

Pontificia Universidad Javeriana

From the Selected Works of Fernando Castillo Cadena

December, 2008

De la integración internacional, los subsidios, la
protección social y el convenio de seguridad social
con el Reino de España

Fernando Castillo Cadena, *Pontificia Universidad Javeriana*



Available at: https://works.bepress.com/fernando_castillo_cadena/8/

**LA DECLARATORIA DE INVALIDEZ COMO
REQUISITO DE ACCESO A LA PENSIÓN EN
EL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES***

**STATEMENT OF DISABILITY AS REQUIREMENT
TO GRANT PENSION BENEFITS IN
THE SOCIAL SECURITY SYSTEM**

*Fernando Castillo-Cadena***

Fecha de recepción: 10 de febrero de 2011

Fecha de aceptación: 18 de marzo de 2011

Para citar este artículo / To cite this article

Castillo-Cadena, Fernando, *La declaratoria de invalidez como requisito de acceso a la pensión en el sistema general de pensiones*, 122 *Vniversitas*, 77-116 (2011).

SICI: 0041-9060(201106)60:122<77:DICRAP>2.0.TX;2-2

* Este trabajo es resultado de investigación del proyecto *El derecho económico en la seguridad social*, que pertenece a la línea de investigación en derecho económico del Grupo de Investigación en Derecho Económico, GIDE, de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.

** Doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Magíster en derecho económico por la Pontificia Universidad Javeriana. Abogado por la Universidad Santo Tomás, seccional Bucaramanga. Profesor investigador del Departamento de Derecho Económico de la Pontificia Universidad Javeriana.

Contacto: f.castillo@javeriana.edu.co.

RESUMEN

En el presente trabajo, el autor muestra los aspectos teóricos que se deben tener en cuenta al configurar la estructura normativa de la pensión de invalidez y realiza un análisis crítico a la configuración actual de esa prestación en el derecho colombiano, para proponer, a modo de resultado de investigación, que se tenga en cuenta la fecha de declaratoria de invalidez, como la fecha en que se adquiere el derecho a la pensión; y en caso alguno, la fecha de estructuración de la invalidez.

Clasificación JEL: H55, J14, K31.

Palabras clave autor: Pensión de invalidez, estructuración de la invalidez, declaratoria de la invalidez, teoría del seguro.

ABSTRACT

The legal aspects of social security disability benefits along with an analysis of the current structure of such benefits under Colombian Law are presented throughout this document in order to make a research proposal that takes into account the date when the disability is declared as the date in which disability benefits are granted and in some cases the date when the disability is structured around.

Key words author: Disability pension, disability condition, disability declaration, Theory of Insurance.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.- I. ASPECTOS TEÓRICOS DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ COMÚN.- II. LA PENSIÓN DE INVALIDEZ COMÚN EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA.- *A. Algunos antecedentes recientes.*- 1. La pensión de invalidez en el Acuerdo 049 de 1990 del Instituto de Seguros Sociales, aprobado por el Decreto 758 de 1990.- 2. La pensión de invalidez en la Ley 100 de 1993.- 3. La pensión de invalidez en la Ley 797 de 2003.- *B. La normatividad vigente: la Ley 860 de 2003.*- *C. La configuración de siniestro en la pensión de invalidez y su problemática en la legislación colombiana.*- 1. La importancia del acto de declaratoria del estado de invalidez.- 2. Los problemas que surgen en la configuración del siniestro.- III. UNA PROPUESTA DE SOLUCIÓN AL PROBLEMA DE LA CONFIGURACIÓN DEL SINIESTRO DE INVALIDEZ EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA.- *A. El problema jurídico actual.*- *B. La propuesta de solución.*- 1. La realidad del trabajo y el deber de tener en cuenta los tiempos y bases de cotización entre la fecha de estructuración y la fecha de invalidez.- 2. Determinación del ingreso base de liquidación.- 3. Progresividad y pensión de invalidez.- A MODO DE CONCLUSIÓN.- BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia busca proteger a todos los ciudadanos del territorio nacional en todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y, en general, las condiciones de vida de toda la población. Ahora bien, el Sistema General de Pensiones, como está estructurado actualmente, busca proteger a la población de las contingencias propias de la vejez, la invalidez y la muerte.

La cobertura sobre cada contingencia tiene un objetivo de seguridad social que perseguir y alcanzar. Así, el objetivo de la pensión de vejez es asegurar un ingreso digno (aceptable) para el afiliado, que le permita vivir con cierta holgura durante su etapa de descanso después de una vida dedicada al trabajo. De otro lado, podríamos establecer, tal como lo hace la Corte Constitucional colombiana, que el objetivo de la seguridad social que se persigue con la pensión de sobrevivientes es evitar que la situación económica del grupo familiar empeore como consecuencia de la muerte del afiliado cotizante o del pensionado.¹ Ahora bien, la definición del objetivo de seguridad social en materia de pensión de invalidez es mucho más compleja, pues no trata simplemente de proveer de un ingreso al pensionado que no puede hacerse a ingresos propios, dada su incapacidad; sino que en el entretanto se busca, en la medida de lo posible, que el afiliado recupere su capacidad de trabajo mediante los tratamientos médicos que sean necesarios y suficientes para tratar sus patologías. En otras palabras, la pensión de invalidez se dispara y mantiene cuando el primer objetivo de seguridad social en relación con la enfermedad falla; lo que hace inferir una más estrecha relación entre el sistema de salud y el de pensiones en esta contingencia.

Así las cosas, reiteramos, el primer objetivo de seguridad social en relación con la enfermedad del afiliado es la recuperación de su salud, lo que implica también recuperación de su capacidad laboral; como objetivo subsidiario del sistema integral está otorgar la respectiva pensión de invalidez solo cuando no se logra la recuperación de la salud del afiliado y no se prevé que en el futuro inmediato la pueda recuperar, dada la naturaleza temporal de la prestación.

Ello implica que en todo momento, el sistema de seguridad social debe propender por el mantenimiento y/o recuperación de la salud de los afiliados con el fin de que puedan ejercer su derecho al trabajo y a contribuir plenamente con las cargas de la seguridad social. Ahora bien, una política pública

1 En reiterada jurisprudencia, la Corte expresamente le ha señalado este objetivo a la pensión de invalidez. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-111/06, 22 de febrero de 2006, magistrado ponente Rodrigo Escobar-Gil.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1035/08, 22 de octubre de 2008, magistrado ponente Jaime Córdoba-Triviño.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-701 de 2006, 22 de agosto de 2006, magistrado ponente Álvaro Tafur-Galvis.

que, como consecuencia no deseada, desestime el trabajo de las personas en estado de invalidez o en alto riesgo de ella, entorpece el cumplimiento de los objetivos de seguridad social al crear incentivos al fraude contra el sistema.

En el presente trabajo, el autor muestra los aspectos teóricos que se deben considerar al momento de configurar la estructura normativa de la pensión de invalidez y realiza un análisis crítico a la configuración actual de esa prestación en el derecho colombiano para proponer, a modo de resultado de investigación, que se tenga en cuenta la fecha de declaratoria de invalidez, como la fecha en que se adquiere el derecho a la pensión; y en caso alguno la fecha de estructuración de la invalidez, como forma de incentivar el trabajo.

I. ASPECTOS TEÓRICOS DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ COMÚN

El programa clásico de seguridad social en materia de pensiones básicamente protege a sus afiliados contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, siendo la vejez el hecho principal objeto de protección. Pero mientras esta última llega, el afiliado puede sufrir las contingencias propias de la invalidez o la muerte. Estos siniestros disparan el acceso a una prestación que, dada la imposibilidad física de trabajar del afiliado o su muerte, tiene como finalidad cubrir la falta de recursos económicos al dotar al afiliado o a su grupo familiar de un ingreso suficiente que le permita el acceso a los bienes y servicios básicos para llevar una vida en condiciones de dignidad, esto es, en condiciones aceptables.

Ahora bien, es evidente que el riesgo de invalidez tiene estrecha relación con el trabajo; por tanto, el siniestro, como hecho que hace exigible el acceso a este derecho, se determina como una pérdida de capacidad laboral que presumiblemente hace imposible al afiliado trabajar o, en otras palabras, procurarse un ingreso que le permita vivir en condiciones aceptables, mediante el ejercicio de un trabajo.

Explícitamente, podemos señalar la pensión de invalidez como la prestación económica que otorga el sistema de seguridad social cuando un afiliado pierde su capacidad laboral en tal grado, que no puede procurarse su propio sustento mediante el desempeño de un trabajo.

La pensión de invalidez en su naturaleza económica se estructura a partir de la teoría del seguro; es decir, existe un riesgo asegurable, que es futuro e incierto y no depende de la voluntad del asegurado. También hay un interés asegurable, interés no solo individual sino colectivo que se traduce en evitar que se produzca el siniestro. No en vano la primera respuesta al problema de incapacidad fisiológica del afiliado está dada por el tratamiento médico para intentar restablecer el nivel de salud que le permita al afiliado volver a trabajar. Hay además una obligación de pagar una prima por este seguro

previsional y, desde luego, la obligación condicional del asegurador de pagar la prestación cuando ocurre el siniestro.²

La pensión de invalidez actualmente se estructura como una prestación periódica de carácter temporal, no definitiva, cuya duración depende de la persistencia del estado de invalidez del afiliado. Sabemos que existen estados de invalidez que no admiten posibilidad de recuperación, pero la ciencia también nos ha mostrado que es posible la recuperación de ciertos estados de invalidez y, por ende, la viabilidad de la reincorporación del afiliado al mercado de trabajo. Ello justifica desde todo punto de vista la naturaleza temporal de la pensión de invalidez.³

Un tanto más difícil resulta estructurar las condiciones de acceso a la prestación, dada la dificultad de definición del riesgo asegurable.

En primer lugar, se debe determinar cuál es la pérdida de capacidad laboral que da acceso a la prestación. Esto debe responder a la pregunta sobre el grado de pérdida de capacidad laboral que le imposibilita al afiliado procurarse un nivel de ingresos aceptable por medio de su trabajo. La primera dificultad teórica se plantea cuando se indaga sobre el nivel de ingresos aceptable.⁴ A título de ejemplo, la legislación alemana, en su momento, contemplaba que la pensión se otorgaba a quienes, por la pérdida de capacidad, no podían procurarse un ingreso de al menos la tercera parte de lo que una persona sana en el ejercicio del mismo oficio y en la misma región devengaba.⁵

La segunda dificultad teórica que se presenta es determinar el grado de pérdida de capacidad laboral que no le permite al afiliado el desempeño de su oficio o profesión para hacerse a ese ingreso aceptable. Hoy se ha aceptado que una pérdida del 50% de la capacidad laboral debe dar acceso a la pensión de invalidez.⁶

2 Augusto Venturi, *Los fundamentos científicos de la seguridad social (Ii fondamenti scientifici della sicurezza sociale)*, 356 ss. (Gregorio Tudela-Cambronero, trad., Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994).

3 Aclaración necesaria: una cosa es la vocación de permanencia de la invalidez y otra, la naturaleza temporal de la pensión de invalidez: aunque subyace a la pensión de invalidez una incapacidad permanente o al menos con vocación de permanencia, el hecho de que haya una posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del afiliado justifica que la pensión de invalidez no tenga carácter definitivo y, por tanto, sea en principio de carácter temporal.

4 Augusto Venturi, *Los fundamentos científicos de la seguridad social (Ii fondamenti scientifici della sicurezza sociale)*, 165 ss. (Gregorio Tudela-Cambronero, trad., Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994).

5 Peter Thullen, *Técnicas actuariales de la seguridad social: regímenes de las pensiones de invalidez, de vejez y de sobrevivientes*, 32 (Centro de Publicaciones Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1995).

La antigua norma alemana señalaba: “Será considerado como afectado por invalidez, aquel que no está en estado de ganar, por una ocupación apropiada a sus fuerzas y aptitudes y que responda, en la medida conveniente, a su instrucción y a su profesión, la tercera parte de lo que las personas de su condición, sanas de cuerpo y de espíritu, que hayan recibido una instrucción análoga y trabajando en la misma región, ganan usualmente por su trabajo”.

6 Peter Thullen, *Técnicas actuariales de la seguridad social: regímenes de las pensiones de invalidez,*

Actualmente, la primera dificultad teórica no se aborda, toda vez que no es una variable fácil de aislar. En efecto, la posibilidad de procurarse un ingreso no depende únicamente del deseo del trabajador, sino de otras causas tan simples como la posibilidad de encontrar un trabajo. Ello nos lleva a concentrarnos únicamente en determinar el grado de pérdida de la capacidad laboral para determinar el estado de invalidez.⁷ Desde luego, este problema no es de fácil resolución, los avances en las tecnologías y en las condiciones del trabajo hacen que en varios casos hoy se vea desafiado el concepto de invalidez y, con ello, el grado de pérdida de capacidad laboral que una norma puede o debe exigir para considerar como inválido a un determinado afiliado. No obstante lo anterior, este trabajo no aborda el estudio de este problema teórico, aunque a efectos de explicación sea importante mencionarlo.

Ahora bien, en segundo lugar, como el riesgo asegurable debe ser futuro e incierto y no debe depender en caso alguno de la voluntad del afiliado, resulta imprescindible, para evitar incentivos al fraude, establecer períodos mínimos obligatorios de trabajo o cotizaciones anteriores a la invalidez para acceder a la prestación.⁸ Con ello se evita que personas con un estado de invalidez que les es conocido, se afilien al sistema para acceder a la prestación, pues ello desnaturalizaría el carácter de seguro que tiene la pensión de invalidez. De igual manera, se suele excluir a aquellos que voluntariamente se lastiman o cometen cualquier conducta que genera una invalidez.

Una dificultad teórica de este aspecto, necesario para el diseño de los requisitos de acceso a la prestación, viene dada por el momento en que comienza la invalidez. Este tema no es pacífico. Se supone que el grado de pérdida de capacidad laboral imposibilita desde un momento específico la actividad laboral del afiliado. No obstante, la determinación de ese momento específico realmente es conflictiva: hay algunas patologías que tardan tiempo en revelarse, otras patologías no se manifiestan dados los demás aspectos físicos y mentales del individuo; además, cuando señalamos un grado de pérdida de capacidad laboral como factor objetivo, un grado menos o un grado más hace la diferencia formal, pero en buena parte esa diferencia físicamente es difícil de percibir por una persona y, desde luego, también por los médicos en general, no en vano, y para no ir lejos, en nuestro país el procedimiento de calificación de la invalidez se surte en dos instancias; y se tiene la posibilidad

de vejez y de sobrevivientes, 32 (Centro de Publicaciones Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1995).

7 Aunque no se exige una pérdida absoluta de capacidad laboral, múltiples países, como Colombia, establecen como requisito para la invalidez general una pérdida de capacidad laboral de 2/3 partes (66%) y aceptan una invalidez parcial del 50%.

8 Estos períodos mínimos también son necesarios para garantizar la financiación de la prestación; sin embargo, ello no es importante. En efecto, por un lado, la prima para el seguro de invalidez no suele ser alta, dada la probabilidad de siniestro; pero, además, por otro lado, se trata de una prima periódica de renovación mensual que otorga cobertura para el mes de seguro; por tanto, se puede configurar como prima de un solo pago.

de controvertir en instancias judiciales la decisión tomada en la calificación de invalidez.

Sin embargo, un sistema de seguridad social requiere en la medida de lo posible cierta objetividad normativa. Por ello, algunas legislaciones establecen como requisito de acceso a la pensión de invalidez haber perdido las 2/3 partes de la capacidad de trabajo y, en aquellas que se reconoce la incapacidad parcial, como en la nuestra, se exige un 50% de pérdida de capacidad laboral.

El problema de fondo es determinar cómo podemos armonizar el momento de la invalidez dictada por los legistas con la realidad. En efecto, si se reconoce la invalidez parcial, el meollo del asunto es determinar de la mejor manera posible el momento del comienzo de la invalidez que realmente incapacita para el trabajo, atada a las manifestaciones reales de capacidad laboral realizadas por el individuo. Lo anterior implica que los aspectos normativos en el diseño de los requisitos de acceso a la pensión no pueden desconocer la realidad. Y si la realidad indica que un individuo ha venido efectivamente laborando, a pesar de que clínicamente tuviera un grado de incapacidad igual o superior al 50%, declarado por el legista con una fecha anterior, la seguridad social no puede ni debe desconocer esa realidad.

En la invalidez parcial, la posibilidad de recuperar la capacidad laboral existe; por ello, las normas obligan a la revisión periódica de ese estado con el fin de constatarlo. Por tanto, las consecuencias de la recuperación de la capacidad de trabajo deben preverse en la ley sin desincentivar los esfuerzos del afiliado por mantener esa capacidad.

Todo lo anterior nos lleva a mostrar que en el diseño de los requisitos de acceso y disfrute de la pensión de invalidez se debe:

- Eliminar incentivos al fraude.
- Eliminar los problemas de riesgo moral.
- Incentivar el trabajo.
- Incentivar la recuperación del afiliado.

Se eliminan los incentivos al fraude cuando no se admiten personas que se saben inválidas al momento de su afiliación al sistema o régimen de pensiones. A su vez, el riesgo moral se minimiza cuando se sanciona al afiliado que atenta contra su propia salud.

Ahora bien, antes que pensionar, máxime cuando se trata de la invalidez parcial, se debe tener como objetivo principal de seguridad social la recuperación del afiliado.⁹ Solo si ello no es posible, se debe disparar el acceso

9 De igual manera, las leyes de discapacidad, entre otras la Ley 361 de 1997, tienen como objetivo alentar a que la población discapacitada se mantenga en el mercado formal de trabajo. En igual sentido, el artículo 16 del Decreto 2351 de 1965 busca, antes que la finalización del contrato de trabajo, la reincorporación del incapacitado a su puesto de trabajo o su reubicación, en caso de

a la pensión de invalidez como solución temporal al problema de salud que presenta el afiliado. Finalmente, el retorno económico debe ser suficiente como para garantizar una vida digna al pensionado, pero, por lo menos en las pensiones parciales, no debe dejarlo indiferente frente a la posibilidad de realizar todos los tratamientos posibles para recuperar su capacidad de trabajo.

II. LA PENSIÓN DE INVALIDEZ COMÚN EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

A. Algunos antecedentes recientes

Aunque se puede realizar un estudio histórico más exhaustivo sobre la evolución de la pensión de invalidez en Colombia, como la intención del presente trabajo es indagar por los requisitos de acceso a la pensión de invalidez, en especial por la declaratoria del estado de invalidez como requisito, hemos considerado suficiente hacer un breve recuento utilizando los antecedentes más cercanos con el fin de verificar el diseño actual de la pensión de invalidez.

1. La pensión de invalidez en el Acuerdo 049 de 1990 del Instituto de Seguros Sociales, aprobado por el Decreto 758 de 1990

En Colombia, la pensión de invalidez de origen común fue cubierta por el régimen de los seguros sociales obligatorios de una manera más integral que en el régimen del sector público. En efecto, mientras que en el régimen público solo se consideraba la invalidez que impide al afiliado desempeñar su profesión u oficio,¹⁰ en el régimen de los seguros sociales obligatorios se incluye la imposibilidad del afiliado para desempeñar cualquier oficio o profesión.

En el artículo 4 del acuerdo 049 de 1990 del Instituto de Seguros Sociales, aprobado por el Decreto 758 de 1990, se establece la pensión de invalidez para aquellos que “*por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente o cuyo motivo no haya sido la violación injustificada de los Reglamentos de los Seguros Sociales Obligatorios, hubiera perdido su capacidad laboral*”.

que no pueda desempeñar su oficio habitual.

10 El artículo 61 del Decreto 1848 de 1969 establece: “1. Para los efectos de la pensión de invalidez, se considera inválido al empleado oficial que por cualquier causa, no provocada intencionalmente, ni por culpa grave, o violación injustificada y grave de los reglamentos de previsión, ha perdido en un porcentaje no inferior al setenta y cinco por ciento (75%) de su capacidad para continuar ocupándose en la labor que constituye su actividad habitual o la profesión a la que se ha dedicado ordinariamente. 2. En consecuencia, no se considera inválido al empleado oficial que solamente pierde su capacidad de trabajo en un porcentaje inferior al setenta y cinco por ciento (75%)”.

Desde el punto de vista teórico, la norma busca minimizar los problemas de riesgo moral al establecer que la pérdida de capacidad laboral no debe haber sido provocada intencionalmente como tampoco debe haber sido provocada por la violación injustificada del reglamento del seguro social.

Este acuerdo, como los anteriores referentes al reglamento de invalidez, vejez y muerte, distinguía a efectos de otorgar la pensión, las siguientes clases de invalidez:

- Invalidez permanente total: Para el afiliado que hubiera perdido el 50% o más de su capacidad laboral para desempeñar el oficio o profesión para el cual está capacitado y que constituye su actividad habitual y permanente.
- Invalidez permanente absoluta: Para el afiliado que hubiera perdido el 50% de su capacidad laboral para realizar cualquier clase de trabajo remunerado.
- Gran invalidez: Para el afiliado que hubiera perdido su capacidad laboral en grado tal, que necesite de la asistencia constante de otra persona para moverse, conducirse o efectuar los actos esenciales de la existencia.

Esta categorización tiene su explicación: se puede considerar justo que un afiliado con una *invalidez mayor* perciba una prestación mayor de la seguridad social. Así, la normatividad buscó diferenciar la invalidez que inhabilita para el ejercicio de la actividad habitual y aquella que no permite realizar cualquier clase de trabajo remunerado, ambas dentro de la categoría de la *invalidez parcial*, para establecer que, como prestación por la primera se debe recibir inicialmente un monto del 45% de la base de cotización; y por la segunda un 51% de esa base. Tratándose de la *invalidez total*, en la norma *gran invalidez*, que se establece como aquella que no le permite a una persona cuidarse por sus propios medios, el monto de la prestación asciende al 57% de la base de liquidación.¹¹ Para la configuración de la pensión por invalidez parcial es importante observar que en nuestra legislación históricamente se ha tenido como inválido el que tiene una pérdida igual o superior del 50% de su capacidad laboral.

Ahora bien, esta norma buscó eliminar los incentivos al fraude al establecer un requerimiento mínimo de semanas de cotización que el afiliado debía realizar antes del estado de invalidez. Al efecto, la norma señala:

¹¹ Estos montos del 45, 51 y 57% correspondían al monto inicial que recibe el afiliado por las primeras 500 semanas de cotización. Si hay semanas adicionales de cotización realizadas por el afiliado, por cada 50 semanas se otorga un monto adicional del 3% hasta lograrse un monto máximo del 90% de la base de cotización.

Artículo 6. Requisitos de la pensión de invalidez. Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones:

a) Ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido y,

b) Haber cotizado para el seguro de invalidez, vejez y muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez.

La norma exige haber cotizado 150 semanas en los últimos 6 años o 300 semanas en cualquier época, antes del estado de invalidez, para poder acceder a la respectiva pensión.¹² En el límite, la norma sugiere que un afiliado promedio no tiene forma de conocer su estado de invalidez con una antelación de 3 años. Por tanto, si durante estos tres años anteriores al estado de invalidez cotiza las 150 semanas requeridas, tiene derecho a acceder a la respectiva pensión.

Ahora bien, la norma establece que, a efectos de la pensión de invalidez, no se tiene en cuenta aquella que sea congénita ni aquella pérdida de capacidad laboral inferior al 50%.

Conforme con el acuerdo en estudio, la pensión se debe comenzar a pagar desde la fecha de la estructuración de la invalidez. No obstante lo anterior, si el afiliado ha recibido los subsidios por incapacidad temporal, la fecha de inicio del pago de la pensión es la fecha en que expire ese subsidio. Con ello se evita el pago doble de prestaciones ocasionadas por el mismo motivo.

Dada la naturaleza temporal de la pensión de invalidez, la norma establecía la obligatoriedad de someter a revisión en forma bienal el estado de invalidez, con el objeto de establecer si la causa de la pensión desapareció, o si se amioraron o agravaron las enfermedades o lesiones que produjeron el estado de invalidez. En todo caso, había un límite al poder de revisión de la invalidez: al momento en que el afiliado cumpla la edad de pensión, al tenor de la normatividad, “*la pensión de invalidez se convertirá en pensión de vejez*”. Por tanto, la pensión se torna vitalicia y adquiere la naturaleza de la pensión de vejez.¹³

12 La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en múltiples fallos ha establecido que los requisitos de acceso a la pensión de invalidez establecidos en el Decreto 758 de 1990 son aplicables en vigencia de la Ley 100 de 1993 en virtud del principio de la condición más beneficiosa. Véase, por ejemplo, la siguiente sentencia: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 24 de enero de 2008, radicación 29914. Magistrado ponente Camilo Tarquino-Gallego. En nuestro criterio, la razón por la cual esa normatividad puede ser aplicable es el derecho adquirido, por lo menos para uno de los requisitos exigidos. En efecto, la norma establece que son beneficiarios de invalidez quienes hayan cotizado 300 semanas antes de la invalidez; por tanto, los afiliados que cotizaron esas 300 semanas tienen derecho, en que caso de que se cause, a la pensión de invalidez.

13 Señala el Decreto 758 de 1990:

“Artículo 10. Disfrute de la pensión de invalidez por riesgo común. La pensión de invalidez por riesgo común se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse en forma periódica y mensual desde la fecha en que se estructure tal estado. Cuando el beneficiario estuviere en goce de subsidio por incapacidad temporal, el pago de la pensión de invalidez comenzará a cubrirse al expirar el derecho

Aparece con relativa claridad que el estado de invalidez debe revisarse, porque la capacidad laboral puede recuperarse, ya sea por tratamientos y terapias o por el mismo paso del tiempo. Por ello, el Decreto 758 de 1990 hace obligatorio para el afiliado someterse a todos los exámenes y tratamientos propuestos por el Instituto Asegurador con el fin de intentar recuperar la capacidad de trabajo del afiliado. Esta norma al respecto señala:

Artículo 11. Obligatoriedad de las revisiones y prescripciones médicas: El asegurado que solicite pensión de invalidez y quien esté en goce de la misma, deberán someterse a las revisiones, reconocimientos y exámenes médicos periódicos que ordene el Instituto, con el fin de que los médicos laborales de esta Institución, procedan a calificar la invalidez, disminuir su cuantía, aumentarla o declarar extinguida la pensión, cuando de dicho control médico resultare, que la incapacidad se ha modificado favorablemente, agravado o desaparecido.

El pensionado por invalidez igualmente estará obligado a someterse a los tratamientos curativos y de rehabilitación que le sean prescritos por los médicos del Instituto. El no acatamiento a lo dispuesto en este artículo producirá según el caso, la suspensión del trámite de la pensión o de su pago. Uno y otro se reanudarán, si subsiste la invalidez, en la fecha en que el beneficiario se someta a las prescripciones médicas correspondientes.

Por último, si el afiliado declarado inválido no cumplía el requisito de semanas exigidas con anterioridad al estado de invalidez, la norma disponía el pago de una indemnización sustitutiva siempre que ese afiliado hubiese cotizado al menos 100 semanas, 25 de las cuales lo debieron ser dentro del año anterior al estado de invalidez.¹⁴

al mencionado subsidio.

La pensión de invalidez por riesgo común se otorgará por periodos bienales, previo examen médico - laboral del ISS, al que el beneficiario deberá someterse en forma obligatoria, con el fin de que se pueda establecer que subsisten las condiciones que determinaron su otorgamiento.

La pensión de invalidez se convertirá en pensión de vejez, a partir del cumplimiento de la edad mínima fijada para adquirir este derecho”.

14 Señala el Decreto 758 de 1990:

“Artículo 9. Indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez por riesgo común. El asegurado que al momento de invalidarse no tuviere el número de semanas exigidas en el literal b) del artículo 6 del presente Acuerdo, tendrá derecho en sustitución de la pensión de invalidez, a una indemnización equivalente a una mensualidad de la pensión que le habría correspondido, por cada veinticinco (25) semanas de cotización acreditadas.

Igual indemnización se otorgará al asegurado que sin tener derecho a la pensión de vejez, se invalide después de alcanzar las edades que se señalan en este Reglamento para adquirir el derecho a esta pensión.

En uno y otro caso será requisito, que el interesado tenga acreditadas no menos de cien (100) semanas de cotización, veinticinco (25) de las cuales deben corresponder al año anterior a la estructuración de la invalidez”.

2. La pensión de invalidez en la Ley 100 de 1993

La Ley 100 de 1993 simplifica tanto el concepto como los requisitos de acceso a la pensión de invalidez y deja a un lado la clasificación anteriormente vigente entre invalidez permanente total, invalidez permanente absoluta y gran invalidez, la norma simplemente establece como inválido a aquel que ha perdido el 50% de su capacidad laboral por cualquier causa de origen no profesional.

El criterio diferenciador entre la invalidez parcial y la invalidez total, dado por la ley, es el monto inicial de la pensión. En efecto, ante una pérdida de capacidad laboral entre el 50 y el 66%, el monto inicial de la pensión es del 45% del Ingreso Base de Liquidación, IBL; mientras que si la pérdida de capacidad laboral es igual o superior al 66% ese monto inicial asciende al 54% del IBL.

Como es normal, para minimizar los problemas de riesgo moral, la ley exige que la invalidez no sea provocada intencionalmente; y para evitar los incentivos al fraude, la Ley 100 de 1993 dispuso:

Artículo 39. Requisitos para obtener la Pensión de Invalidez. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan alguno de los siguientes requisitos:

- a) Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos 26 semanas, al momento de producirse el estado de invalidez;*
- b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.*

Parágrafo. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los parágrafos del artículo 33 de la presente Ley.

Es importante resaltar que, con este desarrollo normativo, la ley presume que un determinado afiliado no tiene forma de determinar su posible estado de invalidez con una antelación de seis meses; por tanto, la ley presumió eliminar los incentivos al fraude al disponer que un afiliado pueda acceder a la respectiva pensión si cotizó 26 semanas antes del momento en que se produjo el estado de invalidez.

La norma dispuso que la pensión de invalidez debe comenzar a pagarse en forma retroactiva, desde la fecha en que se produce el estado. Sin embargo, olvidó establecer la consecuencia en el pago de la prestación cuando se está pagando una prestación por incapacidad. Este problema fue “solucionado” parcialmente por el inciso final del artículo 3 del Decreto 917 de 1999, el

cual dispone que “*En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a recibir las prestaciones por invalidez*”.¹⁵

Ahora bien, como es normal, la ley consagró la posibilidad de revisar el estado de invalidez cada tres años con el fin de “*ratificar, modificar o dejar sin efectos el dictamen que sirvió de base para la liquidación de la pensión*”.¹⁶ De nuevo, ello implica que en nuestra legislación la pensión de invalidez es temporal; y puede ser extinguida siempre que el afiliado recupere su capacidad de trabajo.

La ley consagró sin condición alguna el derecho a la indemnización sustitutiva o devolución del saldo en subsidio de la pensión de invalidez, cuando el afiliado no tenga derecho a esta última prestación.¹⁷

3. La pensión de invalidez en la Ley 797 de 2003

El artículo 11 de la Ley 797 de 2003 estableció:

Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del 25% del tiempo transcurrido entre

15 Hemos puesto entre comillas “*solucionado*”, porque existe un problema normativo importante. Dado que el artículo 31 de la Ley 100 de 1993 permite utilizar los reglamentos del Instituto de Seguros Sociales en lo no adicionado, modificado o exceptuado por la Ley 100, se podría inferir que la norma que establece el pago de la pensión a partir del día en que se extingue el derecho a la prestación por incapacidad temporal tiene raigambre legal para el régimen de prima media. Sin embargo, los reglamentos del ISS técnicamente no pueden aplicarse al régimen de ahorro individual. Por tanto, para el régimen de ahorro individual, por remisión directa del artículo 69 de la Ley 100 aplica el artículo 40, el cual establece que la pensión de invalidez se debe pagar desde la fecha en que se produzca el estado de invalidez. Dado que no hay una norma con rango material de ley que limite el derecho a la pensión de invalidez en los términos del artículo 40, la autorización dada por el artículo 3 del Decreto 917 de 1999, en el sentido de pagar la pensión desde el momento en que se extinga la prestación por incapacidad laboral, excede la ley.

16 Confróntese con el Artículo 44 de la Ley 100 de 1993.

17 La institución de la indemnización sustitutiva o la devolución del saldo en la pensión de invalidez presenta algunos problemas de seguridad social, toda vez que la ley no determina lo que sucede cuando una persona que accedió a esa prestación recupera su capacidad de trabajo. Pero, además, en el caso del régimen de ahorro individual, el afiliado puede dejar un saldo para acceder a la pensión de vejez; esta posibilidad no ha sido reglamentada y crea grandes problemas en relación con el derecho al trabajo de un lado, y por el otro con la posibilidad de quedar cubierto el afiliado con el seguro previsional, al menos en lo que respecta a sobrevivencia. Confróntese lo afirmado con el Artículo 72 de la Ley 100 de 1993.

el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.

Parágrafo. Los menores de 20 años de edad solo deberán acreditar que han cotizado 26 semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.

Esta ley introdujo un requisito adicional para el acceso a la pensión de invalidez que se causa por enfermedad: el *requisito de fidelidad*. La introducción de este requisito no tiene qué ver con la eliminación de los incentivos al fraude ni con la eliminación del riesgo moral.

La *fidelidad al sistema* se puede ver como un ajuste no monetario en la prima del seguro de invalidez; su objeto específico es limitar el acceso al derecho pensional a aquellas personas que cumplan un determinado número de cotizaciones al sistema, con anterioridad a la fecha de la calificación del estado de invalidez.

Nótese que para poder determinar si hubo fidelidad al sistema se tienen en cuenta, además de las semanas cotizadas con anterioridad al estado de invalidez, aquellas que se cotizaron entre el momento en que se adquirió ese estado y la fecha de la primera declaración de invalidez, que por definición es una fecha máximo mínimo concomitante pero casi siempre posterior a aquella en que se generó el estado de invalidez; por tanto, su objetivo no es eliminar los incentivos al fraude para el acceso a la pensión que tienen aquellas personas que sabiéndose inválidas se afilian al sistema o régimen de pensiones, sino imponer un requisito adicional, un esfuerzo de cotización, para que las personas puedan acceder a la pensión, lo que en el fondo implica simplemente un costo adicional para el afiliado que desee estar protegido por el seguro de invalidez.

Sin embargo, el artículo 11 de la Ley 797 de 2003 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-1056/03, por vicios de forma durante el trámite surtido en el Congreso de la República. Así las cosas, su vigencia fue fugaz, dado que rigió entre el 29 de enero de 2003 y el 11 de noviembre de 2003.¹⁸

¹⁸ No obstante lo anterior, y aunque en la sentencia C-1056/03 la Corte Constitucional no le dio efectos retroactivos a su decisión, ese Tribunal ha pretendido en sentencias de tutela darle esos efectos retroactivos a la sentencia de constitucionalidad, lo cual resta eficacia al requisito de fidelidad, lo que parece deseable para los afiliados pero también sacrifica la seguridad jurídica. En efecto, en silencio de la Corte frente a los efectos retroactivos, las sentencias de constitucionalidad rigen hacia el futuro; lo que hace inevitable que las situaciones causadas entre la fecha de expedición de la norma y la fecha de la sentencia que la declara inexecutable deban resolverse al tenor de esa norma. En otras palabras, como la norma solo es expulsada del ordenamiento jurídico a partir de la declaratoria de inexecutable, las situaciones que se consolidaron en su vigencia deben resolverse conforme a su tenor. Sin embargo, en sentencia T-609/09, la Corte señaló:

De otro lado, esta ley diferenció entre “*estructuración de la invalidez*” para el caso de la enfermedad y “*hecho causante*” para el caso de accidente.¹⁹ Más que reconocer una verdadera diferencia sustancial entre ambas situaciones, el término “hecho causante” puede llevar a equívocos, toda vez que puede sugerir que desde la ocurrencia del accidente se adquirió el estado de invalidez. Como es apenas obvio, el estado de invalidez –esto es, la pérdida de la capacidad laboral a un grado del 50%– puede ser concomitante; pero también posterior al hecho del accidente.²⁰ En este trabajo, nos referiremos a “*estructuración de la invalidez*” para ambos casos, pues consideramos antitécnica la diferenciación realizada por la Ley 797 de 2003.

B. La normatividad vigente: La Ley 860 de 2003

Dado que la Corte Constitucional había declarado inexecutable algunos artículos, entre ellos el 11 de la Ley 797 de 2003, por vicios de forma, y por ello

“Podría objetarse que la estructuración de la invalidez fue anterior a la declaratoria de inexecutable de la disposición, la que se encontraba vigente al momento de presentar los elementos fácticos que sustentan la petición de la garantía.

Esta posición resulta fácilmente refutable, en el entendido que la sentencia de constitucionalidad lo único que hizo fue corregir una situación que desde siempre fue contraria al derecho fundamental a la seguridad social en pensiones y que, por consiguiente, se limitó a reafirmar el carácter irregular de una disposición que desde antes estaba en contra de la Constitución, tanto así que la misma había sido, en no pocas ocasiones, inaplicada por contravenir en casos concretos la norma fundamental, por consiguiente el pronunciamiento de la Corte tendría un carácter declarativo y no constitutivo”.

Entonces, no es la declaración constitucional de exequibilidad o inexecutable de la norma la que la expulsa del ordenamiento jurídico, sino su carácter “*constitutivo*”, término demasiado vago y ambiguo como para ser utilizado en la técnica jurídica y que riñe con la presunción de legalidad y constitucionalidad de las normas expedidas por el órgano legislativo. La Corte Constitucional pretende entonces tapar un error –no haber otorgado efectos retroactivos a su sentencia– con otro error –crear una teoría vaga y ambigua que atenta contra la seguridad jurídica– al establecer que, a pesar de que no declare efectos retroactivos a sus sentencias, en la práctica ese efecto se obtendrá porque su fallo es declarativo “*no constitutivo*”, lo cual deja al operador jurídico en total subjetividad para tratar de establecer cuándo sobre una norma jurídica expulsada del ordenamiento se configuró su inexecutable: ¿al momento de su declaración?, ¿al momento en que la Corte determinó en sentencias de tutela su posible inexecutable abstracta y general con la Constitución? o ¿al momento de su expedición?

19 Parece que esta diferenciación solo se hizo para introducir el *requisito de fidelidad* al caso de la *enfermedad*, en el entendido de que el *accidente* es algo fortuito e indeseado, mientras que la enfermedad, pero no por ser un hecho biológico, puede ocultarse para lograr prestaciones del sistema; esto es, que la enfermedad puede implicar formas de realizar fraude al sistema. Ahora bien, se podría argumentar que se establece el *hecho causante* como requisito objetivo para evitar los incentivos al fraude, lo que implica una lógica demasiado siniestra: que las personas que recién se afilian, lo hacen para accidentarse e intentar reclamar la pensión; mientras para los que llevan más de 50 semanas de cotización, el accidente sí es un hecho fortuito e indeseado. Como se sabe, hay un requisito general que evita estos incentivos al fraude: no haberse provocado la invalidez intencionalmente, tal como lo establece el artículo 38 de la Ley 100 de 1993.

20 No necesariamente un accidente implica una pérdida inmediata de capacidad laboral del 50% para el afiliado; sin embargo, puede dejar secuelas que en el mediano o largo plazo lleven a ese grado de invalidez. La estructuración técnicamente se debiera fijar al momento en que perdió ese grado de capacidad laboral, no antes, a pesar del accidente como hecho que empezó a generar las discapacidades, disfuncionalidades y minusvalías del afiliado.

no se pronunció de fondo, el Gobierno Nacional entendió que la cuestión era de simple procedimiento. Por esta razón, se presentó para discusión un nuevo proyecto de ley, que a la postre dio origen a la Ley 860.

Para determinar los elementos estructurales de la pensión de invalidez, el nuevo artículo reformativo señala:

Artículo 1. El artículo 39 de la Ley 100 quedará así:

Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

Parágrafo 1. Los menores de veinte (20) años de edad solo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.

Parágrafo 2. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.

Como se observa, la nueva ley mantuvo el requisito de fidelidad para la invalidez causada por enfermedad y lo amplió para la invalidez causada por accidente. También mantuvo la diferencia entre “*estructuración de la invalidez*” para el caso de la enfermedad y “*hecho causante*” para el caso del accidente.

Sin embargo, la Corte Constitucional al revisar la constitucionalidad de la norma estableció que el requisito de fidelidad establecido en la Ley 860 era contrario a la Constitución Política. Así las cosas, mediante sentencia C-428/09, la Corte declaró inconstitucional los apartes de la norma, en ambos numerales, que se refieren al *requisito de fidelidad*.

Básicamente, la Corte infirió que la norma era regresiva y que, por tanto, requería una justificación constitucionalmente admisible. Al respecto, la Corte señaló:

A pesar de lo anterior, la prohibición de regresividad no es absoluta ni petrifica la legislación en materia de derechos sociales, significando lo anterior que, si bien un

retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, puede ser justificable a través, eso sí, de un control judicial más severo.

La jurisprudencia ha determinado que para que pueda ser constitucional el cambio normativo regresivo, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese retroceso en el desarrollo de un derecho social. La sentencia C-507 de 2008, tratando el tema, destacó que “la satisfacción plena de los derechos sociales exige una inversión considerable de recursos públicos con los cuales el Estado no cuenta de manera inmediata”, por lo que la exigibilidad de los derechos sociales “está sometida a una cierta ‘gradualidad progresiva’” de manera que el Estado solo está obligado a brindar un cubrimiento “hasta el máximo de los recursos posibles”, situación contemplada en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

La Corte Constitucional al constatar que, dentro del trámite legislativo, el gobierno no evidenció razón imperiosa alguna para justificar la necesidad de imponer una norma regresiva, declaró la inconstitucionalidad del requisito de fidelidad.²¹

21 Curiosamente, la Corte Constitucional, en la sentencia C-428/09, declaró que el endurecimiento en el número de semanas de cotización necesarias para acceder al derecho, esto es, pasar de 26 semanas de cotización antes de la fecha de estructuración, si se encontraba cotizando, o 26 semanas de cotización durante el año anterior a la fecha de estructuración, si no se encontraba cotizando a 50 semanas de cotización dentro de los últimos tres años anteriores a la estructuración, no era regresivo. Pasar de la exigencia de 26 semanas de cotización **en cualquier tiempo** con anterioridad a la estructuración de la invalidez para acceder a la pensión, si el afiliado se encontraba afiliado, a 50 semanas de cotización dentro de los últimos 3 años anteriores a la estructuración, aparece un aumento de los requisitos sobre el cual debía realizarse el examen de constitucionalidad. La Corte estableció que:

“4.7. En relación con el requisito de cotizar 50 semanas en los últimos tres (3) años para tener derecho a la pensión de invalidez, incluido en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, cabe decir que este aspecto de la reforma no implica una regresión en materia de exigibilidad de la pensión de invalidez, pues si bien se aumentó el número de semanas mínimas de cotización exigidas de 26 a 50, de igual manera aumentó el plazo para hacer valer las semanas de uno a tres años anteriores a la estructuración de la invalidez. Al respecto, sostienen algunos intervinientes que este aumento –de uno a tres años– favoreció enormemente a sectores de la población que carecen de un empleo permanente y que bajo la normatividad anterior (Art. 39 de la Ley 100 de 1993) estaban excluidos del beneficio de la pensión vitalicia de invalidez; en efecto, si para la fecha de consolidación del estado de invalidez, una persona no estaba cotizando pero reunía más de 26 semanas de cotización correspondientes a años anteriores, le era negado el derecho a la pensión de invalidez por no haber concentrado tales semanas en el último año.

Este aspecto es especialmente relevante si se tiene en cuenta la evidente inestabilidad del mercado laboral colombiano en el que tan solo el 39% de las personas afiliadas al sistema pensional paga su cotización en un mes dado. Esto implica que la medida, a pesar de hacer más gravoso el requisito de semanas mínimas de cotización, prima facie, en realidad está permitiendo a ciertos grupos poblacionales el acceso a una prestación que anteriormente les estaba vedada: les exigía cotizar el 50% del tiempo trabajado en el año inmediatamente anterior al momento de la estructuración de la invalidez en caso de que no se encontraran cotizando, dejando de lado situaciones como la informalidad o el desempleo que tanto afectan a la población. En el actual régimen, el porcentaje exigido es variable y en promedio se ubica en el 33% de la carga de cotización, es decir, que supone cotizar en promedio 16,6 semanas en cada año durante los últimos 3 años, siendo antes que regresiva, favorable a los intereses de muchos cotizantes, sobre todo a los trabajadores que no poseen un empleo permanente.

Esta circunstancia conduce a señalar que el supuesto carácter inequívocamente regresivo de la medida

Dado lo anterior, conforme con el texto que está ajustado a la Constitución Política, podemos señalar que la norma legal vigente actualmente exige dos requisitos para que un afiliado pueda acceder a la pensión de invalidez:

- Que conforme con el trámite legal vigente sea declarado el estado de invalidez y,
- Que el afiliado haya cotizado 50 semanas durante los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez (o al hecho causante de la misma).

En efecto, la norma señala: “*Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones...*”; luego la declaratoria es uno de los requisitos de acceso a la pensión.

Sin embargo, este requisito no es nuevo; simplemente se hizo visible en la legislación desde la misma implementación de la Ley 100. Ahora bien, aunque en el Decreto 758 de 1990 la exigencia de este acto jurídico no era visible normativamente hablando, el estado de invalidez debía ser declarado, declaración que bajo esa normativa correspondía a los médicos laborales del Instituto de Seguros Sociales.

En la declaratoria de la invalidez o del estado de invalidez, el médico legista o la respectiva junta de invalidez deben establecer, conforme a la minuciosa valoración de todos los exámenes que se le han practicado al afiliado, si hubo pérdida de capacidad laboral, el grado en que la hubo, el origen y la fecha de la estructuración de la invalidez. También le corresponde determinar al

no es cierto y que, por el contrario, se puede derivar de su aplicación una progresión en el acceso a la pensión de invalidez al reducirse la densidad requerida para que sea concedida”.

La Corte Constitucional en realidad solo examinó una situación para determinar la “*progresividad*” de la norma. En efecto, la Corte solo comparó la situación de aquellos que no estaban cotizando al régimen y que, por tanto, en vigencia de la norma original se les exigía un requisito de 26 semanas de cotización dentro del año anterior a la fecha de estructuración mientras que por la nueva ley se les exige 50 semanas dentro de los últimos tres anteriores a la estructuración. La Corte para su juicio no reparó en la población que sí estaba cotizando y que solo requería reunir 26 semanas de cotización en cualquier tiempo con anterioridad a la estructuración: es indudable que para una parte importante de la población observada la norma es regresiva, por lo cual se requería un análisis más profundo para determinar la situación de progresividad o regresividad, lo que imponía responderse al menos tres preguntas relevantes: ¿qué probabilidad hay de que un afiliado cotizante actual se invalide y tenga cotizadas 26 semanas en cualquier tiempo anterior a la fecha de estructuración?, ¿Qué probabilidad hay de que un afiliado actual no cotizante se invalide y tenga 26 semanas de cotización durante el último año anterior a la estructuración? y por último ¿qué probabilidad hay de que un afiliado actual, cotizante o no cotizante, tenga 50 semanas de cotización dentro de los tres años anteriores a la estructuración? Si la probabilidad promedio es mayor con el requisito de las 26 semanas, aparecería claro que el requisito de las 50 semanas durante los últimos tres años es “*regresivo*”; y si al contrario, entonces el requisito se torna *progresivo* para el sistema. En todo caso, nuestro punto es que la Corte no tuvo en cuenta para determinar la progresividad de la norma el grupo de población cotizante, que para acceder a la pensión, requería tan solo 26 semanas de cotización en cualquier tiempo anterior a la fecha de estructuración.

médico legista o a la correspondiente junta de invalidez que la incapacidad no fue provocada intencionalmente, minimizando el problema de riesgo moral.

Ahora bien, la Ley 860, reiterando lo señalado en la Ley 797, estableció el requisito para el afiliado de haber cotizado por lo menos 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez (o hecho causante de la misma en el caso de accidentes). Como lo hemos reiterado, esta exigencia de cotizaciones previas al estado de invalidez busca eliminar los incentivos al fraude, para tratar de impedir que personas que se saben inválidas se afilien al sistema o régimen. De nuevo, la ley presume que una persona no puede conocer el estado de invalidez con una antelación mínima de 50 semanas, pues ese es el número de semanas cotizadas mínimo que exige la norma que el afiliado realice antes de que se configure el estado de invalidez como requisito de acceso.²²

C. La configuración de siniestro en la pensión de invalidez y su problemática en la legislación colombiana

1. La importancia del acto de declaratoria del estado de invalidez

Como hemos mostrado en el aparte inmediatamente anterior, la declaratoria de la invalidez es uno de los requisitos exigidos por la ley para el acceso a la pensión; el otro requisito exigido es haber cotizado 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración. Pero la declaratoria al ser posterior, o máximo mínimo concomitante al estado de invalidez, se torna en el acto que configura plenamente el siniestro que dispara el acceso a la pensión de invalidez. Esta afirmación, como compleja que es, merece varias explicaciones.

En primer lugar, en nuestro derecho no es posible que el médico legista o la junta de invalidez establezca, como fecha de estructuración de la invalidez, una fecha futura, posterior a la declaratoria de invalidez, pues técnicamente, al momento de la declaratoria, el afiliado no está inválido; es decir, al no haber perdido más del 50% de su capacidad laboral, puede continuar trabajando, y aportando al sistema, hasta que se estructure realmente la invalidez.

22 Curiosamente, el parágrafo 1 del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, que establece los requisitos de acceso a la pensión de invalidez para los menores de 20 años, no exige el requisito de semanas cotizadas a la fecha de estructuración; sino a la fecha del hecho causante o su declaratoria; en otras palabras, considera que los menores de 20 años no tienen incentivos para cometer fraude. No obstante, en ese parágrafo hay una incoherencia técnica pues se equipara el hecho causante de la invalidez con la declaratoria, lo cual es un error grave. De esta forma, el principio de favorabilidad es el que rige la actuación administrativa para determinar qué fecha se debe utilizar en la invalidez de los menores de 20 años: la del hecho causante o la de declaratoria: la más favorable a los intereses del afiliado, es decir, aquella que le otorga el acceso a la pensión.

Pero, además, ello implica que al momento de la declaratoria, no solo al de estructuración, el afiliado sea actualmente inválido. En otras palabras: no basta que se haya estructurado una invalidez en momento pretérito: si el afiliado presenta, al momento de la calificación, una pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, no puede ser declarado inválido. La razón aparece simple: el afiliado tiene capacidad actual y real de trabajo de conformidad con la ley; y, por tanto, se presume, tiene total posibilidad de obtener su propio ingreso.

En segundo lugar, es claro que se deben realizar todos los tratamientos posibles para que el afiliado se pueda mantener en el mercado de trabajo. En nuestro ordenamiento, la simple expiración del plazo de los 180 días de incapacidad permanente no aparece como motivo suficiente para despedir al trabajador;²³ pero, además, la ley normativamente busca que, si hay un concepto favorable de recuperación por parte del médico tratante, y la aseguradora lo autoriza y garantiza al afiliado el pago del subsidio por incapacidad, la incapacidad se pueda extender por otro determinado lapso. Es entonces meridianamente transparente que nuestra normatividad busca la recuperación de la capacidad de trabajo del afiliado como objetivo principal de seguridad social.

Solo cuando expiran los plazos sin que se haya logrado la recuperación del afiliado, se dispara el trámite de invalidez, el cual puede, pero no necesariamente termina con la declaración del estado de invalidez que potencialmente permita acceder a la pensión.²⁴

23 Aunque se trata de una justa causa para terminar el contrato de trabajo, la expiración del plazo de los 180 días, esta facultad no es absoluta. La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, pero en especial en la sentencia T-992/08, señaló:

“De todo lo anterior, la Sala concluye que la facultad de dar por terminado el contrato de trabajo de forma unilateral, en los casos en que el trabajador padezca una enfermedad que lo incapacite por término superior a los 180 días, no es absoluta ni puede ejercerse de manera indiscriminada. Así, la Corte ha establecido que ‘el empleador y las entidades responsables del Sistema de Seguridad Social Integral deben obrar armónicamente entre sí, y, a su vez, con el trabajador, con el fin de que el empleado incapacitado no interrumpa ni el tratamiento ni el acceso a la atención médica, ni deje de percibir los medios de subsistencia, bien sea a través del salario, o de la pensión de invalidez, si a ella tiene derecho’”.

24 Actualmente, hay una falta de coherencia normativa entre los actores del sistema, lo que ha ocasionado decisiones precipitadas por parte de la Corte Constitucional, las cuales no son objeto del presente trabajo; pero adquieren cierta importancia dentro del contexto de la invalidez. Normativamente, cuando se termina el procedimiento de invalidez, al definirse una pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, el afiliado debe reincorporarse a la fuerza laboral y continuar cotizando para acceder a la pensión de vejez. No obstante, pueden surgir problemas de salud que *ex post* a la fecha de calificación ameriten nuevas incapacidades. El problema surge cuando la Empresa Promotora de Salud se niega a pagar estas nuevas incapacidades, con el pretexto de que la persona ya reunió los 180 días de incapacidad y que, por tanto, la prestación del sistema de salud ya ha sido agotada. La Corte Constitucional ha señalado que, en estos casos, la prestación del sistema debe estar a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones con algunos argumentos de derecho que son bastante cuestionables. El problema de salud no es un problema de pensiones, por tanto, es el sistema de salud el llamado a resolver los problemas de salud de los afiliados. En criterio nuestro, al agotarse el trámite de invalidez y establecerse en un proceso administrativo que no hay una pérdida de capacidad laboral suficiente para declarar la invalidez; el afiliado debe ser reincorporado a su actividad laboral y el empleador queda obligado a realizar los reajustes necesarios para

Por lo anterior, es claro que el siniestro, entendido como la realización del riesgo asegurado, surge con la declaratoria de la invalidez. En otras palabras, el solo estado de invalidez de un afiliado, aunque la pérdida de capacidad laboral sea superior al 50%, no es suficiente para acceder a la pensión: solo si conforme con los trámites legales administrativos, o por sentencia judicial, ella es declarada, el afiliado puede acceder a la correspondiente prestación. Todo lo anterior nos lleva a afirmar, sin temor a dudas, que la declaratoria del estado de invalidez es requisito *sine qua non* para acceder a la pensión de invalidez.²⁵ Como reiteramos, el hecho de que en un momento dado el afiliado haya perdido su capacidad laboral en más del 50%, no dice nada acerca de la capacidad laboral en el momento actual. Así las cosas, la medicina laboral puede estimar que en algún momento hubo una pérdida de capacidad laboral en el afiliado, pero que al momento del trámite esa pérdida no existe, por ejemplo, por la recuperación tardía, dados los tratamientos médicos realizados en el momento de incapacidad.

Pero, además, en el acto de declaratoria es cuando se debe establecer la fecha del estado de invalidez, denominada *fecha de estructuración*, la cual es necesaria para determinar si se cumple el requisito de semanas de cotización exigidas por la ley para el acceso a la prestación.

2. Los problemas que surgen en la configuración del siniestro

Sin embargo, en la definición de la configuración del “siniestro” de invalidez aparece un problema que actualmente es necesario resolver para dar mayor eficiencia al sistema. Dado que la “*fecha de estructuración de la invalidez*”, se supone, es la fecha en que la persona adquiere el estado de inválido, es decir, la fecha en la que definitivamente perdió el 50% o más de su capacidad laboral, puede afirmarse que el siniestro, como realización del riesgo asegurado, está dado por la fecha de estructuración y que la declaratoria simplemente es un acto *ex post* de simple reconocimiento del hecho de la invalidez.

Lo anterior implica varias dificultades teóricas que empiezan por intentar definir si es posible establecer clínicamente el día o incluso el mes en que

garantizar el derecho al trabajo del afiliado, en caso de que ello se requiera. En el sistema de salud lo que se produce, o normativamente se debiera producir, es el inicio de una nueva secuencia de incapacidades, si ellas surgieran de nuevo. Entender el problema de otra forma deviene en generar incertidumbre jurídica sobre las personas que a juicio de la Junta Médica recuperan su capacidad de trabajo, a las cuales se les extingue la pensión de invalidez por ese hecho, pues normativamente, en la mayoría de los casos, ellos han estado incapacitados para trabajar por 180 días o más, lo que no se ajusta a la lógica interna del sistema de recuperación de la salud del afiliado para que pueda contribuir con su trabajo a los fines del Estado. En la sentencia T-212/10 de la Corte Constitucional se puede observar esta incoherencia.

25 A efectos de este trabajo, y de la propuesta que se defiende en este trabajo, cuando hacemos referencia a la declaratoria de invalidez, entendemos que el acto en que se declara la invalidez ha quedado en firme de acuerdo con la normatividad vigente.

inició o se constituyó una incapacidad parcial, es decir, la fecha exacta en la que el afiliado perdió el 50% o más de su capacidad laboral.²⁶

Observemos, para continuar con el planteamiento del problema, cómo reglamentariamente se define la fecha de estructuración. El artículo 3 del Decreto 917 de 1999 establece:

Fecha de estructuración o declaratoria de la pérdida de la capacidad laboral. Es la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez.

Es importante señalar que hay una incongruencia en la norma; incongruencia relacionada con la *incapacidad parcial*, que se define como la *pérdida de capacidad laboral que oscila entre la mitad y las dos terceras partes*. Según la norma, se trata de una pérdida definitiva de la capacidad laboral. Esto no es cierto y es fácilmente desvirtuable: la obligación de revisar el estado de invalidez al menos trienalmente, muestra que tanto para el derecho como para la medicina laboral esa pérdida en algunas ocasiones no es definitiva, razón por la cual la misma teoría del seguro establece el acceso a la prestación por invalidez como temporal. Así las cosas –y sin negar que en algunas ocasiones, la incapacidad total muestra pérdidas definitivas de capacidad laboral–, la pérdida de capacidad laboral que se evalúa es una de carácter permanente; y este criterio es el básico para determinar la invalidez parcial.

Ahora bien, nótese que la norma establece la prohibición de pagar la prestación de invalidez mientras el afiliado percibe el subsidio por incapacidad laboral.²⁷ Las normas que actualmente nos rigen se diseñaron bajo una lógica de aseguramiento permanente de los afiliados.

26 Un ilustrativo caso que muestra imposibilidad de fijar objetivamente una fecha de estructuración está contenido en la sentencia T-108/07 proferida por la Corte Constitucional. En ese caso particular, la Junta Regional de Invalidez estableció como fecha de estructuración el 21 de diciembre de 1990; posteriormente, la Junta Nacional de Invalidez estableció que la estructuración ocurrió el 23 de enero de 1992, más de dos años después. Finalmente, dada la litigiosidad del caso, la Junta Regional, al volver a determinar el estado de invalidez, estableció como fecha de estructuración el 24 de enero de 1992. Lo curioso, además, es que los diferentes dictámenes variaron el grado de incapacidad entre el 20% y el 70%, lo que nos lleva a mostrar que, en algunos casos, el error en el diagnóstico puede ser garrafal.

27 El inciso final del artículo 40 de la Ley 100 establece: “*La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado*”. Como se ve, no hay autorización legal para aplazar el pago de la pensión hasta que finalice el pago del subsidio por incapacidad permanente. Sin embargo, en una lógica de aseguramiento integral es apenas obvio que el Sistema Integral de Seguridad Social normativamente no debe pagar dos prestaciones por el mismo insuceso.

El supuesto que subyace al diseño del seguro establece un afiliado tipo al sistema que sufre un quebranto de salud lo suficientemente serio, como para que sea incapacitado o, mejor, autorizado a dejar temporalmente su trabajo para lograr su recuperación. Típicamente, las normas que rigen al sistema establecen un período máximo de ausencia en el trabajo, o incapacidad, que se supone prudencial pero suficiente como para que el afiliado recupere su salud. Si no se logra la recuperación del individuo durante ese lapso, normalmente se producen dos consecuencias: una autorización al empleador para despedir al trabajador afectado por la incapacidad y la protección del ingreso de ese trabajador por medio de la correspondiente pensión de invalidez.

Nuestra legislación establece un período de 180 días continuos o discontinuos como plazo inicial suficiente para que el afiliado recupere su salud; pero también suficiente como para disparar el trámite de invalidez en caso de que la recuperación no sea actualmente viable. No obstante, si el médico tratante considera que es factible la recuperación de la salud del afiliado, se puede otorgar un plazo adicional para lograr esa recuperación siempre que el asegurador del riesgo de invalidez y muerte otorgue su consentimiento y se le asegure que se le continuará pagando al afiliado el subsidio por incapacidad temporal.

No obstante, mientras se desarrolla la patología, puede ocurrir que los períodos de incapacidad se intercalen con períodos de actividad laboral. Conforme con la solución normativa, ello, en principio, no entrañaba problema alguno, toda vez que la posible pensión de invalidez se paga a partir del momento en que finalice el pago del subsidio por incapacidad laboral.

Empero, puede suceder que desde el momento en que el afiliado cumplió los 180 días de incapacidad y se reincorporó al trabajo, hasta el momento de la calificación de la invalidez pase algún tiempo relevante. La pregunta que surge, y destapa el problema de seguridad social en pensiones, es: ¿desde cuándo debe iniciar la protección de la seguridad social?, ¿desde el momento en que se venció la última incapacidad laboral subsidiada?, ¿desde la fecha de estructuración?, ¿desde el momento en que se retire efectivamente del trabajo?

Como se desprende del artículo 3 del Decreto 917 de 1999, arriba transcrito, mientras se haya pagado el subsidio por incapacidad no hay lugar a pago de la pensión; así, cuando la fecha de estructuración es anterior a la fecha de pago del último subsidio por incapacidad laboral, la pensión se paga a partir de esta última fecha y no de la primera. La resultante consecuencia económica sobre la prestación originada por esta regla, es que todos los tiempos cotizados para pensión durante el tiempo de la incapacidad se deben tener en cuenta para la determinación del Ingreso Base de Liquidación y del monto de la pensión, así sean posteriores a la fecha de estructuración.

Desde luego, si uno de los objetivos del sistema integral es la recuperación de la capacidad de trabajo, el hecho de que al afiliado se le tenga en cuenta

el esfuerzo de cotización realizado mientras se encuentra en incapacidad, es apenas obvio. Normativamente, durante este tiempo, en muchos casos, no se puede establecer con certeza si el afiliado ha perdido o perderá más del 50% de su capacidad laboral; pero además, teniendo en cuenta que la enfermedad general es algo apenas natural, la seguridad social ha establecido que la protección al trabajador proviene del empleador y del asegurador en forma de subsidio por incapacidad, con lo cual se mantiene la obligación de realizar los aportes tanto a la salud, como a la pensión y a riesgos profesionales.

Si el afiliado no produce siniestro, es decir, si no es declarado inválido, esos tiempos contarán para acceder a la pensión de vejez; pero en caso contrario, es decir, cuando al afiliado se le declara inválido, esos tiempos deben contar para la determinación del Ingreso Base de Liquidación y para establecer el monto de la pensión, pues son tiempos efectivamente cotizados a la seguridad social, y responden a la obligación del empleador de realizar los aportes mientras esté vigente la relación laboral.

Así las cosas, está justificado el hecho de que la pensión se pague a partir del momento en que el afiliado deja de percibir el subsidio por incapacidad temporal. Ello sugiere, desde luego, una perfecta continuidad en la prestación del servicio de seguridad social, toda vez que el afiliado no se ve desprotegido en momento alguno; pero además se le respeta su esfuerzo de cotización para determinar la base de liquidación y el monto de la correspondiente pensión, dada la continuidad de su relación de trabajo.

A pesar de lo anterior queda un problema por resolver: en algunos casos, entre la fecha de la estructuración y la declaratoria, el afiliado no ha sido incapacitado para trabajar; por tanto, tampoco ha recibido el subsidio por incapacidad permanente pero ha venido recibiendo la remuneración producto de su trabajo. La teoría sugiere que mientras el individuo esté desarrollando realmente una actividad laboral, para el empleador es obligatorio realizar los correspondientes aportes, los cuales potencialmente generan derechos frente a la base de liquidación y al monto de la prestación.

En otras palabras, mientras el afiliado está devengando el salario o está obteniendo un ingreso propio de su actividad u oficio habitual, la seguridad social no está llamada a otorgar una prestación, pues el salario se convierte en la retribución por excelencia del trabajo y la prueba del trabajo remunerado es la cotización realizada al sistema. De esta forma, la norma de seguridad social debería establecer que, en caso alguno, se podrá recibir la pensión de invalidez por períodos sobre los cuales hubo cotización al sistema; y si hubo cotización, estos tiempos deben ser tenidos en cuenta para establecer tanto el monto como el ingreso base para liquidar la prestación.

Se puede argumentar que esta autorización general puede crear incentivos al fraude. Una explicación para esta conducta es que los afiliados sabiéndose enfermos tienen incentivos para cotizar al sistema con un ingreso base de

cotización más alto para generar un mayor monto y cuantía de la pensión. La tesis se centra en que una persona cualquiera puede determinar *ex ante* que la enfermedad actual la puede llevar a una incapacidad que degenere en la prestación por invalidez; por tanto, ocultará su enfermedad tanto como sea posible para intentar mejorar su base de liquidación para obtener ese mayor monto de pensión.

Sin embargo, ese argumento no tiene solidez alguna; al contrario, puede encerrar una falacia. El interés asegurable por el riesgo de invalidez está dado precisamente por la no ocurrencia del riesgo a la proporción que determina la pérdida de capacidad laboral que da acceso a la pensión. Al tratarse de seguridad social, el interés asegurable no es solo del afiliado, sino de la sociedad en su conjunto. Por ello, la incapacidad temporal médica genera la obligación del sistema de salud de recuperar al paciente; de hecho, el concepto favorable de recuperación, que extiende el plazo de incapacidad, está dado por la potencial recuperación del afiliado. Si el sistema de salud otorga un concepto favorable de recuperación, que se da sobre un afiliado aún no calificado, es decir, si la ciencia médica considera que un afiliado puede recuperarse no es fácil presumir que el afiliado conoce de antemano que no se va a recuperar; por tanto, es por lo menos ilógico intentar en estos casos establecer presuntos incentivos al fraude.

Ahora bien, supongamos un afiliado que finalmente se recupera en su salud, que se reincorpora plenamente al mercado de trabajo, que continúa cotizando algún tiempo y que posteriormente recae en su problema de salud. La sana lógica establecería que, si en virtud de una recuperación de salud, así sea temporal, el afiliado pudo acceder al mercado de trabajo y cotizar al sistema, este no puede desconocer dicha realidad, ni por tanto, los esfuerzos de cotización. Dado que las cotizaciones son consecuencia directa de la relación laboral por expresa disposición de la Ley, los empleados e independientes son afiliados obligatorios al sistema, los esfuerzos de cotización realizados por el empleado no debieran ser desechados en caso alguno para otorgar las prestaciones de la seguridad social. Si se realizó el trabajo y no hubo incapacidades, se debe asumir, conforme lo exige el principio de buena fe, que la persona tenía capacidad suficiente para realizar la actividad encomendada y, por tanto, deben considerarse legítimas sus aportaciones a la seguridad social, aunque sean posteriores a la fecha de estructuración de la invalidez; entre otras razones, porque la realidad debe primar sobre la forma. Como hemos advertido, la fecha de estructuración no es plenamente objetiva y está dada por un diagnóstico médico, susceptible de error.

En general, a falta de un hecho objetivo que indique sin lugar a dudas el inicio de una patología, como en algunos casos puede ser un accidente, y a mayor espacio temporal, más difícil será establecer el momento exacto en que una persona pierde el 50% de su capacidad laboral: ello lleva a replantear el

hecho de que la fecha de estructuración sea la que se tenga en cuenta para determinar el derecho a la pensión de invalidez. Como hemos observado, no obstante, la fecha de estructuración es totalmente indispensable para evitar incentivos al fraude; pero no parece adecuada para establecer el derecho a la pensión.

III. UNA PROPUESTA DE SOLUCIÓN AL PROBLEMA DE LA CONFIGURACIÓN DEL SINIESTRO DE INVALIDEZ EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

A. El problema jurídico actual

Tanto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional han establecido, afuera los problemas de progresividad por cambios normativos, que el derecho a la pensión de invalidez se adquiere al momento de la estructuración de la invalidez; y, por tanto, la normatividad aplicable es la vigente en ese momento. En efecto, en la sentencia T-491/10, la Corte Constitucional señaló:

Para efecto de aplicación de la ley, el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo establece que las normas laborales, por ser de orden público, producen efecto general e inmediato, por lo que no tienen efecto retroactivo, esto es, no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores. Desde esta perspectiva, al carecerse para el caso de la pensión de invalidez de un régimen de transición, se concluye que, de manera general y salvo las excepciones que se analizarán en apartado posterior de este fallo, la norma aplicable en cada caso es la vigente al momento del acaecimiento de la condición que hace exigible la prestación, es decir, la fecha de estructuración de la discapacidad, declarada por la junta de calificación correspondiente.

En el mismo sentido y en amplia reiteración, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 18 de agosto de 2010, con radicación 38065 y ponencia de Gustavo Gnecco-Mendoza, recordó que su jurisprudencia enseña que la norma aplicable para definir el acceso a la pensión es la que regía a la fecha de estructuración de la invalidez. Señala la Sala:

El anterior criterio fue expuesto recientemente por la Corte en sentencia de 27 de agosto de 2008, radicación 33185, en los siguientes términos:

'Pues bien, conforme a la aplicación de la ley en el tiempo, que también ha de observarse en asuntos de seguridad social, una norma que modifica los requisitos que establecía la disposición que le antecedió para adquirir un determinado derecho pensional, gobierna los hechos que acontezcan a su amparo, ello mientras no

sea derogada y no afecte derechos adquiridos o situaciones jurídicas debidamente consolidadas bajo el imperio de la ley anterior.

La citada Ley 860 del 26 de diciembre 2003 que señaló nuevos condicionamientos para obtener la pensión de invalidez, fue publicada en el Diario Oficial 45.415 del 29 de diciembre de igual año, y según su artículo 5 entró a regir a partir de su promulgación, y por consiguiente no cabe duda que para la fecha de estructuración indiscutida de la invalidez del demandante que se produjo el 14 de enero de 2004, ya se encontraba en pleno vigor, lo que trae consigo, que como lo concluyó el Tribunal, es con base en ese mandato legal que se deberá definir el surgimiento del derecho a la pensión de invalidez reclamada’.

Esta definición de derecho adquirido situada en la estructuración de la invalidez, en primer lugar, ha traído como consecuencia interpretaciones indeseables que llevan a olvidar que el primer objetivo de seguridad social es la recuperación del afiliado y, por tanto, la búsqueda de recuperación y/o mantenimiento de la salud, atado a la realización del derecho al trabajo y que el objetivo subsidiario es el otorgamiento de la pensión.

La tesis actualmente dominante establece que los períodos de cotización, y por ende las bases de cotización, realizados por el afiliado entre la fecha de estructuración de la invalidez y su declaratoria no deben ser tenidos en cuenta para el reconocimiento de la prestación por invalidez. La argumentación que parece surgir para defender esta tesis es que, como a una determinada fecha se estructuró la invalidez, y ello implica que a partir de esa fecha perdió su capacidad de trabajo, el afiliado materialmente no puede trabajar a partir de esa fecha y, por tanto, no puede aportar al sistema. Como no puede materialmente aportar al sistema por su incapacidad para trabajar, las cotizaciones son fraudulentas y, como consecuencia, no deben ser tenidas en cuenta para liquidar la prestación.

Sin embargo, esta posición no tiene en cuenta que, ante un quebranto en la salud del afiliado, la primera respuesta de la seguridad social es intentar recuperar al máximo el nivel de salud sin retirarlo del mercado de trabajo. Puede suceder que en un momento determinado el afiliado al que se le otorgó una incapacidad se recupere de su enfermedad y, en años posteriores, su nivel de salud se deteriore de tal forma que haga inminente el pago de la pensión de invalidez, sin que se haya incapacitado nuevamente, y la Junta de Calificación determine como fecha de estructuración una anterior a la primera incapacidad. Como se observa, hay un problema de seguridad social: ¿los tiempos de cotización y los aportes realizados con posterioridad al vencimiento de la incapacidad y hasta la fecha de la declaratoria de la invalidez no deben tenerse en cuenta para liquidar la prestación por el hecho de que la estructuración se fijó *ex post* en un momento anterior a la incapacidad otorgada?

Pero, además, la tesis planteada olvida que hay patologías difíciles de detectar en un momento determinado, muchas veces difíciles de diagnosticar, que hacen que el trabajador se mantenga en su puesto de trabajo aunque, sin saberlo realmente, haya perdido más del 50% de su capacidad laboral; personas que llevan 5, 10 o 15 años laborando en el mercado de trabajo sin conocer de su patología, o en el peor de los casos sin estar conscientes de ella. ¿A estas personas se les debe desconocer el esfuerzo de cotización realizado entre la fecha de estructuración de la invalidez y la declaratoria?

La tesis planteada, que desconoce el principio constitucional de buena fe, ha llevado al gobierno nacional a establecer, por medio del artículo 15 del Decreto reglamentario 3798 de 2003, que el bono pensional se redime a la fecha de estructuración de la invalidez. Ello a pesar de que ese artículo contradice directamente a la Ley 776, la cual establece en el parágrafo del artículo 15 que la redención del bono debe darse a la fecha de declaratoria de la invalidez. Actualmente, la norma reglamentaria continúa vigente. La lógica subyacente para llevarle la contraria a la ley es que, como la pensión debe liquidarse con corte a la fecha de estructuración, pues es el hecho que realiza el derecho, el valor del bono debe establecerse a esta fecha; pero además, se infiere, porque todas las cotizaciones realizadas con posterioridad son sospechosas de ser fraudulentas.

Como consecuencia de esta posición:

- La pensión de invalidez se liquida teniendo como Ingreso Base de Liquidación el que resulte con corte a la fecha de estructuración de la invalidez.
- El monto de la pensión de invalidez no tiene en cuenta las semanas de cotización realizadas entre la fecha de estructuración y la declaración de la invalidez.

La jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia establece el Ingreso Base de Liquidación como el promedio de lo cotizado por el afiliado hasta la fecha de estructuración, y obtiene el monto de la pensión con base en el tiempo cotizado hasta esa fecha.²⁸

No obstante, ello implica desestimar períodos y bases de cotización realizados de buena fe por el afiliado al sistema que pueden o no mejorar su situación económica en la fase de pensionado; pero además dejan en un limbo jurídico las cotizaciones realizadas entre la fecha de estructuración y la fecha de declaratoria. En efecto, si las cotizaciones realizadas entre esas

28 *Cfr.* Decisión de Instancia del 28 de abril de 2009 tomada dentro del trámite de casación llevado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el proceso con radicación 30864 con ponencia de Luis Javier Osorio López.

fechas no fueron tenidas en cuenta para la liquidación de la pensión ¿deben reintegrarseles al afiliado a título de indemnización sustitutiva o devolución del saldo?, ¿cuál es la justificación, si esos tiempos no financian la prestación para retenerlas? En caso de reintegro, ¿qué sucedería si la Junta de Calificación declara que el afiliado recuperó su capacidad laboral y por tanto se extingue la pensión de invalidez?, ¿el afiliado debería reintegrar los aportes en caso de que se los hubieran entregado?, ¿los tiempos indemnizados no serían válidos para otorgar la pensión de vejez?²⁹

En segundo lugar, teóricamente, si la pensión de invalidez se consolida como derecho al momento de la estructuración de la invalidez, no solo deberían aplicarse las normas reguladoras de la pensión vigentes a ese momento, sino los conceptos de invalidez válidos para ese momento. No parece lógico utilizar conceptos de invalidez actuales para juzgar la invalidez al momento de la estructuración.

En efecto, el concepto de invalidez hoy se torna en un concepto cambiante, no estático. Los nuevos descubrimientos acerca de la enfermedad, los tratamientos y procesos quirúrgicos, dadas las nuevas tecnologías, hacen que algunas patologías otrora intratables, se puedan atender y con ello recuperar la salud del afiliado. También es posible que enfermedades que antes generaban limitaciones, hoy ya no lo hagan o lo hagan en menor intensidad. Ello implica una disminución en muchos casos de los grados de incapacidad por una patología en particular.

Ahora bien, como hemos señalado la invalidez al momento de la declaratoria debe ser actual; es decir, no basta con que el afiliado haya sido inválido a la fecha de estructuración, también debe serlo a la fecha de declaración. ¿Qué sentido tendría otorgarle una pensión de invalidez a un afiliado que actualmente no es inválido? No hay razón alguna, pues si el afiliado tiene capacidad de trabajo debe permanecer en el mercado laboral.

B. La propuesta de solución

Para evitar los problemas que observamos de que sea la estructuración de la invalidez el hecho que genera el derecho; y que por tanto, se acepte que el derecho se adquiere a esa fecha, razón por la cual debe aplicarse la normatividad vigente a la fecha de estructuración para determinar el derecho a la pensión y su cuantía, se propone que tal como se desprende del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 860 de 2003, sea la declaratoria el

29 A modo de digresión, hay otro problema: El artículo 61 de la Ley 100 de 1993 excluye a los pensionados por invalidez del régimen de ahorro individual. Si se entiende por pensionado, no al que se le ha reconocido la pensión, sino a quien se le estructura la invalidez, ningún afiliado podría tener certeza de que su afiliación al régimen de ahorro es válida, dada la probabilidad de que una presunta invalidez que se manifiesta años después, resulte estructurada antes de la afiliación.

hecho que genere el derecho; y por tanto sea la normatividad actual a fecha de declaratoria la que se utilice para determinar el derecho a la pensión y su cuantía.

En efecto, el artículo 39 de la Ley 100 establece: “*tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido*”. Lo que se puede extraer es que la declaratoria es un requisito para el acceso al derecho y, por tanto, el derecho no se adquiere sino hasta que se declare la invalidez.³⁰ Otra cosa es que por motivos de solidaridad y protección al discapacitado, se permita el pago de la prestación de invalidez en forma retroactiva máximo mínimo hasta la fecha de estructuración. Desde luego, si el afiliado ha recibido subsidios por incapacidad o salarios entre la fecha de estructuración y la declaratoria, el pago de la pensión debería realizarse en forma retroactiva hasta el momento en que recibió el último pago del subsidio o el último salario.

Las ventajas de reconocer que el derecho a la pensión se adquiere con la declaratoria de invalidez, además de las señaladas en otras partes del presente texto, son las siguientes:

- a. Se reconocen el tiempo y las bases de cotizaciones entre la fecha de la estructuración y la fecha de declaratoria de la invalidez como plenamente válidos a efectos de las prestaciones de la seguridad social. Nótese que no se trata solamente de validar tiempos para la prestación de invalidez sino para una eventual pensión de vejez.
- b. Se reconoce que la realidad en la realización del trabajo prima sobre las formalidades (primacía de la realidad).
- c. Se cumple realmente la norma que establece cómo se debe determinar el Ingreso Base de Liquidación.
- d. En principio, el sistema adquiere mayor progresividad. En efecto, siendo la seguridad social un derecho de carácter progresivo se debe presumir que las normas posteriores van a ser más favorables que las anteriores; por tanto, es deseable su aplicación para poblaciones especialmente protegidas.

En los siguientes apartados, explicamos estas ventajas detectadas.

30 De paso se armonizaría la disposición de la seguridad social con la norma establecida en el numeral 15 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, la cual fue subrogada por el artículo 7 del Decreto Ley 2351 de 1965, que permite al empleador dar por terminado el contrato de trabajo por justa causa cuando se realice el “*reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa*”.

1. La realidad del trabajo y el deber de tener en cuenta los tiempos y bases de cotización entre la fecha de estructuración y la fecha de invalidez

No es que la Justicia en algunas ocasiones no haya reconocido que la realidad prima sobre las formas en relación con el momento a partir del cual debe o no pagarse la pensión de invalidez, o qué tiempos y base de cotización deben tenerse en cuenta para el efecto. La Justicia se ha pronunciado en varios casos afrontando el problema de determinar la adquisición del derecho en la fecha de estructuración. Por ejemplo, en sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral el 20 de octubre de 2010, en el proceso con radicación 38298 y ponencia de Camilo Tarquino-Gallego, se citó el fallo, no casado, de segunda instancia proferido por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal de Bogotá, en donde se establece:

... mal podría este Tribunal acoger la fecha mencionada por la Junta como (de) fecha real de estructuración de su pérdida de capacidad laboral, permanente y definitiva, máxime si se observa que la fecha considerada en el dictamen corresponde al período de infancia temprana del demandante, cuando este contaba con poco más de 10 años de edad, luego de lo cual, es una realidad incontrovertible en este juicio, que el actor ingresó a la vida laboral activa permaneciendo al servicio de la ESE (...) por espacio superior a 18 años, con lo cual, no puede hablarse entonces de un estado invalidante desde la fecha considerada por la junta.

Y es que obsérvese cómo, el mismo dictamen emitido por la junta (...), consideró los antecedentes de exposición laboral del cargo de <operario>, determinando un tiempo de exposición de 18 años, con lo cual, mal podía entonces ubicar la fecha de estructuración de la invalidez antes de tal período de exposición que justamente corresponde al de actividad laboral del actor, y que obviamente incidió en el deterioro del único miembro superior que le quedaba.

Y aún más, el mismo concepto médico de reubicación es claro al distinguir dos momentos diferentes, uno el de causación y (el) otro el de estructuración de la pérdida de capacidad laboral del actor, refiriendo al respecto que si bien el paciente sufrió una amputación de su brazo derecho 28 años atrás, el diagnóstico de epicondilitis izquierda, bursitis subdeltoniana crónica y fibromialgias con compromiso de miembro superior único es <actual>, y ha configurado un síndrome de sobreuso, que lo lleva justamente a conceptuar sobre la necesidad de reubicar al trabajador en un cargo que no requiera realizar movimientos repetitivos que le demanden esfuerzos de su única extremidad superior.

Aunque en esta sentencia se considera que la fecha de estructuración no puede ser correcta, dado que el afiliado laboró por más de 18 años después de esa fecha, los cuales desafían lo establecido por la Junta, la realidad laboral, el trabajo realizado, prima sobre la consideración médica en cuanto a la fecha de estructuración del estado de invalidez.

Ahora bien, el Consejo de Estado en sentencia del 22 de febrero de 2007, con ponencia de Alejandro Ordóñez-Maldonado (radicación 3022-05) estableció que la pensión no debía pagarse desde la fecha en que se estructuró la invalidez sino desde la fecha en que se retiró al funcionario del servicio. La realidad nuevamente prima sobre la consideración médica. Señala el Consejo de Estado:

En el dictamen practicado a instancias del Tribunal se determinó como fecha de 'estructuración' de la pérdida de la capacidad laboral o de invalidez equivalente al 80,95%, el 22 de enero de 1999, situación que llevaría a que desde esa fecha tuviera que pagarse la pensión. No obstante, como el suboficial fue retirado del Ejército Nacional el 2 de mayo de 2000 mediante Resolución No. 000373, a partir de esa fecha debe reconocérsele la pensión de invalidez por haber dejado de percibir salario.

La Corte Constitucional en algunas sentencias de tutela ha reconocido, de manera excepcional, que en razón del carácter progresivo y degenerativo de algunas enfermedades, el afiliado pudo haber hecho aportes con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, llegando a la conclusión de que esos tiempos de cotización realizados después de la fecha de estructuración deben ser tenidos en cuenta para el reconocimiento de la pensión. En sentencia T-699A/07 la Corte señaló:

En consecuencia, se presenta una dificultad en la contabilización de las semanas de cotización necesarias para acceder a la pensión, toda vez que, si bien la ley señala que tal requisito debe verificarse a la fecha de estructuración, en atención a las condiciones especiales de esta enfermedad, puede ocurrir que, no obstante que haya algunas manifestaciones clínicas, el portador esté en la capacidad de continuar trabajando, y de hecho siga realizando los aportes al sistema por un largo período, y, solo tiempo después, ante el progreso de la enfermedad y la gravedad del estado de salud, se vea en la necesidad de solicitar la pensión de invalidez, por lo que al someterse a la calificación de la junta se certifica el estado de invalidez y se fija una fecha de estructuración hacia atrás. Así las cosas, no resulta consecuente que el sistema se beneficie de los aportes hechos con posterioridad a la estructuración para, luego, no tener en cuenta este período al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión.

La Corte reiteró de alguna manera este antecedente en la sentencia T-710 de 2009, sin embargo, lo hace de forma excepcional exhortando a los operadores a trascender de la fecha de estructuración solo cuando deban darse condiciones especiales de protección y en virtud del principio de favorabilidad. Si se estableciera de forma ordinaria que es la declaratoria de invalidez la que determina el derecho a la respectiva pensión, se evitaría en todos los casos, no fraudulentos, que los tiempos y bases de cotización del afiliado entre la fecha de estructuración y la fecha de declaratoria se perdieran en un limbo

jurídico, que es lo que está actualmente sucediendo. No se desconocería el trabajo realizado ni mucho menos los tiempos y bases de cotización durante la incapacidad; estos últimos actualmente protegidos por un artículo de dudosa autorización legal del Decreto Reglamentario 917 de 1999.

2. Determinación del ingreso base de liquidación

El artículo 21 de la Ley 100 de 1993 señala:

Artículo 21. Ingreso Base de Liquidación. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta Ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Como se puede observar, el IBL se determina como el promedio de salarios sobre los cuales se ha cotizado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión. Esto es, todos los salarios sobre los cuales se ha cotizado *hasta el reconocimiento* de la pensión. Así las cosas, la norma no se cumple cuando solo se tienen en cuenta los salarios sobre los cuales se ha cotizado hasta la estructuración de la invalidez; para satisfacer su tenor literal deberían tenerse en cuenta todos los tiempos cotizados hasta la fecha de reconocimiento de la pensión, si es que a esa fecha todavía está activo como cotizante.

La Ley 100 estipuló algunos grandes cambios normativos que aún no han sido detectados por la doctrina ni por la jurisprudencia. En este caso, el IBL debería determinarse con todas las bases de cotización realizadas hasta la fecha de reconocimiento de la pensión; sin embargo, tal vez la costumbre ha hecho que los operadores jurídicos no hayan notado el cambio establecido en la normatividad y, por tanto, continúen aplicando normas derogadas entendiendo que no ha habido cambio alguno.

3. Progresividad y pensión de invalidez

Dado que el principio de progresividad al tenor de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política informa al sistema de seguridad social, se debe presuponer, y así lo establece la Corte Constitucional,³¹ que las reformas pensionales deben ser por regla general de carácter progresivo; es decir, no pueden aminorar el nivel de protección social ya alcanzado, los inválidos

31 Ver las sentencias C-428/09 y C-556/09 proferidas por la Corte Constitucional.

tendrían un tratamiento más favorable con las normas posteriores que con las anteriores.

Aunque pueden darse reformas regresivas, esas reformas son excepción a la regla general y deben ser cuidadosamente justificadas para ser implementadas y ser aceptadas como viables en sede constitucional; sin embargo, ello implicaría que los menos protegidos por la Constitución Política ya realizaron un esfuerzo muy grande, al sacrificar prestaciones a su favor; y que los más protegidos constitucionalmente hablando deben realizar un esfuerzo para garantizar la sostenibilidad del sistema.

Como ejemplo de lo anterior está el diseño regresivo dado a la pensión de invalidez en las Leyes 797 y 860, ambas de 2003; regresividad no justificada que llevó a la Corte a declarar su inconstitucionalidad. Así las cosas, si el máximo Tribunal de lo Constitucional mantiene su jurisprudencia actual, la regresividad, al menos en las prestaciones que se derivan de siniestros, será muy extraña.

A MODO DE CONCLUSIÓN

La seguridad social debe velar, como lo establece el principio de solidaridad consagrado en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, por proteger a los sectores más débiles de la población; por tanto, los principios de interpretación deben buscar la aplicación de las normas más favorables para el afiliado que está especialmente protegido por la Constitución, como es el caso del inválido o discapacitado.

A partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993 no hay razón alguna, ni de eficiencia ni de eficacia, para establecer que el derecho a la pensión de invalidez se adquiere al momento de su estructuración pues la declaratoria de la invalidez se consagró como requisito de acceso a la prestación.

Al establecerse la declaratoria de invalidez como el momento en que se adquiere el derecho a la prestación, automáticamente todos los tiempos y bases de cotización deben ser tenidos en cuenta para determinar la cuantía de la pensión. Ello elimina el vacío jurídico existente que ha llevado a desconocer las cotizaciones realizadas entre la estructuración y la declaratoria, a efectos de la determinación de la cuantía de la prestación; y protege de mejor manera a aquellos que son susceptibles de mayor protección por su estado de debilidad manifiesta. Pero además garantiza en principio condiciones más favorables de acceso a la pensión, dado el principio de progresividad que irradia al sistema general de pensiones.

Hay otros varios beneficios que se obtendrían con la solución propuesta, no solo para el afiliado sino para la política de la seguridad social en general; beneficios que han sido señalados a lo largo del presente trabajo. Sin embargo, estimamos que el mayor aporte, de acogerse la propuesta, es brindar mayor coherencia interna al sistema general de pensiones.

BIBLIOGRAFÍA**Libros**

- Arenas-Monsalve, Gerardo, *El derecho colombiano de la Seguridad Social* (2ª ed., Legis Editores, Bogotá, 2007).
- Becker, Gary, *The Economics of Discrimination* (2ª ed., University of Chicago Press, Chicago, 1971).
- Carrillo-Guarín, Julio César, *Reforma Constitucional al sistema de pensiones: evaluación y análisis* (Legis Editores, Bogotá, 2005).
- Castillo-Cadena, Fernando, *Problemas actuales de seguridad social: los bonos pensionales* (coedición Pontificia Universidad Javeriana, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009).
- Diamond, Peter A. & Orszag, Peter R., *Saving Social Security: A Balanced Approach* (Brookings Institution Press, Washington, D.C., 2004).
- Helmsdorff, Loredana, *Ampliación de cobertura del sistema pensional colombiano y atención al adulto mayor. Misión para una Estrategia para la Reducción de la Pobreza y la Desigualdad*, MERPD (Departamento Nacional de Planeación, Bogotá, 2007).
- Holzmann, Robert & Hinz, Richard, *Soporte del ingreso económico en la vejez en el siglo XXI. Una perspectiva internacional de los sistemas de pensiones y de sus reformas* (Banco Mundial, Mayol Ediciones, Bogotá, 2006).
- Holzmann, Robert, Palmer, Edward & Uthoff Andras, eds., *Fortalecer los sistemas de pensiones latinoamericanos. Cuentas individuales por reparto* (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL, Mayol Ediciones, Bogotá, 2008).
- López, Julián, Bateman-Serrano, Alfredo José, Vengoechea-Barrios, Juliana María & López-Patrón, Juanita María, *La garantía de los derechos sociales* (coedición Pontificia Universidad Javeriana, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009).
- Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, *Seminario Los retos de la seguridad social. Ponencias celebradas en Santander, del 12 al 16 de julio de 2004* (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005).
- Muñoz, Ángel, Romero, Carolina, Téllez, Juana & Tuesta, David, *Confianza en el futuro: propuestas para un mejor sistema de pensiones en Colombia* (Norma, Bogotá, 2009).
- Salama, Pierre, Marqués-Pereira, Jaime, Lautier, Bruno, LeBonniec, Yves, Rodríguez-Salazar, Óscar & Giraldo-Giraldo, César, *Sistemas de protección social: entre la volatilidad económica y la vulnerabilidad social* (1ª ed., Colección Estudios sobre Protección Social, Universidad Nacional de Colombia, Centro de Investigaciones para el Desarrollo, Bogotá, 2005).
- Thullen, Peter, *Técnicas actuariales de la seguridad social: regímenes de las pensiones de invalidez, de vejez y de sobrevivientes* (Centro de Publicaciones Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1995).
- Torres-López, Juan, coord., *Pensiones públicas: ¿y mañana qué?* (Ariel, Barcelona, 1996).
- Venturi, Augusto, *Los fundamentos científicos de la seguridad social (Il fondamenti scientifici della sicurezza sociale)* (Gregorio Tudela-Cambronero, trad., Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994).

Contribuciones en obras colectivas

Castillo-Cadena, Fernando, *El derecho y la economía de la discriminación legal por edad*, en *Reflexiones sobre derecho global. Homenaje a Luis Fernando Álvarez Londoño S. J.*, 201-222 (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2007).

Castillo-Cadena, Fernando, *Deuda pública pensional. Constitución y legislación: Evolución y estado actual*, en *Memorias del VI Encuentro de Hacienda Pública y Derecho Tributario*, 115-135 (Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Bogotá, 2005).

Revistas

Botero-García, Jesús, *El costo de los subsidios, eficiencia económica y equidad*, *Escritos de Economía EAFIT* 4 (2003).

Castillo-Cadena, Fernando, *Los principios de progresividad en la cobertura y de sostenibilidad financiera de la seguridad social en el derecho constitucional: una perspectiva desde el análisis económico*, 112 *Vniversitas*, 111-147 (2006).

Castillo-Cadena, Fernando, *De seguridad jurídica y bonos pensionales*, 104 *Actualidad Laboral y Seguridad Social*, 18-22 (marzo-abril de 2001).

Echeverry, Juan Carlos, Escobar-Arango, Andrés, Merchán-Hernández, César, Piraquive-Galeano, Gabriel & Santamaría-Salamanca, Mauricio, *Elementos para el debate sobre una nueva reforma pensional en Colombia*, 156 *Archivos de Economía, Departamento Nacional de Planeación, DNP* (11 de septiembre de 2001).

Normatividad colombiana

Constitución Política de Colombia, 116 *Gaceta Constitucional*, 20 de julio de 1991.

Ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones, 41.148 *Diario Oficial*, 23 de diciembre de 1993.

Ley 361 de 1997, por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones, 42.978 *Diario Oficial*, 11 de febrero de 1997.

Ley 776 de 2002, por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales, 45.037 *Diario Oficial*, 17 de diciembre de 2002.

Ley 797 de 2003, por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales, 45.079 *Diario Oficial*, 29 de enero de 2003.

Ley 860 de 2003, por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones, 45.415 *Diario Oficial*, 29 de diciembre de 2003.

Decreto Ley 3743 de 1950 o Código Sustantivo del Trabajo, 27.622 *Diario Oficial*, 7 de junio de 1951.

Decreto 2351 de 1965, por el cual hacen unas reformas al Código Sustantivo del Trabajo, 31.754 *Diario Oficial*, 17 de septiembre de 1965.

Decreto 1848 de 1969, por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968, 32.937 *Diario Oficial*, 4 de noviembre de 1969.

Decreto 758 de 1990, por el cual se aprueba el Acuerdo 049 de febrero 1 de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales obligatorios, 39.303 *Diario Oficial*, 18 de abril de 1990.

Decreto 917 de 1999, por el cual se modifica el Decreto 692 de 1995, 43.601 Diario Oficial, 9 de junio de 1999.

Decreto reglamentario 3798 de 2003, por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 17 de la Ley 549 de 1999, 45.416 Diario Oficial, 30 de diciembre de 2003.

Jurisprudencia colombiana

Consejo de Estado, Sentencia del 22 de febrero de 2007, radicación 3022-05. Consejero ponente Alejandro Ordóñez-Maldonado.

Corte Constitucional, Sentencia C-1056/03, 11 de noviembre de 2003, magistrado ponente Alfredo Beltrán-Sierra.

Corte Constitucional, Sentencia C-111/06, 22 de febrero de 2006, magistrado ponente Rodrigo Escobar-Gil.

Corte Constitucional, Sentencia C-1035/08, 22 de octubre de 2008 magistrado ponente Jaime Córdoba-Triviño.

Corte Constitucional, Sentencia C-428/09, 1 de julio de 2009, magistrado ponente Mauricio González-Cuervo.

Corte Constitucional, Sentencia C-556/09, 1 de julio de 2009, magistrado ponente Nilson Pinilla-Pinilla.

Corte Constitucional, Sentencia T-701/06, 22 de agosto de 2006, magistrado ponente Álvaro Tafur-Galvis.

Corte Constitucional, Sentencia T-108/07, 22 de agosto de 2006, magistrado ponente Rodrigo Escobar-Gil.

Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, Sentencia T-992/08, 10 de octubre de 2008, magistrado ponente Mauricio González-Cuervo.

Corte Constitucional, Sentencia T-609/09, 2 de septiembre de 2009, magistrado ponente Humberto Sierra-Porto.

Corte Constitucional, Sentencia T-212/10, 23 de marzo de 2010, magistrado ponente Juan Carlos Henao-Pérez.

Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, Sentencia T-491/10, 16 de junio de 2010, magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt-Chaljub.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 24 de enero de 2008, radicación 29914. Magistrado ponente Camilo Tarquino-Gallego.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Decisión de instancia del 28 de abril de 2009, radicación 30864. Magistrado ponente Luis Javier Osorio-López.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 18 de agosto de 2010, radicación 38065. Magistrado ponente Gustavo José Gnecco-Mendoza.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 20 de octubre de 2010, radicación 38298. Magistrado ponente Camilo Tarquino-Gallego.

