

CONCEPTO 3149 DE 2005

(marzo 7)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

D.J.N.

Bogotá, D.C.

PARA: Doctora Claudia Elena Baena Restrepo

Jefe Departamento de Atención al Pensionado (E)

ISS – Seccional Antioquia

DE: Dirección Jurídica Nacional - Unidad de Seguros

ASUNTO: Oficio No. 083334

Mediante oficio de la referencia, solicita a esta Dirección concepto sobre diferentes temas, los cuales procederemos atender dando respuesta a cada uno de los interrogantes en él planteados:

1.- En caso de que a un asegurado se le haya concedido pensión de invalidez por incapacidad permanente parcial por accidente de trabajo, al no estar exonerados de cotizar para los riesgos de invalidez, vejez y muerte según el artículo 56 del Decreto 3063 del 23 diciembre de 1989, si acredita los requisitos para acceder a la pensión de vejez bajo la Ley [100](#) de 1993. ¿Es procedente su reconocimiento suspendiendo la prestación anterior si hay renuncia expresa del asegurado?

Con fundamento en los principios de Unidad y Universalidad adoptados por nuestro régimen de Seguridad Social, la Honorable Corte Suprema de Justicia en sus últimos pronunciamientos ha considerado que la Pensión de Vejez y la Pensión de Invalidez de origen profesional son incompatibles. Con base en ello, la Presidencia del Seguro Social emitió la Circular 569 del 4 de Noviembre de 2003, de la cual enviamos fotocopia, con el fin de que se proceda acorde con sus lineamientos.

2.- En caso de que a un asegurado se le haya concedido pensión de invalidez por incapacidad permanente total por accidente de trabajo, y contaba con más de 1000 semanas a la entrada en vigencia del Decreto 3063 de 23 de diciembre de 1989, al estar exonerados de cotizar para los riesgos de invalidez, vejez y muerte según el literal c del artículo 56 del citado Decreto, al cumplir 60 años de edad bajo la vigencia de Ley [100](#) de 1993. ¿Es procedente su reconocimiento suspendiendo la prestación anterior si hay renuncia expresa del asegurado?

El caso en comento reviste finalmente las mismas características: acceder a una pensión de vejez, estando pensionado por invalidez de origen profesional, por consiguiente se recomienda observar lo previsto en la Circular 569 del 4 de Noviembre de 2003, en cuanto a su incompatibilidad.

3.- En caso de que a un asegurado se le haya concedido pensión de invalidez de origen común, y a la fecha de la estructuración del estado de invalidez haya cotizado en forma válida la densidad de semanas requeridas para acceder a la pensión de vejez de acuerdo al artículo [36](#) de la Ley 100

de 1993. ¿Es procedente su reconocimiento si el afiliado renuncia expresamente a la prestación anterior?

Cuando la persona pensionada por invalidez de origen común, acredite los requisitos para acceder a la pensión de vejez consagrados en el artículo [33](#) de la Ley 100 de 1993, optará por la prestación que le sea más favorable, toda vez, que acorde con el literal j. del artículo [13](#) de la mencionada Ley 100, “Ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez”.

4.- En caso de que a un asegurado se le haya concedido pensión de vejez en calidad de servidor público, según lo establecido bajo la Ley [33](#) de 1985 y simultáneamente haya laborado con el sector privado, al cumplir los requisitos para la pensión de vejez bajo el Régimen del ISS para los trabajadores del sector privado, es decir, contar con la edad requerida y el número de semanas sin tener en cuenta las que sirvieron para liquidar la prestación económica como servidor público, ¿Tendrá derecho o no a que sea reliquidada la prestación económica en atención a haber escogido el régimen contemplado en la Ley [33](#) de 1985?

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 13 de Octubre de 2004, M.P. Gustavo José Gnecco expone:

" Así mismo, cabe destacar en torno a la cuestión específica de la subrogación de las pensiones de jubilación del sector oficial del orden nacional y territorial por la de vejez a cargo del I.S.S., que desde la organización del seguro social obligatorio se estableció la sustitución de la pensión de jubilación patronal por la de vejez a cargo del ISS (ver Ley 90 de 1946, art. [76](#)) y así quedó definido para el sector particular en los términos del art. [259](#) del C. S. del T, que consagró la liberación del patrono respecto a aquellas pensiones, "...cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, de acuerdo a la ley...". No obstante, para los trabajadores oficiales no sucedió lo mismo, en vista de que no se previó, como en el sector particular, un principio de transitoriedad del régimen pensional a cargo del empleador para derivar en la asunción total del riesgo por el Seguro, sino que por el contrario subsistieron estatutos especiales que no contemplaban tal asunción y se expedieron nuevos como el Decreto [3135](#) de 1968, reglamentado por el [1848](#) de 1969 que tampoco dispuso la subrogación total, sin perjuicio de que los trabajadores oficiales pudieran ser afiliados al I.S.S. conforme lo autorizó el régimen de estos.

"Sobre este tema, la Sala en sentencia del 10 de agosto de 2000, radicación [14163](#), explicó:

"...en vigencia de la normatividad precedente a la ley [100](#) de 1993, la cual rige para el asunto bajo examen, tratándose de trabajadores oficiales no son aplicables las mismas reglas dirigidas a los particulares, a propósito de la asunción del riesgo de vejez por el ISS, pues si bien los reglamentos del Instituto autorizaban la afiliación de servidores públicos vinculados por contrato de trabajo, no se previó en el estatuto pensional de éstos (Ver por ejemplo los Decretos [3135](#) de 1968, el Reglamentario [1848](#) de 1969 y la Ley [33](#) de 1985) que el sistema del Seguro reemplazara absolutamente su régimen jubilatorio, como si aconteció para los particulares en el artículo [259](#) del C.S.T, y no se contempló por consiguiente una transición del uno al otro, de forma que este régimen jubilatorio subsistió a pesar de la afiliación de los empleados al ISS y, forzosamente, en estos términos, la coexistencia de sistemas debe armonizarse con arreglo a los principios de la Seguridad Social”.

Así las cosas, la ausencia de fundamento legal para el caso materia de estudio, hace que la

decisión termine dependiendo solo de lo contemplado en el texto del párrafo 1o del artículo [18](#) de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo [5](#) de la Ley 797 de 2003 en el cual se permite la simultaneidad de cotizaciones en forma proporcional así:

“ En aquellos casos en los cuales el afiliado perciba salario de dos o más empleadores, o ingresos como trabajador independiente o por prestación de servicios como contratista, en un mismo período de tiempo, las cotizaciones correspondientes serán efectuadas en forma proporcional al salario, o ingreso devengado de cada uno de ellos, y estas se acumularán para todos los efectos de esta ley sin exceder el tope legal”.

Por consiguiente, la pensión de jubilación reconocida bajo los parámetros de la Ley [33](#) de 1985 podrá ser relevada al momento del reconocimiento de la pensión de vejez por parte del ISS, lo que incluye la nivelación del valor de la pensión con base en los salarios cotizados en forma simultánea.

5.- La Ley 797 de 2003 en el artículo [3](#) estableció que eran afiliados en forma voluntaria al Sistema de Pensiones los colombianos domiciliados en el exterior, que no tuvieran la calidad de afiliados obligatorios y que no se encontraran expresamente excluidos por la citada ley.

El Decreto 806 de 1998 en el artículo [59](#) estableció que habría lugar a la interrupción de la afiliación en salud, sin pérdida de la antigüedad ni pago de los períodos por los cuales se interrumpe la cotización, cuando el afiliado cotizante o pensionado y sus beneficiarios residan temporalmente en el exterior y reanuden el pago de sus aportes dentro del mes siguiente a su regreso al país, debiendo comunicar tal circunstancia a la EPS a la cual se encuentre afiliado.

Igualmente, el Decreto 510 de 2003, en el artículo [3](#), dispuso que la base de la cotización para el sistema general de pensiones deberá ser la misma que la base de la cotización del sistema general de seguridad social en salud, salvo que el afiliado cotice para el sistema general de pensiones sobre una base inferior a la mínima establecida para el sistema general de seguridad social en salud.

Así las cosas, ¿El afiliado cotizante o el pensionado y sus beneficiarios que se encuentran fuera del país, están exonerados de cotizar para salud en virtud del decreto [806](#) de 1998 o si por el contrario, están en la obligación de cotizar, de acuerdo al decreto [510](#) de 2003?

El Decreto 806 de 1998, reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud estableciendo en su artículo [1o](#) como objeto y ámbito de aplicación lo siguiente:

“El presente decreto tiene por objeto reglamentar la Seguridad Social en Salud, **en todo el territorio nacional**, tanto como servicio público esencial como servicio de interés público a cargo de particulares o del propio Estado, el tipo de participantes del Sistema, la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y los derechos de los afiliados”.

Igualmente, el artículo [25](#) del mencionado Decreto 806 de 1998, designa que:

“Son afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, **todos los residentes en Colombia** que se encuentren afiliados al Régimen Contributivo o al Régimen Subsidiado y los vinculados temporalmente según lo dispuesto en el presente Decreto”.

De lo anterior se infiere que los afiliados independientes en pensiones **residentes** en el exterior, se encuentran exentos de las cotizaciones en Salud; el mencionado Sistema de Salud sólo está al

alcance de los habitantes del territorio colombiano.

Sin embargo, cuando la persona solicite la pensión para la cual ha cotizado desde el exterior, deberá demostrar tal residencia para que no se vea afectado en el ingreso base de liquidación de la pensión reclamada.

6.- Para efectos de la pensión de sobrevivientes, en caso de que un asegurado haya sido declarado presuntamente muerto por desaparecimiento conforme lo establecido en los artículos [96](#) y siguientes del código civil y en consecuencia, se haya fijado como día presuntivo de la muerte el último del primer bienio contado desde la fecha de las últimas noticias. ¿Desde cuando se contabilizan las semanas para ser analizados los requisitos que les permitan o no a los solicitantes acceder a la prestación económica, toda vez que en esos dos últimos años no ha de observarse cotizaciones al Sistema precisamente por la condición de desaparecimiento?

Es claro que ni en la Ley [100](#) de 1993 ni en la legislación anterior, en lo referente a las pensiones de sobrevivientes, se realizó reglamentación alguna referente al caso de la muerte por desaparecimiento; sin embargo, al establecerse en el artículo [96](#) del Código Civil, la figura de la presunción de muerte por desaparecimiento, es allí, donde el Juez mediante sentencia fija la fecha presuntiva de la muerte de un desaparecido, fecha ésta que para los efectos que nos ocupan debe tenerse en cuenta.

Oportuno hacer referencia, a la Sentencia 21953 del 26 de Marzo de 2004 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Magistrado ponente Doctor Luis Javier Osorio López, en donde en esa oportunidad la Sala puntualizó:

“Valga reiterar por la Corte que cuando, como en el presente caso, desaparece una persona que venía cotizando, corresponde al juez realizar una ficción jurídica para aplicar las disposiciones en cita y entender que para estos eventos la fecha que debe observarse no es la de la muerte fijada judicialmente, sino aquella en que sucedió el desaparecimiento”.

De lo anterior, forzoso es concluir, que si bien es cierto nadie está obligado a lo imposible – Ad impossibilia nemo tenetur- de allí que pueda decirse que el desaparecimiento constituye una circunstancia de fuerza mayor que impide de modo absoluto al desaparecido el cumplimiento de su obligación de seguir efectuando sus aportes a la seguridad social, no es al Instituto de Seguros Sociales a quien le corresponde inferir la fecha a partir de la cual se cuentan las semanas necesarias para el surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, sino al Juez competente para efectuar la declaración judicial, tan es así, que la Corte en el aparte transcrito, traslada en cabeza del juez la posibilidad de realizar una ficción jurídica para fijar como fecha de muerte no la judicial sino aquella en que sucedió el desaparecimiento.

7.- Cuando en el dictamen médico laboral emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, se establece que la pérdida de capacidad laboral, fue estructurada hace más de un año anterior a la solicitud de pensión de invalidez y una vez revisados los demás requisitos para acceder a la prestación no se tiene derecho a la misma, ¿ Se debe negar la indemnización sustitutiva prescrita en el artículo [45](#) de la Ley 100 de 1993 toda vez que el artículo [50](#) del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en concordancia con lo dispuesto en el artículo [36](#) de la Ley 90 de 1946, aplicables por remisión expresa que hace el artículo [31](#) de la Ley 100 de 1993, establece que la acción para el reconocimiento de las prestaciones diferentes a las mesadas pensionales prescribe en un (1) año contados a partir del momento en que el derecho se hace exigible? o ¿ El término de un año se debe contar a partir de

la emisión del respectivo dictamen?

En el caso en comento, si bien es cierto que acorde con la Junta de Calificación de Invalidez la persona contaba con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral superior al 50% que lo declaraba inválido, para acceder a la pensión de invalidez, debería cumplir condiciones adicionales en cuanto al número de semanas cotizadas, requisito que según escrito de consulta no cumplía, dando lugar a la negación del derecho.

En subsidio se reconocerá la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, siempre y cuando al efectuar el conteo a partir de la fecha del dictamen médico laboral, día en el cual tuvo conocimiento la persona del estado de invalidez, no haya transcurrido el año previsto para dar lugar a la aplicación de la prescripción.

Para mayor ilustración nos permitimos enviar copia del concepto emitido por esta Dirección No DJN-US- 00239 del 15 de Enero de 2002.

8.- En caso de que la pensión de sobrevivientes se cause por muerte de un afiliado bajo la Ley [100](#) de 1993 o [797](#) de 2003 y se presente a reclamar en calidad de beneficiaria la cónyuge o la compañera permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de 2 ó 5 años respectivamente bajo la normatividad sobre la cual se cause el derecho?

El legislador ha dispuesto que 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 ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones.

La pensión de sobrevivientes constituye uno de los mecanismos instituidos por el legislador para la consecución del objetivo de la seguridad social antes mencionado. La finalidad esencial de esta prestación social es la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, de tal suerte que las personas que dependían económicamente del causante puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia, sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida del pensionado o afiliado que ha fallecido. Por ello, la ley prevé que, en aplicación de un determinado orden de prelación, las personas más cercanas y que más dependían del causante y compartía con él su vida, reciban una pensión para satisfacer sus necesidades.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia. Para esa Corporación, "no puede hacerse abstracción del sentido mismo y finalidad de la institución de la pensión de sobrevivientes que busca precisamente impedir que quien haya convivido permanente, responsable y efectivamente, y prestado apoyo afectivo a su pareja al momento de su muerte, se vea abocado a soportar aisladamente las cargas, tanto materiales como espirituales, que supone su desaparición".

Acorde con lo dispuesto por las normas vigentes, la pensión de sobrevivientes se reconoce para tal efecto, y se deben cumplir las exigencias fijadas por el legislador.

Ahora bien, según lo expuesto en la sentencia C-[1176](#) de 2001, es razonable suponer que las exigencias consignadas por el legislador buscan la protección de los intereses de los miembros del grupo familiar del pensionado que fallece, ante la posible reclamación ilegítima de la pensión

por parte de individuos que no tendrían derecho a recibirla con justicia. Igualmente suponer que el señalamiento de exigencias pretende favorecer económicamente a matrimonios y uniones permanentes de hecho que han demostrado un compromiso de vida real y con vocación de permanencia; también se ampara el patrimonio del pensionado, de eventuales maniobras fraudulentas realizadas por personas que sólo persiguen un beneficio económico con la sustitución pensional. Por esto, dijo la Corte, con el establecimiento de tales requisitos se busca desestimular la ejecución de conductas que pudieran dirigirse a obtener ese beneficio económico, de manera artificial e injustificada.

En síntesis, la legislación vigente consagra los requisitos y los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, para lo cual incorpora, entre otros, los siguientes criterios, que combina en diferentes alternativas: la calidad de pensionado o de afiliado al sistema pensional que tuviera el causante; el siniestro que ocasionó la muerte del causante; la edad del cónyuge o compañera o compañero permanente supérstite; si procrearon hijos en su unión marital; el término de convivencia con anterioridad al deceso y si hacía vida marital con el causante hasta su muerte, por consiguiente, para acceder a la prestación referida se debe dar cumplimiento a cada una de las exigencias.

En los anteriores términos esperamos absolver su consulta.

Cordialmente,

JAIME EDUARDO RINCON CERON

Director Jurídico Nacional

Anexo lo anunciado en siete (7) folios.

MNLP

Rad: 19128

2005.02.03



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

