

CONCEPTO 20717 DE 2009

(noviembre 25)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

D.J.N.

Bogotá D.C.

Señor

ALFONSO DAVID VIDES MONTES DE OCA

Carrera 24 F No. 10-29 Barrio La Palma

Sincelejo - Sucre

ASUNTO: Criterio sobre Indexación de la primera mesada pensional – Aplicación de la jurisprudencia – Pensiones EMPOS

Respetado señor:

Acuso recibo de la consulta de la referencia en la cual se plantean algunas inquietudes respecto del tema de la indexación a la primera mesada pensional en tratándose de pensiones reconocidas por las EMPOS en la aplicación de jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, al tiempo que cuestiona una variación del criterio asumido por el ISS en esta materia.

Sobre el particular se considera necesario hacer las siguientes precisiones:

El artículo [149](#) de la Ley 100 de 1993, establece lo siguiente:

“Las pensiones de los beneficiarios de (...) las Empresas de Obras Sanitarias liquidadas serán pagadas en adelante por el Instituto de Seguros Sociales, el cual también asumirá la prestación del servicio médico asistencial siempre y cuando el pensionado cotice para salud.”

“El Gobierno Nacional apropiará anualmente en el presupuesto las partidas necesarias par el cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo, **y hará las correspondientes transferencias al Instituto de Seguros Sociales.**” Destacado nuestro.

Como se advierte de la norma transcrita, la obligación pensional que se encontraba a cargo de Empresas de Obras Sanitarias -EMPOS- -liquidadas- fue reconocida por las EMPOS y por mandato del artículo [149](#) de la Ley 100 de 1993 es pagada por el Instituto de Seguros Sociales.

Dicha función de **pagador** atribuida al Instituto de Seguros Sociales se reitera en el inciso segundo de la norma ejusdem al indicar que la Nación deberá apropiar dentro del presupuesto las partidas necesarias para el cumplimiento de esta obligación pensional con los beneficiarios de pensiones provenientes de las EMPOS liquidadas, de donde se desprende que dichos recursos provienen directamente de la Nación y no del Instituto de Seguros Sociales como administrador del Régimen Pensional de Prima Media con Prestación Definida.

Ahora bien, en cuanto al tema de la indexación de la primera mesada pensional, en sentencias que son muchedumbre la H. Corte Suprema de Justicia en los últimos años ha fijado una posición jurídica relacionado con la viabilidad para actualizar el valor del ingreso base de liquidación que sirvió de sustento para calcular la primera mesada pensional, en tratándose de pensiones legales, extralegales e incluso aquellas pensiones restringidas de jubilación o pensión sanción causadas antes y después de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, circunstancia que para esta Dirección no admite discusión alguna respecto de las pensiones reconocidas por las EMPOS acudiendo necesariamente al criterio jurisprudencial auxiliar que han fijado durante los últimos años la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, postulado al cual hizo referencia esta Dirección en el oficio DJN-US [13430](#) del 4 de octubre de 2008 reiterado en el oficio DJN-US [1303](#) del 5 de febrero de 2009, cuyo contenido pertinente hizo mención de la de la evolución en la tesis jurídica adoptada por esta Dirección en el tema en cuestión, veamos:

“En primer lugar es oportuno destacar que si bien es cierto y este Despacho había hecho énfasis en la improcedencia de indexar la base salarial para liquidar la primera mesada pensional en aquellos casos en que se reconocía una prestación económica de tipo convencional, sustentado en la ausencia de norma que así lo facultara y en el criterio auxiliar doctrinal que había sentado la Corte Suprema de Justicia por conducto de su sala laboral¹. En la actualidad, la posición jurídica que ha desarrollado y consolidado el máximo tribunal de la Jurisdicción Ordinaria se ha encaminado a disponer la actualización de la base salarial a la hora de fijar la cuantía de las pensiones de jubilación, sin hacer ningún tipo de distinción en el tipo de prestación de que se trate (legal, voluntaria, convencional), siempre que el derecho pensional se haya causado bajo la égida de la Constitución Política de 1991, esto es, a partir del 07 de julio de 1991”.

“De acuerdo con el postulado anterior, observa esta Dirección que en el presente caso, se está en presencia de la figura interpretativa de la doctrina probable para la solución de controversias, de conformidad con la previsión contenida en el artículo 10 de la Ley 153 de 1887 subrogado por el artículo 4o. de la Ley 169 de 1889, que al tenor establece: “Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”.

“En consonancia con lo expuesto, este Despacho ha podido constatar a partir de la revisión de numerosas sentencias de casación que han sido proferidas en el último año por la Corte Suprema de Justicia en conocimiento de cargos encaminados a obtener la indexación de la base salarial que sirvió de sustento para liquidar la primera mesada pensional de personas a quienes no se les reconoció dicha garantía, que la posición de la Corporación ha sido unánime al reconocer tal derecho al conjunto de pensionados que hayan consolidado su derecho pensional a partir de 1991, cuando se expidió la Constitución Política porque este fue el fundamento jurídico que le sirvió a la sentencia de exequibilidad²”

“(…)”

“De otro lado, en lo que hace referencia a la determinación de los sujetos que son titulares del derecho a la actualización de la mesada pensional y a la indexación de la primera mesada pensional, la Corte aclaró que éste es un derecho que no solamente radica en algunos pensionados, sino que por el contrario se extiende a la totalidad de ellos. Lo anterior quiere decir que no cabe hacer ningún tipo de discriminación puesto que con ello se puede estar limitando su derecho. En este sentido, la sentencia de constitucionalidad dijo lo siguiente:”

“El derecho a la actualización de la mesada pensional no puede ser reconocido exclusivamente a determinadas categorías de pensionados, porque un trato diferenciado de esta naturaleza carecería de justificación constitucional, y se torna por tanto en un trato discriminatorio. En efecto, desde la perspectiva constitucional resulta insostenible la tesis que la actualización de las pensiones es un derecho constitucional del cual sólo son titulares aquellos pensionados que el Legislador determine, precisamente porque tal postura acarrearía la vulneración de los restantes principios a los que se ha hecho mención y de los derechos fundamentales de aquellas personas excluidas del goce de la actualización periódica de sus pensiones. Si bien el derecho a la actualización de la mesada pensional surge en virtud de lo que la doctrina ha denominado el proceso de especificación en el reconocimiento de los derechos, de manera tal que su titularidad se reserva a un determinada categoría de sujetos los pensionados dentro de tal categoría su titularidad ha de ser universal, y por lo tanto exclusiones derivadas del tránsito legislativo carecen de justificación.”

“Igual criterio de no distinción entre las diferentes pensiones, ha sido adoptado la Corte Suprema de Justicia en conocimiento de diversos recursos de casación promovidos ante su Sala Laboral donde se pretende la aplicación de la figura de la indexación de la primera mesada pensional. Frente a este punto, es oportuno transcribir la posición que ha asumido la Corporación a partir de la sentencia calendada 31 de julio de 2007, radicación No. 29022 y que ha servido de sustento para el análisis y solución de controversias sometidas a su consideración a partir de dicho momento³.

“Puntualizó la Corte Suprema de Justicia, de la siguiente manera:”

“.....Valga recordar que ya en vigencia de la Constitución Política de 1991, esta Corte venía disponiendo la indexación de la base salarial de la pensión extralegal y de la restringida de jubilación. Así por ejemplo lo definió en las sentencias del 8 de febrero, radicación 7996 y del 5 de agosto, radicación 8616, ambas de 1996. Sin embargo, posteriormente, dicha doctrina fue recogida, para negarla, principalmente, en la sentencia del 18 de agosto de 1999, radicado No [11818](#).

“Luego, se admitió la reevaluación en comento, por mayoría de los integrantes de la Sala, sólo para los eventos en que se reclamaran pensiones con fundamento en el régimen de transición del artículo [36](#) de la [Ley 100 de 1993](#) y, últimamente, también para las pensiones legales causadas a partir de la vigencia de la Constitución Política de 1991, según sentencia del 20 de abril de 2007, radicado 29470 y, más recientemente, en sentencia de 26 de junio de 2007 radicado 28452, en las que se utilizaron como soporte básico las decisiones de la Corte Constitucional del 19 de octubre y 1 de noviembre de 1996, radicaciones D-6247 y D-6246, respectivamente. De suerte que, ahora, ante los antecedentes citados, la Corporación reexamina el tema propuesto, variando su tesis, por mayoría.

“Pues bien, el fundamento constitucional jurisprudencial referido es el que a su vez otorga pleno soporte a la actualización de la base salarial de las pensiones, sin diferenciarlas por su origen, pues la misma tesis - según la cual la omisión del legislador no puede afectar a una categoría de pensiones, y a las que, por consiguiente, corresponde aplicarles la legislación vigente para otras, con el mecanismo de la indexación, para efectos de liquidar una mesada pensional actualizada-, es de recibo tratándose de pensiones extralegales o convencionales, pues éstas no corresponden, en rigor, a una prestación nueva, porque aún, con anterioridad a la nueva Constitución Política y a la expedición de la [Ley 100 de 1993](#), existían regímenes legales que protegían a los

trabajadores del sector privado y oficial, de ciertas contingencias surgidas con ocasión de la ejecución del contrato de trabajo, de la propia naturaleza humana del trabajador o también de eventos fortuitos de diferente orden, que afectaran su vida laboral o, incluso, que pusieran fin a su existencia, con perjuicio de su núcleo familiar. (Se subraya)

“Es que el reconocimiento de una pensión extralegal, entre ellas la convencional, no determina en principio más que un mejoramiento de un derecho mínimo legal, mediante el cual se flexibilizan las exigencias para su causación o simplemente incrementan su cuantía; luego, respecto de estas prestaciones extralegales, también caben los postulados constitucionales previstos en los artículos [48](#) y [53](#) de la Constitución Nacional, que prevén el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones legales.

“El actual criterio mayoritario, que admite la actualización de la base salarial tratándose de pensiones legales causadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la nueva Constitución, impera también ahora para las extralegales, como sería el caso de las convencionales, según lo anotado”. (Se destaca)

“Lo anterior porque, en verdad, no hay razón justificativa alguna para diferenciar, a un trabajador pensionado de acuerdo con la ley, con uno con arreglo a una convención, porque, valga agregar, el impacto del fenómeno económico de la inflación, lo padece tanto el uno como el otro, amén de que si la corrección monetaria no conduce a hacer más onerosa una obligación pensional, sino a mantener el valor económico de la moneda frente a su progresivo envilecimiento, su aplicación, respecto de pensiones extralegales, sean ellas convencionales o voluntarias, no altera de ninguna forma el acto inicial de reconocimiento, porque simplemente lo que se presenta es una actualización del monto para mantener su valor constante”.

“Como conclusión de lo precisado, resulta obligado para la sala reconocer procedente la actualización del ingreso base de liquidación de la pensión convencional aquí demandada, dado que se causó en vigencia de la actual Constitución Política, y con apoyo, se repite, en los estudios de constitucionalidad efectuados en la sentencia D-6247 del 19 de octubre de 2006 y D-6246 del 1 de noviembre del mismo año, atrás referidos....”.

“De conformidad con el soporte jurisprudencial anterior, este Despacho considera pertinente que para aquellos casos en que se cumplan los derroteros jurídicos trazados por la Corte Suprema de Justicia, y como quiera que se trata de la observancia de la figura de la doctrina probable como criterio auxiliar de interpretación que debe irradiar la labor de los distintos operadores jurídicos a la hora de decidir casos que no han sido objeto de reglamentación legislativa expresa, deberá darse aplicación a tal elemento subsidiario a fin de garantizar tanto la seguridad jurídica del ordenamiento así como las prerrogativas mínimas del mantenimiento del valor constante del conjunto de las prestaciones económicas causadas a favor de los asegurados a partir de la vigencia de la Carta Política de 1991”. -Destacado nuestro-

En cuanto a la competencia para determinar si procede o no la indexación de los factores salariales que dieron lugar a la primera mesada pensional en las prestaciones reconocidas por las EMPOS y pagadas por el ISS, considera esta Dirección que tal discrecionalidad le compete única y exclusivamente a las EMPOS como quiera que son las entidades que expidieron los actos administrativos y por tanto a éstas o a la entidad que hoy haga sus veces les corresponde efectuar las respectivas actualizaciones salariales para el cálculo de la primera mesada si a ello hay lugar, afirmación que tiene su sustento en las sentencias Rad. ACU-150 y 153 del 13 y 19 de febrero de

1998 respectivamente, proveídos a través de los cuales el H. Consejo de Estado al rechazar por improcedente sendas Acciones de Cumplimiento contra el ISS, aseveró lo siguiente: “(...) desde el punto de vista del fondo del asunto, la Sala constata que de acuerdo con las explicaciones dadas por el Instituto de Seguros Sociales en el trámite de la primera instancia y que obran a folios (...), ha realizado gestiones ante el Corpes (...), por haber avalado los reconocimientos, y ante la Empresa de Obras Sanitarias (...), **a fin de actualizar la liquidación, incluir la mesada adicional y verificar si hay mesadas prescritas lo cual corresponde a la autoridad que expidió los actos y no al ISS.**” “De acuerdo con lo expresado, la Sala considera que no se configura el incumplimiento por parte del Instituto de Seguros Sociales, en la medida en que **el cumplimiento de los actos citados no depende exclusivamente de sus acciones sino también de terceras entidades**, frente a las cuales la entidad demandada ha realizado las gestiones pertinentes (:..)”.

Finalmente y en cuanto se refiere a la modificación del criterio fijado frente al tema en cuestión por parte de los operadores jurídicos, debe aclararse que tal variación obedece necesariamente a la oscilación doctrinal que realiza la propia Corte Suprema de Justicia como tribunal de casación, constituyendo doctrina probable en los términos del artículo 10 de la Ley 153 de 1887 durante un determinado período de tiempo y sin que ello sea óbice para que la misma Corporación considere equívoca la postura jurídica inicialmente asumida.

De ahí que al existir un vacío legal sobre el tema de la indexación, la jurisprudencia como criterio auxiliar de hermenéutica⁴ se erigió como una herramienta totalmente admisible del operador jurídico dentro de la función administrativa, razón por la cual se considera viable reevaluar el criterio jurídico asumido en una época por otro distinto, como una expresión de la armonía que debe existir en el ejercicio de las funciones constitucionales y legales desplegadas por los servidores que integran las ramas del poder público.

En los anteriores términos se espera haber absuelto su inquietud con la previsión y efectos del artículo [25](#) del Código Contencioso Administrativo, por lo tanto, la respuesta en este caso no compromete la responsabilidad de este Instituto ni será de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Cordialmente

SERGIO HERNANDO COLMENARES PORRAS
Director Jurídico Nacional

RAMG/odpm

12281

NOTAS AL FINAL:

1. Sobre el particular, concepto contenido en el DJN US 15610 del 06 de diciembre de 2007.
2. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Radicación 29470 del 20 de abril de 2007, MP Luis Javier Osorio López.
3. Entre otras, ver pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia del 04 de septiembre de 2007, Radicación No. 30131, Acta No. 72, M.P. Camilo Tarquino Gallego; Sentencia del 18 de septiembre de 2007, Expediente No. 29979, Acta No. 77, M.P. Eduardo López Villegas y Luis Javier Osorio López; Sentencia del 18 de septiembre de

2007, Expediente No. 29985, Acta No. 77, M.P. Eduardo López Villegas y Luis Javier Osorio López; Sentencia del 14 de noviembre de 2007, Radicación No. 31278, Acta 96, M.P. Camilo Tarquino Gallego; Sentencia del 06 de diciembre de 2007, Radicación No. 32020, Acta No. 98, M.P. Luis Javier Osorio López; Sentencia del 28 de mayo de 2008. Radicación No. 64069, Acta No. 27, M.P. Luis Javier Osorio López.

4. V. Art. [230](#) de la C.P.



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

