

CONCEPTO 5971 DE 2008

(mayo 22)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

D.J.N.

Bogotá, D.C.

Doctor

RODRIGO ARBOLEDA CANDELO Presidente

Asociación de Jubilados y Pensionados del Sector Público y Privado

Del Departamento del Valle del Cauca -AJUPDESPUVA-

Carrera 22 34 – 28

Palmira - Valle

Damos respuesta al oficio en que solicita concepto sobre la suspensión del pago de aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, una vez se cumplen los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

Sobre el particular, el artículo [17](#) de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo [4](#) de la Ley 797 de 2003, señala que:

“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”.

Acorde con lo dispuesto en la norma anteriormente enunciada, se colige, que si bien es cierto que por mandato legal se deberán efectuar cotizaciones obligatorias a los regímenes del Sistema General de Pensiones durante la vigencia de la relación laboral por parte de los afiliados y empleadores, cierto es también, que en el evento en que el afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cumple con los requisitos previstos para obtener la pensión de vejez, la obligación, también por mandato legal, de continuar cotizando, cesa en ese preciso momento, para el Sistema General de Pensiones, más no para los Sistemas de Salud y Riesgos Profesionales.

De otra parte, el párrafo 3o. del artículo [9](#) de la Ley 797 de 2003, modificadorio del artículo [33](#) de la Ley 100 de 1993, 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.

Es necesario precisar que dicho párrafo fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-[1037](#) -3 del 5 de noviembre de 2003, a través de la cual se concluyó que no puede existir solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y la iniciación del pago efectivo de la mesada pensional, precisamente para asegurar al trabajador y a su familia los ingresos mínimos vitales, así como la efectividad y primacía de sus derechos constitucionales. Por tanto, la única posibilidad de que el precepto acusado devenga constitucionalidad es mediante una sentencia aditiva para que el trabajador particular o servidor público sea retirado sólo cuando se le garantice el pago de su mesada pensional, con la inclusión en la correspondiente nómina, una vez se haya reconocido su pensión.

En consecuencia, la Corte decidió declarar exequible el párrafo 3o. de la Ley [797](#) de 2003, siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión, se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados respectiva.

No obstante, damos a conocer el contenido de la Circular Conjunta [0001](#) del 24 de Enero de 2005 de los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social, en la que efectuaron las siguientes precisiones:

1. “Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, es obligación de los afiliados, empleadores y contratistas, efectuar cotizaciones al Sistema General de Pensiones, pues estos de conformidad con la ley son afiliados obligatorios al Sistema.
2. Cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente o reciba la indemnización sustitutiva, cesa la obligación de cotizar al Sistema General de Pensiones, en razón a que los pensionados por jubilación, vejez o invalidez y quienes hayan recibido la correspondiente indemnización sustitutiva, están excluidos del sistema.
3. No obstante, si pese a tener satisfechos los requisitos para pensionarse anticipadamente el trabajador decide no hacerlo, el empleador está obligado a continuar efectuando las cotizaciones a su cargo mientras dure la relación laboral, por tratarse de afiliados obligatorios al sistema.
4. La persona que reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez puede pensionarse, o seguir trabajando; en este último evento, por tratarse de afiliados obligatorios al Sistema General de Pensiones conforme lo prevé el artículo [15](#) de la Ley 100 de 1993, se continuarán realizando las cotizaciones durante la vigencia del vínculo laboral, con objeto de incrementar el monto de la pensión.

Lo anterior, sin perjuicio de la facultad que tiene el empleador de terminar la relación laboral invocando como justa causa el cumplimiento de requisitos para acceder a la pensión.

5. Si el trabajador o el servidor público no solicita el reconocimiento de la pensión dentro de los treinta (30) días siguientes al cumplimiento de los requisitos para acceder a ella, el empleador puede solicitarla a nombre de este.
6. El empleador sólo puede desvincular al trabajador o al servidor público, una vez sea notificada la inclusión del trabajador en la correspondiente nómina de pensionados.
7. Cuando pese a tener cumplidos los requisitos para pensión, ni el empleado público ni su

empleador solicitan el reconocimiento, el servidor puede continuar vinculado hasta llegar a la edad de retiro forzoso, evento en el cual continúa siendo afiliado obligatorio al Sistema”.

Sin embargo, tratándose de la compartibilidad de pensiones establecida, en el artículo 5o del Acuerdo 029 de 1985 (Decreto 2879 de 1985), en armonía con lo dispuesto en el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990 (Decreto 758 de 1990), la cual señala que los patronos inscritos en el Instituto de Seguros Sociales, que a partir de la fecha de su publicación, otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntariamente, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y, en este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía siendo pagada por el patrono.

Acorde con lo previsto colegimos, que para efectos de surtir el fenómeno de la compartibilidad pensional, se hace necesario, por mandato legal, que el empleador continúe cotizando para el Sistema General de Pensiones, pues dada la naturaleza de tal figura y, con el propósito de que el empleador, precisamente, se libere de una obligación, la cual va a ser subrogada por el Instituto de Seguros Sociales, es que debe dar cumplimiento a lo ordenado por la ley, pues de lo contrario, aquél no se liberaría de tal obligación.

Igualmente colegimos, que el Instituto de Seguros Sociales comparte las pensiones extralegales de jubilación, sólo a partir del día 17 de octubre de 1985, fecha en que entró en vigencia el Decreto 2879 de 1985, lo que permite, que el empleador continúe cotizando para el Sistema General de Pensiones, para subrogarse por el Instituto de Seguros Sociales, en el pago de la totalidad de la pensión de jubilación, cuando nazca el derecho de la pensión de vejez para el trabajador.

Una vez otorgada la pensión de jubilación, con el lleno de requisitos estipulados en la Convención, el empleador continuará cotizando al Instituto de Seguros Sociales para el Sistema General de Pensiones, hasta que el extrabajador cumpla con los presupuestos exigidos en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, para el otorgamiento de la pensión de vejez. En ese momento, el Instituto procederá a cubrir dicha prestación, correspondiéndole al empleador, únicamente, el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión de jubilación otorgada por éste y la de vejez que le reconozca el Instituto, de conformidad con lo previsto por el artículo 5o del Decreto 813 de 1994 modificado por el artículo 2o del Decreto 1160 de 1994.

Finalmente, en cuanto al tema del giro de retroactivo de pensiones compartidas con un empleador público o privado, la Vicepresidencia de Pensiones del Instituto de Seguros Sociales, mediante Circular VP 502 del 26 de agosto de 2002 de obligatorio cumplimiento, señaló que: “El Instituto reconoce la pensión de vejez a los afiliados que reúnan los requisitos para tener derecho a la misma, señalados en la Ley y los reglamentos, independientemente de que ésta sea compartida o no, por tanto, el retroactivo a que haya lugar, será girado en principio al trabajador, excepto cuando éste haya autorizado que se gire al empleador, o se presente controversia entre este último y el trabajador, respecto al derecho del mismo”. (Subrayado por fuera de texto).

Agrega la Circular que: “Los empleadores públicos o privados que hayan reconocido o vayan a reconocer pensiones de jubilación que cumplan los requisitos legales para ser compartidas, deben tener en cuenta lo siguiente:

Conforme a las normas legales que regulan la compartibilidad de las pensiones, (Artículos [16](#), [17](#), [18](#) del Decreto 758/90 y [5o](#) del 813 de 1994) los empleadores tienen la obligación de pagar la pensión de jubilación de carácter compartida, hasta el cumplimiento de los requisitos para obtener la pensión de vejez que reconoce el ISS asegurador, quedando a cargo del empleador, la diferencia cuando la pensión reconocida por el ISS sea inferior a la de jubilación que venía recibiendo el trabajador.

Por tanto, si el empleador continúa pagando la totalidad de la pensión de jubilación con carácter compartida durante el tiempo que demore el trámite de la pensión de vejez ante el ISS, debe igualmente tener en cuenta que el Instituto le girará el retroactivo al empleador, previa autorización suscrita por el trabajador, debidamente autenticada.

A su turno, la Circular VP 516 del 24 de octubre de 2002 de obligatorio cumplimiento, dispuso que: “Cuando un empleador reconozca una pensión de jubilación con carácter compartida, mediante Acto Administrativo y en éste se establezca que el retroactivo a que haya lugar en la pensión compartida que reconozca el ISS, se debe girar al empleador, dicho acto reemplazará la autorización de giro de retroactivo a que se refiere la Circular de la referencia, siempre y cuando, el jubilado o interesado no hubiere logrado la modificación o revocación del mismo, mediante la utilización de los recursos de Reposición o Apelación, Revocatoria Directa o providencia judicial, en lo que tiene que ver con dicho giro de retroactivo...”

En consecuencia, en las Circulares en comento quedó claro que los empleadores con el objeto de compartir o subrogar las pensiones de jubilación deben continuar pagando para el Sistema General de Pensiones hasta el cumplimiento de los requisitos exigidos para optar por la pensión de vejez.

Es decir, legalmente la obligación por parte del empleador, cesa al momento en que el extrabajador reúne los requisitos de edad y de tiempo exigidos para optar por la pensión de vejez, correspondiéndole al trabajador el retroactivo; en el evento en que el empleador continúe pagando la pensión durante el tiempo que demore el trámite de la pensión de vejez, es a éste en equidad a quien le corresponde el valor del retroactivo que se cause desde el momento en que se reunieron los requisitos para obtener la pensión de vejez hasta la inclusión en nómina; sin embargo, esta situación le corresponde resolverla al empleador y al trabajador.

Finalmente, lo observado por la Procuraduría General de la Nación en ejercicio de la función preventiva y de control de gestión, en el sentido de que “ si el empleador continúa pagando la totalidad de la pensión de jubilación, con carácter de compartida, su obligación subsiste es hasta cuando se cumpla con los requisitos de Ley, No obstante, por razones prácticas el empleador se hace cargo del pago durante y el tiempo de demora del trámite de pensión de vejez en el ISS, por lo tanto debe entenderse que el retroactivo en lo que corresponda al valor pagado al pensionado, es dinero que el Instituto debe girar al empleador, quien pagó sin estar obligado a hacerlo”, coincide con la posición Institucional plasmada en las Circulares comentadas en el presente escrito, respecto al tema el giro de retroactivo de pensiones compartidas, siempre y cuando se consideren las exigencias contempladas en ellas.

En este punto consideramos oportuno el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, Magistrado Ponente Eduardo López Villegas - Expediente: 28614 del dieciocho (18) de octubre de dos mil seis (2006):

“... la Sala recientemente tuvo oportunidad de pronunciarse, en el sentido de que no se trataba en

estos eventos de una cesión de derechos como un acto jurídico por el cual un acreedor cede o transfiere voluntariamente un crédito o derecho personal (Sentencia de 15 de junio de 2006, Rad. No 27311). En realidad, lo que aquí se presenta es un pago anticipado de la pensión de vejez a cargo del ISS por parte de la entidad jubilante, que para evitarle un perjuicio al trabajador continúa sufragando el valor total de la prestación cuando ya no está a su cargo íntegramente, por haber operado la subrogación por parte del seguro social.

Ahora bien, el Tribunal autorizó el traslado de fondos a favor del empleador que concedió la jubilación no porque estimara que era titular o causante del derecho de vejez del trabajador, sino en razón a que consideró que siendo las prestaciones compartibles las mesadas causadas no estaban en su totalidad a cargo de la Empresa de Energía de Bogotá, pero como ésta había continuado pagando mientras el ISS asumía la obligación, era necesario reembolsarle la parte en que el Instituto concurría al pago.

Esa posición del Tribunal resulta razonable, pues como se dejó expuesto, las mesadas que el empleador cancela con posterioridad al momento en que comienza a operar el fenómeno de la compartibilidad entre la pensión de jubilación que venía sufragando y la de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales, son las que en rigor debe cubrir la entidad de seguridad que asume el riesgo, debiendo volver lo pagado al patrimonio de la empresa una vez se formalice la subrogación.

En la sentencia de 15 de junio pasado ya citada, señaló la Corte que “conforme a la ley y a partir de la asunción del riesgo de vejez para el ISS, desaparece la obligación de la empresa jubilante de continuar cubriendo las mesadas pensionales a su extrabajador, quedando a su cuenta únicamente el mayor valor si lo hubiere entre las dos pensiones; luego, si lo hizo fue para proteger al pensionado.

“Por consiguiente, como bien lo concluyó el ad quem, esos dineros del retroactivo cuando se está en presencia de pensiones compartibles y el empleador mantiene la cancelación de las mesadas no pertenecen propiamente al afiliado, siendo razonable que se disponga el giro de este concepto a quien lo cubrió periódicamente sin estar obligado a ello, lo que de plano desvirtúa la cesión de derechos y por ende la aplicación del precepto legal que la prohíbe, además que con ello no se desconoce que el accionante sea el verdadero beneficiario del derecho pensional, cuyas mesadas continuará recibiendo a través de la entidad que legalmente le corresponde el pago”.

El anterior concepto tiene los efectos determinados en el Artículo [25](#) del Código Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

SERGIO HERNANDO COLMENARES PORRAS

Director Jurídico Nacional

Revisó: RUTH ALEYDA MINA GARCÍA

Jefe Unidad de Seguros

Dirección Jurídica Nacional

MNLP

Rad. 3931

2008.05.08



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

