



Función Pública

Concepto Sala de Consulta C.E. 1480 de 2003 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

DOBLE ASIGNACIÓN DEL TESORO PÚBLICO - Alcance de la prohibición. Pensión de vejez / PENSIÓN DE VEJEZ - Prohibición de obtener dos pensiones provenientes del Sistema General de Pensiones / SISTEMA GENERAL DE PENSIONES - Prohibición de obtener dos pensiones. Obligatoriedad de la afiliación / APOORTE AL SEGURO SOCIAL - Patronales y de trabajadores: naturaleza jurídica / INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL - Función. Régímenes pensionales / TESORO PÚBLICO - Noción y contenido / REINTEGRO AL SERVICIO PÚBLICO - No es posible una nueva afiliación al Sistema General de Pensiones / PENSIÓN DE VEJEZ - Incompatibilidad entre pensión y sueldo por desempeño de cargo público

NOTA DE RELATORÍA: El concepto contiene completo análisis legal, doctrinario y jurisprudencial sobre los siguientes temas: 1) Diferentes situaciones pensionales que hoy se presentan en virtud de las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. 2) Alcance de la prohibición contenida en el artículo 128 de la Constitución Política. Noción y contenido de la expresión tesoro público. 3) Función del Instituto de Seguro Social en materia pensional. 4) Cambios esenciales en el Sistema Pensional derivados de las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. 5) Naturaleza jurídica de los aportes, tanto patronales como de los afiliados al Sistema General de Pensiones. 6) Efectos jurídicos que se derivan para los pensionados por vejez de conformidad con las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. 7) Incompatibilidad entre la pensión por vejez y el sueldo por el desempeño de un cargo público. 8) No es posible una nueva afiliación al Sistema General de Pensiones para los pensionados del mismo Sistema que se reincorporan al servicio público en uno de los cargos de excepción. Autorizada la publicación con oficio 30773 de 15 e agosto de 2003.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

CONSEJERA PONENTE: SUSANA MONTES DE ECHEVERRI

Bogotá D. C., mayo ocho (8) de dos mil tres (2003)

Radicación número: 1480

Actor: MINISTRO DE RELACIONES EXTERIORES

Referencia: Tesoro público: prohibición de percibir doble asignación proveniente de él.

Pensión de vejez regulada por las leyes 100 de 1.993 y 797 de 2003:

Finalidad y características.

Imposibilidad de obtener dos pensiones provenientes del Sistema General de Pensiones, o el ajuste de la pensión obtenida. -

La señora Ministra de Relaciones Exteriores solicita concepto a la Sala sobre la existencia o no de una incompatibilidad entre la pensión de vejez reconocida por el ISS por servicios prestados en el sector privado y el salario a que tendría derecho una persona vinculada en estas circunstancias al servicio público, y sobre las consecuencias jurídicas de esa nueva vinculación laboral. En particular, pregunta la señora Ministra sobre el alcance de la expresión "asignación del tesoro público" prevista en el artículo 128 de la Constitución Política.

Al efecto, formuló las siguientes preguntas:

"1.- ¿Si los aportes que en su calidad de trabajador particular el señor (...) realizó al seguro social durante la vida laboral, son asignaciones del tesoro público?

"2.- ¿Si en el caso concreto, existiría incompatibilidad para percibir la pensión de vejez que le reconoce el ISS al Sr. (...) y el salario que el mismo recibirá como servidor público (...)?

"3. ¿Si, en el caso de existir incompatibilidad, el Sr.(...) está en la obligación de afiliarse nuevamente al sistema de seguridad social en pensiones?

"4. ¿Si el Sr. (...) tendría derecho a un ajuste de su pensión de acuerdo a las nuevas cotizaciones?

"5. ¿Qué sucedería en el caso de tener el tope máximo de la pensión, frente a un eventual reajuste de la misma teniendo en cuenta los nuevos aportes?

"6. ¿Existirá obligación de nueva afiliación si no existe posibilidad de un reajuste en la pensión de vejez?

Como antecedente de su consulta, relató la señora Ministra la situación en la que se encuentra un beneficiario de una pensión de vejez, a cargo del Instituto del Seguro Social por haber cotizado como trabajador al servicio de empresas privadas, quien fue designado por el Gobierno Nacional como Embajador de Colombia ante un Gobierno extranjero.

En orden a resolver el problema jurídico objeto de la consulta, el cual apunta específicamente a determinar si existe o no una incompatibilidad en el pago de la pensión reconocida por el ISS por servicios prestados en el sector privado y el reconocimiento de salario a que tendría derecho una persona por la vinculación al servicio público, así como las consecuencias derivadas de esta nueva situación, la Sala abocará el estudio de los siguientes aspectos:

1.Diferentes situaciones pensionales que hoy se presentan en virtud de las disposiciones de las leyes 100 de 1.993 y 797 de 2003.

2.Alcance de la prohibición contenida en el artículo 128 de la Constitución Política. - Noción y contenido de la expresión tesoro público.

3.Función del Instituto de Seguro Social en materia pensional.

4.Cambios esenciales en el sistema pensional derivados de las leyes 100 de 1.993 y 797 de 2003.

4.1 Creación de un sistema único pensional. - Obligatoriedad de la afiliación.

4.2 Fundamentación del Sistema General de Pensiones en las cotizaciones efectuadas y no en la vinculación a un sector determinado, en el tipo de vínculo laboral o el carácter de trabajador independiente.

4.3 Obligación de cotizar al Sistema General de Pensiones.

4.4 Topes máximos de la pensión de vejez, en porcentaje y cuantía.

5. Naturaleza jurídica de los aportes tanto patronales como de los afiliados al sistema general de pensiones.

6. Efectos jurídicos que se derivan para los pensionados por vejez de conformidad con las leyes 100 de 1.993 y 797 de 2003.

6.1 Finalidad de la reforma pensional de 1.993.

6.2 Dentro del sistema general de pensiones de la ley 100, no es posible obtener dos pensiones provenientes del mismo, ni es posible obtener ajuste de la pensión de vejez reconocida por nueva vinculación laboral. - No hay posibilidad de realizar nuevas cotizaciones después de haber adquirido la pensión de vejez.

7. Incompatibilidad entre la condición de pensionado y la de empleado. Imposibilidad de reincorporación a la actividad laboral dependiente.

8. Imposibilidad de cotizar al sistema general de pensiones por quienes tengan el estatus de pensionado. No es posible una nueva afiliación al sistema general de pensiones para los pensionados ni tampoco la cotización para el riesgo de vejez.

Sea lo primero aclarar que la Sala se ocupará de analizar la materia sometida a su consideración en la consulta formulada, desde una perspectiva general o por vía general y, por consiguiente, no dará una respuesta específica para el caso concreto citado por la Señora Ministra en la misma, situación individual que deberá ser analizada por la administración frente a la orientación general que aquí se señala.

1. DIFERENTES SITUACIONES PENSIONALES QUE HOY SE PRESENTAN EN VIRTUD DE LAS LEYES 100 DE 1.993 Y 797 DE 2003.

Para poder efectuar el estudio de la temática sometida a consideración de la Sala es preciso señalar, en primer término, que hoy coexisten tres (3) diferentes situaciones pensionales, cada una de ellas con regulación específica:

a) La de quienes obtuvieron el reconocimiento o, al menos, cumplieron los requisitos para tener derecho a la pensión, bien de jubilación (sector público) o bien de vejez (sector privado), antes de la expedición de la ley 100 de 1.993, es decir, de quienes tenían un derecho adquirido a la pensión bajo las reglas vigentes antes de su expedición.

b) La de quienes a la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1.993 se encontraban en las condiciones descritas en el artículo 36 de la misma, modificado parcialmente por el art. 18 de la ley 797/03, es decir, de quienes tienen derecho a que se les aplique el régimen de transición allí previsto.

Aún dentro de este grupo deberá hacerse distinción entre quienes quedaron cobijados por las reglas de transición señaladas en la ley 100, para quienes regirá la disposición del artículo 36 de la misma, y la de quienes queden cobijados con la norma modificada del artículo 36 a partir de la vigencia de la ley 797 de 2003.

Es decir, existen dos variables dentro de quienes tienen derecho a un régimen de transición.

c) La de quienes quedan cobijados íntegramente por las disposiciones de la ley 100 de 1993 y las leyes posteriores.

La situación de quienes se encuentren en el primer grupo pensional (a) está expresamente garantizada por mandato explícito de la ley 100/93, artículos 11, 36 y 273¹, modificados parcialmente por los artículos 11 y 18 de la ley 797/03 y también ratificada por el artículo 1º de ésta última².

Quiénes se encuentren en el segundo de los grupos indicados (b), esto es, quienes “(...) al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados (...) tendrán derecho a beneficiarse con el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100:

“(...) la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

“El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciera falta fuere igual o inferior a 2 años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los 2 últimos años, para los trabajadores del sector privado y de 1 año para los servidores públicos.

“Lo dispuesto en el presente artículo para la persona que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

“Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida “(...)”

(Negrillas no son del texto).

Esta norma fue parcialmente modificada por el artículo 18 de la ley 797 de 2003, en especial en el siguiente párrafo:

“(...) la edad para acceder a la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones, requisitos y monto de la pensión de acuerdo con lo señalado en el numeral 2 del artículo 33 y artículo 34 de esta ley, aplicables a estas personas, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley (...)”.

Dado el cambio efectuado por la ley 797, es preciso establecer dos regímenes de transición: el regulado por el anterior texto del artículo 36 de la ley 100, y el establecido de conformidad con la modificación introducida por la ley 797. Todo ello en respeto de los derechos adquiridos, tal como lo prevé la ley 797.

Quienes se encuentren en el tercer grupo (c) quedan cobijados íntegramente por las disposiciones de la ley 100 y las que la modifiquen o adicionen.

Aparece claro, entonces, que cualquier referencia a las situaciones legales individuales o particulares de un caso, deberá estar precedida de la adecuada ubicación de la persona en uno de los grupos descritos, a fin de poder establecer cuál debe ser su régimen pensional.

2. ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 128 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA. - NOCIÓN Y CONTENIDO DE LA EXPRESIÓN TESORO PÚBLICO

El artículo 128 de la Constitución Política señala la prohibición de percibir doble asignación proveniente del tesoro público, en los siguientes términos:

"Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas." (Negrilla fuera de texto).

Esta norma constitucional actualmente está desarrollada por el artículo 19 de la ley 4ª de 1992, así

"ARTÍCULO 19. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado.

"Exceptúanse las siguientes asignaciones:

a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa.

b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;

c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;

d) Los honorarios percibidos por concepto de hora cátedra;

e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;

f) Los honorarios percibidos por los miembros de las juntas directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas;

g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados.

La ley 734 de 2002, en su artículo 35, numeral 14, también consagra como falta disciplinaria, la violación a la prohibición constitucional del art. 128.

Teniendo en cuenta la evolución histórica de la disposición constitucional en comento y los pronunciamientos de las Cortes, esta Sala en concepto No. 1344 proferido el 10 de mayo de 2001, refiriéndose a la prohibición de percibir, en forma simultánea, doble asignación proveniente del tesoro público, señaló lo siguiente:

“(..) con fundamento en la indispensable calidad de empleado público, la finalidad de las dos prohibiciones concurre al mismo fin, que no se reciba más de una asignación, bien mediante el desempeño de otro empleo, ora de uno sólo, percibiendo otra clase de remuneraciones propias de los servidores públicos”.

“El desarrollo jurisprudencial del término “asignación”, puede resumirse así: “con este vocablo genérico se designa en hacienda pública toda cantidad de dinero que se fija y destina al pago de las prestaciones relacionadas con el servicio público oficial”, según la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia - sentencia del 11 de diciembre de 1961 -.

“Por su parte, esta Sala en la Consulta 896 de 1997 sostuvo que “...la prohibición de recibir más de una asignación del tesoro público, está estrechamente relacionada con el ejercicio de empleos en el sector oficial o con el pago de prestaciones provenientes del ejercicio de estos empleos (...) las asignaciones mencionadas en dichas normas comprenden los sueldos, prestaciones sociales y toda clase de remuneración que tenga como fundamento un vínculo o relación laboral con entidades del Estado ³ ; bajo el vocablo asignación queda comprendida toda remuneración que se reciba en forma periódica, mientras se desempeña una función.

(...)

“Ahora bien, la locución “desempeñar más de un empleo público” que trae el artículo 128 no resulta tautológica respecto de la que proscribe “recibir más de una asignación”, como podría creerse a primera vista, pues cada una de ellas produce consecuencias jurídicas diferentes: una, prevenir el ejercicio simultáneo de empleos públicos remunerados, con la consabida acumulación de funciones públicas y, otra, impedir que quien ostenta una sola investidura - reciba otra asignación proveniente del tesoro público, distinta del salario.”

“Se deduce, entonces, que el bien jurídico constitucional tutelado por los artículos 128 de la C.P. y 19 de la ley 4ª de 1992 es la moralidad administrativa ⁴ considerado en el ámbito propio de la función pública y, por tanto, el término asignación debe entenderse referido respecto de quienes desempeñan empleos públicos ⁵ .

“De todo lo anterior puede afirmarse que el vocablo “asignación” es un término genérico que comprende las sumas provenientes del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, percibidas por los servidores públicos - sin excepción, dado que la expresión “nadie” no excluye a ninguno de ellos -, por concepto de remuneración, consista ésta en salario o prestaciones, honorarios o cualquier otro emolumento o retribución, salvo aquellas exceptuadas de forma expresa por el legislador.” (Negrilla fuera de texto).

Así, es claro, que la prohibición constitucional de percibir doble asignación proveniente del tesoro público está directamente relacionada con el hecho de que ambos emolumentos tengan como fuente u origen el ejercicio de empleos o cargos públicos (dos empleos públicos en forma simultánea o pensión de jubilación - proveniente de entidades de previsión del Estado - y sueldo), cuyo pago o remuneración provenga del tesoro público. Lo anterior, naturalmente, sin perjuicio de las excepciones previstas en la ley.

Debe decirse, de otra parte, que la ley, la jurisprudencia, tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado, entendió que la pensión de jubilación pagada por entidades de previsión social del sector público u oficial, provenía o era sufragada con recursos provenientes del tesoro público y, por consiguiente, le estaba prohibido al pensionado de este sector recibir, en forma simultánea, sueldo por servicios al estado.

Un poco más adelante en este concepto, la Sala amplía el análisis de este último tema, considerándolo a partir de la vigencia de la ley 100 de 1.993, pues la regulación establecida en este último estatuto varió sustancialmente las premisas que dieron lugar a los pronunciamientos jurisprudenciales.

Regresando al tema de análisis en este aparte del estudio, debe decirse, en síntesis, que para que se configure la prohibición constitucional del artículo 128, se requiere de la concurrencia de dos condiciones, a saber:

- . Que el sujeto en cuestión ostente la calidad de servidor público (desempeño de un cargo).
- . Que las asignaciones sean sufragadas por el tesoro público (se perciba más de una asignación).

Con todo, debe señalarse que esta Sala, al estudiar el alcance de la prohibición constitucional, también aclaró que ésta no le era aplicable al particular que celebrara contratos con la entidad estatal, así como tampoco cobijaría al beneficiario de una pensión de jubilación (proveniente de servicios al sector público) cuando se encontrara dentro de los casos de excepción que la misma ley ha señalado, para quien se autoriza devengar simultáneamente la pensión y el salario en un cargo público.

En efecto, la Sala en concepto No. 1344 del 10 de mayo de 2001, expresó:

“Sin perjuicio de aceptar que la pensión de jubilación es una asignación⁶ en los términos señalados, la incompatibilidad no cobija al beneficiario de la misma, en cuanto la prohibición persigue evitar la acumulación de cargos remunerados en un mismo servidor público - el pensionado no tiene esta connotación, no tiene relación laboral con el Estado -, con el consiguiente menoscabo de la moralidad administrativa, el acaparamiento de las posiciones públicas⁷, de los empleos y de su retribución pecuniaria⁸

“Como se recuerda el decreto 1713 de 1960, artículo 1°, literales c) y d), permitía a los pensionados recibir otra asignación siempre que el valor conjunto de la pensión y del sueldo no excediera de mil doscientos pesos mensuales, y también a los miembros de las fuerzas armadas que disfrutaran de pensión o de sueldo de retiro. Luego el decreto 1042 de 1978, artículo 32, literal c) restringió la excepción a los jubilados que ejercieran los cargos allí señalados, si el valor sumado de la pensión y el sueldo no excediera la remuneración fijada para los Ministros del Despacho y reiteró la relativa a los antiguos miembros de las fuerzas armadas.

“En la actualidad el artículo 19 de la ley 4ª de 1992, autoriza recibir más de una asignación al personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la fuerza pública, cuando se percibe por concepto de sustitución pensional, así como las que a la fecha de entrada en vigencia de la ley, beneficiaran a los servidores oficiales docentes pensionados, reguladas estas últimas en el literal g), respecto del cual la Sala en el Concepto 1305 de 2000, señaló que existe compatibilidad entre el goce de pensión de jubilación y el ejercicio de empleos docentes, al considerar que las normas a que él se remite son “...aquéllas que permiten al docente que disfruta de una pensión recibir otra asignación del tesoro público”. Por vía de ejemplo se menciona que el parágrafo del artículo 66 de la ley 136 de 1994, sustituido por el parágrafo del artículo 20 de la ley 617 de 2000, establece la compatibilidad de la pensión o sustitución pensional y de las demás excepciones previstas en la ley 4ª, con los honorarios que perciben los concejales.

“De ésta forma, la persona pensionada en el sector público, no ostenta la calidad de servidor público y, por ende, las previsiones contenidas en los artículos que regulan la doble asignación no es posible aplicarlas de forma aislada, sino en conexión con las limitaciones impuestas a quienes están sometidos a las reglas de la función pública y a las excepciones establecidas por el legislador, de lo cual se sigue que los pensionados del sector oficial no están impedidos para celebrar contratos con entidades estatales, ni para percibir simultáneamente la asignación de un empleo, en caso de ser reincorporado al servicio, todo conforme a la ley.”(Negrilla fuera de texto).

De esta manera la incompatibilidad constitucional se presenta cuando ambas asignaciones tienen como fuente el servicio público y son sufragadas por el tesoro público y no se encuentren dentro de los casos expresamente exceptuados por la ley previa autorización constitucional;

Concepto Sala de Consulta C.E. 1480 de 2003 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

una interpretación contraria de la disposición prohibitiva iría en contravía de la finalidad de la norma, tal y como lo advirtió la Corte Suprema de Justicia en sentencia proferida por la Sección Primera de la Sala de Casación Laboral, el 27 de enero de 1995:

“La filosofía del precepto constitucional que no permite la percepción de dos asignaciones del Tesoro público o que provengan de empresas o de instituciones en que la participación estatal sea principal o mayoritaria, no es otra que la de impedir, por razones de moralidad y decoro administrativos, que los empleados oficiales puedan valerse de su influencia para obtener del Estado una remuneración diferente o adicional a la que perciben como sueldo, sea que tal asignación adicional revista el carácter de honorario, dieta o como quiera denominarse. Pero debe observarse que esa prohibición constitucional no puede extenderse a aquellos casos en los cuales no se vulnera esa norma, que tiende -se repite- a preservar la moral en el servicio público.” (Negrilla fuera de texto).

Siendo la moralidad pública el bien jurídicamente tutelado con la prohibición constitucional, encuentra que ésta solamente se tipifica cuando las asignaciones provengan de la misma fuente, es decir, del tesoro público.

En este orden de ideas, el alcance del término *“asignación proveniente del tesoro público”* no es otro que el ya definido por la Sala en concepto No. 580 de enero 27 de 1994, según el cual:

“El término asignación proveniente del tesoro público en el sentido previsto en el artículo 128 de la Constitución Nacional, corresponde a toda remuneración, sueldo o prestación, reconocidos a los empleados públicos o trabajadores del Estado, en razón a una vinculación laboral, bien sea legal o reglamentaria o por contrato de trabajo. De manera que los funcionarios públicos sólo pueden recibir asignaciones; a su turno los particulares sólo perciben honorarios, cuando prestan algún servicio a las entidades de derecho público porque su relación no es laboral.” (Negrilla fuera de texto).⁹

Adicionalmente, la Sala, en esta oportunidad, considera importante agregar a lo ya dicho sobre el particular, que el contenido de la expresión *“asignación proveniente del tesoro público”* está intrínsecamente vinculada a obligaciones que se deban sufragar con recursos del presupuesto público (nacional, departamental o municipal y sus entidades descentralizadas), por lo cual no se puede afirmar que las pensiones pagadas por el ISS, entidad descentralizada de la rama ejecutiva del poder público, por ese solo hecho, provienen del tesoro público, pues tal instituto administraba en buena medida, recursos provenientes de los empleadores y trabajadores del sector privado y, en la actualidad, administra recursos parafiscales, por lo cual debe concluirse que tales recursos no son ni provienen del tesoro público.

Como más adelante se amplía, la Corte Constitucional ya ha definido que después de la entrada en vigencia de la ley 100, aún los aportes provenientes de las entidades públicas, en su calidad de empleadores, pagados a los entes de previsión social encargados por la ley 100 de 1.993 de cubrir los riesgos en ella establecidos para los servidores estatales, tienen la naturaleza de recursos parafiscales y, por consiguiente, tampoco podría entenderse que las pensiones reconocidas por cotizaciones así financiadas, constituyen asignaciones pagadas con recursos del tesoro público.

Así, y luego de analizar este primer aspecto planteado en la consulta, encuentra la Sala que, desde el punto de vista de la prohibición constitucional consagrada en el artículo 128 de la Carta, no se configura ninguna incompatibilidad entre la recibir sueldo en un cargo público y pensión de vejez, pues no se trata de dos asignaciones provenientes del tesoro público, pues los recursos con los cuales se pagan estas últimas a cargo del ISS, provienen o de los aportes patronales y de los aportes del trabajador efectuados antes de la vigencia de la ley 100 de 1.993, o son recursos parafiscales aportados después de su vigencia, aunque es el ISS, en calidad de administrador de pensiones o del sector privado o de los afiliados al Sistema General de Pensiones, quien reconoció y se encuentra pagando las mesadas pensionales a que tienen derecho los trabajadores, bien porque en el régimen anterior hubieren cumplido los requisitos de tiempo de cotización y edad al servicio del sector privado, o bien las semanas de cotización en cualquier sector después de la vigencia de la ley 100.

Pero, otra cosa muy diferente es que, como se explica ampliamente más adelante en este concepto, a partir de la vigencia de la ley 100 de 1.993, se prohibió en el país y, en términos generales, la vinculación laboral, tanto al sector público como al privado, de quienes tengan derecho a una pensión de vejez, salvo, desde luego, las excepciones establecidas expresamente en la ley respecto de algunos cargos públicos.

Considera la Sala necesario resaltar el papel que de tiempo atrás viene desempeñando el ISS en materia pensional, y para ello trae a colación la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", expediente No. 8516, del 6 de noviembre de 1997:

"La pensión vitalicia de jubilación que reconoció el SENA, es compatible con la que reconoció el ISS, puesto que a la primera se hizo acreedor el demandante por servicios prestados al sector oficial y la segunda que proviene de cotizaciones del sector privado.

"Son suficientemente ilustrativas las consideraciones que expuso la Sala en sentencia de 3 de abril de 1995, dictada en los procesos acumulados 5708, 5833 y 5937, en la cual en lo pertinente, dijo:

"puede decirse entonces que el ISS se convirtió en un mero administrador de los dineros que aportaran asalariados y empleadores con el compromiso de manejarlos; por consiguiente no puede afirmarse que las pensiones que éste otorgue provienen del Tesoro público."

"La Sala comulga con tal apreciación. Se trata de dos asignaciones completamente diferentes por su origen y por su fuente. La pensión que reciba la persona de la Caja Nacional de Previsión Social o de cualquiera otra similar, y la que reclame del ISS; obedece a servicios prestados al Estado; la otra por haber prestado servicios laborales a otra entidad, a un ente particular llamado patrono o empleador, todo lo cual conduce a indicar que las dos pensiones sean compatibles por cuanto no se opone a lo señalado en la norma constitucional que prohíbe, salvo excepciones, percibir una pluralidad de asignaciones provenientes del Tesoro público." (Negrilla fuera de texto).

En igual sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia proferida el 27 de enero de 1995, expediente No. 7109:

"Es asunto aceptado por las partes que el demandante viene pensionado por la Caja Nacional de Previsión, Resolución N° 6373 de octubre de 1967, por haber laborado más de 20 años al servicio del Estado colombiano (hecho 7º de la demanda inicial, fl. 2 y respuesta al mismo, fl. 21). Igualmente aceptan que el reclamante solicitó al Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento de su pensión de vejez por haber cumplido la edad de 60 años y haber cotizado al citado instituto más de 500 semanas, el 30 de julio de 1985, la que le fue negada (demanda principal, fls. 1 a 3 y su respuesta, fl. 21).

"La filosofía del precepto constitucional que no permite la percepción de dos asignaciones del tesoro público o que provengan de empresas o de instituciones en que la participación estatal sea principal o mayoritaria, no es otra que la de impedir, por razones de moralidad y decoro administrativos que los empleados oficiales puedan valerse de su influencia para obtener del Estado una remuneración diferente o adicional a la que perciben como sueldo, sea que tal asignación adicional revista el carácter de honorario, dieta o como quiera denominarse. Pero debe observarse que esa prohibición constitucional no puede extenderse a aquellos casos en los cuales no se vulnera esa norma, que tiende —se repite— a preservar la moral en el servicio público. Puede decirse, entonces, que el Instituto de Seguros Sociales se convirtió en un mero administrador de los dineros que aportaran asalariados y empleadores, con el compromiso de manejarlos; y por consiguiente no puede afirmarse que las pensiones que éste otorgue provinieron del tesoro público.

(...).

"Con base en todas las reflexiones que se han dejado expuestas, se tiene que en el sub examen, estamos en presencia de dos pensiones completamente diferentes, la que recibe el demandante de la Caja Nacional de Previsión Social y la que reclama ahora del seguro social, las que igualmente tienen un origen o concepto distinto, pues la una obedece a servicios prestados al Estado colombiano y la que reclama del Instituto de Seguros Sociales es por haber prestado servicios laborales a otra entidad, cotizando a dicho ente para el riesgo de vejez y los fondos con los que se pagan esas pensiones, son igualmente opuestos, todo lo cual hace que las dos pensiones sean compatibles (...)" (Negrilla fuera de texto).

Lo anterior, para significar que desde antes de la expedición de la ley 100 de 1993, el ISS había sido reconocido por las Cortes como

administrador de los aportes pensionales patronales y de los trabajadores a él afiliados; papel que se reafirmó en la ley 100 de seguridad social, en la medida en que el ISS no sólo continúa administrando los recursos de los trabajadores que optaron por el sistema de prima media con prestación definida y regímenes de transición, sino que entró en franca competencia con otras entidades administradoras del sector privado, tales como los fondos de pensiones que manejan los recursos del régimen de ahorro individual con solidaridad.¹⁰

En virtud de las disposiciones de la ley 797 de 2003, de manera expresa y contundente, se determinó que el ISS y las demás entidades que forman parte del sistema, son meros administradores de los recursos del sistema general de pensiones provenientes de las cotizaciones de los afiliados y aportes de los empleadores a los dos regímenes pensionales y que, además, éstos ni les pertenecen a tales entidades ni tampoco a la Nación.

“ARTÍCULO 2º. Se modifican los literales a), e), i), del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y se adiciona dicho artículo con los literales l), m), n), o) y p), todos los cuales quedarán así:

ARTÍCULO 13. Características del Sistema General de Pensiones:

(...) “m) Los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administran.” (Negrilla fuera del texto)

4. CAMBIOS ESENCIALES EN EL SISTEMA PENSIONAL DERIVADOS DE LAS LEYES 100 DE 1.993 Y 797 DE 2003.

No pretende la Sala efectuar un análisis exhaustivo de las transformaciones producidas en el sistema pensional colombiano a partir de la expedición de las leyes 100 de 1.993 y 797 de 2003, pues tal labor excedería el objetivo y alcance de este concepto. Pero sí busca señalar algunas de las más sobresalientes a fin de poder absolver varios de los interrogantes que le han sido formulados por la Señora Ministra de Relaciones Exteriores. Entre ellos, deben mencionarse los siguientes:

a) Establecimiento de un sistema único pensional.- Obligatoriedad de la afiliación.

En desarrollo del mandato contenido en el artículo 48 de la Constitución Política, la ley 100 de 1.993 estableció el Sistema de Seguridad Social Integral, cuyo objetivo es, según lo señala el preámbulo de la ley

“(…) el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad”.

Por ello, el artículo 1º de la misma precisó:

“El Sistema de Seguridad Social Integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten. (...)”.

En el artículo 2º al definir los principios que rigen el Sistema, la ley citó, entre otros, los de universalidad, de solidaridad, de integralidad y de unidad, y al efecto, dispuso:

“(…) b) Universalidad: es la garantía de protección a todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida,

“c) Solidaridad. Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil. Es deber del Estado garantizar la solidaridad en el régimen de Seguridad Social mediante la participación, control y dirección del mismo.

“d) Integralidad: Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto, cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta ley.

“e) Unidad: Es la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social. (...)”

En el artículo 4º reconoció la ley a la Seguridad Social como un servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control están a cargo del Estado, prestado por entidades públicas o privadas en los términos de la ley y, además, esencial en cuanto se refiere al Sistema General de Seguridad Social en Salud y en cuanto a las actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones.

En virtud del artículo 6º y como uno de los objetivos de la creación del Sistema de Seguridad Social Integral, señaló la ley el de

“(...) unificar la normatividad y la planeación de la seguridad social, así como para coordinar a las entidades prestatarias de las mismas, para obtener las finalidades propuestas en la presente ley”.

En el artículo 8º, la ley 100 determinó la conformación del Sistema de Seguridad Social Integral y, al efecto, señaló:

“El Sistema de Seguridad Social Integral es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la presente ley”.

Finalmente, en el artículo 9º expresamente se dispuso que los recursos del Sistema no se podrán destinar ni utilizar para fines diferentes al mismo.

Como una parte del Sistema de Seguridad Social Integral, el Libro Primero de la ley, reguló lo atinente con el SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, cuyo objeto fue determinado por el artículo 10:

“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 la presente ley, así como propender por la ampliación de la cobertura de los segmentos de población no cubierto con el sistema de pensiones”.

El artículo 11 de la ley 100, en su texto original, al definir cuál es el campo de aplicación, señaló:

“El Sistema General de Pensiones, con las excepciones previstas en el artículo 279 de la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando, adicionalmente, todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentran pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general. (...)”

Como consecuencia de la expedición de la ley 797 de 2003 y, en particular, en virtud de su artículo 1º, se suprimió del artículo 11 la frase resaltada en negrilla, mas no por ello desapareció el texto del artículo 279 de la ley en el cual se consagran las excepciones a la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social.

Como característica primordial del Sistema General de Pensiones, los artículos 13 y 15 de la ley 100, modificados parcialmente por el artículo 2º de la ley 797 de 2003, señalaron la obligatoriedad de la afiliación para todos los trabajadores dependientes, vinculados por contrato de trabajo o como servidores públicos, e independientes y, consiguientemente, el artículo 17 de la ley 100 en la forma modificada por el 4º de la ley 797 previó la obligatoriedad del pago de las cotizaciones correspondientes, por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas.

b) Fundamentación del Sistema General de Pensiones en las cotizaciones efectuadas y no en el tipo de vínculo laboral.

Es consecuencia necesaria de las características del Sistema señaladas por la ley, que la base del reconocimiento de la pensión es el número de semanas cotizadas al mismo, tal como lo señala el literal g) del artículo 13 de la ley 100:

“g) Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta el número de semanas cotizadas a cualquiera de ellas;

Esta disposición se complementa, de una parte, con la regulación del literal f) del mismo artículo, en virtud del cual se estableció que para efectos del reconocimiento de las pensiones y prestaciones, se tendrá en cuenta el número de semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la ley al ISS, 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 a cualquiera de ellos, y con el literal l) del artículo 2º de la ley 797, que adicionó el artículo 13 de la ley 100, en virtud del cual:

“En ningún caso a partir de la vigencia de esta ley, podrán sustituirse semanas de cotización o abonarse semanas cotizadas o tiempo de servicios con el cumplimiento de otros requisitos distintos a cotizaciones efectivamente realizadas o tiempos de servicios efectivamente prestados antes del reconocimiento de la pensión. Tampoco podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados, de conformidad con lo previsto en la presente ley. (...)”

Consiguientemente, el artículo 9º de la ley 797 de 2003, modificadorio del artículo 33 de la ley 100 de 1.993, señaló los requisitos para obtener la pensión de vejez y, después de determinar la edad, señaló la necesidad de haber cotizado un mínimo de mil semanas¹¹ en cualquier tiempo.

El parágrafo 1º de esta disposición definió la manera de realizar el cómputo de las semanas de cotización, incluyendo, indistintamente, el número de semanas cotizadas en el Sistema General de Pensiones en cualquiera de los dos regímenes, el número de semanas cotizadas a las cajas de previsión del sector privado, el tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, el tiempo de servicio como trabajadores particulares a cuyo cargo estaba el pago de la pensión o que por omisión no hubieren hecho la correspondiente cotización. En los últimos casos siempre y cuando se pague el correspondiente bono pensional, el cual cubre los períodos y cotizaciones dejados de pagar al Sistema.

Debe reiterarse que quienes se encuentren dentro del régimen de transición (art. 36 L.100), tendrán derecho a pensionarse con las condiciones de edad, tiempo de servicio o semanas cotizadas y monto de la pensión, establecidas en las normas vigentes antes de la entrada en vigencia de la ley 100, o en los términos del artículo 18 de la ley 797 de 2003, según el caso.

c) Obligación de cotizar al Sistema General de Pensiones.

De conformidad con el artículo 17 de la ley 100, modificado por el artículo 4º de la ley 797, durante la vigencia de la relación laboral deberán realizarse cotizaciones obligatorias a uno de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, tanto por parte de los afiliados, como por los empleadores (en las proporciones señaladas por el artículo 20 de la ley 100 modificado por el 7º de la ley 797¹²), y por los contratistas y trabajadores independientes¹³.

Sin embargo, la misma norma dispone que la obligación de cotizar cesa en el 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 en forma anticipada.

Dispone el citado artículo 17, en la forma modificada por la ley 797/2003:

“Obligatoriedad de las cotizaciones. 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, los contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.

“La obligación de cotizar cesa en el 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.

“Lo anterior sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en los dos regímenes”.

Por su parte, el artículo 65 de la ley 100 establece:

“Garantía de pensión mínima de vejez. Los afiliados que a los 62 años de edad si son hombres y 57 si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente ley, y hubiesen cotizado por las menos 1.150 semanas, tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión.

“PARÁGRAFO: Para efectos del cómputo de semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo previsto en los párrafos del artículo 33 de la presente ley”.

El artículo 35 de la misma señala:

“Pensión mínima de pensión de vejez o jubilación. El monto mensual de la pensión mínima de vejez o jubilación no podrá ser inferior al valor del salario mínimo legal mensual vigente.

“PARÁGRAFO: Las pensiones de jubilación reconocidas con posterioridad a la vigencia de la ley 4ª de 1.992 no estarán sujetas al límite establecido por el art. 2º de la ley 71º de 1.988, que por esta ley se modifica, salvo en los regímenes e instituciones excepcionadas en el art. 279 de esta ley”.

Resulta claro, entonces, que la ley establece la obligación para todo trabajador, dependiente e independiente, público o privado, de efectuar cotizaciones mensuales al Sistema, mientras dure la relación laboral y del contrato de prestación de servicios. Del mismo modo, debe entenderse que el trabajador independiente debe realizar sus cotizaciones al sistema como afiliado obligatorio que es mientras desarrolle su actividad independiente y hasta que reúna los requisitos para obtener la pensión de vejez.

Tema bien diferente es que un afiliado que ha cumplido el número mínimo de semanas cotizadas y los demás requisitos legales (según lo señala el art.33 L 100/93 modificado por el 9º de la ley 797/03) para tener derecho a una pensión de vejez con el mínimo porcentaje (Art. 34 de la L. 100 modificado por el 10 de la L 797/03) aplicado sobre el ingreso base de liquidación (art.21 de la L. 100), si continúa con su relación laboral o legal y reglamentaria, pueda seguir cotizando al Sistema General de Pensiones, hasta completar el número máximo de semanas de cotización para tener derecho al tope o porcentaje máximo de la pensión (Art. 34 L.100 Modificado por el 10ª de la L. 797/03).

En efecto, en las regulaciones propias del régimen solidario de prima media con prestación definida, el artículo 34 de la ley 100, modificado por el 10 de la ley 797/03, reitera la posibilidad de que el afiliado pueda seguir cotizando al sistema después de haber adquirido el derecho a la pensión de vejez con los requisitos mínimos y, por ende, con el menor porcentaje y, al efecto, regula la forma como se aumenta el porcentaje

aplicable al ingreso base de liquidación por cada número adicional de semanas de cotización, hasta completar un máximo de 1.400 que otorgan el derecho a percibir la pensión en el porcentaje máximo, en la forma determinada por el artículo 34 citado¹⁴.

Por su parte, el artículo 64 de la ley 100, no modificado por la ley 797, refiriéndose al régimen de ahorro individual con solidaridad, consagra la posibilidad de que el afiliado continúe cotizando y, al efecto, dispone:

“Requisitos para obtener la pensión de vejez. Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del índice de precios al consumidor certificado por el DANE. Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a éste hubiere lugar.

“Cuando a pesar de reunir los requisitos para acceder a la pensión en los términos del inciso anterior, el trabajador opte por continuar cotizando, el empleador estará obligado a efectuar las cotizaciones a su cargo, mientras dure la relación laboral, legal o reglamentaria y hasta la fecha en que el trabajador cumpla 60 años si es mujer o 62 años de edad si es hombre” (negrillas no son del texto).

Con todo, una vez que el empleado afiliado al sistema general de pensiones adquiera el derecho a la pensión, de conformidad con el párrafo 3º del artículo 9º de la ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 33 de la ley 100, pierde la estabilidad en el empleo, tanto en el sector público como en el privado. Dispone la norma:

“PARÁGRAFO 3º: Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal y 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 y reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.

“Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel.

“Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones” (negrillas no son del texto).

Es decir, una vez que el trabajador o servidor público afiliado al sistema general de pensiones regulado por la ley 100/93 tiene derecho a la pensión, pierde cualquier estabilidad en el empleo, pues el empleador podrá, a su libre elección, dar por terminada la relación laboral, siempre y cuando se le haya reconocido la pensión al trabajador o servidor público. Por supuesto, siendo una facultad, no constituye un imperativo y, por lo mismo, está legalmente autorizado que el trabajador continúe trabajando hasta tanto desee retirarse o el empleador haga uso de su propia facultad de dar por terminada la relación laboral.

Para los funcionarios o empleados públicos que tienen derecho al régimen de transición y su pensión es de jubilación, aunque su pensión no se rige por las normas de la ley 100, tienen una disposición especial en el artículo 150 de la misma, según la cual tienen derecho a un ajuste de la pensión decretada si no se han retirado del cargo, incluyendo los sueldos devengados después del reconocimiento:

“Reliquidación del monto de la pensión para funcionarios y empleados. Los funcionarios y empleados públicos que hubieren sido notificados de la resolución de jubilación y que no se hayan retirado del cargo, tendrán derecho a que se les reliquide el ingreso base para calcular la pensión, incluyendo los sueldos devengados con posterioridad a la fecha de notificación de la resolución.

“PARÁGRAFO: No podrá obligarse a ningún funcionario o empleado público a retirarse del cargo por el solo hecho de haberse expedido en su

favor la resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso” (Esta disposición del párrafo es incompatible con la prevista en el párrafo 3º del artículo 9º la ley 797 de 2003, por lo cual ha de entenderse derogada de conformidad con las disposiciones de la ley 153 de 1.887).

La disposición contenida en el párrafo del artículo 150 citado, reiteró lo establecido en el artículo 19 de la ley 344 de 1.996, norma declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-584/97.

De esta forma es claro que, de una parte, una vez que el afiliado al sistema general de pensiones regulado por las leyes 100 y 797, adquiera el derecho a la pensión de vejez con el número mínimo de semanas de cotización, queda a su elección retirarse del empleo y obtener su pensión o seguir cotizando a efectos de elevar el monto de su pensión. Y, de otra, que cuando se adquiera por el afiliado el derecho a la pensión de vejez con los requisitos mínimos y ésta se haya reconocido, el empleador podrá dar por terminado el contrato o la relación legal y reglamentaria.

Obsérvese, también, que la ley no impone una obligación de retiro del funcionario o trabajador con derecho a la pensión, sino que faculta a la autoridad empleadora para utilizarla, de donde se sigue que no existe una prohibición respecto de la continuación en la prestación del servicio.

Otra cosa, naturalmente, es la obligación del retiro de los cargos en el sector público cuando el funcionario llegue a la edad de retiro forzoso, pues así lo establecen las normas sobre servicio civil, Decreto-ley 2400 de 1.968, artículo 31, y ley 443 de 1.998, art.43.

d)Topes máximos de la pensión en porcentaje y cuantía

Dependiendo del régimen escogido, las regulaciones pertinentes difieren.

A. Para el caso del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, son tres las clases de topes máximos que pueden tener las pensiones de vejez:

1- Con relación al porcentaje aplicable al ingreso base de liquidación.

2- Con relación al monto máximo de la pensión.

3.- Con relación al aporte máximo mensual para definir el ingreso base de liquidación.

1.- En relación con el primero, esto es, con el porcentaje aplicable al ingreso base de liquidación para determinar el monto de la pensión, de conformidad con el artículo 34 de la ley 100, modificado por el artículo 10 de la ley 797 ¹⁵ las pensiones de vejez reconocidas por el Sistema General de Pensiones, tendrán un tope máximo de:

1.1 85% del salario base de liquidación hasta el 1º de enero de 2004, liquidado de la siguiente manera:

- 65% del ingreso base de liquidación si se ha cotizado por un mínimo de 1.000 semanas;

- por cada 50 semanas adicionales hasta las 1.200, se incrementa el monto de la pensión en un 2% hasta llegar al 73% del ingreso base de la liquidación.

- Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 y hasta completar 1.400 semanas de cotización, se incrementa el porcentaje en un 3% hasta completar un máximo del 85% del ingreso base de cotización.

1.2A partir del 1º de enero de 2004 se aplicarán las siguientes reglas:

El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

$r = 65.50 - 0.50 s$, donde:

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada.

1.3 A partir del 1º de enero del año 2005 el número de semanas de cotización se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1º de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima."

2.- En relación con los otros límites indicados antes en los numerales 2 y 3, el artículo 18 de la ley 100 de 1.993, había señalado que el límite máximo de la base de cotización sería de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes para trabajadores de los sectores público y privado y que, cuando se devengara un monto superior la base de cotización podría ser limitada a dicho monto por el Gobierno Nacional.

Por medio del decreto 314 de 1.994, el Gobierno Nacional procedió a reglamentar el artículo 18 citado y dispuso:

"ART.2º.- Monto de las pensiones en el régimen solidario de prima media con prestación definida.- En desarrollo del parágrafo tercero del artículo 18 de la ley 100, el monto de las pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes, para los afiliados al régimen solidario de prima media con prestación definida, no podrá ser superior a veinte salarios mínimos legales mensuales".

"ART.3º. Las limitaciones anteriores no se aplicarán a aquellos servidores públicos que tengan derecho a una pensión superior a las cifras mencionadas de acuerdo a las leyes preexistentes".

El artículo 5º de la ley 797 de 2003, modificadorio del artículo 18 de la ley 100 de 1.993, señaló que el límite máximo de la base de cotización será de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes para trabajadores de los sectores público y privado. Pero, sin embargo, la misma ley señaló que cuando se devengue una remuneración mensual superior a 25 salarios mínimos mensuales legales vigentes, la base de cotización será reglamentada por el gobierno nacional y podrá ser hasta de 45 salarios mínimos legales mensuales para garantizar pensiones hasta de veinticinco (25) salarios mínimos legales.

Mediante el Decreto 510 de 2003 fue reglamentada parcialmente la ley 797 de 2003, cuyo artículo 3º señaló:

"La base de cotización del Sistema General de Pensiones será como mínimo en todos los casos de un salario mínimo legal mensual vigente, y máximo de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, límite este que le es aplicable al Sistema de Seguridad Social en Salud. Este límite se aplicará a las cotizaciones cuyo pago debe efectuarse a partir del mes de marzo.

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.

PARÁGRAFO..."

B.- En el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tal como lo señalaron los artículos 60, literal a), 62 y 64 de la ley 100, los afiliados pueden cotizar, periódica u ocasionalmente, valores superiores a los límites mínimos establecidos como cotización obligatoria, con el fin de incrementar los saldos de sus cuentas individuales de ahorro pensional, para optar por una pensión mayor o un retiro anticipado. Esto es, que pueden definir los montos tanto de las cotizaciones como de la pensión a que se aspira y aún la edad del retiro o el retiro anticipado.

Con todo, también existe la garantía de la pensión mínima definida en el artículo 35 para los afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, según lo dispone el artículo 65.

En la ley 796 de 2003, por medio de la cual se convocó el referendo y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional, se señala un límite para las pensiones que se reciban con cargo a recursos públicos, en los siguientes términos:

"(...) 8. Limitación de pensiones y salarios con cargo a recursos de naturaleza pública. - Pregunta: Como medida para reducir las desigualdades sociales y controlar el gasto público, ¿aprueba usted el siguiente artículo?

Adicionase el artículo 187 de la Constitución Política, con el siguiente texto:

A partir de la vigencia de la presente reforma constitucional, la persona que adquiera el derecho a pensionarse no podrá recibir con cargo a recursos de naturaleza pública, una pensión superior a veinticinco (25) salarios mínimos mensuales legales vigentes. Se exceptúan quienes tengan derechos adquiridos y quienes estén amparados por los regímenes pensionales exceptuados y especiales.

"La vigencia de los regímenes pensionales exceptuados, especiales, o provenientes de normas y acuerdos entre nacionales de cualquier naturaleza, expirará el 31 de diciembre de 2007, con excepción del régimen pensional de los Presidentes de la República que tendrá eficacia desde la fecha de entrada en vigencia de la presente reforma constitucional.

"El régimen de transición será reglamentado por la ley del Sistema General de Pensiones.

"Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, a partir de la vigencia de la presente reforma constitucional, con las excepciones temporales anteriores, serán los establecidos en la ley del Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición alguna o invocarse acuerdos entre nacionales, de ninguna naturaleza, para apartarse de lo allí establecido.

"Con las excepciones previstas en la ley del Sistema General de Pensiones, a partir de la vigencia de la presente reforma constitucional, no podrán reconocerse pensiones de vejez o jubilación a personas con menos de 55 años de edad. (Negrillas no son del texto).

"La Ley General de Pensiones ordenará la revisión de las pensiones decretadas sin el cumplimiento de los requisitos legales, o con abuso del derecho.

"A partir del 1° de enero del año 2005, y hasta diciembre de 2006, no se incrementarán los salarios y pensiones de los servidores públicos, o de aquellas personas cuyos salarios y pensiones se paguen con recursos públicos, en ambos casos cuando devenguen más de veinticinco (25) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

“Se excluye de esta disposición el régimen legal para los miembros de la Fuerza Pública”.

5. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS APORTES, TANTO PATRONALES COMO DE LOS AFILIADOS AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES.

Como se dejó explicado en el aparte 2 de este concepto, hasta la vigencia de la ley 100 de 1.993 los máximos tribunales de justicia, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, habían señalado que los aportes efectuados por los trabajadores y los patronos del sector privado al ISS eran de índole privada y, por lo mismo, las pensiones que con tales recursos se pagaran no provenían del tesoro público y, por ello, eran compatibles con cualquier otra asignación provenientes de éste. Se dijo, entonces, que el ISS resultaba ser un simple administrador de recursos de índole privada. Por el contrario, se entendió que las pensiones pagadas por las entidades de previsión del sector público constituían asignaciones provenientes del tesoro público.

Sin embargo, con el cambio radical del sistema pensional introducido por la ley 100 y su modificatoria la ley 797, la situación adquiere nuevas características.

De conformidad con los artículos 4º y 5º de la ley 100, la seguridad social es un servicio público obligatorio, que otorga un derecho irrenunciable de todos los habitantes del territorio nacional, el cual se prestará a través del Sistema de Seguridad Social Integral, conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la ley (art. 8º).

Tal como lo indicó la Corte Constitucional refiriéndose al sistema General de Seguridad Social en Salud en sentencia C-577 de 1.995, concepto igualmente aplicable a los demás sistemas de cobertura de los riesgos de vejez, profesionales y de servicios sociales complementarios:

“(…) La cotización para seguridad social en salud es fruto de la soberanía fiscal del Estado. Se cobra de manera obligatoria a un grupo determinado de personas, cuyos intereses o necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados. Los recursos que se captan a través de esta cotización no entran a engrosar las arcas del presupuesto Nacional, pues tienen una especial afectación, y pueden ser verificados y administrados tanto por entes públicos como por personas de derecho privado. La tarifa de la contribución no se fija como una contraprestación equivalente al servicio que recibe el afiliado, sino como una forma de financiar colectiva y globalmente el sistema Nacional de seguridad social en salud.

“Las características de la cotización permiten afirmar que no se trata de un impuesto, dado que se impone a un grupo definido de personas para financiar un servicio público determinado. Se trata de un tributo con destinación específica cuyos ingresos, por lo tanto, no entran a engrosar el presupuesto Nacional. La cotización del sistema de salud tampoco es una tasa, como quiera que se trata de un tributo obligatorio y, de otra parte, no genera una contrapartida directa y equivalente por parte del Estado, pues su objetivo es el de asegurar la financiación de los entes públicos o privados encargados de prestar el servicio de salud a sus afiliados.

“Según las características de la cotización en seguridad social, se trata de una típica contribución parafiscal, distinta de los impuestos y las tasas. En efecto, constituye un gravamen fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra de manera obligatoria a un grupo de personas cuyas necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados, pero que carece de una contraprestación equivalente al monto de la tarifa. Los recursos provenientes de la cotización de seguridad social no entran a engrosar las arcas del presupuesto Nacional, ya que se destinan a financiar el sistema general de seguridad social en salud (...).”

En efecto, el Sistema de Seguridad Social Integral está conformado, a su vez, por el Sistema General de Pensiones, el Sistema General de Seguridad Social en Salud, el Sistema General de Riesgos Profesionales y los Servicios Sociales Complementarios regulados por la ley 100 de 1.993, con las modificaciones introducidas por la ley 797 de 2003 y, como partes integrantes de un todo, están sujetos a la obligatoriedad de las cotizaciones respectivas¹⁶, impuestas por el legislador como una contribución fruto de su soberanía fiscal¹⁷, con destinación específica¹⁸ para financiar los riesgos de sus afiliados correspondientes a cada uno de estos subsistemas, los cuales se prestarán con base en los principios de eficiencia, universalidad, SOLIDARIDAD, integralidad, unidad y participación.

La destinación específica de los recursos provenientes de las cotizaciones para cada subsistema está consagrada, tanto por los artículos 9º y 48 de la ley 100, como por el literal m) del artículo 2º de la ley 797, modificatorio parcialmente del artículo 13 de aquella. Dispusieron las normas citadas:

ARTÍCULO 9º LEY 100:

“Destinación de los recursos. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella.”

ARTÍCULO 48 LEY 100:

“(…) No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella. (…)”

Ratificando las disposiciones anteriores y con respecto al Sistema General de Pensiones, el artículo 2º de la ley 797 dispuso:

“m) Los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administran”.

Es claro, entonces, que hoy y dentro del Sistema General de Pensiones, no se puede afirmar que las pensiones reconocidas por los fondos de pensiones o por el ISS, financiadas en todo o en parte con los aportes o cotizaciones de índole parafiscal obligatoria pagados por entes públicos a dichos fondos o al ISS, constituyen asignaciones provenientes del tesoro público, pues una vez pagadas dichas cotizaciones patronales en cumplimiento de ese deber legal, los recursos son del Sistema y no pertenecen ni a la Nación ni a las entidades que los administran. Con tales aportes, las entidades públicas satisfacen un deber legal respecto de sus servidores y, por consiguiente, los recursos salen de su patrimonio e ingresan al sistema general de pensiones, refundiéndose con todos los demás recursos del mismo sistema, los cuales si bien tienen naturaleza pública¹⁹ por provenir de una contribución parafiscal, no son propiedad de ninguna entidad estatal ni pertenecen al tesoro público.

Esta Sala en concepto número 1424 de junio 26 de 2002, recogiendo tanto los análisis hechos por ella en conceptos anteriores como los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre la parafiscalidad, explicó sobre la naturaleza y características de esta institución:

“4. Características esenciales de las contribuciones parafiscales

Las contribuciones parafiscales se han concebido desde siempre como un mecanismo de intervención y participación del contribuyente en los beneficios que con este tipo de ingresos se reportan para un sector económico determinado, concepto que fue reiterado en el artículo 338 C.P.

El Artículo 29 del Estatuto Orgánico del Presupuesto (Decreto 111 de 1996), definió las contribuciones parafiscales, así:

“Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para el beneficio del propio sector. El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable.

“Las contribuciones parafiscales administradas por los órganos que forman parte del Presupuesto General de la Nación se incorporarán al presupuesto solamente para registrar la estimación de su cuantía y en capítulo separado de las restas fiscales y se recaudo será efectuado por
Concepto Sala de Consulta C.E. 1480 de 2003 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

los órganos encargados de su administración”

“A su vez, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado las características esenciales de este tipo de ingresos, entre las que se cuentan:

a) Son de carácter excepcional de conformidad con la disposición Constitucional (artículo 152 numeral 12).

b) Son obligatorias, en tanto son fruto de la soberanía fiscal.

c) Son específicas y singulares: en cuanto al sujeto pasivo del tributo, recae sobre un específico grupo de la sociedad.

d) No confieren al ciudadano el derecho a exigir del estado la prestación de un servicio o la transferencia de un bien determinado. Son pagos que deben realizar los usuarios de algunos organismos públicos, mixtos o privados, para asegurar el financiamiento de estas entidades de manera autónoma.²⁰

e) Los recursos no ingresan al arca común del Estado se convierten en “patrimonio de afectación”, en cuanto su destinación es sectorial y se revierte en beneficio exclusivo del sector.²¹

f) Su administración puede realizarse a través de entes privados o públicos.

“La misma Corporación en Sentencia C-490 DE 1993, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 1º de la Ley 51 de 1966, sistematizó algunas de las características de esta figura; a tal providencia pertenecen los siguientes apartes:

“(…) La doctrina ha coincidido también en diferenciar claramente a las contribuciones parafiscales de categorías clásicas tales como: los impuestos y las tasas. A diferencia de las tasas, las contribuciones parafiscales son obligatorias y no confieren al ciudadano el derecho a exigir del Estado la prestación de un servicio o la transferencia de un bien. Se diferencian de los impuestos en la medida en que carecen de la generalidad propia de este tipo de gravámenes, tanto en materia de sujeto pasivo del tributo, cuanto que tienen una especial afectación y no se destinan a las arcas generales del tesoro público. La doctrina suele señalar que las contribuciones parafiscales se encuentran a medio camino entre las tasas y los impuestos, dado que de una parte son fruto de la soberanía fiscal del Estado, son obligatorias, no guardan relación directa ni inmediata con el beneficio otorgado al contribuyente. Pero, de otro lado, se cobran solo a un gremio o colectividad específica y se destinan a cubrir las necesidades o intereses de dicho gremio o comunidad.” 1(Corte Constitucional. Sentencia N° C-040 del 11 de febrero de 1993. Magistrado Ponente: *Ciro Angarita Barón*. Págs. 18 a 19.)

(…)

“Y con anterioridad a ambos fallos, la Corporación había sostenido que los recursos parafiscales “son extraídos en forma obligatoria de un sector económico para ser invertidos en el propio sector con exclusión del resto de la sociedad”.³ (Corte Constitucional. Sentencia No. C-449 de 9 de julio de 1992. Magistrado Ponente: *Dr. Alejandro Martínez Caballero*. Pág. 27).

(…)

“Para sistematizar, la Corte observa que los recursos parafiscales tienen tres elementos materiales, a saber:

1) Obligatoriedad: el recurso parafiscal es de observancia obligatoria por quienes se hallen dentro de los supuestos de la norma creadora del mencionado recurso, por tanto, el Estado tiene el poder coercitivo para garantizar su cumplimiento.

2) Singularidad: en oposición al impuesto, el recurso parafiscal tiene la característica de afectar un determinado y único grupo social o económico.

3) Destinación Sectorial: los recursos extraídos del sector o sectores económicos o sociales determinados se revierten en beneficio exclusivo del propio sector o sectores.”²²

“En el mismo sentido se pronunció esta Sala en Concepto No. 914 del 16 de diciembre de 1996, en los siguientes términos:

“La jurisprudencia constitucional le atribuye a la contribución parafiscal las siguientes características : es un tributo especial impuesto por el Estado en ejercicio de su soberanía fiscal, distinto a los impuestos y las tasas, que se cobra de manera obligatoria a un grupo, gremio o colectividad, cuyos intereses o necesidades se satisfacen con los recursos recaudados; se puede imponer a favor de entidades públicas, semipúblicas o privadas que ejerzan actividades de interés general, las cuales pueden verificar y administrar los recursos recaudados, que no acrecientan el presupuesto nacional, departamental o municipal.

“Estas contribuciones, se denominan parafiscales porque están al lado de las fiscales, dado que “para” se usa aquí como prefijo y significa “junto a, al margen de, o al lado de”. Tanto las contribuciones fiscales como las parafiscales tienen carácter público; estas últimas porque su creación es de origen público, su destinación es de interés público, ingresan a una cuenta de carácter público y están sujetas al control y vigilancia del Estado.

“De acuerdo con las características de cada uno de los tipos de ingreso públicos señalados anteriormente, la Sala concluye que la naturaleza jurídica de los recursos recaudados por el Fondo de Protección Solidaria “Soldicom” en virtud de la ley 26 de 1989, es la propia de las contribuciones parafiscales, tal como se explica enseguida. (...)”

De esta forma, una vez que la entidad estatal u oficial realiza el pago de sus aportes al sistema general de pensiones en cumplimiento de su deber legal como patronos (arts. 20 , 22 y 23 ley 100, el primero modificado por el artículo 7º ley 797) - recursos parafiscales -, o efectúa el pago del bono pensional a que está obligado en las hipótesis de los artículos 113 y siguientes de la ley 100, en concordancia con los artículos 13, 33 y 67 de la misma, los dineros así entregados dejan de tener la naturaleza de recursos del tesoro y se convierten en recursos del sistema general de pensiones, los cuales, a la luz de las normas de la ley 100 (arts 32 literal b) 59 y 60), ratificadas por las de la ley 797 (arts.2º literal m) y 7) no pertenecen a la Nación ni a las entidades que los administran y no pueden destinarse ni utilizarse para fines distintos de los propios a la seguridad social (art. 9 L.100).

Obsérvese que el pago de los bonos pensionales tiene una connotación o equivalencia con el de los aportes que se hicieron o debieron hacerse al sistema de seguridad existente antes de la vigencia de la ley 100, tal como lo define el artículo 9º de la ley 797/03, párrafo 1º, inciso 2º

“(…) PARÁGRAFO 1º: para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta

“a) (...)

“b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados.

“c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la ley 100 de 1.993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión (...).

“d) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados a empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.

“e) El número de semanas cotizadas a cajas provisionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1.993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

“En los casos previstos en los literales, b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado con un bono o título pensional (...)”.

6.EFECTOS JURÍDICOS QUE SE DERIVAN PARA LOS PENSIONADOS POR VEJEZ DE CONFORMIDAD CON LAS LEYES 100 DE 1.993 Y 797 DE 2003.

Como quiera que la señora Ministra de Relaciones Exteriores formula en la consulta algunos interrogantes sobre la eventual obligación legal de la entidad empleadora que recibe, en los casos expresamente previstos en la ley, a un pensionado como empleado suyo, de afiliarlo al Sistema General de Pensiones y, además indaga sobre la viabilidad de ajustar la pensión de acuerdo a las nuevas cotizaciones, la Sala deberá hacer algunos planteamientos previos que permitan sustentar las respuestas que habrán de darse a las preguntas formuladas.

Debe advertirse, primeramente, que la pregunta formulada por la Señora Ministra, no hace relación alguna con el reajuste anual por aumento en el I.P.C. (inflación) ordenado por la ley 100 en su artículo 14, pues éste es un ajuste obligatorio y debe ser reconocido y pagado a partir del 1º de enero de cada año en favor de todos los pensionados por vejez, y tiene por finalidad mantener el poder adquisitivo del monto de la pensión.

La cuestión sometida a consideración de la Sala hace relación con la posibilidad de reajustar la pensión como efecto o consecuencia de una eventual reincorporación a la actividad laboral de un pensionado, aspecto al cual se referirá la Sala.

De esta manera, lo primero que debe analizarse es si es posible que se realice una nueva incorporación del pensionado a la actividad laboral dependiente, esto es, si un pensionado por vejez puede vincularse nuevamente a una entidad pública o privada, mediante contrato de trabajo o por medio de una situación legal y reglamentaria.

No se referirá la Sala al desarrollo de actividad laboral independiente, pues ella, como es obvio, puede ser desarrollada por cualquier persona, aún por los pensionados. Otra cosa es, naturalmente, la imposibilidad de que un trabajador independiente, ya pensionado por vejez por el Sistema General de Pensiones, pueda ser afiliado y cotizante al mismo, pues se aplican, para estos efectos, los mismos principios y disposiciones que se explican enseguida.

6.1 Finalidad de la reforma pensional de 1.993.

Para empezar por el origen, es preciso mencionar que de conformidad con los antecedentes legislativos que se pueden conocer, uno de los fines de la reforma pensional del año 1993 fue la creación de un sistema único e integral que en materia de seguridad social desarrollara los postulados del artículo 48 de la Constitución Política²³.

En efecto, la reforma se orientó a consagrar la afiliación obligatoria para todos los habitantes del territorio nacional al sistema único e integral de seguridad social y, por consiguiente, a establecer la cotización obligatoria, entre otros, al Sistema General de Pensiones, como una obligación de empleadores, trabajadores dependientes e independientes, del sector público o privado y, correlativamente, como un derecho de todos los habitantes del territorio nacional, salvo las excepciones expresamente consagradas en el artículo 279 de la Ley 100, para quienes se aplican las normas propias o especiales.

Con la expedición de la ley 797 de 2003 se amplió el ámbito de los afiliados obligatorios al Sistema General de Pensiones, pero, con todo, se mantienen algunas excepciones indicadas en el artículo 279 de la ley 100, no modificado por aquélla.

En efecto, tal como surge de la exposición de motivos del proyecto de ley que dio lugar a la expedición de la ley 100 de 1.993, la finalidad buscada es clara:

“(…) cabe señalar que este sistema de ahorro pensional es obligatorio respecto de todos los nuevos asalariados que ingresan a la fuerza laboral, en el sector público o en el sector privado.

(…)

“Por último se unificarán los sistemas pensionales vigentes para el sector público y el sector privado.

“Con ello se corregirá efectivamente la gran injusticia existente al no poderse acumular las carreras laborales entre los dos sectores, cumpliendo el mandato de la ley 71 de 1988, y facilitando la movilidad del trabajo. A la larga se eliminará la multiplicidad de regímenes e instituciones previsionales del sector público, así como las inequidades dentro del mismo, y respecto a las pensiones del sector privado, los beneficios extraordinarios del sector público tendrán que ser complementarios, voluntarios y a cargo de los trabajadores y los recursos propios de las entidades, en ningún caso estarán a cargo del fisco o de terceros, y tendrán que constituirse efectivamente las reservas necesarias”.²⁴

Respondiendo a estos planteamientos, el artículo 10 de la ley 100 de 1993, establece que el objeto del sistema general de pensiones, es el siguiente:

“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 la presente ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones”.

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C-126/95, al pronunciarse sobre el objeto del sistema general de pensiones, destaca entre una de sus características su “unidad”, pues independientemente de los regímenes de excepción existentes y de las normas para regular el tránsito de legislación, la ley 100 de 1993, hoy, modificada por la ley 797 de 2003²⁵, estableció que el régimen de seguridad social en pensiones cubre a todos los habitantes, independientemente del sector de la economía al cual pertenezca el trabajador y pudiendo sumar períodos de cotización en uno y otro :

“El Sistema tiene por objeto amparar a la población contra las contingencias que se derivan de la vejez, la invalidez por riesgo común y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se establecen en favor de los afiliados. Por ello, y con el propósito de reafirmar la unidad del sistema, se establece como regla general que el mismo se aplica a todos los habitantes del territorio, dejando a salvo los derechos adquiridos. El Sistema General de Pensiones está basado en la coexistencia de dos regímenes excluyentes que se denominan: Régimen de Prima Media con Prestación Definida y Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.”. (Negrilla fuera de texto).

Igualmente, respecto de la universalidad del sistema general de pensiones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en Sentencia del 28 de noviembre de 2002, expediente No. 18889, expuso:

“La pensión restringida de jubilación, con ocasión de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, tal como ha tenido la oportunidad de señalarlo la Corte, respecto de los trabajadores particulares, el artículo 8 de la ley 171 de 1961 dejó de regir por mandato expreso de la ley 50 de 1990 y, posteriormente, aquél precepto y, otros expedidos más tarde en idéntico sentido para los trabajadores oficiales, quedaron derogados al entrar a regir la ley 100 ibídem, que estableció el Sistema General de Pensiones, aplicable a todos los habitantes del territorio nacional, con las excepciones previstas en el artículo 279. Así, al terminar la relación laboral aducida en este caso, que lo fue a partir del 1 de octubre de 1994, el artículo 8º de la ley 171 de 1961 ya no regía, puesto que la ley 100 de 1993 entró en vigencia en lo concerniente al Sistema General de Pensiones el 1 de abril de 1994, salvo para los servidores públicos del nivel departamental, distrital y municipal. Respecto de quienes, a más tardar, comenzaba a operar el 30 de junio de 1995, que no es el caso del demandante”. (Negrilla fuera de texto).

6.2. Dentro del Sistema General de Pensiones de la ley 100, no es posible obtener dos pensiones provenientes del mismo, ni es posible obtener ajuste de la pensión de vejez reconocida por nueva vinculación laboral. - No hay posibilidad de realizar nuevas cotizaciones después de haber adquirido la pensión de vejez.

Partiendo de los presupuestos antes señalados y teniendo en cuenta los principios de equidad y eficiencia que orientan el sistema en su conjunto, considera la Sala que es dable afirmar, que si el sistema de seguridad social, como se puede apreciar a partir de la ley 100 de 1993, reafirmado por la ley 797 de 2003, es un sistema integral y único que cubre a toda la población frente a diferentes contingencias, entre ellas, la relativa al riesgo de vejez, éste no permite que sea posible que un mismo beneficiario disfrute simultáneamente de dos pensiones que por su naturaleza cubren el mismo riesgo, cualquiera sea la entidad pensional del Sistema General de Pensiones a la cual se encuentre afiliado. En otras palabras, el sistema no admite que un pensionado por vejez pueda adquirir una segunda pensión, también por vejez, ni aún en la hipótesis de que la entidad administradora sea diferente dentro del mismo Sistema.

Pero, además, como por expresa disposición del artículo 31, inciso 2º, de la ley 100 de 1.993, y para el régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, las disposiciones para los riesgos de invalidez, vejez y muerte vigentes en el instituto al entrar a regir la misma se aplican en todo cuanto no sea contrario a lo dispuesto en ella, es claro que la previsión del artículo 2º del decreto 758 de 1.990, debe aplicarse. Tal norma prevé que:

“ARTÍCULO 2º: PERSONAS EXCLUÍDAS DEL SEGURO DE INVALIDEZ, VEJEZ Y MUERTE: Quedan excluidos del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte:

“a) (...)

b) (...)

c). Los trabajadores dependientes que al momento de iniciarse la obligación de asegurarse se encuentren gozando de una pensión de jubilación a cargo de un patrono o que de conformidad con el Código Sustantivo del Trabajo, tengan adquirido el derecho a la pensión de jubilación;

d). Las personas que se hayan pensionado por el Régimen de los Seguros Sociales Obligatorios o hubieren recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o de invalidez por riesgo común, salvo para el caso de invalidez, que ésta hubiere cesado o desaparecido, en virtud de los programas de readaptación y rehabilitación por parte del Instituto

“(...)”.

Consecuencia natural de lo expuesto es que una misma persona no puede tener, en forma simultánea, el estatus de pensionado y el de afiliado o cotizante al Sistema General de Pensiones.

En efecto, el Sistema busca cubrir y proteger a los habitantes del territorio nacional contra el riesgo de vejez; por lo mismo, una vez cumplidos los requisitos establecidos por la ley para adquirir el derecho a la pensión de vejez, desaparece el riesgo mismo y se transforma en un derecho pensional con el cual se hace efectiva la protección del riesgo ocurrido. De esta forma, resulta imposible que se pretenda cubrir para el pensionado un riesgo que ya no puede existir, de imposible ocurrencia, pues ya tiene el estatus de pensionado por vejez.

Por tal razón, no es posible que un pensionado por vejez (que ya no tiene la expectativa del riesgo pues éste ya se produjo) se afilie nuevamente al Sistema General de Pensiones, para cubrir tal eventualidad.

anterioridad a la entrada en vigencia de estas leyes y los regímenes de transición específicamente establecidos y determinados en ellas, los cuales expresamente han sido preservados por una y otra (arts. 11 ley 100/93 y 1º de la ley 797/03). En tales regímenes anteriores, era posible que un pensionado por vejez del ISS pudiera ingresar a un cargo público y obtener una pensión de jubilación, o viceversa, que un pensionado con derecho a jubilación del sector público ingresara al sector privado y obtuviera la pensión de vejez pagada por el ISS, resultando compatibles la coexistencia de las dos.

Cuando el sistema se unifica y es uno sólo para todos los trabajadores, sean del sector público o del privado y, aún del independiente, ya no es posible pensar que un trabajador pueda adquirir dos pensiones de vejez provenientes del mismo Sistema General de Pensiones, salvo cuando una pensión la adquiere como fruto de sus propias cotizaciones y, la otra, en calidad de sobreviviente (pensión propia y pensión transmitida por causa de muerte).

Por lo demás, ni la ley 100/93 ni la 797/03 contemplan expresamente la posibilidad de que pueda efectuarse un ajuste o reliquidación de la pensión para pensionados, ni se prevé ni regula que una vez pensionado un trabajador pueda vincularse nuevamente al Sistema y pueda realizar nuevas cotizaciones.

Obsérvese, de otra parte, que estando señalada la edad mínima para tener derecho a la pensión en 57 años para las mujeres y 62 para los hombres a partir del 1º de enero de 2004 y, teniendo en cuenta que se acumulan todas las semanas cotizadas sin importar si el trabajo se desarrolla en el sector público o en el privado y aún como independiente, la vida laboral posible de cualquier persona permite completar con facilidad el número máximo de semanas cotizadas para tener derecho a la pensión más alta en porcentaje y, por lo mismo, no resulta viable pensar que la ley permita la posibilidad de ajustar la pensión obtenida para aumentar el porcentaje aplicado al ingreso base de liquidación.

Sin embargo, se podría pensar que a pesar de no existir la posibilidad de vinculación de un pensionado al Sistema General de Pensiones y, por lo mismo, de no poderse realizar nuevas cotizaciones al Sistema para ajustar pensión pues la persona entró a gozar del estatus de pensionado por vejez, sí podría darse una relación laboral de tal pensionado.

En opinión de la Sala, no existe tal posibilidad legal por las siguientes razones:

-De conformidad con los artículos 15 y 17 de la ley 100, toda persona que esté vinculada mediante contrato de trabajo o como servidor público tiene que estar afiliada al Sistema General de Pensiones; por lo mismo, dentro de la filosofía de la ley no es posible generar un tipo de trabajadores o de servidores públicos que no estén afiliados al mismo, lo cual conduce necesariamente a la conclusión de que la ley no permite tal situación.

-No siendo posible realizar nuevas cotizaciones al Sistema, de hecho, resultaría que la vinculación de pensionados al sector laboral de la economía, tendría una carga económica inferior para el empleador a la que significa la vinculación de trabajadores que aún no disfrutaban de pensión. Esta situación resultaría contraria al espíritu de la ley, pues de aceptarse que un pensionado pueda reincorporarse a la fuerza laboral dependiente, se estaría favoreciendo este tipo de vinculaciones, lo cual, a su turno, atenta contra el propósito legal de auspiciar la creación de empleos para quienes no tienen empleo y para los nuevos trabajadores que ingresan a la fuerza de trabajo del país.

-De aceptarse la posibilidad de esa nueva vinculación de pensionados a la fuerza laboral se generaría la inaplicabilidad de muchas disposiciones de carácter laboral a tal pensionado-trabajador, pues él no podrá tener la protección de estabilidad en el empleo que dan las leyes laborales, pues por definición del párrafo 3º del artículo 9º de la ley 797 de 2003, modificatorio del mismo párrafo del artículo 33º de la ley 100, es justa causa de terminación del contrato de trabajo el haber sido reconocida la pensión de vejez. De tal suerte se crearía una situación laboral del pensionado-trabajador a quien no se le podrían aplicar las normas del C.S. del T., circunstancia que impone la conclusión contraria.

-En cuanto a la posibilidad de ingreso al servicio público, las normas propias del servicio civil del Estado, las cuales tienen carácter especial y no han sido derogadas expresamente, establecen la prohibición de la reincorporación al servicio público de un pensionado, salvo en los casos de excepción consagrados o contemplados en la ley:

- Decreto 2400 de 1.968, art. 29, en la forma modificada por el decreto 3074 del mismo año:

“ (...) La persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, Presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de Empresas Industriales y Comerciales del estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidas en la respectiva carreras y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo. Por necesidades del servicio, el gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando el empleado no sobrepase la edad de sesenta y cinco (65) años”. (Negrilla no es del texto).

- Decreto 1848 de 1.969, artículo 78:

“PROHIBICIÓN AL JUBILADO DE REINTEGRARSE AL SERVICIO OFICIAL. REGLA GENERAL Y EXCEPCIONES. La persona retirada con derecho y en goce de pensión de jubilación no podrá reintegrarse al servicio oficial, en entidades de derecho público, establecimientos públicos, empresas oficiales y sociedades de economía mixta, conforme a la prohibición establecida en el artículo 29 del decreto 2400 de 1.968, subrogado por el 3074 del mismo año citado.

PARÁGRAFO. Lo dispuesto en los artículos anteriores no comprende a las personas que vayan a ocupar cualquiera de los siguientes empleos: Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, Presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de Empresas Industriales y Comerciales del estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidas en la respectiva carreras y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo y los demás empleos que el Gobierno Nacional señale, conforme a la facultad que al efecto le confiere el artículo 29 del decreto 2400 de 1.968, citado antes”.

- Igualmente, la lista de cargos de excepción fue adicionada por el párrafo del artículo 66 de la ley 136 de 1.994, modificado por el artículo 20 de la ley 617 de 2000, en relación con la posibilidad del ejercicio del cargo de Concejal por pensionados, norma que dispone:

“Causación de honorarios. (...)

PARÁGRAFO: Los honorarios son incompatibles con cualquier asignación proveniente del tesoro público del respectivo municipio, excepto con aquellas originadas en pensiones o sustituciones pensionales y las demás excepciones previstas en la ley 4ª de 1.992”.

A esta mención de normas especiales deben agregarse todas las leyes que regulan otras situaciones específicas como por ejemplo para la rama judicial el Decreto 542 de 1.977, artículo 11 y la Ley 361 de 1.997 respecto de los discapacitados.

- Para estos especiales casos excepcionales de reincorporación del pensionado al servicio, el decreto 583 de 1.995, en el artículo 1º, reguló la manera como debe realizarse el pago de los servicios y, al efecto, dispuso que:

“Las personas que se encuentren gozando de pensión de jubilación o vejez y se reintegren al servicio en uno de los empleos señalados en el artículo 29 del decreto 2400 de 1.968 o en uno de elección popular, percibirán la asignación mensual correspondiente. En el evento de que dicha asignación fuere inferior a la mesada pensional, percibirán adicionalmente la diferencia por concepto de pensión, hasta concurrencia del valor total de esta prestación social”. (negrilla no es del texto)

Es decir, que por mandato expreso de la ley, el pensionado incorporado al servicio público no puede recibir sino la asignación del cargo o ésta y la diferencia en monto con relación al de su pensión, pero no podrá percibir en forma simultánea sueldo y pensión completos.

-Otra situación bien distinta es la que resulta del contenido del artículo 19 de la ley 4ª de 1.992, en donde se regulan los casos de excepción a la prohibición constitucional de percibir más de una asignación proveniente del tesoro público, eventos en los cuales, es posible recibir, simultáneamente, tanto el sueldo como la pensión; son, por consiguiente, casos expresamente determinados por la ley y como tales de aplicación restrictiva.

-Con todo, en los eventos citados en los literales b) y g) del artículo 19 de la ley 4ª, debe entenderse que también existe la correspondiente excepción para la reincorporación al servicio, única forma en que se pueden dar los eventos en ellos contemplados:

"ARTÍCULO 19. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado.

"Exceptúanse las siguientes asignaciones: (...)

"b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;

"(...)

"g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados."

Como lo señaló la Sala en concepto número 786 de marzo 26 de 1.996, en virtud del artículo 150 de la ley 100/93 se derogaron el inciso 1º del artículo 29 del D. 2400/68 y los artículos 120, 121 y 124 del Decreto Reglamentario 1950 de 1.976, pues aquella norma expresamente dispuso que:

"No podrá obligarse a ningún funcionario o empleado público a retirarse del cargo por el solo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso" (Negrillas no son del texto),

por lo cual, su mandato era absolutamente incompatible con las prescripciones de las citadas normas que, por el contrario, preveían la obligatoriedad del retiro del servicio una vez que se reunieran los requisitos para tener derecho a la pensión de jubilación.

Con posterioridad a la fecha del concepto citado, el legislador expidió la ley 344 de diciembre 27 de 1.996, *"por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público"*, cuyo artículo 19 estableció:

"Sin perjuicio de lo establecido en las leyes 91 de 1.989, 60 de 1.993 y 115 de 1.994, el servidor público que adquiera derecho a disfrutar de su pensión de vejez o jubilación podrá optar por dicho beneficio o continuar vinculado al servicio, hasta que cumpla la edad de retiro forzoso. Los docentes universitarios podrán hacerlo hasta por 10 años más. La asignación pensional se empezará a pagar solamente después de haberse producido la terminación de sus servicios en dichas instituciones"²⁷ .

Es decir, se reiteró la disposición del párrafo del artículo 150 de la ley 100.

Con la expedición de la ley 797 de 2003, en especial con la norma contenida en el inciso 3º del artículo 9º modificatorio del artículo 33 de la ley 100/93, la situación volvió a cambiar, pues hoy se entiende como justa causa para dar por terminada una situación legal y reglamentaria que el servidor público haya obtenido el reconocimiento de su pensión de vejez y aunque no haya llegado a la edad de retiro forzoso, tal como se indicó en el aparte c) del acápite 4 de este estudio, aunque no se impone la obligación del retiro sino con la edad de retiro forzoso.

Como se ha afirmado que no es posible realizar hoy, después de la expedición de las leyes 100/93 y 797/03, ajustes en las pensiones de vejez, debe la Sala ocuparse del análisis de la disposición del artículo 4º de la ley 171 de 1.961, pues en ella aparece una regulación sobre la forma

como se debe efectuar el ajuste de las pensiones de jubilación de los servidores públicos por reincorporación al servicio.

- De conformidad con el artículo 4º de la ley 171 de 1.961 (norma que según sentencia proferida por la Corte Constitucional, C-331 del 22 de marzo de 2000²⁸ se encuentra vigente):

"ARTÍCULO 4º. Al pensionado por servicios a una o más entidades de derecho público, que haya sido o sea reincorporado a cargos oficiales y haya permanecido o permanezca en ellos por tres o más años, continuos o discontinuos, le será revisada su pensión a partir de la fecha en que quede nuevamente fuera del servicio, con base en el sueldo promedio de los tres últimos años de servicio".

Sea lo primer resaltar que la autorización amplia consagrada en esta norma, la cual permitía la reincorporación al servicio de cualquier exfuncionario público pensionado, fue restringida en virtud de lo dispuesto en el artículo 29, inciso 1º, del decreto 2400 de 1.968, norma posterior e incompatible con aquella, restricción que fue ratificada por los artículos 1º y 4º del decreto 583 de 1.995²⁹, dictado por el Presidente de la República en desarrollo de las normas generales contenidas en la ley 4ª de 1.992 y, en especial, de sus artículos 1º y 2º³⁰.

Así, el contenido de la disposición analizada en la parte no modificada por el D. 2400/68 y de las normas que a ella hacen referencia, a juicio de la Sala, en opinión contraria a la expuesta por la Corte Constitucional en la sentencia 331 de 2.000, no es compatible con la estructura del actual sistema general de pensiones, regulado por las leyes 100/93 y 797/03 y, por lo mismo, ha de entenderse derogada tácitamente, aplicando, al efecto, la disposición del artículo 24 de la ley 797 de 2003. En efecto:

- El ajuste autorizado por el art. 4º de la ley 171 de 1.961 y por el artículo 4º del decreto 583 de 1.995, hace referencia a las pensiones obtenidas por servicios prestados a una o más entidades estatales o del sector público, esto es, a la pensión de jubilación definida por la legislación vigente para la época para los funcionarios estatales, mientras que en la regulación de la ley 100 no existen pensiones de jubilación por servicios en el sector público sino pensiones de vejez por cotizaciones efectuadas a cualquiera de los dos sectores económicos.

- En el régimen pensional de las leyes 100 y 797, la base de liquidación de la pensión es el número de semanas cotizadas al sistema general de pensiones, sin importar en qué sector se prestaron los servicios; en la ley 171/61 la base del ajuste de la pensión de jubilación (sector público) es el tiempo de servicio al mismo sector público específicamente, señalado en tres años.

- Para liquidar la pensión de vejez, las citadas leyes 100 y 797 ordenan que se aplique el porcentaje correspondiente (determinado de conformidad con las reglas del artículo 34 de la ley 100 modificado por el art. 10 de la L 797/03) al Ingreso Base de Liquidación (art.21 L. 100/93), esto es, en general, que promedie el monto de los salarios (debidamente ajustados art.21) sobre los cuales ha cotizado el afiliado en los diez años anteriores al reconocimiento de la pensión, o sobre el promedio del ingreso base calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, cuando este cálculo resulte superior al previsto en la forma anterior, caso en el cual el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado no menos de 1250 semanas. Para el ajuste indicado en la ley 171, no importa si existe o no cotización, lo que se tiene en cuenta es el número de años servidos (3) en el sector público, después de la reincorporación.

- Para los casos de excepción en los cuales un pensionado pueda reincorporarse al servicio estatal en uno de los cargos de excepción señalados en el inciso 2º del D. 2400 de 1.968 y en el D. 1848/69, resultaría absurdo cambiar las bases sobre las cuales se ha liquidado la pensión, esto es, el promedio de los últimos diez años de servicio, para sustituirla por el promedio de los tres (3) años de servicio que prevé la disposición.

Son, pues, a juicio de la Sala, supuestos legales absolutamente diferentes. De entenderse que subsiste la forma de ajuste de pensiones previsto por la ley 171 de 1.961 y por el decreto 583 de 1.995 y que ella es aplicable a los pensionados por vejez que puedan reincorporarse al servicio bajo las reglas de la ley 100 o las que la modifiquen, se llegaría al absurdo de privilegiar, dentro de un sistema general de pensiones, a quienes habiendo prestado servicios al sector público puedan reincorporarse al mismo servicio o sector, pues las bases de su pensión, en últimas, cuando se le haga el ajuste, serán el tiempo de servicios y no el número de semanas de cotización al Sistema y, además, el ingreso base de la liquidación no será el promedio de los salarios devengados en los diez años anteriores al reconocimiento de la pensión, sino el de los últimos tres años de servicio al Estado. Es decir, se estaría autorizando la desestructuración del sistema general de pensiones en favor de unos pocos privilegiados.

Pero, además, se estaría creando una obligación a cargo de la entidad pagadora de la pensión, en condiciones diferentes a aquellas que rigen para todos sus demás afiliados, sin contar, además, con los aportes económicos requeridos para tal fin.

Por ello, podría pensarse que tal régimen de ajuste de pensiones podría subsistir en el ordenamiento jurídico, pero solo para regular la situación de los pensionados del sector público por jubilación (bajo las reglas anteriores a la ley 100/93) que se hayan o puedan reintegrarse al servicio en este sector y que, cumpliendo las exigencias de la norma, tengan derecho a reajustar su pensión, esto es, para aquellas hipótesis pensionales que no estén cobijadas por las normas de la ley 100, y que, además, están a cargo de los organismos de previsión social del Estado y no de las entidades adscritas al Sistema General de Pensiones.

Es decir, que la prohibición se refiere a quienes han adquirido una prestación diferente a la pensión de vejez regulada por la ley 100, pensión que, por lo demás, es diferente a la que con la misma denominación regula el artículo 29 del decreto 3135/68³¹.

Debe precisar la Sala que la situación regulada por el artículo 150 de la ley 100 de 1993, se refiere a una situación totalmente diferente a la que se viene tratando sobre ajuste de pensiones por reincorporación. En efecto, esta norma hace relación a servidores públicos a quienes se les reconoció la pensión pero que no se han retirado del servicio y, por consiguiente, no contempla la situación de quienes obtengan y entren a disfrutar del derecho a pensión por vejez dentro del Sistema General de Pensiones. Dispone esta norma:

“ART. 150. —Reliquidación del monto de la pensión para funcionarios y empleados públicos. Los funcionarios y empleados públicos que hubiesen sido notificados de la resolución de jubilación y que no se hayan retirado del cargo, tendrán derecho a que se les rellique el ingreso base para calcular la pensión, incluyendo los sueldos devengados con posterioridad a la fecha de notificación de la resolución”.

Así, aunque en esta disposición se menciona la posibilidad de reajuste de una pensión decretada, es lo cierto que tal ajuste numérico solamente tiene cabida cuando el servidor no se haya retirado del servicio, esto es, no haya entrado a disfrutar de la pensión.

En esta disposición se recoge la situación generalizada para los funcionarios públicos bajo los regímenes anteriores, quienes siempre han tenido derecho a actualizar su pensión con el promedio de lo devengado en el último año de servicios anteriores al retiro del mismo, cuando hubieren permanecido en el servicio después de haberse notificado de la resolución por la cual se reconocía el derecho pensional.

7. INCOMPATIBILIDAD ENTRE LA PENSIÓN POR VEJEZ Y EL SUELDO POR EL DESEMPEÑO DE UN CARGO PÚBLICO.

Como se indicó en el acápite anterior, quienes tengan el estatus de pensionado sólo se podrán reincorporar al servicio estatal en alguno de los cargos de excepción, evento en el cual sólo podrán percibir la asignación del cargo y, si a ello hubiere lugar, el excedente sobre la pensión, tal como lo señala el artículo 1º del Decreto 583 de 1.995, antes transcrito.

8. NO ES POSIBLE UNA NUEVA AFILIACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES PARA LOS PENSIONADOS DEL MISMO SISTEMA QUE SE REINCORPORAN AL SERVICIO PÚBLICO EN UNO DE LOS CARGOS DE EXCEPCIÓN.

Para realizar el análisis del tema correspondiente, es necesario, previamente, reiterar que los comentarios que aquí se hacen se refieren a las personas que estando afiliadas al Sistema General de Pensiones obtengan su derecho a disfrutar de la pensión de vejez, y que quedan a salvo las situaciones particulares que se hayan creado conforme con las disposiciones anteriores a la vigencia de la ley 100, todo de acuerdo con las previsiones relacionadas con los derechos adquiridos bajo el imperio de otras normas y el régimen de transición expresamente previsto por la ley general de pensiones.

En efecto, quien siendo afiliado al sistema se pensione por vejez y, con posterioridad se reincorpore a la actividad laboral cuando a ella haya lugar, no puede tener una nueva afiliación, pues es claro que tiene cubierto el riesgo por vejez, o en otros términos, el riesgo mismo es

inexistente, por lo cual no tiene ni puede tener, acceso al Sistema de protección de riesgos.

Por la misma razón, no es posible la realización de nuevas cotizaciones al Sistema.

Con base en las consideraciones anteriores, la Sala RESPONDE:

1. Los aportes que tanto el trabajador particular como el empleador del sector privado hicieron o lleguen a hacer al ISS durante la vida laboral de aquél, no son recursos que pertenezcan al tesoro público. Por consiguiente, la pensión de jubilación reconocida por el ISS a un trabajador del sector privado, bajo las reglas anteriores a la ley 100 de 1.993, pero aún bajo las reglas propias de ella, no puede ser considerada como una asignación proveniente del tesoro público, en tanto el ISS actúa como mero administrador de los aportes realizados con fundamento en una relación laboral de carácter privado.

2. No puede un pensionado del ISS recibir su mesada pensional y simultáneamente obtener el salario que le corresponda como empleado público. En este evento, debe darse aplicación al decreto 583 de 1.995.

3, 4, 5 y 6. Quien tenga derecho a una pensión adquirida bajo uno de los regímenes anteriores a la ley 100 y se reincorpore a la actividad laboral en uno de los cargos de excepción autorizados por la ley, no puede afiliarse al Sistema General de Pensiones, pues ya tiene el estatus de pensionado (art. 31 L.100 y Decreto 758/90, art.2°).

Por consiguiente, no existe la posibilidad legal de efectuar reajuste de su pensión, cualquiera sea el monto de ella.

Por la Secretaría transcribese a la Señora Ministra de Relaciones Exteriores y envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

CESAR HOYOS SALAZAR

Presidente de la Sala

SUSANA MONTES DE ECHEVERRI

AUGUSTO TREJOS JARAMILLO

FLAVIO A. RODRÍGUEZ ARCE

ELIZABETH CASTRO REYES

Secretaria de la Sala

NOTAS DE PIÉ DE PÁGINA:

1. Artículo 11: “Campo de aplicación. El Sistema General de Pensiones, con las excepciones previstas en el artículo 279 de la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general.

Para efectos de este artículo se respetarán y por tanto mantendrán su vigencia los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, pacto o convención colectiva de trabajo (...)”

“Artículo 36: (...) Quienes a la fecha de vigencia de la presente ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes en el momento en que se cumplieron tales requisitos (...)

Artículo 273: régimen aplicable a los servidores públicos. El Gobierno Nacional, sujetándose a los objetivos, criterios y contenido que se expresan en la presente ley, y en particular a lo establecido en los arts. 11 y 36 de la misma, podrán incorporar, respetando los derechos adquiridos, a los servidores públicos, aún a los congresistas al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud. (...)”

2. Artículo 1º Ley 797/03, modificatorio del 11 de la ley 100/93:” Campo de aplicación. El Sistema General de pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de prima media y del sector privado en general (...).

Artículo 18 L. 797/03 modificatorio del art. 36 L. 100: “(...) Parágrafo 2º: Para los efectos de la presente ley se respetarán y garantizarán integralmente los derechos adquiridos a quienes hoy tienen la calidad de pensionados de jubilación, vejez, invalidez, sustitución y sobrevivencia en los diferentes órdenes, sectores y regímenes, así como a quienes han cumplido ya con los requisitos exigidos por la ley para adquirir la pensión, pero no se les ha reconocido”.

3. En igual sentido Consulta 580/94.

4. Sentencia Sección Primera de la Sala de Casación Laboral C. S .de J., enero 27/95. El aparte pertinente se transcribe más adelante en este concepto.

5. Sentencia C-133/93: “...si bien es cierto que en el artículo 128 C.P. se consagra una incompatibilidad, no le es menos que esta se encuentra en íntima relación de conexidad con la remuneración de los servidores estatales...”.

6. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia del 11 de diciembre de 1961.

7. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 21 de mayo de 1991.

8. Informe de la Comisión Especial de Reformas Constitucionales de la Cámara de Representantes para el segundo debate del proyecto de Acto Legislativo Reformatorio de la Constitución de 1936, tomado de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 21 de mayo de 1991.

9. Sin perjuicio de las excepciones consagradas en la ley, el decreto reglamentario 1848 de 1969 dispuso: Artículo 77.- Incompatibilidades con el goce de la pensión.- El disfrute de la pensión de jubilación es incompatible con la percepción de toda asignación proveniente de entidades de Derecho Público, Establecimientos Públicos, Empresas Oficiales y Sociedades de Economía Mixta, cualquiera sea la denominación que se adopte para el pago de la contraprestación del servicio, salvo lo que para casos especiales establecen las leyes y en particular el Decreto 1713 de 1960 y la ley 1ª de 1963.”.

10. Ley 100 de 1993. Artículo 58.- El régimen de ahorro individual con solidaridad es el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos, de acuerdo con lo previsto en este título. Este régimen está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, la solidaridad a través de garantías de pensión mínima y aportes al fondo de solidaridad, y propende por la competencia entre las diferentes administradoras del sector privado, sector público y sector social solidario, que libremente escojan los afiliados”.

11. Esta misma norma previó el aumento en el número de las semanas cotizadas requeridas a partir del año 2005, así:” (...) A partir del 1º de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1º de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015 (...)”

12. “(...)Los empleadores pagarán el 75% de la cotización total y los trabajadores el 25% restante (...)”.

13. Los artículos 13 y 15 de la ley 100, modificados por los arts. 2º y 3º de la ley 797 de 2003 los determina como afiliados forzosos y el artículo 6º de la ley 797, modificadorio del artículo 19 de la ley 100, señaló la base de cotización para los trabajadores independientes.

14. A partir del año 2004, el número de semanas cotizadas tendrá variaciones según lo prevé el mismo artículo 34.

15. Publicada en el Diario Oficial 45079 del 30 de enero de 2003.

16. En el monto obligatorio.

17. La parte de ahorro voluntario en el régimen de ahorro individual con solidaridad, no adquiere esta connotación y por ello el régimen especial aplicable y la voluntariedad en el monto.

18. Artículos 9º, 32 literal b

19. Artículo 32, literal b, Ley 100 de 1.993 no modificado por la Ley 797 de 2.003

20. Corte Constitucional C-545/94

21. Corte Constitucional C-536/94

22. Corte Constitucional. Sentencia C-490-93

23. ART. 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 seguridad social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante”.

24 Gaceta del Congreso No. 87 Año 1. octubre de 1992. Proyecto de ley 155 de 1992. Exposición de Motivos.

25 Ley 797 de 2003.- Artículo 11. Campo de aplicación. El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes. (Negrilla fuera de texto.)

26. Hasta tal fecha será de 55 para las mujeres y 60 para los hombres (art. 34 L.100/93 y art. 9º L 797/03).

27. Norma declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-584 de noviembre 13 de 1.997.

28. Corte Constitucional. Sentencia C-331/00. “A juicio de la Corte, el art. 4 de la ley 171/61 se encuentra vigente, por las siguientes razones: Como ha quedado explicado antes, la norma en comento regula la situación excepcional de la persona que se ha pensionado y reingresa al servicio público, a ocupar algunos de los cargos relacionados en el art. 29 del decreto, o cargos de elección popular, según el art. 1 del decreto 583 de 1995, dictado en desarrollo de la ley 4 de 1992. Dichos cargos corresponden a los de Presidente de la República, ministros del despacho, jefe departamento administrativo, superintendente, viceministro, secretario general de ministerio o departamento administrativo, presidente, gerente o director de establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del estado, miembros de misiones diplomáticas no comprendidas en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los anteriores funcionarios.

“El art. 289 de la ley 100/93 “deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el art. 2 de la ley 4 de 1966, el art. 5 de la ley 33 de 1985, el parágrafo del artículo 7 de la ley 71 de 1988, los arts. 260, 268, 269, 270, 271 y 272 del Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que los modifiquen o adicionen”.

“Como se infiere de su contenido dicha norma no derogó expresamente el art. 4 de la ley 171 de 1961. Tampoco la ley 100/93 derogó tácitamente esta disposición, porque los mandatos allí contenidos no resultan incompatibles con ella, dado que lo relativo a la reincorporación del pensionado al servicio público y al derecho a la revisión de la pensión no fue objeto de regulación en aquélla.

“Es más, el nuevo régimen de pensiones en nada se opone a las previsiones legales que regulan dicha reincorporación y el aludido derecho, en razón de que la reincorporación al servicio de un pensionado, aun cuando de alguna manera atañe a la cuestión relativa a la seguridad social, tiene una incidencia directa en lo que concierne a la función pública, en cuanto a la posibilidad de un nuevo acceso al servicio público de quienes antes estuvieron incorporados a éste y se retiraron para gozar de una pensión. De ahí, seguramente la razón por la cual la ley 100/93 omitió referirse a la mencionada situación.”. (Negrilla fuera de texto).

(...)

“Declarar EXEQUIBLE la expresión "con base en el sueldo promedio de los últimos tres años de servicios", contenida en el artículo 4º de la ley 171 de 1961, bajo la condición de que se entienda que el sueldo promedio de los tres últimos años de servicio, que sirve de base para la liquidación de la pensión, debe ser actualizado en la forma indicada en el art. 21 de la ley 100/93.”.

29. Artículo 1º: Las personas que se encuentren gozando de pensión de jubilación o vejez y se reintegren al servicio en uno de los empleos señalados en el art. 29 del decreto 2400 de 1.968 o en uno de elección popular, percibirán la asignación mensual correspondiente. En el evento de que dicha asignación fuere inferior a la mesada pensional, percibirán adicionalmente la diferencia por concepto de pensión, hasta concurrencia del valor total de esta prestación social.

Artículo 4º: La revisión de la mesada pensional, si a ello hubiere lugar, como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 1º de este decreto, se sujetará a los términos y condiciones previstos en el artículo 4º de la ley 171 de 1.961”.

30. “Art. 1ºLas personas que se encuentren gozando de pensión de jubilación o vejez y se reintegren al servicio en uno de los empleos señalados en el artículo 29 del decreto 2400 de 1.968 o en uno de elección popular, percibirán la asignación mensual correspondiente. En el evento que dicha asignación fuere inferior a la mesada pensional, percibirán adicionalmente la diferencia por concepto de pensión, hasta concurrencia del valor total de esta prestación social”. (Negrillas no son del texto).

31. Art. 29: Pensión de retiro por vejez. A partir de la vigencia del presente decreto, el empleado público o trabajador oficial que sea retirado del servicio por haber cumplido la edad de 65 años y no reúna los requisitos necesarios para tener derecho a pensión de jubilación o invalidez, tendrá derecho a una pensión de retiro por vejez, pagadera por la respectiva entidad de previsión equivalente al veinte por ciento de su último sueldo devengado, y un dos por ciento más por cada año de servicios, siempre que carezca de recursos para su congrua subsistencia. Esta pensión podrá ser inferior al mínimo legal”.

Fecha y hora de creación: 2026-07-06 09:00:24