



Concepto 161970

Bogotá, D.C. 19 SEP 2014

Hemos recibido su comunicación radicada con el número del asunto, mediante la cual consulta sobre los requisitos para que un trabajador extranjero pueda laborar en nuestro país y sobre las obligaciones respecto a la afiliación a seguridad social, en los siguientes términos:

De manera atenta, damos respuesta a su comunicación radicada con el número del asunto, mediante la cual consulta acerca del derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por el tiempo laborado en el municipio de Palermo (Huila), entre el año 1987 a 1995, cuya prestación fue negada por dicha entidad.

Al respecto, nos permitimos señalar que la norma que regulaba los aportes de los servidores públicos a las Cajas de Previsión era la Ley 4ª de 1966, la cual señalaba una cuota de sostenimiento a favor de éstas y cubría con ella todos los riesgos, es decir, no se efectuaban aportes específicos a pensiones, por lo que en criterio de esta Oficina no habría lugar a la devolución de los mismos.

Antes de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones, establecido en la Ley 100 de 1993, la legislación no contemplaba la indemnización sustitutiva en el sector público.

No obstante, los años laborados con el Estado únicamente sirven para acumularlos con el tiempo cotizado en otras entidades (públicas o particulares), o como trabajador dependiente o independiente, con el fin de completar las semanas que se requieren para obtener la pensión de vejez, de acuerdo con la normativa aplicable.

Sin embargo, la Corte Constitucional, mediante Sentencia T-180 del 19 de Marzo 2009-Expediente T-2108136-Magistrado Ponente Doctor Jorge Iván Palacio Palacio, señaló:

“...Además, la Corte ha precisado el alcance del contenido del artículo 37 en referencia, en el sentido de que la consagración de la indemnización sustitutiva no conlleva a la obligación de seguir trabajando hasta completar el mínimo de semanas cotizadas, ni la obligación de tener que renunciar a la expectativa de completar el tiempo de cotización, bajo la necesidad imperiosa de tramitar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, una vez alcanzada la edad mínima para acceder a la pensión de vejez. Por el contrario, conforme a lo señalado por esta Corporación, el afiliado que se encuentra en esta situación tiene la posibilidad de aceptar esta prestación o de optar por la pensión de vejez, para lo cual deberá seguir cotizando hasta el cumplimiento del requisito de semanas de cotización, siendo esta una decisión libre del afiliado que puede ser tomada en cualquier tiempo, como quiera que este Tribunal ha reconocido el carácter imprescriptible de dicha prestación.

Conforme a las anteriores precisiones, queda claro que la indemnización sustitutiva es un beneficio pensional que se otorga a las personas que cumplen parcialmente con los requisitos para acceder de manera definitiva a la pensión de vejez, esto es, que si bien tienen el requisito de la edad no han cotizado el número de semanas exigidas por la Ley, en el régimen de prima media.

5.2. Ahora bien, conforme a la situación objeto de debate, conviene aclarar que esta Corporación en otras oportunidades hizo referencia a la aplicación de las normas contenidas en la ley 100 1993, a fin de hacer efectiva la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en aquellos casos en que los aportes al sistema se dieron con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley en cita. Al respecto, la Corte estableció que esta normatividad se aplica a todos los habitantes del territorio nacional y a todas aquellas situaciones que al momento de su expedición no se hubieren consolidado. Este Tribunal Constitucional, como sustento de dicha afirmación sintetizó los argumentos que llevaron a tal conclusión así:



(1) El artículo 11 de la Ley 100 de 1993 estableció que el Sistema General de Pensiones se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, sin que se afecten los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores a dicha Ley.

(II) El sistema de pensiones introducido por la ley 100 reconoce para efectos del cumplimiento de los requisitos para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, los tiempos cotizados con anterioridad a su entrada en vigencia. En efecto, el literal f) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 señala que "para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente Ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio" (Subrayas fuera del texto).

En el mismo sentido, el artículo 2 del Decreto 1730 de 2001, "Por medio del cual se reglamentan los artículos 37, 45 y 49 de la Ley 100 de 1993 referentes a la indemnización sustitutiva del régimen solidario de prima media con prestación definida"; establece que para determinar el monto de la indemnización sustitutiva a que haya lugar, deberán tenerse en cuenta la totalidad de las semanas cotizadas, "aún (sic) las anteriores a la Ley 100 de 1993.

(iii) Finalmente, el artículo 37 de la citada Ley, en que se consagra la figura de la indemnización sustitutiva, no consagró ningún límite temporal a su aplicación, ni condicionó la misma a circunstancias tales como que la persona hubiera efectuado las cotizaciones con posterioridad a la fecha en que empezó a regirla ley 100 de 1993.

Así las cosas, la ley 100 de 1993, cobija a todos los habitantes del territorio nacional, por tarifo, las normas que regulan lo referente a la indemnización sustitutiva también tienen aplicación en relación con aquellas personas que cotizaron bajo la vigencia de la anterior normatividad y cuya situación jurídica no se consolidó en aplicación de normas precedentes. Por tanto, es viable conceder la indemnización sustitutiva reconociendo las semanas cotizadas aún con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley, ya sea en el sector público o privado.

(...)

Conforme a lo indicado, para la Sala no es viable exigir como presupuesto para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva consagrada en el artículo 37 de la ley 100 de 1993, el haber cotizado al sistema a partir de su vigencia, pues ello conllevaría a excluir a aquellas personas que se retiraron del servicio antes de que entrara a regir la citada Ley, vulnerándose así el principio constitucional de favorabilidad en materia laboral".

Por su parte, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en pronunciamiento del 11 de Marzo de 2010, Consejero Ponente: Doctor Luis Rafael Vergara Quintero, decretó la nulidad del término "afiliados" y "afiliado" contenidos en el inciso 1° y en la letra a) del artículo 1° del Decreto 4640 de 2005, y consecuentemente el consagrado en la letra a) del Decreto 1730 de 2001, bajo los siguientes argumentos:

"Son válidas las acusaciones hechas por el demandante y el Ministerio Público contra el Decreto reglamentario en comento, cuando afirman que con tal exigencia -ser afiliado al Sistema General de Pensiones- se excluye de tal beneficio a las personas que para la fecha de entrada en vigencia no se encontraban vinculadas ya fuera mediante contrato de trabajo, como servidores públicos, como trabajadores oficiales, como empleados públicos, como trabajadores independientes o prestando sus servicios bajo la modalidad de prestación de servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado. En otras palabras, retiradas del servicio activo. Prohijar tal exigencia, vulneraría a todas luces el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 superior, se desconocería el principio de la irrenunciabilidad de los derechos ciertos e indiscutibles y de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, así como la situación más favorable al trabajador en



caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, la garantía a la seguridad social y la asistencia a las personas de la tercera edad. No hay que olvidar además, que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 establece como característica del Sistema, que para reconocer las pensiones y prestaciones que consagra dicha normativa se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la citada ley, al Instituto de Seguros Sociales o cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio. Siendo ello así, como irrefutablemente lo es, dicho beneficio no puede estar consagrado exclusivamente para los afiliados, entendido como aquellos vinculados al servicio a la entrada en vigencia de dicha Ley, sino para toda la población, a la que el mismo sistema ampara de las contingencias derivadas de la vejez, invalidez y muerte, a través del reconocimiento de las pensiones y prestaciones que él consagra, siendo una de ellas la indemnización sustitutiva. Por consiguiente, la Sala declarará la nulidad del término "afiliados" y "afiliado" contenidos en el inciso 1º y en la letra a) del artículo 1º del Decreto 4640 de 2005, y consecuentemente el consagrado en la letra a) del Decreto 1730 de 2001' (Subrayas fuera del texto)

Finalmente, cualquier pronunciamiento que implique la declaratoria de un derecho corresponderá a la justicia, a través de los Jueces de la República.

En este sentido damos respuesta a su comunicación, no sin antes advertir que este concepto tiene los alcances determinados en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

(Firma en el documento original)

ANDREA PATRICIA CAMACHO FONSECA

Coordinadora Grupo Interno de Trabajo de Atención a Consultas en Materia de Seguridad Social Integral
Oficina Asesora Jurídica