el artículo 48 Superior.

Por tanto, en relación con la obligación de pagar el referido reajuste en forma completa, la Sala advierte que la compartibilidad no tiene efectos liberatorios, ni opera la subrogación, de manera que el empleador pueda reducir la protección otorgada por la Ley 100 de 1993 a las pensiones reconocidas antes del 1° de enero de 1994.

De esta manera, la Sala concluye que la premisa de la que parte el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, cuando afirma que la situación de quienes tienen pensiones compartidas le "genera alguna duda sobre la aplicación del reajuste porque el balance económico que realizan, al comparar los valores devengados antes y después de ser materializada la compartibilidad de su pensión con el ISS, arroja un resultado deficitario para el jubilado.", debe resolverse a favor de ese grupo poblacional, para hacer prevalecer sus derechos y la garantía de que no se reducirán las mesadas reconocidas conforme a derecho.

Conforme a lo expuesto, la Sala responde:

1 - ¿El alcance del reajuste establecido por la Ley 100 de 1993, en el artículo 143, reglamentado por el artículo 42 del Decreto 692 de 1994, es el de incrementar directamente el valor de la mesada de las pensiones de vejez, de jubilación, de invalidez o de sobrevivientes, causadas o

reconocidas antes del 1° de enero de 1994?

Respuesta: El incremento del reajuste establecido en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, reglamentado por el artículo 42 del Decreto 692 de 1994, no tiene por objeto “compensar” el efecto negativo del aumento de la cotización en salud de los pensionados, para evitar que éste “aminore”, “reduzca” “deprecie” o, en general, se refleje negativamente en las pensiones de vejez, jubilación, invalidez o de sobrevivientes, causadas o reconocidas antes del 1° de enero de 1994. Así, el mayor valor a favor del pensionado, se compensa con el mayor descuento por aportes en salud ordenado por la Ley 100 de 1993.

2.- Si la respuesta es afirmativa, en el caso de las pensiones de jubilación del extinto "IDEMA", ¿Se deben liquidar con un 9,33% las mesadas a partir del mes de junio de 1995 cuando se incrementó el aporte en salud?

3.-Y si es negativa, ¿Este Ministerio debe continuar aplicando los efectos de la citada norma legal mediante el pago mensual del concepto "ajuste por salud" sin adicionarlo a la mesada en el momento en que se comparte la pensión con el seguro social?"

Respuesta: En cualquier caso, se debe garantizar el pago integral del reajuste previsto en el Artículo 143 de la Ley 100 de 1993 y sus normas reglamentarias; tal pago no se debe afectar o disminuir por efectos de la compartibilidad de la pensión con el Instituto de Seguros Sociales.

El reajuste mensual ordenado en la referida disposición legal no puede calcularse únicamente sobre el valor que corresponde asumir al Ministerio después de la compartibilidad, pues ello implicaría una reducción del ingreso real del pensionado y desconocería el efecto neutro o compensatorio que la ley le dio a dicho reajuste.

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO

Presidente

GUSTAVO E. APONTE SANTOS

WILLIAM ZAMBRANO CETINA

JENNY GALINDO HUERTAS

Secretaria de la Sala



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

