

**INVESTIGACIÓN PROFESORAL
REVISIÓN DEL CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO
PRESTACIONES PATRONALES ESPECIALES
(TÍTULO IX)**

PARTE II:

Capítulo II (Pensión de jubilación), Capítulo III (Auxilio por enfermedad no profesional e invalidez), Capítulo V (Seguro de vida colectivo obligatorio), Capítulo VII (Trabajadores de la construcción), Capítulo VIII (Trabajadores de empresas de petróleos), Capítulo IX (Trabajadores de la zona bananera), Capítulo X (Trabajadores de empresas mineras e industriales del Chocó), Capítulo XI (Trabajadores de minas, oro, plata y platino), Capítulo XII (Trabajadores de empresas agrícolas, ganaderas o forestales)

ELISA MARÍA FLÓREZ DÍAZ

JOSÉ JULIÁN VÁSQUEZ BUELVAS

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
FACULTAD DE DERECHO
SUBÁREA DE DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL**

**Chía
2002**

**INVESTIGACIÓN PROFESORAL
REVISIÓN DEL CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO
PRESTACIONES PATRONALES ESPECIALES
(TÍTULO IX)**

PARTE II:

Capítulo II (Pensión de jubilación), Capítulo III (Auxilio por enfermedad no profesional e invalidez), Capítulo V (Seguro de vida colectivo obligatorio), Capítulo VII (Trabajadores de la construcción), Capítulo VIII (Trabajadores de empresas de petróleos), Capítulo IX (Trabajadores de la zona bananera), Capítulo X (Trabajadores de empresas mineras e industriales del Chocó), Capítulo XI (Trabajadores de minas, oro, plata y platino), Capítulo XII (Trabajadores de empresas agrícolas, ganaderas o forestales)

ELISA MARÍA FLÓREZ DÍAZ

JOSÉ JULIÁN VÁSQUEZ BUELVAS

Directora:

Dra. DIANA MARÍA GÓMEZ DE ORTIZ

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
FACULTAD DE DERECHO
SUBÁREA DE DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
Chía
2002**

Este trabajo está dedicado a nuestros padres, quienes con su apoyo, dedicación, ejemplo y constancia, nos han formado como personas y profesionales íntegros.

A la doctora Diana, gracias por su paciencia, por su amistad y su dirección.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	
1. MARCO DE REFERENCIA PARA EL ESTUDIO DE LAS PRESTACIONES DE JUBILACIÓN, INVALIDEZ Y SEGURO DE VIDA COLECTIVO OBLIGATORIO	16
1.1 REGULACIÓN ANTERIOR A LA EXPEDICIÓN DE LA LEY 100 DE 1993	17
1.2 EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL CREADO POR LA LEY 100 DE 1993	21
1.2.1 El sistema general de pensiones	22
1.2.1.1 El régimen solidario de prima media con prestación definida	23
1.2.1.2 El régimen de ahorro individual con solidaridad	23
2. PENSIÓN DE JUBILACIÓN	24
2.1 ANTECEDENTES DE LA NORMATIVIDAD VIGENTE	24
2.2 PENSIÓN DE JUBILACIÓN Y PENSIÓN DE VEJEZ	26

2.2.1	Pensión de jubilación en el Código Sustantivo del Trabajo	27
2.2.1.1	Requisitos legales	27
2.2.1.2	Determinación del monto de la pensión	28
2.2.1.3	Exigibilidad del derecho	30
2.2.1.4	Concurrencia entre la pensión de jubilación y la cesantía	31
2.2.1.5	La pensión sanción	32
2.2.1.6	Regímenes especiales	33
2.2.1.7	Suspensión y retención de la pensión	41
2.2.1.8	Pensión en caso de muerte del trabajador	43
2.2.1.9	Obligación de las empresas de tomar un seguro	45
2.2.2	Pensión de vejez en la ley 100 de 1993	47
2.2.2.1	En el régimen solidario de prima media con prestación Definida	48
2.2.2.1.1	Requisitos	49
2.2.2.1.2	Monto de la pensión	49
2.2.2.2	En el régimen de ahorro individual con solidaridad	53
2.2.2.2.1	Requisitos	54
2.2.2.2.2	Garantía de pensión mínima	55
2.2.3	Régimen de transición pensional	58
2.2.4	Conclusiones parciales	62

2.2.5	Legislación extranjera	62
2.2.5.1	Perú	65
3.	AUXILIO POR ENFERMEDAD NO PROFESIONAL E INVALIDEZ	65
3.1	ANTECEDENTES DE LA NORMATIVIDAD VIGENTE	66
3.2	AUXILIO POR ENFERMEDAD NO PROFESIONAL E INVALIDEZ Y PENSIÓN DE INVALIDEZ	66
3.2.1	Auxilio por enfermedad no profesional e invalidez en el Código Sustantivo del Trabajo	72
3.2.2	Pensión de invalidez en la ley 100 de 1993	77
3.2.3	Conclusiones parciales	79
3.2.4	Legislación extranjera	79
3.2.4.1	Argentina	82
3.2.4.2	Perú	84
4.	SEGURO DE VIDA COLECTIVO OBLIGATORIO	84
4.1	ANTECEDENTES DE LA NORMATIVIDAD VIGENTE	87
4.2	SEGURO DE VIDA COLECTIVO OBLIGATORIO Y PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES	87

4.2.1 Seguro de vida colectivo obligatorio en el Código Sustantivo del Trabajo	97
4.2.2 Pensión de sobrevivientes en la ley 100 de 1993	98
4.2.2.1 Régimen de prima media con prestación definida	99
4.2.2.2 Régimen de ahorro individual con solidaridad	101
4.2.3 Conclusiones parciales	102
4.2.4 Legislación extranjera	102
4.2.4.1 Argentina	105
4.2.4.2 Perú	106
5. CONVENIOS Y RECOMENDACIONES DE LA O.I.T RELATIVOS A LAS PRESTACIONES DE JUBILACIÓN, INVALIDEZ Y SEGURO COLECTIVO OBLIGATORIO	108
5.1 CONVENIO 102, RELATIVO A LA NORMA MÍNIMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL	111
5.2 RECOMENDACIÓN 131, SOBRE PRESTACIONES DE INVALIDEZ, VEJEZ Y MUERTE	114
6. TRABAJADORES DE LA CONSTRUCCIÓN	114
6.1 DEFINICIONES	115

6.2 ANTECEDENTES DE LAS NORMAS VIGENTES	115
6.2.1 Ley 61 de 1939	116
6.2.2 Decreto 709 de 1940	120
6.2.3 Decreto 1052 de 1944	121
6.2.4 Decreto 2058 de 1944	122
6.2.5 Ley 6 de 1945	123
6.2.6 Ley 38 de 1946	125
6.3 NORMAS ACTUALMENTE VIGENTES	140
6.4 LEGISLACIÓN EXTRANJERA	140
6.4.1 Argentina	146
6.5 CONVENIOS Y RECOMENDACIONES	146
6.5.1 Convenio 167 sobre seguridad y salud en la construcción	149
6.5.2 Recomendación 175 de 1988 sobre seguridad social y salud en la construcción	150
6.6 CONCLUSIONES PARCIALES	151
7. TRABAJADORES DE EMPRESAS DE PETRÓLEOS	151
7.1 ANTECEDENTES DE LAS NORMAS VIGENTES	151
7.1.1 Ley 4 de 1921	154
7.1.2 Decreto 1268 de 1939	157

7.2 NORMAS ACTUALMENTE VIGENTES	161
7.3 CONCLUSIONES PARCIALES	162
8. TRABAJADORES DE LA ZONA BANANERA	162
8.1 ANTECEDENTES DE LAS NORMAS VIGENTES	162
8.1.1 Ley 1 de 1937	164
8.1.2 Decreto 1192 de 1937	166
8.2 NORMAS ACTUALMENTE VIGENTES	168
8.3 CONCLUSIONES PARCIALES	170
9. TRABAJADORES DE EMPRESAS MINERAS E INDUSTRIALES DEL CHOCÓ Y TRABAJADORES DE ORO, PLATA Y PLATINO	170
9.1 ANTECEDENTES DE LA NORMATIVIDAD VIGENTE	170
9.1.1 Ley 26 de 1921	172
9.1.2 Resolución 34 de 1937	176
9.2 NORMAS ACTUALMENTE VIGENTES	179
9.3 CONVENIOS DE LA O.I.T	179
9.3.1 Convenio 176, sobre seguridad y salud en las minas	183
9.4 CONCLUSIONES PARCIALES	185

10. TRABAJADORES DE EMPRESAS AGRÍCOLAS, GANADERAS O FORESTALES	185
10.1 ANTECEDENTES DE LAS NORMAS VIGENTES	185
10.1.1 Resolución número 2 de 1929	187
10.2 NORMAS ACTUALMENTE VIGENTES	190
10.3 LEGISLACIÓN EXTRANJERA	190
10.3.1 Chile	193
10.4 CONVENIOS DE LA O.I.T	193
10.4.1 Convenio 25, relativo al seguro de enfermedad de los trabajadores agrícolas	197
10.5 CONCLUSIONES PARCIALES	198
11. EVENTUAL PROYECTO DE LEY	198
11.1 EXPOSICIÓN DE MOTIVOS	201
11.2 ARTICULADO	201
11.2.1 Eventual proyecto de ley. Prestaciones referentes a la Seguridad Social a cargo del empleador.	201
11.2.2 Eventual proyecto de ley. Regímenes especiales de trabajadores.	204
CONCLUSIONES FINALES	208

INTRODUCCIÓN

El objetivo de esta investigación consiste en realizar un análisis de los capítulos II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI y XII del Título IX del Código Sustantivo del Trabajo, correspondientes a la pensión de jubilación, el auxilio por enfermedad no profesional e invalidez, y las prestaciones patronales especiales instituidas a favor de los trabajadores de la construcción, de empresas de petróleos, de la zona bananera, de empresas mineras e industriales del Chocó, de minas de oro, plata y platino, y los trabajadores de empresas agrícolas, ganaderas o forestales, dejando por fuera los capítulos IV, VI y XIII, de este mismo Título, que se refieren a escuelas y especialización, prima de servicios y patronos sin carácter de empresas, debido a que estos fueron estudiados en una investigación anterior realizada por la alumna Luisa Fernanda Ramírez Orozco.

El estudio versa principalmente, en establecer la aplicabilidad e importancia de estas normas en la actualidad, utilizando como metodología el análisis de sus antecedentes normativos y la reglamentación vigente, lo cual nos permitió determinar que las razones que llevaron al legislador a incluir estas prestaciones dentro de la legislación laboral, han desaparecido por el paso del tiempo, debido al desarrollo económico y social del país, el cual estuvo acompañado de una evolución legislativa sobre el tema.

En el desarrollo de esta investigación, surgieron dificultades en la consecución de los antecedentes normativos de las prestaciones objeto de nuestro estudio, debido a que por su antigüedad, no fue fácil encontrar su texto original, así mismo, tuvimos inconvenientes en encontrar de la posición de la doctrina y fallos de las altas Cortes respecto de la vigencia de las prestaciones establecidas a favor de los trabajadores mencionados con anterioridad, ya que estas normas no han tenido ningún desarrollo desde su expedición y no son tratadas con profundidad por los doctrinantes.

Lo anterior, nos obligó a visitar varias bibliotecas, empresas y Ministerios, con el objeto de ubicar información suficiente sobre el tema, que nos permitiera realizar un estudio exhaustivo y completo de las normas objeto de nuestro estudio.

Para efectos de la investigación profesoral, se delimitó el tema objeto de estudio en dos grandes grupos, a saber: las prestaciones patronales especiales referentes a la seguridad social (Pensión de jubilación, auxilio por enfermedad no profesional e invalidez y seguro de vida colectivo obligatorio) y las prestaciones patronales especiales instituidas a favor de los trabajadores de la construcción, de empresas de petróleos, de la zona bananera, de empresas mineras e industriales del Chocó, de minas de oro, plata y platino, y los trabajadores de empresas agrícolas, ganaderas o

forestales; a pesar de lo anterior, para efectos de una mayor comprensión del trabajo, éstos temas fueron desarrollados en capítulos independientes, cada uno con las conclusiones parciales correspondientes.

En el estudio del tema de las prestaciones patronales especiales relacionadas con el derecho a la seguridad social de los trabajadores, se tomó como punto de referencia la expedición de la ley 100 de 1993, con el fin de determinar si la regulación del Código Sustantivo del Trabajo, expedida con anterioridad a la ley en mención, fue o no remplazada por ésta, a través de la creación del Sistema de Seguridad Social Integral.

Respecto de la anterior, es necesario dejar en claro, que nuestra investigación no pretende en modo alguno realizar un estudio exhaustivo del régimen de seguridad social instituido por la ley 100 de 1993, la referencia que se hace al mismo, tiene como finalidad única y exclusivamente, determinar si la pensión de vejez, la pensión de invalidez y la pensión de sobrevivientes, han remplazado la pensión de jubilación, el auxilio por enfermedad no profesional y el seguro de vida colectivo obligatorio, debido a la similitud entre unas y otras, con relación a la finalidad de la protección.

Las conclusiones finales recogen las deducciones realizadas a lo largo de los diferentes capítulos del trabajo, para una mayor comprensión del lector; en éstas se

encuentran consignadas las razones que fundamentan la elaboración de un eventual proyecto de ley que adecúe la regulación estudiada a la realidad del país y a las necesidades de los trabajadores.

**1. MARCO DE REFERENCIA PARA EL ESTUDIO DE LAS
PRESTACIONES DE JUBILACIÓN, INVALIDEZ Y SEGURO DE VIDA
COLECTIVO OBLIGATORIO**

Debido a que las prestaciones patronales especiales, comprendidas en los Capítulos II, III y V, que regulan la pensión de jubilación, el auxilio por enfermedad no profesional e invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio respectivamente, han tenido orígenes comunes por tratar temas íntimamente relacionados con el derecho a la seguridad social de los trabajadores, se revisará su evolución histórica, hasta la expedición de la ley 100 de 1993, sin pretender profundizar en el tema de la seguridad social, dado que lo que se busca es exponer los antecedentes de los Capítulos en comento y cómo hoy en día normas paralelas al Código Sustantivo del Trabajo, los han desarrollado en profundidad, imponiéndose a esta normatividad laboral.

Para realizar el estudio de estas prestaciones, se tomará como punto de referencia la expedición de la ley 100 de 1993, razón por la cual a continuación se tratará de manera general, la regulación anterior a su entrada en vigencia y el sistema general de seguridad social integral creado por ésta.

1.1 REGULACION ANTERIOR A LA EXPEDICION DE LA LEY 100 DE 1993

Las prestaciones especiales reguladas en el Título IX del Código Sustantivo del Trabajo, fueron establecidas por el legislador como prestaciones adicionales a las ordinarias a cargo de las empresas que cumplieran con los requisitos económicos especiales, determinados en el artículo 259 del mencionado código, con la característica esencial de la transitoriedad del pago de las mismas directamente por parte del empleador, como lo estipula el mencionado artículo en su numeral segundo¹, ya que la intención del legislador de la época era que estas prestaciones fueran asumidas en su totalidad por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, para desarrollar así la idea de crear un régimen de seguridad social autónomo y unificado.

Esto ha sido reafirmado en varios pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, uno de los cuales se cita a continuación:

Planteada en estos términos la controversia, conviene entonces precisar que el régimen de seguridad social fue instituido para cubrir gradualmente y en forma integral los distintos riesgos que se derivan de la actividad laboral, a

¹ GONZÁLEZ CHARRY, Guillermo. Derecho Laboral Colombiano, volumen 2. Sexta edición Bogotá, D.C.: Librería Doctrina y Ley. 1.996.Pág. 339 y siguientes.

fin de sustituir de acuerdo con la ley y los reglamentos que al respecto se dicten, el régimen de prestaciones sociales a cargo de los patronos. Fue así como, por mandato expreso del legislador, el Instituto de Seguros Sociales subrogó a los empleadores en el cubrimiento de los riesgos de los trabajadores, en procura de modernizar las instituciones, según lo advirtió el gobierno en la exposición de motivos de la ley 90 de 1946.

De otra parte, no puede olvidarse que el sistema de prestaciones patronales se concibió en la Ley 6a. de 1945 como transitorio "mientras se organiza el seguro social obligatorio", circunstancia que obedeció indudablemente a las ventajas que este último ofrecía para la efectividad de los derechos de los trabajadores y la ampliación de la cobertura de los beneficiarios, con una carga financiera menor para los capitales de trabajo. Por éstas y otras razones se le considera como un régimen más equitativo y benéfico que el anterior supeditado a la capacidad económica del patrono.²

El decreto legislativo 2663 de 1950, a través del cual se adoptó el Código Sustantivo del Trabajo reglamentó en los artículos 259 a 276 la pensión de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo, como parte de las prestaciones especiales a cargo transitoriamente del empleador, las cuales fueron asumidas bajo el nombre de IVM (Invalidez, Vejez y Muerte) por el ICSS³ a través del acuerdo 224 de 1966 aprobado por el decreto 3041 del mismo año, régimen que fue modificado a través del reglamento del I.S.S. establecido en el acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 del mismo año.

² COLOMBIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral, Sección Segunda. Sentencia del 22 de noviembre de 1993. Mp. Rafael Méndez Arango, Radicación 6129,. En: www.ramajudicial.gov.co, consultada el 26 de enero de 2002.

³ El Instituto Colombiano de Seguridad Social fue creado mediante la ley 90 de 1946, su sigla era I.C.S.S. y hoy es I.S.S.

Antes de la creación del régimen de seguridad social a través de la expedición de la ley 100 de 1993, el sistema se caracterizaba por la falta de universalidad, solidaridad y eficiencia, principios que debía poseer por mandato del artículo 48 de la Constitución Política de 1991⁴, ya que existía una duplicidad normativa e institucional ocasionada por la división de la cobertura, la cual era diferente dependiendo de si el trabajador estaba vinculado al Estado o a una entidad privada: para los primeros estas prestaciones estaban a cargo de la Caja Nacional de Previsión Social y las Cajas Departamentales, para los segundos estaban a cargo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales o a cargo de fondos privados de pensiones y servicios médicos particulares cuando los trabajadores de altos ingresos así lo preferían; las prestaciones de salud estaban a cargo exclusivo del I.S.S para los trabajadores privados, el cual les prestaba servicios médicos por enfermedad general y maternidad y auxilios económicos por enfermedad general y profesional, accidentes de trabajo, maternidad, indemnizaciones e incapacidades ⁵.

⁴ “La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley...”

⁵ VANEGAS CASTELLANOS, Alfonso. Teoría y práctica de la Seguridad Social. Tercera edición Bogotá D.C.: Ediciones Librería del profesional. 1.997. Pág. 26 y siguientes.

Para una mayor comprensión podemos precisar las causas de la reforma en los siguientes puntos, los cuales fueron tratados por Alfonso Vanegas Castellanos⁶:

- La baja cobertura del sistema.
- La multiplicidad de regímenes y entidades a cargo de la seguridad social.
- La crisis financiera del ISS ocasionada por el aumento demográfico, la falta de aportes del Estado y los altos beneficios pensionales a su cargo otorgados por convenciones colectivas.

1.2 EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL NTEGRAL CREADO POR LA LEY 100 DE 1993

Las prestaciones patronales especiales fueron concebidas por el legislador como cargas transitorias a los empleadores ya que una vez que el sistema de seguridad social fuera estructurado, éstas debían pasar a ser obligación del ente o entes establecidos para tal fin; por esta razón muchas de estas prestaciones fueron asumidas por el instituto de Seguros Sociales y las Cajas de Previsión, hasta la expedición de la ley 100 de 1993, cuando la estructura del régimen de seguridad

⁶ Ibid, Pág. 27 y siguientes.

social cambió, dividiéndose en sistemas con instituciones determinadas a cargo de la protección de cada uno de los riesgos amparados por el sistema, así:

- Sistema General de Pensiones: Protege los riesgos de invalidez, vejez y muerte.
- Sistema General de Salud: Protege los riesgos de enfermedad, maternidad y accidentes no profesionales.
- Sistema General de Riesgos Profesionales: Protege los riesgos inherentes al desempeño laboral.
- Sistema General de Seguros Sociales Complementarios: Ampara los riesgos de desempleo y vejez desamparada.

Debido a que las prestaciones patronales especiales se encuadran en el sistema general de pensiones creado por la ley 100 de 1993, a continuación haremos una breve referencia a su estructura:

1.2.1 El sistema general de pensiones. El sistema general de pensiones creado por la ley 100 de 1993, cobija a todo habitante del territorio nacional exceptuando a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía nacional, a las personas afiliadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entre otros, como lo consagra en su artículo 279, quienes a pesar de estar excluidos tienen la obligación de solidaridad con el sistema cuando devengan más de cuatro salarios mínimos

mensuales vigentes y el derecho a recibir reajuste de pensiones (artículo 14 ley 100 de 1993) y a recibir 14 mesadas pensionales al año (artículo 142 ley 100 de 1993), así mismo existen pensiones que están reguladas por la ley 100 pero que poseen requisitos especiales para pilotos, bomberos, periodistas, funcionarios de la rama judicial y los funcionarios de la unidad administrativa de la aeronáutica civil. La afiliación es obligatoria para trabajadores públicos y privados, y es voluntaria para los trabajadores independientes.

La seguridad social concede a sus afiliados beneficios o derechos tanto de carácter asistencial como de carácter económico, los primeros consisten en la promoción y fomento de la salud, diagnósticos, rehabilitación y provisión de medicamentos entre otros, los segundos consisten en el pago de pensiones, auxilios económicos e indemnizaciones.

Existen dos regímenes cuya selección por parte del afiliado es libre, éstos coexisten pero son excluyentes:

1.2.1.1 Régimen Solidario de prima media con prestación definida Este régimen se caracteriza porque las cotizaciones que realizan sus afiliados directamente o en forma conjunta con sus empleadores van a un fondo común de naturaleza pública del

cual son pagadas las pensiones de los afiliados ya pensionados, la prestación que obtienen es definida porque de antemano conocen los requisitos para obtener una Pensión, el monto y la forma en que ésta se liquidará.

1.2.1.2 Régimen de ahorro individual con solidaridad. Este régimen se basa en el ahorro proveniente de las cotizaciones de sus afiliados directamente o conjuntamente con sus empleadores en una cuenta de ahorro personalizada, lo que permite que los afiliados puedan realizar aportes voluntarios a su ahorro pensional y pensionarse en un tiempo menor o con un monto mayor. El conjunto de las cuentas individualizadas de todos los afiliados constituye un patrimonio autónomo administrado por una sociedad administradora de fondos de pensiones.

Teniendo en cuenta esta nueva estructura en el sistema de la seguridad social, por medio de una comparación, se analizarán en los siguientes Capítulos, cada una de las prestaciones patronales especiales relacionadas con ella, para saber si su prestación ha sido asumida por el nuevo régimen, caso en el cual no existiría razón alguna para regular estos aspectos en el Código Sustantivo del Trabajo, o determinar si por el contrario estas prestaciones aun continúan a cargo de los empleadores.

2. PENSIÓN DE JUBILACIÓN

2.1 ANTECEDENTES DE LA NORMA VIGENTE

Por la importancia social que tiene el pago de esta prestación, existe un gran desarrollo legislativo sobre el tema que comenzó con la expedición de ley 114 de 1913⁷, por medio de la cual se reconocía la pensión de jubilación al personal docente de escuelas oficiales primarias.

El reconocimiento de este derecho se extendió a los trabajadores ferroviarios de empresas particulares, mediante la ley 1 de 1932⁸, estableciendo como requisito para el nacimiento del derecho, el que los trabajadores hubieran prestado sus servicios a la misma empresa durante 20 años, de manera continua o discontinua, y hubieran cumplido los 55 años de edad.

⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. LEY 114 DE 1913. Por la cual se reconocen las pensiones de jubilación al personal docente de escuelas primarias. En: BARON SERRANO, Campo E..Legislación del Trabajo, disposiciones reglamentarias y jurisprudencia. Cuarta edición. Bogotá: Librería voluntad S.A. 1948. Pág. 836.

⁸ COLOMBIA, CONGRESO DE COLOMBIA, LEY 1 DE 1932 (16 de julio). Por la cual se provee a la jubilación de los empleados y obreros ferroviarios. En: Ibid ,Pág. 435.

Los trabajadores de empresas de tranvías, funiculares y cables aéreos, también fueron beneficiados con el otorgamiento de este derecho, por medio del decreto reglamentario 1471 de 1932⁹.

Estas normas fueron modificadas por la ley 63 de 1940¹⁰, ya que a través de la cual se estableció como único requisito para acceder a esta prestación, el haber laborado continua o discontinuamente durante 20 años.

La ley 6 de 1945 y 65 de 1946, fueron las normas que dieron origen a la regulación sobre pensión de jubilación, establecida en el Capítulo II, del Título IX del Código Sustantivo del Trabajo, prestación que fue establecida como transitorias a cargo de los empleadores por el artículo 76 de la ley 90 de 1946¹¹:

Artículo 76. El seguro de vejez a que se refiere la sección tercera de la presente ley, reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las

⁹ COLOMBIA. MINISTERIO DE TRABAJO, HIGIENE Y PREVISIÓN SOCIAL. DECRETO REGLAMENTARIO 1471 DE 1932 (8 de septiembre). Por el cual se reglamenta la Ley 1 de 1932, sobre jubilación de los empleados y obreros ferroviarios. En: Ibid, Pág. 438.

¹⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. LEY 63 DE 1940 (10 de diciembre). Por la cual se reforma la Ley 1 de 1932 y se adiciona el artículo 1 de la ley 206 de 1938. En: Ibid, Pág. 437.

¹¹ COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. LEY 90 DE 1946 (26 de diciembre). Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. En: Ibid, Pág. 516.

personas, entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles , hasta que el instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales.

En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos obreros y empleados que en el momento de la subrogación lleven a lo menos diez años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar en dicho riesgo, serán menos favorables que las establecidas para ellos por la legislación sobre jubilación anterior a la presente ley.

2.2 PENSION DE JUBILACIÓN Y PENSION DE VEJEZ

2.2.1 Pensión de Jubilación en el Código Sustantivo del Trabajo. La pensión de jubilación, se encuentra regulada en el Capítulo segundo del Título IX del Código Sustantivo del Trabajo, por las normas establecidas desde el artículo 260 hasta el artículo 276, de las cuales, solo algunas, continúan vigentes.

El objeto de la pensión de jubilación es asegurar que aquellas personas que han alcanzado cierta edad y han trabajado durante un tiempo determinado, tengan asegurada su subsistencia cuando no pueden ya participar en el mercado laboral.

2.2.1.1 Requisitos legales. La pensión de jubilación fue establecida, en el numeral primero del artículo 260 del Decreto 2663 de 1950, como una prestación especial a

cargo de las empresas con un capital superior a \$800.000 y a favor de aquellos trabajadores que tuvieran 55 años de edad si eran hombres y 50 si eran mujeres¹², que hubieran prestado sus servicios “a la misma empresa” durante 20 años.

Artículo 260. 1. Todo trabajador que preste servicios a una misma empresa de capital de \$800.000 o superior, que llegue o haya llegado a los cincuenta y cinco (55) años si es varón, o a los cincuenta (50) años si es mujer, después de veinte (20) años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este código, tiene derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación o pensión de vejez, equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año.

2. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad expresada, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de veinte (20) años de servicio.

3. La pensión mensual vitalicia de jubilación o vejez, no podrá en ningún caso ser inferior a \$60 ni superior a \$600.

Mediante el artículo anterior, se instituyó un gravamen individual por actividad económica empresarial no siendo posible la acumulación del tiempo de servicio prestado en varias empresas¹³; esta limitación al pago de la pensión cambió con la creación del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, lo que permite la

¹² La edad exigida por la ley para adquirir la pensión de jubilación cambió a 60 años para hombres y 55 para mujeres cuando fue asumida por el Seguro Social bajo el nombre de “Pensión de Vejez”, según los artículos 11 y 57 del Decreto 3041 de 1966 aprobatorio del acuerdo 224 del ISS del mismo año .

¹³ GONZÁLEZ CHARRY, Op cit Pág. 373.

estructuración de un sistema de seguridad social general y ya no por actividad económica, y la evolución legislativa en materia de seguridad social, comenzando con la ley 71 de 1988¹⁴, la cual permitió, a través de su artículo 7, acumular el tiempo de trabajo realizado en el sector público y en el privado para reconocer la pensión a quienes hubieran cumplido con el requisito de tiempo establecido por la ley para adquirir el derecho:

Artículo 7. A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social o de las que hagan sus veces, del orden nacional o departamental, municipal, intendencial, comisarial o Distrital y en el Instituto de Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si se es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si se es mujer.

El artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, fue derogado expresamente por el artículo 289 de la ley 100 de 1993, el cual establece:

Artículo 289. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación, salvaguarda los derechos adquiridos y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 2 de la ley 4 de 1966, el artículo 5 de la ley 33 de 1985, el parágrafo del artículo 7 de la ley 71 de 1988, los artículos 260, 268, 269, 270, 271 y 272 del Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que los modifiquen o adicionen.

¹⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. LEY 71 DE 1988 (19 de diciembre). Por la cual se expiden normas sobre pensión y se dictan otras disposiciones. Ibid, Pág. 426.

2.2.1.2 Determinación del monto de la pensión. El salario base para liquidar el monto de la pensión de jubilación, estaba estipulado en el artículo 261 del Código, también derogado, el cual establecía como tal, el que se devengara durante los veinte años de servicios prestados por el trabajador, de tal forma que la variación del salario presentada después de cumplidos los 20 años, no se tomaba en cuenta para el cómputo de la prestación.

Artículo 261. Congelación del salario base. Si después de 20 años de servicios continuos o discontinuos, se mantiene, prórroga o renueva el respectivo contrato de trabajo, las modificaciones que tenga el salario durante el periodo posterior no se toman en cuenta para el cómputo de la pensión de jubilación, sino solamente para efectos de la liquidación de la cesantía correspondiente.

El anterior artículo fue derogado expresamente por el artículo 14 de la ley 171 de 1961¹⁵, el cual establece que:

Artículo 14. Deróganse los artículos 261, 262, 267 del Código Sustantivo del Trabajo, y 2, 3 y 4 de la ley 77 de 1959. Quedan modificados en los términos de esta ley, los artículos 260, 266, 275, 279 del mismo código, 1, 6, 8 de la ley 77 de 1959 y 8 de la ley 65 de 1946.

¹⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. LEY 171 DE 1961 (29 de diciembre). Por la cual se reforma la ley 77 de 1959 y se dictan otras disposiciones. En: Diario oficial número 30696

Lo anterior debido a que mediante el artículo 8 de la ley en mención, se pretendió evitar que el monto de las pensiones fuera inferior al 75% del respectivo salario mínimo, razón por la cual se estableció como monto máximo de la prestación la suma de \$ 1.375 pesos y se eliminó toda forma de limitación diferente.

2.2.1.3 Exigibilidad del derecho. Según el artículo 262 del Código Sustantivo del Trabajo, derogado por el artículo 14 de la ley 171 de 1961 y el artículo 289 de la ley 100 de 1993, antes transcritos, el día de exigibilidad de la pensión de jubilación, era aquel en el que el trabajador solicitara su reconocimiento, siempre que éste hubiera cumplido con los requisitos legales para su obtención.

Artículo 261. Desde cuándo se debe. La pensión de jubilación se debe desde la fecha en que el trabajador la solicite, siempre que en esa fecha reúna los requisitos del artículo 260. Si la solicitud la hace cuando esté al servicio de la empresa solo se deberá la pensión desde el día de su retiro.

Los artículos 263, 264 y 265 del Código, continúan vigentes respecto de aquellas empresas que aun se encuentran pagando la pensión de jubilación a sus empleados, debido a que estas normas establecen la obligación de estas entidades, de señalar un procedimiento para el reconocimiento del derecho y la de llevar un archivo donde conste el tiempo de servicio de los trabajadores y los salarios devengados por éstos.

Artículo 263. Procedimiento. Las empresas obligadas a pagar jubilación deben señalar en reglamento especial el procedimiento para obtener el reconocimiento de la pensión y las condiciones exigidas por este código para tener derecho a ella.

Artículo 264. Archivos de las empresas.

- 1. Las empresas obligadas al pago de la jubilación deben conservar en sus archivos los datos que permitan establecer de manera precisa el tiempo de servicios de sus trabajadores y los salarios devengados.*
- 2. Cuando los archivos hayan desaparecido o cuando no sea posible probar con ello el tiempo de servicio o el salario, es admisible para probarlos, cualquiera otra prueba reconocida por la ley, la que debe producirse ante el juez del trabajo competente, a solicitud escrita del interesado y con intervención de la empresa respectiva.*

Las empresas obligadas al pago de esta prestación, gozan del derecho a exigir prueba de la supervivencia del pensionado, tal y como consta en el artículo 265 del Código.

Artículo 265. Prueba de la supervivencia. La empresa puede exigir, para hacer el pago de la pensión, la presentación personal del jubilado, a menos que se halle imposibilitado por enfermedad debidamente comprobada, o que se encuentre en lugar distinto del domicilio de la empresa, en cuyo caso puede exigirse previamente que se compruebe la supervivencia del jubilado, acreditada por un certificado del alcalde del municipio donde resida.

2.2.1.4 Concurrencia entre la pensión de jubilación y la cesantía. El artículo 266 del Código fue subrogado por el artículo 20 del Decreto ley 2351 de 1965¹⁶, hoy vigente, donde se consagró la no exclusión de las prestaciones de jubilación y de cesantía:

Artículo 20. Concurrencia de jubilación y cesantía. La pensión de jubilación y el auxilio de cesantía son compatibles. En consecuencia el derecho a disfrutar de la pensión de jubilación, cuando se cumplan los requisitos para esta prestación, no excluye el derecho del trabajador a que se le pague el auxilio de cesantía por el tiempo servido.

La anterior disposición fue reglamentada por el artículo 9 del Decreto Reglamentario 1373 de 1966¹⁷, donde se dejó sin efecto la autorización legal que existía para descontar de la pensión el valor de la cesantía:

Artículo 9. En los términos del artículo 20 del Decreto 2351 de 1965, la pensión de jubilación y el auxilio de cesantía son compatibles. En consecuencia, a partir del cuatro de septiembre de 1965 quedó sin efecto la autorización legal para descontar de la pensión los valores que al trabajador hubieren sido pagados por concepto de anticipos o liquidaciones definitivas de cesantías.

2.2.1.5 La pensión sanción Dentro de la regulación de la pensión de jubilación, existe la denominada pensión sanción, la cual tuvo origen en el artículo 267 del

¹⁶ HERRERA VERGARA, Hernando y otros. Código Sustantivo del Trabajo. Análisis Histórico Crítico. Primera edición. Bogotá: Legis Editores S.A . 2000. Pág. 646

¹⁷ Ibid, Pág. 646

Código Sustantivo del Trabajo, el cual la estableció como un derecho indemnizatorio para los trabajadores del sector privado.

Este artículo fue subrogado por el artículo 8 de la ley 171 del 14 de diciembre de 1961¹⁸, mediante la cual se reformó la ley 77 de 1959, instituyendo dos modalidades pensionales¹⁹: La pensión sanción o restringida, al establecer en favor de los trabajadores despedidos sin justa causa, que hubieran trabajado para la empresa durante diez años, una pensión que debía ser pagada por sus empleadores, cuando el trabajador cumpliera 60 años de edad, o cuando cumpliera 50 años siempre que tuviera más de 15 años de servicio pero menos de 20 y la modalidad de pensión proporcional, para que aquellos trabajadores que, habiendo trabajado durante 15 años en la empresa y retirado voluntariamente, obtuvieran el pago de una pensión al cumplir los 60 años de edad.

Artículo 8. El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos (\$800.000), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias, durante más de 10 años y menos de 15 años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para

¹⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. LEY 171 DE 1961 (29 de diciembre). Por la cual se reforma la ley 77 de 1959 y se dictan otras disposiciones. En: Diario oficial: 30696

¹⁹ AFANADOR NÚÑEZ Fernando. El sistema pensional Colombiano. Primera edición. Bogotá: Legis editores S.A. 1999. Pág. 235.

entonces tiene cumplidos 60 años de edad, o desde la fecha en que se cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de 15 años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los 50 años de edad o desde la fecha del despido si ya los hubiere cumplido. Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión pero solo cuando cumpla 60 años de edad.

La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

En todos los demás aspectos la pensión aquí prevista se regirá por las normas legales de la pensión vitalicia.

Parágrafo. Lo dispuesto en este artículo se aplicará también a los trabajadores ligados por contrato de trabajo con la administración pública o con los establecimientos públicos descentralizados, en los mismos casos allí previstos y con referencia a la respectiva pensión plena de jubilación oficial.

El artículo 8 de la ley 171 de 1961, fue remplazado por el artículo 37 de la ley 50 de 1990, el cual instauró la obligación de asumir el pago de la pensión de jubilación en cabeza del empleador, en los siguientes supuestos:

Artículo 37. Pensión después de diez y quince años de servicio. En aquellos casos en los cuales el trabajador no esté afiliado al Instituto de Seguros Sociales, ya sea porque dicha entidad no haya asumido el riesgo de vejez, o por omisión del empleador, el trabajador que sin justa causa sea despedido después de haber laborado para el mismo empleador o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de (15) años, continuos o

discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que dicho empleador lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión pero solo cuando cumpla sesenta (60) años de edad.

La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios. En todos los demás aspectos la pensión aquí prevista se regirá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación. Estas pensiones, dejarán de estar a cargo de los empleadores cuando la pensión de vejez sea asumida por el Instituto de Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo instituto.

Parágrafo 1. En aquellos casos en que el trabajador esté afiliado al Instituto de Seguros Sociales pero no alcance a completar el número mínimo de semanas que le da derecho a la pensión mínima de vejez, bien porque dicho instituto no hubiera ampliado su cobertura en la zona respectiva o por omisión del empleador, desde el inicio o durante la relación laboral, el empleador pagará el valor de las cotizaciones que faltaren al instituto de Seguros Sociales para que el trabajador adquiriera el derecho proporcional a la pensión de vejez.

Parágrafo 2. En cualquiera de los eventos previstos en el presente artículo el empleador podrá conmutar la pensión con el Instituto de Seguros Sociales.

Lo estipulado en el artículo 37 de la ley 50 del 1990 puso fin a la discusión sobre la naturaleza indemnizatoria o prestacional de la pensión sanción, instituida por el legislador para evitar el despido injusto de los trabajadores que estaban próximos a adquirir la pensión de jubilación cuando ésta estaba a cargo de los empleadores, ya que adquirió un carácter meramente prestacional por no ser su objeto sancionar un despido injusto sino asegurar que los trabajadores obtengan la pensión de vejez a la que tienen derecho²⁰.

Al respecto de la obligación del pago de la pensión sanción a cargo del patrono una vez asumido la Pensión de vejez por parte del I.S.S, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado de la siguiente manera:

A partir de la vigencia del artículo 37 de la Ley 50 de 1990 -enero primero de 1991- la conceptualización legal de la pensión sanción sufrió un viraje fundamental pues teniendo en cuenta el nuevo tratamiento al despido injustificado, la aspiración de universalización de la seguridad social, el monto de la pensión de vejez consagrado desde 1985 y en general la inspiración filosófica de dicha normatividad, se puso de manifiesto que los fundamentos que antaño justificaron tal figura sufrieron notoria mengua, de forma que ahora, no solamente aparece innecesaria sino que riñe con los postulados de una auténtica seguridad social, en la medida en que los empresarios cumplan sus deberes en esa materia, y así lo estatuyó la nueva preceptiva.

Del texto del artículo 37 de la Ley 50 surge con claridad que los despidos efectuados (después del primero de enero de 1991), por un empleador que a través de la relación laboral cumplió con sus obligaciones de afiliación oportuna y cotizaciones al sistema de seguridad social, debidamente

²⁰ DUQUE LUQUE, Oswaldo. La Pensión Sanción. Rodríguez Quito Editores. 1.991. Pág. 32 a 36.

acreditadas en juicio, no quedan afectados con la posibilidad de la pensión sanción, la que quedó extinguida en sus dos modalidades; corolario de ello es que se mantiene para los trabajadores no afiliados al régimen de seguridad social pertinente.²¹

El citado artículo 37 de la ley 50 de 1990, fue derogado por el artículo 133 de la ley 100 de 1993:

Artículo 133. El trabajador no afiliado al Sistema General de Pensiones por omisión del empleador, que sin justa causa sea despedido después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que dicho empleador lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad si es hombre, o cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o desde la fecha en que cumpla con esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produce por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión se pagará cuando el trabajador despedido cumpla cincuenta y cinco (55) años de edad si es hombre, o cincuenta (50) años de edad si es mujer, o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido.

La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida y se liquidará con base en el promedio devengado en los últimos diez (10) años de servicios, actualizado con base en la variación del Índice de Precios del Consumidor, certificado por el DANE.

²¹ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 22 de Agosto de 1995. Radicación 7571. En www.ramajudicial.gov.co, consultada el 30 de enero de 2002.

Parágrafo 1. Lo dispuesto en el presente artículo se aplicará exclusivamente a los servidores públicos que tengan la calidad de trabajadores oficiales y a los trabajadores del sector privado.

Parágrafo 2. Las pensiones de que trata el presente artículo podrán ser conmutadas con el Instituto de Seguros Sociales.

Parágrafo 3. A partir del año 2014 las edades a que se refiere el presente artículo, se reajustarán a sesenta y dos (62) años si es hombre y cincuenta y siete (57) años si es mujer, cuando el despido se produce después de haber laborado para el mismo empleador durante (10) años o más y menos de quince (15) años, y a sesenta (60) años si es hombre y cincuenta y cinco (55) años si es mujer, cuando el despido se produce de quince (15) años de dichos servicios.

De lo anterior podemos concluir que en la actualidad la naturaleza de la pensión sanción es totalmente prestacional, ya que no busca la indemnización de los trabajadores despedidos injustamente, sino asegurar su derecho a obtener una pensión cuando el empleador ha incumplido su obligación legal de realizar la afiliación correspondiente.

Así mismo, de la lectura del artículo 133 de la ley 100 de 1993, anteriormente citado, podemos concluir que esta prestación solo favorecía a los trabajadores injustamente despedidos que no hayan sido afiliados al Sistema General de Pensiones y no a favor de aquellos que, aunque han sido también despedidos injustamente, sí han sido afiliados aunque extemporáneamente.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, ha dicho lo siguiente:

El requisito de afiliación al sistema general de pensiones previsto en el artículo 133 de la ley 100 de 1993, es el de la afiliación completa y eficaz, vale decir, el que permita al trabajador antiguo, despedido sin justa causa, acceder al derecho irrenunciable a la seguridad social, de suerte que la afiliación incompleta o tardía no exonera al empleador de la pensión sanción.

Para los efectos del artículo 133 de la ley 100 de 1993 hay equivalencia entre la no afiliación al sistema general de pensiones y la afiliación incompleta o tardía cuando la conducta ilegítima del empleador al dar por terminado el contrato sin justa causa se traduce en la imposibilidad de que el trabajador obtenga la pensión, de manera que no existe razón para que, haciendo excepciones al principio de universalidad del sistema de la seguridad social, darle inverso tratamiento a un caso y a otro.²²

El magistrado José Roberto Herrera, salvó su voto, afirmando lo siguiente:

Considero que en esta ocasión debió reiterarse que en tales eventos no se causa la llamada pensión sanción, sino lo que ordena claramente la ley 50 de 1990: la obligación exclusivamente patronal de continuar aportando, porque después de la vigencia de dicha ley no existe ninguna disposición que estatuya tal pensión para los trabajadores cubiertos por el I.S.S, toda vez que la primera parte de la norma legal transcrita la consagra únicamente para aquellos casos en los cuales el trabajador no este afiliado al Instituto de Seguros Sociales²³

²² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 12 de octubre de 1995. M.p. Hugo Suescún Pujols, Radicación 7851. En : Jurisprudencia y Doctrina, T. XXIV, número 288, Pág. 1426.

²³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 12 de octubre de 1995. M.p. Hugo Suescún Pujols, Radicación 7851,. En : Ibid, Pág. 1431.

2.2.1.6 Regímenes especiales. Dentro de la regulación del Código Sustantivo del Trabajo, se establecieron regímenes especiales para ciertos trabajadores, en los artículos 268, 269 y 270, hoy derogados, los cuales fueron beneficiados con la posibilidad de obtener la pensión al cumplir 50 años de edad siempre que se hubiera trabajado por 15 años, tal y como lo establecía el artículo 271 del Código en mención, en razón a la actividad a que se dedicaban.

Artículo 268. Ferroviarios. Lo dispuesto en este Capítulo no se aplica a los trabajadores ferroviarios, que en cuanto a jubilación se regirán por el estatuto especial que posteriormente se dicte. Mientras tanto, continúan rigiendo las disposiciones vigentes en la actualidad.

Artículo 269. Radio operadores. Los radio operadores que presten servicios a los patronos de que trata este Capítulo tienen derecho a la pensión de jubilación aquí regulada, después de veinte (20) años continuos o discontinuos de trabajo, cualquiera que sea su edad, pero los servicios en dicho lapso deben haber sido prestados en la actividad de operador de radio exclusivamente.

Artículo 270. Otras excepciones. Lo dispuesto en el artículo anterior se aplica a los aviadores de empresas comerciales, a los trabajadores de empresas mineras que prestan sus servicios en socavones, y a los dedicados a labores que se realicen a temperaturas anormales.

Artículo 271. Pensión con quince (15) años de servicio y cincuenta (50) años de edad. Los trabajadores que hayan servido no menos de quince (15) años continuos en las actividades indicadas en los dos artículos anteriores, tienen derecho a la jubilación al llegar a los cincuenta (50) años de edad, siempre que en esa fecha se encuentren al servicio de la respectiva empresa

Los trabajadores de establecimientos particulares dedicados al tratamiento de la tuberculosis, también gozaban de un régimen especial, con la característica de que a estos no se les exigía el cumplimiento de una edad determinada, el único requisito era haber trabajado durante 15 o 20 años en dicha actividad, dependiendo si la actividad era continua o discontinua respectivamente.

Artículo 272. Excepción especial. 1. Los profesionales y ayudantes de establecimientos particulares dedicados al tratamiento de la tuberculosis tienen derecho a la pensión de jubilación al cumplir quince (15) años de servicios continuos, cualquiera que sea su edad.

2. Si el servicio ha sido discontinuo la pensión se reconoce después de haber completado veinte (20) años de servicio y cincuenta (50) años de edad

Es necesario tener presente que la noción de continuidad o discontinuidad a que se hace referencia, para el cómputo del tiempo de servicios del trabajador en una misma empresa, no se refiere al contrato de trabajo celebrado, sino al ejercicio de la profesión o actividad que realice el trabajador, en concordancia con lo establecido en el artículo 273 del Código:

Artículo 273. La continuidad o discontinuidad a que aluden los artículos 269, 270, 271 y 272, no se refieren al contrato de trabajo sino a la actividad o profesión de que se trate.

Los artículos que establecían regímenes especiales para ciertos trabajadores, no se encuentran vigentes en la actualidad, debido a que fueron derogados expresamente por el artículo 289 de la ley 100 de 1993, anteriormente transcrito.

2.2.1.7 Suspensión y retención de la pensión. El artículo 274 del Código Sustantivo del Trabajo, otorgaba la facultad al empleador de suspender y retener las sumas correspondientes a la pensión del trabajador, cuando éste hubiera cometido delitos o graves daños en su contra o en el establecimiento; sin embargo, esta facultad fue considerada contraria a la Constitución de 1991, razón por la cual, el artículo en mención fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C- 247 de 2001²⁴:

Resulta entonces claro que el literal c) del artículo 59 y el artículo 274 del Código Sustantivo del Trabajo, establecen un trato desproporcionadamente gravoso para el pensionado que, en contra de la constitución y la ley no fue afiliado al sistema general de seguridad social, precisamente el empleador que resulta beneficiado por lo que esas normas establecen. Es entonces ineludible concluir que ellas sí son contrarias a lo establecido en el artículo 13 de la Carta Política y, en consecuencia, deben ser separadas del ordenamiento.

El artículo preceptuaba:

²⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-247 de febrero 27 de 2001 . Mp: Carlos Gaviria Díaz. En: www.ramajudicial.gov.co. Consultada el 26 de agosto de 2002.

Artículo 274. El pago de la pensión puede suspenderse, y retenerse las sumas que correspondan, en los casos de delitos contra el patrono o contra sus directores o trabajadores del establecimiento por causa o con ocasión del trabajo, así como en los casos de graves daños causados al patrono, establecimiento o empresa, hasta que la justicia decida sobre la indemnización que el trabajador debe pagar, a la cual se aplicará en primer término el valor de las pensiones causadas y que se causen, hasta su cancelación total

2.2.1.8 Pensión en caso de muerte del trabajador. En el artículo 275 del Código se estableció la regulación del pago de la pensión de jubilación en el caso en que el trabajador hubiere fallecido, otorgando el derecho a recibir la mitad de la pensión, siempre que el trabajador ya hubiera empezado a disfrutarla al momento de su muerte y su cónyuge e hijos, carecieran de medios económicos para su subsistencia:

Artículo 275. Pensión en caso de muerte. 1. Fallecido un trabajador jubilado, su cónyuge y sus hijos menores de diez y ocho (18) años tendrán derecho a recibir la mitad de la respectiva pensión durante dos (2) años, contados desde la fecha del fallecimiento, cuando el trabajador haya adquirido el derecho dentro de las normas de este código, lo esté disfrutando en el momento de la muerte, y siempre que aquellas personas no dispongan de medios suficientes para su congrua subsistencia.

2. Esta pensión se distribuye así: en concurrencia de cónyuge con hijos, el primero recibe una mitad y los segundos la otra mitad; si hay hijos naturales cada uno lleva la mitad de la cuota de un legítimo; a falta de hijos todo corresponde al cónyuge, y en defecto de éste todo corresponde a los hijos.

3. A falta de cónyuge y de hijos, tienen derecho por mitades, a la pensión de que trata este artículo, los padres o los hermanos inválidos o las hermanas solteras del fallecido, siempre que no disfruten de medios suficientes para su

congrua subsistencia y hayan dependido exclusivamente del jubilado.

4. La cuota del grupo que falte pasa al otro, y el beneficiario único de un grupo lleva todo lo de éste.

La anterior disposición fue modificada por el artículo 12 de la ley 171 de 1961²⁵, siendo posible ser beneficiario de la pensión de jubilación aunque el trabajador fallecido no estuviera disfrutando de esta prestación al momento de su muerte:

Artículo 12. 1. Fallecido un empleado jubilado o con derecho a jubilación, su cónyuge y sus hijos menores de diez y ocho (18) años o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él, tendrán derecho a recibir entre todos, según las reglas del artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo, la respectiva pensión, durante los dos años (2) subsiguientes.

2. A falta de cónyuge e hijos tienen derecho a esta pensión, los padres o hermanos inválidos o las hermanas solteras del fallecido, siempre que no disfruten de medios suficientes para su congrua subsistencia y hayan dependido exclusivamente del jubilado.

A su vez, el anterior artículo, fue modificado por la ley 5 de 1969²⁶, aclarando la redacción del numeral primero, en los siguientes términos:

Artículo 1. Fallecido un empleado jubilado o con derecho a la jubilación, su cónyuge y sus hijos menores o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él, tendrán

²⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. LEY 171 DE 1961 (29 de diciembre). Por la cual se reforma la ley 77 de 1959 y se dictan otras disposiciones. En Diario oficial:30696

²⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. LEY 5 DE 1969 (13 de octubre). Por la cual se aclara el artículo 12 de la ley 171 de 1961 y el 5 de la ley 4 de 1964 y se dictan otras disposiciones. En: Diario Oficial 32918

derecho a recibir entre todos, según las reglas del artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo, la respectiva pensión, durante dos años subsiguientes.

A falta de cónyuge e hijos, tienen derecho a esta pensión los padres o hermanos inválidos y las hermanas solteras del fallecido, siempre que no disfruten de medios suficientes para su congrua subsistencia y hayan dependido exclusivamente del jubilado.

Por último, esta disposición fue modificada por la regulación sobre sustitución pensional y pensión de sobrevivientes, establecida en la ley 100 de 1993.

2.2.1.9 Obligación de las empresas de tomar un seguro. El artículo original del Código establecía como facultativo, el que la empresa obligada al reconocimiento y pago de la pensión, tomará un seguro para asegurar el pago de la misma:

Artículo 276. Seguros. Autorízase a las empresas obligadas al pago de jubilación de que trata este Capítulo para que contraten el pago de las pensiones de jubilación con compañías aseguradoras de reconocida solvencia, establecidas en el país y aceptadas por la Superintendencia Bancaria, pero la responsabilidad de esta obligación queda, en todo caso, a cargo del respectivo patrono.

A pesar de lo anterior, el aseguramiento por parte de estas empresas, se constituyó

como obligatorio, mediante el artículo 13 de la ley 171 de 1961²⁷, la cual modificó la normatividad anteriormente citada.

Artículo 13. Seguros. Toda empresa privada, cuyo capital no sea inferior a ochocientos mil pesos (\$ 800.000) está obligada a contratar con una compañía de seguros, a satisfacción del Ministerio del Trabajo, el cumplimiento de las obligaciones actuales o eventuales que la afecten en materia de pensiones, o a otorgar caución real o bancaria por el monto que se le señale para responder de tales obligaciones. El ministerio del trabajo, por medio de resolución especial, señalará el procedimiento para el otorgamiento de las cauciones a que se refiere este artículo.

La obligación mencionada anteriormente se encuentra vigente y tiene como finalidad respaldar el pago de la pensión de jubilación, a través de la celebración de un contrato con las una compañía de seguros.

2.2.2 Pensión de vejez en la ley 100 de 1993. El Sistema General de Pensiones, creado por la ley 100 de 1993, protege los riesgos de invalidez, vejez y muerte; a continuación trataremos el tema de la pensión de vejez, para poder determinar si los artículos del Código Sustantivo del Trabajo, han perdido vigencia con la expedición de esta normatividad. Para obtener una pensión de vejez es necesario el cumplimiento de ciertos requisitos, los cuales dependen del régimen al que pertenezca el afiliado:

²⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. LEY 171 DE 1961 (29 de diciembre de 1961). Por la cual se reforma la ley 77 de 1959 y se dictan otras disposiciones. En: Diario oficial 30696

2.2.2.1 En el régimen solidario de prima media con prestación definida. Los requisitos para acceder a la pensión y el monto de la misma son los siguientes:

2.2.2.1.1 Requisitos. Los afiliados a este régimen deben cumplir con los requisitos de edad y número de semanas cotizadas. La edad para obtener una pensión de vejez es de 60 años para los hombres y 55 para las mujeres; el número de semanas cotizadas debe ser mínimo de 1000.

Artículo 33. Requisitos para obtener la pensión de vejez. Para tener derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

- 1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años de edad si es hombre.*
- 2. Haber cotizado un mínimo de mil (1 .000) semanas en cualquier tiempo.*

Parágrafo 1º. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, y en concordancia con lo establecido en el literal f) del artículo 13 se tendrá en cuenta:

- a) El número de semanas cotizadas en cualesquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones:*
- b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados:*

- c) *El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre que la vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente ley.*
- d) *El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, y*

Derógase el párrafo del artículo séptimo de la Ley 71 de 1988.

En los casos previstos en los literales c) y d), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie a satisfacción de la entidad administradora.

Parágrafo 2. Para los efectos de las disposiciones contenidas en la presente ley, se entiende por semana cotizada el período de siete (7) días calendario. La facturación y el cobro de los aportes se hará sobre el número de días cotizados en cada período.

Parágrafo. 3 No obstante el requisito establecido en el numeral dos (2) de este artículo, cuando el trabajador lo estime conveniente, podrá seguir trabajando y cotizando durante 5 años más, ya sea para aumentar el monto de la pensión o para completar los requisitos si fuere el caso.

Parágrafo 4. A partir del primero (10) de enero del año dos mil catorce (2014) las edades para acceder a la pensión de vejez se reajustarán a cincuenta y siete (57) años si es mujer y sesenta y dos (62) años si es hombre.

Parágrafo 5. En el año 2013 la asociación nacional de actuarios, o la entidad que haga sus veces, o una comisión de actuarios nombrados por las varias asociaciones nacionales de actuarios si las hubiere, verificará, con base en los registros demográficos de la época, la evolución de la expectativa de vida de los colombianos, y en consecuencia con el resultado podrá recomendar la inaplicabilidad del aumento de la edad previsto en este artículo, caso en el cual dicho incremento se aplazará hasta que el Congreso dicte una nueva ley sobre la materia.

Actualmente, cursa en el Congreso el proyecto de ley número 56 de 2002²⁸, el cual busca modificar la edad que da derecho a obtener la pensión de vejez, el monto de la prestación y la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

2.2.2.1.2 Monto de la pensión. La determinación del monto de la pensión a la que tiene derecho el trabajador afiliado en este régimen, depende del número de semanas cotizadas y se calcula sobre el ingreso base de liquidación, según lo establecido en el artículo 34 de la ley 100 de 1993:

Artículo 34. Monto de la pensión de vejez. El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización el 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.

El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.

El artículo 35 de la mencionada ley, que se transcribe a continuación, establece como monto mínimo de pensión, la suma equivalente al salario mínimo mensual vigente; el

²⁸ COLOMBIA. SENADO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de ley 56 de 2002. Por medio del cual se modifican algunos artículos de la ley 100 de 1993 en relación con el Sistema General de Pensiones y se dictan otras disposiciones. En: www.leyesnet.com Consultado el 20 de octubre de 2002

texto entre paréntesis fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-089 de 1997²⁹:

Es decir, el parágrafo acusado no puede excluir del beneficio que por él se crea, a los pensionados de los regímenes especiales, en la forma genérica como lo hizo, pues con ello se desconoce el derecho a la igualdad de quienes, a pesar de hallarse en un régimen especial, están sujetos al límite que establece la ley 71 de 1988.

Sin embargo, ha de entenderse que el límite que establece la ley 100 de 1993, será el límite máximo al que podrán aspirar los pensionados que se benefician con la prerrogativa que señala el parágrafo del artículo 35, es decir, los veinte (20) salarios mínimos, salvo si el régimen pensional al que están sometidos establece un límite mayor a éste.

Una interpretación diferente, conduciría a la existencia de un grupo de pensionados privilegiados, excluidos de los límites máximos que la ley ha previsto para el reconocimiento y valor de las pensiones.

En síntesis, los pensionados de los regímenes especiales, cuyo sistema pensional fije un límite máximo, superior al que consagra la Ley 100 de 1993, no estarán sujetos a éste, pues la Ley 100 no se les puede aplicar. Por el contrario, si esos límites son inferiores, tienen derecho a solicitar la aplicación de la ley de seguridad social, por ser más favorable a sus intereses.

Así las cosas, para evitar interpretaciones que desconozcan los derechos de los pensionados de los regímenes especiales, a los que se refiere el aparte acusado, la Corte declarará su inexecutable.

El artículo preceptuaba:

²⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 089 de febrero 26 de 1997. Mp Jorge Arango Mejía. En: Jurisprudencia y Doctrina, T. XXVI, número 305, Pág. 567.

Artículo 35. Pensión mínima de vejez o jubilación. El monto mensual de la pensión mínima de vejez o jubilación no podrá ser inferior al valor del salario mínimo legal mensual vigente.

Parágrafo. Las pensiones de jubilación reconocidas con posterioridad a la vigencia de la Ley 4 de 1992 no estarán sujetas al límite establecido por el artículo 20 de la Ley 71 de 1988, que por esta ley se modifica, (salvo en los regímenes e instituciones excepcionadas en el artículo 279 de esta ley.)

Si el afiliado cumple la edad pero se halla en imposibilidad de seguir cotizando por lo cual no puede cumplir con el requisito de la semanas mínimas de cotización, puede optar por una indemnización sustitutiva, la cual está prevista en el artículo 37 de la ley 100 de 1993:

Artículo 37. Indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.

2.2.2.2. En el régimen de ahorro individual con solidaridad. En este régimen lo importante es tener el capital necesario para financiarse una pensión, es decir, tener un mínimo del 110% del salario mínimo por lo que le quede de vida de acuerdo a unas tablas de vida probable. Cuando el afiliado no tiene esta suma pero ya ha

cumplido 62 años si es hombre o 57 si es mujer, y ha cotizado 1150 semanas, éste tiene derecho a que el Estado complete la parte que hace falta para obtener el capital necesario para financiarse una pensión, si no ha cumplido la edad ni cotizado las semanas, puede pedir una devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual.

2.2.2.1 Requisitos. Los requisitos para tener derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, para los trabajadores afiliados a este régimen, están determinados en el artículo 64 de la ley 100 de 1993.

Artículo 64. Requisitos para obtener la pensión de vejez. Los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del índice de precios al consumidor certificado por el DANE. Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a éste hubiere lugar.

Cuando a pesar de cumplir los requisitos para acceder a la pensión en los términos del inciso anterior, el trabajador opte por continuar cotizando, el empleador estará obligado a efectuar las cotizaciones a su cargo, mientras dure la relación laboral, legal o reglamentaria, y hasta la fecha en la cual el trabajador cumpla sesenta (60) años si es mujer y sesenta y dos (62) años de edad si es hombre.

Si los trabajadores afiliados a este régimen, en edad de obtener la pensión, no tienen la suma suficiente para generar una pensión mínima, el Estado está obligado a completar la parte restante:

Artículo 65. Garantía de pensión mínima de vejez. Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente ley, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión.

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

La pensión de vejez se financia mediante los recursos que el trabajador tenga en su cuenta de ahorro pensional y con el valor de bonos pensionales si hay lugar a ellos.

Artículo 68. Financiación de la pensión de vejez. Las pensiones de vejez se financiarán con los recursos de las cuentas de ahorro pensional, con el valor de los bonos pensionales cuando a ello hubiere lugar, y con el aporte de la Nación en los casos en que se cumplan los requisitos correspondientes para la garantía de pensión mínima.

2.2.3 Régimen de transición pensional. La transitoriedad de la obligación de los empleadores, de asumir el pago de la pensión de jubilación estipulada en el Código Sustantivo del Trabajo, se hace evidente en la consagración de un régimen de transición pensional, aplicable a los trabajadores que al momento de la expedición de

la ley 100 de 1993, recibían el pago de la misma por parte de su empleador, según lo establecido en el artículo 1 del Decreto reglamentaria 813 de 1994³⁰.

Artículo 1. Campo de aplicación del régimen de transición. El régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, será aplicable a las pensiones de vejez y jubilación de todos los trabajadores vinculados con empleadores o empresas del sector privado que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, de los servidores públicos con vinculación contractual, legal o reglamentaria, de los trabajadores independientes y de los afiliados obligatorios o facultativos del Instituto de Seguro Social.

Dicho régimen no será aplicable a las pensiones de vejez o jubilación de los trabajadores de las entidades o empresas que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, están exceptuados de la aplicación del sistema de seguridad social integral.

Para ser beneficiario del régimen de transición, debe cumplirse con los requisitos establecido por el artículo 2 del mencionado decreto reglamentario:

Artículo 2. Requisitos. Las personas de que trata el inciso 1 del artículo anterior tendrán derecho a los beneficios del régimen de transición, siempre que al 1 de abril de 1994 cumplan alguno de los siguientes requisitos:

- a) Haber cumplido 40 ó más años de edad si son hombres, o 35 ó más años de edad si son mujeres, y*
- b) Haber cotizado o prestado servicios durante 15 ó más años.*

³⁰ HERRERA VERGARA, Op Cit Pág. 660

La aplicación del régimen de transición de las pensiones de jubilación a cargo de los empleadores del sector privado, se rige por lo establecido en el artículo 2 del decreto 1160 de 1994:

Artículo 2. Transición de las pensiones de jubilación a cargo de los empleadores del sector privado. Tratándose de trabajadores vinculados con empleadores o empresas del sector privado que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, para efectos de la aplicación del régimen de transición, se seguirán las siguientes reglas:

a) Cuando el trabajador cumpla con los requisitos del régimen que se le venía aplicando, tendrá derecho al reconocimiento y pago de la pensión a cargo de dicho empleador.

Reconocida la pensión de jubilación por el empleador, éste continuará cotizando al Instituto de Seguros Sociales hasta que el trabajador cumpla con los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. En ese momento el ISS procederá a cubrir dicha pensión siendo de cuenta del empleador únicamente el mayor valor, si lo hubiera, entre la pensión otorgada por el instituto y la que venía cubriendo al pensionado.

El tiempo de servicios al empleador se tendrá en cuenta para el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo del ISS. Dicho empleador trasladará al instituto el valor correspondiente al cálculo actuarial previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, resultante a 1 de abril de 1994, o un Título representativo del mismo emitido por el empleador en las condiciones y con las garantías que señale la junta directiva del Instituto del Seguro Social. El valor de dicho cálculo se sujetará al reglamento respectivo. En el evento que no se traslade al Instituto de Seguros Sociales el valor correspondiente, el empleador o la empresa continuarán con la totalidad de la pensión a su cargo;

h) Cuando al primero de abril de 1994, el trabajador tuviera 20 o más años de servicios continuos o discontinuos, al servicio de un mismo empleador o tenga adquirido el derecho a la pensión de jubilación a cargo de éste, la pensión de jubilación será asumida por dicho empleador. y

c) Las pensiones de jubilación causadas o reconocidas por el empleador con anterioridad al primero de abril de 1994 que vayan a ser compartidas con el Instituto de Seguros Sociales, continuarán rigiéndose por las disposiciones que se venían aplicando para dichas pensiones.

Parágrafo. Lo previsto en este artículo, sólo será aplicable a aquellos trabajadores que presten o hayan prestado sus servicios a un mismo empleador.

Lo anterior pone de manifiesto, que lo buscado por el legislador, es establecer en cabeza de una entidad autónoma creada para tal fin, la obligación de asumir el pago de las prestaciones sociales a que tienen derecho los trabajadores, y dejar sin vigencia esta obligación en cabeza de los empleadores.

2.2.4 Conclusiones parciales. Como se mencionó anteriormente, la pensión de jubilación establecida como prestación transitoria, según lo estipulado en el numeral segundo del artículo 259 del C.S.T, a cargo de los patronos, hoy llamados empleadores, con ciertas características determinadas por la ley, fue asumida por el I.S.S como pensión de vejez a través del acuerdo 224 de 1966 aprobado por el decreto 3041 del mismo año, razón por la cual no podría pensarse que son prestaciones que subsisten paralelamente a cargo de instituciones diferentes; en igual sentido se

pronunció la Corte Suprema de Justicia en sentencia de la sala de Casación Laboral de agosto 19 de 1997³¹, al afirmar que:

La Pensión de vejez no consiste en la misma prestación que la pensión de jubilación, como ninguna de las prestaciones otorgadas por el Instituto es idéntica a la prestación patronal, porque los sistemas son diferentes y los campos de aplicación distintos, pero la ley no ha exigido que la prestación del seguro sea igual a la patronal para que ésta desaparezca, sino que ha previsto la asunción del riesgo como causa de extinción de la obligación patronal.

En este orden de ideas, al ser regulado la asunción del riesgo de vejez a través de la ley 100 de 1993, los artículos del Código Sustantivo del Trabajo que establecían esta obligación a cargo de los empleadores, carecen de todo valor normativo por cuanto han sido modificados por la nueva normatividad, de tal forma que continuar siendo parte del articulado del Código mencionado podría originar confusiones respecto de la aplicación de una u otra disposición en el caso concreto. El retirar los mencionados artículos del Código Sustantivo del Trabajo no implica de manera alguna un atentado contra los derechos de los trabajadores, ya que es más seguro para éstos que la obtención de la pensión de vejez esté a cargo de un sistema autónomo y sólido, con diferentes mecanismos legales de soporte y garantía, que a cargo del patrimonio de su empleador el cual no está exento de sufrir disminuciones significativas por el riesgo

³¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 19 de agosto de 1997. Mp: Rafael Méndez Arango, Radicación 2003..En: www.ramajudicial.gov.co, consultada el 15 de febrero de 2002

inherente a las actividades comerciales y como consecuencia no ser suficiente para el pago de la pensión; en igual sentido se pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia,³²:

El Seguro Social es un sistema técnico de protección, más equitativo y benéfico para los trabajadores que el sistema de prestaciones directa a cargo del patrono, que consagra el C.S.T. El Seguro Social es una forma moderna y técnica de proteger eficazmente a un gran número de trabajadores que no podrían aspirar a la misma protección de parte de sus patronos, directamente, por muchas razones, entre ellas la de capacidad económica. En consecuencia, el sentido social y la equidad- científicamente apreciados- señalan la necesidad de que se cumplan a cabalidad las disposiciones legales sobre el seguro social, única forma de que este sistema, socialmente irremplazable hoy en día, pueda llegar a ser tan amplio y eficaz como el país lo requiere”.

Lo anterior no significa, que se deban desconocer las obligaciones que continúan a cargo del empleador cuando por su culpa o negligencia el trabajador no ha sido afiliado al sistema de seguridad social o no se han cancelado los aportes que por ley se deben realizar, ya que de lo contrario los derechos de los trabajadores se encontrarían desprotegidos favoreciendo así a los empleadores incumplidos. A nuestro juicio, los empleadores deben seguir a cargo del pago de las pensiones en los siguientes casos:

³² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 24 de mayo de 1978, Radicación 6190. En: www.ramajudicial.gov.co, consultada el 25 de enero de 2002.

- Deben continuar pagando la pensión a aquellos trabajadores que estuviesen gozando de este derecho al iniciarse la asunción del riesgo de vejez por el Instituto de Seguros Sociales, es decir el 1 de enero de 1967, fecha en la cual se inició la obligación de asegurarse en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte.
- Deben asumir el pago de la pensión de aquellos trabajadores que por culpa del empleador no fueron afiliados al régimen de seguridad social.

Según lo estudiado, creemos que en los casos en que el empleador afilie al trabajador al régimen de seguridad social pero de manera tardía, o incumpla el pago de los aportes que por ley debe hacer, debe estar obligado a asumir el pago de la pensión a la que tendría derecho el trabajador de haber continuado con el pago de éstos, obligación que solo se extinguiría en el momento en que cancele todos los aportes correspondientes al tiempo durante el cual debió haber estado afiliado el trabajador y que no lo estuvo por haber sido afiliado tardíamente, o, en que cancele el valor de los aportes en que está en mora, más los intereses causados por no haberlos pagado a tiempo; lo anterior, con el fin de que, una vez realizados éstos pagos, la pensión pueda ser asumida por la entidad correspondiente, ya que es más benéfico para el trabajador que la prestación éste en cabeza de un sistema autónomo que cuenta con respaldo financiero.

2.2.5 Legislación extranjera

2.2.5.1 Perú³³

En Perú, la normatividad que regula los riesgos de invalidez, vejez y muerte, protegidos a través del Instituto Peruano de Seguridad Social, creado en 1973, se encuentra en el decreto ley 19990 de 1973, a diferencia de lo que ocurre en nuestro país, donde la regulación de estos riesgos está consagrada tanto en el Código Sustantivo del Trabajo, como en la ley 100 de 1993.

En este país, tienen derecho a la protección de estos riesgos, los empleados del sector público y privado, trabajadores de cooperativas, maestros, motoristas que trabajan por su cuenta propia, artistas y empleados domésticos. Existe un régimen especial para pescadores y estibadores. Se contempla la afiliación voluntaria del trabajador por cuenta propia y mujeres que desempeñan oficios domésticos.

³³ En este ítem, la información se ha extractado de: PERÚ, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 19990 DE 1973. En: www.mte.gov.pe. Consultada el 30 de julio de 2002

Los recursos para el pago de las prestaciones correspondientes son obtenidos por aportes del asegurado, el empleador y el gobierno, en la siguiente proporción:

Asegurado: 3% del salario, trabajadores independientes 9%.

Empleador: 6% del salario.

Gobierno: Contribuye como empleador, más 1% del total de salario cubiertos el año anterior.

Es necesario dejar presente, que la proporción de los aportes se mantiene para los tres tipos de prestaciones, lo cual no ocurre en Colombia, debido a que el monto del aporte varía según el tipo de riesgo que se pretenda proteger.

La denominada pensión de Vejez, es otorgada a las personas mayores de 60 años, en el caso de los hombres o de 55 años en el caso de las mujeres, siempre y cuando hayan contribuido por 15 y 13 años, respectivamente; el cumplimiento de éstas edades, también es un requisito para acceder al pago de la pensión de vejez en Colombia, pero solamente cuando el trabajador está afiliado al régimen solidario de prima media con prestación definida, con la diferencia de que en este caso, debe haber cotizado un mínimo de 1000 semanas, porque si se encuentra afiliado al

régimen de ahorro individual con solidaridad, puede pensionarse en cualquier tiempo, siempre que cuente con el capital necesario para financiar el pago de la prestación.

El monto de la pensión de vejez en Perú, corresponde al 50% del promedio salarial más alto de los últimos 12 o 60 meses, más 2% por cada año que pase de 15 años (hombres) o 2.5% por cada año que pase de 13 años (mujeres), a diferencia de lo que ocurre en Colombia, donde el monto de la pensión, se calcula aumentando un porcentaje determinado sobre el ingreso base de liquidación, dependiendo del número de semanas cotizadas por el trabajador.

3. AUXILIO POR ENFERMEDAD NO PROFESIONAL E INVALIDEZ

3.1 ANTECEDENTES DE LA NORMATIVIDAD VIGENTE

El primer antecedente de esta prestación data de 1936, con la expedición de la ley 9 de ese año, por medio de la cual se otorgó este derecho a los trabajadores que hubieran contraído tuberculosis durante la vigencia de su contrato de trabajo, los cuales tenían derecho a ser reintegrados a su labor, si dentro del término de 15 meses, contado desde la fecha en que cesó su trabajo en razón a su enfermedad, presentaba dos certificados médicos donde constara su curación³⁴.

La ley 90 de 1946³⁵, estableció en su artículo 45, como requisitos para recibir la pensión de invalidez, el que el trabajador hubiere realizado las cotizaciones determinadas por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, y determinó como límite inferior la cantidad de quince pesos mensuales (\$15):

Artículo 45. En caso de invalidez, el asegurado que haya pagado las cotizaciones previas que el Instituto determine, tendrá derecho mientras dure aquella, a una pensión mensual no inferior a quince pesos. Para los efectos

³⁴ GONZÁLEZ CHARRY, Guillermo. Op cit Pág. 373

³⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. LEY 90 DE 1946 (26 de diciembre). Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. En: BARÓN SERRANO, Op cit Pág. 503

del seguro de invalidez, se reputará inválido al asegurado que por enfermedad no profesional o por lesión distinta de accidente de trabajo y no provocada intencionalmente, haya perdido la capacidad para procurarse, mediante un trabajo proporcionado a sus fuerzas, a su formación profesional y a su ocupación anterior, una remuneración equivalente a un tercio por lo menos, de la remuneración habitual que en la misma región recibe un trabajador sano, de fuerzas, formación y ocupación análogas.

Para los trabajadores no afiliados al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, se aplicaba el régimen establecido en el Código Sustantivo del Trabajo, donde la prestación estaba a cargo de los empleadores; esta normatividad será estudiada a continuación.

3.2 AUXILIO POR ENFERMEDAD NO PROFESIONAL E INVALIDEZ Y PENSIÓN DE INVALIDEZ.

3.2.1 El auxilio por enfermedad no profesional e invalidez en el Código Sustantivo del Trabajo. El auxilio por enfermedad no profesional e invalidez, se encuentra regulado en el Capítulo III del Título IX del Código Sustantivo del Trabajo, el cual comprende del artículo 277 al 284.

Las empresas de capital mayor de \$800.000, además del auxilio económico general consagrado en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo a favor del

trabajador enfermo, tienen la obligación de prestar asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria por un término de seis meses por mandato del artículo 277 del mencionado Código, con el objeto de satisfacer el riesgo del trabajador por enfermedad no profesional:

Artículo 227. En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el patrono le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante.

Artículo 277. Todo trabajador que preste servicios a una empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$800.000) o superior, que sufra una incapacidad para desempeñar sus labores por causa de enfermedad no profesional, tendrá derecho, además del auxilio monetario establecido en el artículo 227, a la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria necesaria, hasta por seis (6) meses.

Cuando como consecuencia de la enfermedad no profesional o de una lesión cualquiera no proveniente de accidente de trabajo el trabajador ha perdido más de las dos terceras partes de su capacidad salarial, se hace acreedor al auxilio de invalidez consagrado en el artículo 278 del Código Sustantivo del Trabajo:

Artículo 278. 1. Si como consecuencia de la enfermedad no profesional o por lesión distinta de accidente de trabajo o por debilitamiento de las condiciones físicas o intelectuales, no provocadas intencionalmente, le sobreviene al trabajador una invalidez que lo incapacite para procurarse una remuneración mayor de un tercio de la que estuviere devengando, tendrá derecho, además, a las siguientes prestaciones en dinero:

- a) *En caso de invalidez permanente parcial a una suma de uno (1) a (10) meses de salario , que graduará el médico al calificar su invalidez.*
- b) *En caso de invalidez permanente total tendrá derecho a una pensión mensual de invalidez equivalente a la mitad del salario promedio mensual del último año, hasta por treinta (30) meses y mientras la invalidez subsista.*
- c) *En caso de gran invalidez el trabajador tendrá derecho a una pensión mensual de invalidez equivalente a la jubilación o vejez durante treinta (30) meses.*

2. Si el trabajador tuviere más de cincuenta y cinco (55) años de edad o los cumpliere durante la invalidez y tuviere mas de quince (15) años de servicios continuos o discontinuos en la misma empresa. La pensión de invalidez se convertirá en pensión de jubilación o vejez.

Según lo dispuesto en el numeral segundo del artículo anteriormente citado, el auxilio de invalidez puede ser remplazado por la pensión de jubilación cuando el trabajador en estado de invalidez hubiere llegado a la edad determinada por la ley o la tuviere al momento de la invalidez siempre que hubiera trabajado por más de 15 años continua o discontinuamente, con el fin de asegurar la subsistencia del trabajador debido a que por su estado no se halla en condiciones de competir en el mercado laboral y cumplir con el requisito del tiempo de trabajo establecido para la pensión de jubilación.

El tope inferior de la pensión de invalidez, estaba determinado en el artículo 279 del Código Sustantivo del Trabajo:

Artículo 279. Valor de la pensión. La pensión mensual de invalidez no podrá en ningún caso ser inferior a sesenta pesos (\$ 60) ni exceder de seiscientos pesos (\$ 600).

Esta norma fue modificada por el artículo 2 de la ley 71 de 1988³⁶, hoy vigente, estableciendo límites mínimos y máximos, cuantificados en salarios mínimos mensuales vigentes:

Artículo 2. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual, ni exceder de quince veces dicho salario, salvo lo previsto en convenciones colectivas, pactos colectivos y laudos arbitrales.

Parágrafo. El límite máximo de las pensiones solo será aplicable a las que se causen a partir de la vigencia de la presente ley.

Para efectos de la declaratoria y calificación de la invalidez, el artículo 280 del Código, realiza una remisión a las normas que regulan estos aspectos para el caso de las enfermedades profesionales.

Artículo 280. Declaratoria y calificación. Para la declaratoria de invalidez y su calificación se procede en la misma forma que para los casos de enfermedades profesionales en lo pertinente.

El empleador obligado al pago de la pensión de invalidez, goza del derecho a examinar periódicamente al trabajador, con el fin de determinar su mejoría, en el

³⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. LEY 71 DE 1988 (19 de diciembre). Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones. GONZÁLEZ CHARRY, Guillermo, Op cit Pág. 426

evento en que se demuestre que se ha recuperado por lo menos en una tercera parte su capacidad, el empleador podrá suspender el pago de la prestación:

Artículo 281. Pago de la pensión. 1. La pensión de invalidez se paga provisionalmente durante el primer año de incapacidad, pudiendo examinarse periódicamente al inválido con el fin de descubrir las incapacidades en evolución, evitar la simulación y controlar su permanencia. Vencido ese año se practicará examen médico y cesará la pensión si el inválido ha recuperado más de la tercera parte de su primitiva capacidad de ganancia.

2. Sin embargo, puede cancelarse la pensión en cualquier tiempo en que se demuestre que el inválido ha recuperado más de la tercera parte de su primitiva capacidad de ganancia.

En concordancia con lo anterior, se estableció la obligación del trabajador, de recibir el tratamiento médico prescrito para su recuperación:

Artículo 282. Tratamiento obligatorio. 1. Es obligatorio para el trabajador el tratamiento médico prescrito, especialmente el quirúrgico, cuando de acuerdo con la apreciación médica conduzca a la curación.

2. La renuencia injustificada a cumplir con las prescripciones médicas priva del auxilio correspondiente.

De igual forma, se estableció la facultad a la empresa para procurar la reeducación de sus trabajadores inválidos, para emplearlos en labores acordes con su capacidad:

Artículo 283. Recuperación o reeducación. 1. La empresa puede procurar la recuperación o reeducación de sus trabajadores inválidos, a su costa, a fin de habilitarlos para desempeñar oficios compatibles con su categoría anterior en la misma empresa, con su estado de salud y con sus fuerzas y aptitudes y

para obtener una remuneración igual a la de ocupaciones semejantes en la misma empresa o en la región.

2.El suministro de aparato de ortopedia y prótesis sólo es obligatorio cuando conduzca, según dictamen médico, a la recuperación o reeducación total o parcial del trabajador.

3. Si lograda la recuperación o reeducación, según dictamen médico, el interesado se niega a trabajar en la empresa, en las condiciones establecidas en el inciso 12, o si se opone a la recuperación o reeducación, se extingue el derecho al auxilio de invalidez.

Las prestaciones por enfermedad y el auxilio de invalidez no son compatibles, porque fueron creadas para situaciones diferentes y con objetivos distintos, aunque derivadas de la ocurrencia de un mismo hecho; la primera busca simplemente asegurar la atención médica del trabajador que sufre de una enfermedad no profesional cuya gravedad no amerita el pago de una pensión de invalidez, en tanto que la segunda busca, como su nombre lo indica, auxiliar al trabajador en su subsistencia por haberse menguado su capacidad salarial debido a la gravedad de la lesión.

La empresa puede reservarse el derecho a examinar periódicamente al trabajador con el fin de conocer si ha existido alguna recuperación, ya que si se determina que ésta ha sido de más de la tercera parte de la capacidad laboral, la empresa puede cesar de cancelar el valor del auxilio de invalidez, según lo establecido en el artículo 281 del Código Sustantivo del trabajo:

Artículo 281. 1. La pensión de invalidez se paga provisionalmente durante el primer año de incapacidad, pudiendo examinarse periódicamente al inválido con el fin de descubrir las incapacidades en evolución, evitar la simulación y controlar su permanencia. Vencido ese año se practicará examen médico y cesará la pensión si el inválido ha recuperado más de la tercera parte de su primitiva capacidad de ganancia.

2. Sin embargo, puede cancelarse la pensión en cualquier tiempo en que se demuestre que el inválido ha recuperado más de la tercera parte de su primitiva capacidad de ganancia.

3.2.2 Pensión de invalidez en la Ley 100 de 1993. La invalidez en el nuevo régimen de Seguridad Social se da cuando por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, ocasiona la pérdida del 50% o más de la capacidad laboral del trabajador; en estos casos el trabajador se hace acreedor a una pensión de invalidez siempre que el trabajador haya cotizado un mínimo de 26 semanas.

Artículo 38, ley 100 de 1993. Estado de Invalidez. Para los efectos del presente Capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

Artículo 39, ley 100 de 1993. 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 con alguno de los siguientes requisitos:

- a) *Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez, y*
- b) *Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (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.

El monto de la pensión de invalidez, está determinado por el número de semanas cotizadas por el trabajador, de acuerdo con lo establecido en el artículo 40 de la ley 100 de 1993:

Artículo 40. Monto de la pensión de invalidez. El monto mensual de la pensión de invalidez será equivalente a:

- a) *El 45% del ingreso base de liquidación, más el 1.5% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50% e inferior al 66%, y*
- b) *El 54% del ingreso base de liquidación, más el 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras ochocientas (800) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66%.*

La pensión por invalidez no podrá ser superior al 75% del ingreso base de liquidación.

En ningún caso la pensión de invalidez podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual.

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.

En concordancia con los artículos 42 y 43 de la ley 100 de 1993 y el Decreto reglamentario 2463 de 2001³⁷ La calificación de la pérdida de la capacidad laboral es hecha por las juntas regionales de calificación de invalidez nombradas por el Ministerio de Trabajo que funcionan en todas las capitales y en ciudades que sin serlo tengan un número considerable de afiliados.

Estas juntas están conformadas por médicos y abogados, quienes califican la invalidez en primera instancia, expidiendo un concepto de acuerdo con el Manual Único de Calificación de Invalidez según el porcentaje de disfunción, discapacidad y minusvalía que sufra el trabajador. Si el trabajador no está de acuerdo con la decisión puede apelar ante la Junta Nacional de Invalidez quien definirá en última instancia el grado de incapacidad.

La pensión de invalidez es temporal y debe ser revisada por la junta regional de calificación de Invalidez, a petición de parte o de oficio, por la entidad que paga la

³⁷ COLOMBIA. MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. DECRETO 2463 DE 2001 (21 de noviembre). Por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las juntas de calificación de invalidez. En: Diario Oficial número 44622

pensión, cada 3 años para ratificar, modificar o dejar sin efectos el dictamen inicial. La revisión puede acarrear la extinción, la disminución o el aumento de la pensión dependiendo de la evolución del trabajador.

Si el trabajador está afiliado al régimen de solidaridad de prima media con prestación definida, la pensión de invalidez es financiada por el Fondo Común, si está afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad la pensión es financiada con la cuenta individual del ahorro pensional, el bono pensional si hubiere lugar a él, y la suma adicional que sea necesaria para financiar el monto de la pensión a cargo de la aseguradora con que se haya contratado el seguro de invalidez, los aportes voluntarios realizados por el trabajador no son utilizados para financiar la pensión de invalidez, según lo estipulado en los siguientes artículos de la ley 100 de 1993:

Artículo 70. Financiación de la Pensión de Invalidez. Las pensiones de invalidez se financiarán con la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado, el bono pensional si a éste hubiere lugar, y la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión. La suma adicional estará a cargo de la aseguradora con la cual se haya contratado el seguro de invalidez y de sobrevivientes.

El monto acumulado en las cuentas individuales de ahorro pensional, en virtud de cotizaciones voluntarias, no hará parte del capital para financiar las pensiones de invalidez, salvo que así lo disponga el afiliado, o cuando ello sea necesario para acceder a la pensión mínima de invalidez. El pensionado

por invalidez podrá disponer del monto de las cotizaciones voluntarias no utilizado.

Cuando de conformidad con lo previsto en el artículo 44 de la presente ley se determine la cesación del estado de invalidez, la compañía de seguros deberá reintegrar a la cuenta individual de ahorro pensional, el saldo no utilizado de la reserva para pensiones, en la parte que corresponda a capital más los rendimientos, de la cuenta de ahorro individual y al bono pensional.

En los eventos de que trata el inciso anterior, los afiliados tendrán derecho a que el Estado les habilite como semanas cotizadas aquellas durante las cuales gozaron de la respectiva pensión. Esta habilitación del número de semanas será aplicable solo cuando el Estado deba pagar garantía de pensión mínima. El afiliado podrá contratar la pensión de invalidez con una aseguradora distinta de la que haya pagado la suma adicional a que se refiere el inciso primero de este artículo.

3.2.3 Conclusiones parciales. La transitoriedad de estas prestaciones como obligación patronal está consignada en el numeral segundo del artículo 259 del C.S.T, donde se determinó que el auxilio por enfermedad no profesional e invalidez, dejarían de estar a cargo de los empleadores cuando fueran asumidas por el I.S.S.

Artículo 259: 1. Los patronos o empresas que se determinan en el presente Título deben pagar a los trabajadores, además de las prestaciones comunes, las especiales que aquí se establecen y conforme a la reglamentación de cada una de ellas en su respectivo Capítulo.

2. Las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio dejarán de estar a cargo de los patronos cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo instituto.

Según lo estudiado, no cabe duda alguna de que estas prestaciones no solo fueron asumidas por I.S.S a través del acuerdo 224 de 1966 aprobado por el decreto 3041 del mismo año³⁸, sino que también fueron contempladas dentro del régimen de Seguridad Social Integral establecido por la ley 100 de 1993 como prestaciones a cargo del Sistema General en Salud y a cargo del Sistema General en Pensiones, en lo referente a la asistencia médica y farmacéutica, y al pago de la pensión de invalidez, respectivamente, razón por la cual el requisito de la asunción establecido por el mencionado artículo para que estas prestaciones no continuaran a cargo de los empleadores se ha cumplido a cabalidad.

Lo importante es determinar si frente a aquellos empleadores que no han cumplido con la afiliación del trabajador al régimen de Seguridad Social Integral, la obligación también ha desaparecido o si por el contrario, es necesario que en estos casos estas prestaciones continúen a su cargo; es evidente a nuestro juicio, que la sanción prevista en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, para el empleador que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, consistente en el pago de una multa, no es suficiente para asegurar la protección de los derechos de

³⁸ COLOMBIA. MINISTERIO DEL TRABAJO. DECRETO 3041 DE 1966 (diciembre 19). Por el cual se aprueba el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte. En: Diario oficial número 32126.

los trabajadores no afiliados al sistema, ya que esta sanción no asegura en modo alguno que el trabajador esté asegurado contra los riesgos de enfermedad no profesional e invalidez. Siendo el espíritu de la ley laboral asegurar el respeto de unos derechos mínimos al trabajador, entre los cuales se encuentran obviamente la afiliación a la seguridad social, es preciso afirmar que el empleador debe asumir estas prestaciones especiales cuando obrando con culpa no ha cumplido con la afiliación del trabajador. A continuación se transcribe el artículo citado, para mayor claridad:

Artículo 271. El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedor en cada caso y por cada afiliado a una multa, impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder 50 veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El Gobierno Nacional reglamentará los mecanismos para el control del pago de cotizaciones de los trabajadores migrantes o estacionales, con contrato a término fijo o con contrato por prestación de servicios.

3.2.4 Legislación extranjera. A continuación se hará un breve estudio de la legislación argentina y peruana sobre el tema:

3.2.4.1 Argentina³⁹. La pensión de invalidez está a cargo única y exclusivamente del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, creado por la Ley 24.241, donde se regula entre otras prestaciones, la cobertura de los riesgos de invalidez. En Colombia, a diferencia de la legislación Argentina, existe una duplicidad normativa sobre el tema, ya que se encuentra reglamentado en la ley 100 de 1993 y en las normas del Capítulo III del Título IX del Código Sustantivo del trabajo. El sistema está compuesto por dos regímenes: un régimen público de reparto (RPR) y un régimen basado en la capitalización de cuentas individuales (RCI), que cubren a la totalidad de los trabajadores en relación de dependencia o autónomos del país, con algunas excepciones.

El RPR es administrado por el Estado a través de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES), organismo descentralizado en jurisdicción del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (Secretaría de Seguridad Social) y se asemeja al régimen de prima media con prestación definida colombiano, el cual fue anteriormente estudiado.

³⁹ ARGENTINA. CONGRESO DE LA NACIÓN, Ley 24241 del 13 de octubre de 1993. En: www.seguridadsocial.gov.ar, consultada el 3 de agosto de 2002.

En este régimen, tienen derecho al retiro por invalidez, los afiliados que se incapaciten física o intelectualmente en forma total por cualquier causa. Se presume que la incapacidad es total cuando la invalidez produzca en su capacidad laboral una disminución del 66% o más; se excluye la invalidez social o de ganancia, o que no hayan alcanzado la edad establecida para acceder a la jubilación ordinaria ni se encuentren percibiendo la jubilación en forma anticipada.

En el RCI, regulado por la Superintendencia de Administradoras de fondos de jubilaciones (AFJP), participan empresas privadas que actúan como AFJP, las cuales tienen por función recaudar los aportes personales de los trabajadores afiliados a las mismas, acreditarlos en sus cuentas de capitalización individual (CCI), invertirlos de acuerdo a normas reglamentarias que establecen las pautas de admisibilidad y límites, y abonar los beneficios propios del régimen. Este régimen se asemeja, al de ahorro individual con solidaridad de nuestra legislación.

En este régimen, tienen derecho al retiro por invalidez, los afiliados que se incapaciten física o intelectualmente en forma total por cualquier causa. Se presume que la incapacidad es total cuando la invalidez produzca en su capacidad laboral una disminución del 66% o más, o que no hayan alcanzado la edad establecida para

acceder a la jubilación ordinaria ni se encuentren percibiendo la jubilación en forma anticipada; en Colombia, la disminución laboral requerida es menor, ya que equivale a la pérdida del 50% más la capacidad laboral, pero al igual que en Argentina, se requiere que el trabajador no se haya jubilado, ya que ambas prestaciones son excluyentes.

3.2.4.2 Perú⁴⁰. La regulación correspondiente a esta prestación se encuentra en el decreto ley 19990 de 1973, los recursos para el pago de las prestaciones correspondientes son obtenidos por aportes del asegurado, el empleador y el gobierno, en la siguiente proporción:

Asegurado: 3% del salario, trabajadores independientes 9%.

Empleador: 6% del salario.

Gobierno: Contribuye como empleador, más 1% del total de salario cubiertos el año anterior.

Los obligados a realizar los aportes y la proporción de los mismos, son los mismos que los establecidos para las pensiones de vejez y muerte instituidas en éste país.

⁴⁰ PERÚ, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, LEY 19990 DE 1973. En: www.mte.gov.pe. Consultado el 30 de julio de 2002.

Como se mencionó en el Capítulo anterior, lo anterior es una diferencia con nuestra legislación, debido en primer lugar, a que el monto de los aportes de trabajador y empleador varían dependiendo de la prestación, y en segundo lugar, porque el Estado solo aporta en casos excepcionales, específicamente determinados.

La calificación de invalidez se establece con la pérdida de $\frac{2}{3}$ de la capacidad para generar salario; se requiere además, estar empleado o haber contribuido por 36 meses. Lo que se obtiene por pensión de invalidez equivale al 50% del promedio de los ingresos en los últimos 12 o 60 años, más 1% por año de cotización que pase de 3 años (en caso de 1 a 3 años de cotización; $\frac{1}{6}$ del promedio de los ingresos por cada año). Esta pensión solo se adquiere una vez que se ha obtenido una prestación de enfermedad.

4 SEGURO DE VIDA COLECTIVO OBLIGATORIO

4.1 ANTECEDENTES DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE

La legislación colombiana sobre el tema ha tenido diferentes directrices legales como la ley 37 de 1921⁴¹, la ley 166 de 1941⁴², la ley 90 de 1946⁴³ y la ley 11 de 1984, entre otras, siendo las mencionadas, las más importantes.

El seguro de vida colectivo obligatorio, fue instituido mediante la ley 37 de 1921, donde se estableció el pago de ésta prestación, en cabeza de las empresas que contaran con una nomina de sueldos superior a mil pesos (\$1000) mensuales. El monto del seguro, era equivalente al sueldo o salario de cada empleado durante un año, siempre que el trabajador, recibiera hasta un sueldo de dos mil cuatrocientos pesos anuales (\$2400).

⁴¹ COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA, LEY 37 DE 1921, (19 de noviembre), Por la cual se establece el seguro colectivo. En: BARÓN SERRANO, Campo E, Op cit Pág. 323.

⁴² COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. LEY 166 DE 1941 (24 de diciembre). Adicional y reformatoria de las leyes 44 de 1929 y 10 de 1934. En Ibid Pág. 322.

⁴³ COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. LEY 90 DE 1946 (26 de diciembre). Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el instituto Colombiano de Seguros sociales. En: Ibid Pág. 503.

Artículo 1. Seis meses después de la publicación de la presente ley , las empresas industriales, agrícolas, de comercio o de cualquiera otra clase, de carácter permanente, existentes en el país, o que se establezcan en lo sucesivo, cuya nomina de sueldos sea o exceda de mil pesos mensuales, deberán efectuar a su cargo , el seguro de vida colectivo de sus empleados y obreros, por una suma equivalente al sueldo o salario del respectivo empleado durante un año, debiendo quedar incluidos todos los empleados u obreros que disfruten hasta de dos mil cuatrocientos pesos anuales.

La ley 166 de 1941, modificó la legislación anterior sobre el tema, fijando como monto del seguro, una cuota proporcional al tiempo de servicio del empleado, equivalente a un mes de salario por año de servicio prestado; así mismo estableció como límite inferior del seguro, el valor del último sueldo devengado en un año.

Artículo 1. La cuota del seguro de vida colectivo de que trata el artículo 1 de la ley 44 de 1929, será proporcional al tiempo de servicio del empleado u obrero, y se pagará a razón de un mes de sueldo por cada año de servicio. En ningún caso el valor total de la cuota del seguro podrá ser inferior al valor del último sueldo devengado en un año. Los empleados u obreros que devenguen sueldo anual que sea o exceda de cuatro mil doscientos pesos tendrán derecho a un seguro por la suma de tres mil pesos.

De igual forma, estableció la posibilidad de pagar el respectivo seguro a los beneficiarios, mediante la entrega de una casa de habitación, siempre y cuando, los beneficiarios fueran los hijos legítimos menores y el cónyuge sobreviviente, que no fueran dueños de casa alguna y el valor del seguro fuera mayor a trescientos pesos y menor de mil pesos.

Artículo 9. En caso de muerte de un obrero o empleado que tenga derecho al seguro, se les pagará a los beneficiarios el respectivo seguro, con una casa de habitación, cuando concurran las circunstancias siguientes:

- 1. Que los beneficiarios sean el cónyuge sobreviviente y alguno o algunos hijos legítimos menores.*
- 2. Que estos beneficiarios no sean dueños ni condueños de casa de habitación.*
- 3. Que el valor del seguro que corresponda al cónyuge sobreviviente y a los hijos menores sea mayor de trescientos pesos y menor de mil pesos.*

La ley 90 de 1946, estableció la obligación de pagar una pensión vitalicia a la viuda y a los hijos, en caso de muerte del trabajador afiliado, siempre que éste hubiera completado el número de cotizaciones requeridas para tal fin.

Los trabajadores no afiliados, estaban sometidos al régimen establecido en el Código Sustantivo del Trabajo, el cual se estudiará más adelante.

4.2 SEGURO DE VIDA COLECTIVO OBLIGATORIO Y PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.

4.2.1 Seguro de vida colectivo obligatorio en el Código Sustantivo del Trabajo.

El seguro de vida colectivo obligatorio se encuentra regulado en el Capítulo V del

Título IX del Código Sustantivo del Trabajo, el cual está comprendido entre el artículo 289 y el 305.

Esta prestación especial, establecida en el artículo 289 del Código Sustantivo del Trabajo, a cargo de las empresas señaladas en el artículo 259 del Código Sustantivo del Trabajo que tengan carácter permanente⁴⁴, busca resarcir la pérdida de un ingreso salarial sufrido por la familia de un trabajador que ha fallecido, sin tener en cuenta si se encuentra en una situación económica precaria o no:

Artículo 289. Empresas obligadas. Toda empresa de carácter permanente debe efectuar a su cargo el seguro de vida colectivo de todos sus trabajadores, excepto de los ocasionales o transitorios, y cubrir el riesgo de la muerte sea cualquiera la causa que la produzca.

Artículo 291. Carácter permanente. Se entiende que una empresa tiene carácter permanente cuando su finalidad es la de desarrollar actividades estables o de larga duración, cuando menos por un tiempo no inferior a un (1) año.

Para efectos de establecer la suma a pagar por concepto del seguro de vida colectivo de los trabajadores de la empresa, se tenía en cuenta el promedio mensual de la nómina de salarios, según lo dispuesto por el derogado artículo 290:

⁴⁴ En virtud del artículo 291 del Código Sustantivo del Trabajo, se entiende que son empresas de carácter permanente aquellas que desarrollan actividades estables o de larga duración, es decir por un término no inferior a un año.

Artículo 290. Nómina. Para los efectos del artículo anterior se toma en cuenta el promedio mensual de la nómina de salarios en el año anterior al fallecimiento del trabajador, y en caso de lapso menor de actividades de la empresa, el promedio mensual de salarios en ese tiempo.

El beneficio no se hace extensivo a trabajadores ocasionales o transitorios⁴⁵, a los demás trabajadores debe pagarse sin importar la causa de la muerte, un monto que dependerá de que la muerte sea natural o accidental.

Artículo 292. Los patronos obligados al pago del seguro de vida de sus trabajadores, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes, mientras el Instituto Colombiano de Seguros Sociales asume este riesgo, pagarán por este concepto a los beneficiarios del asegurado:

- a) Un (1) mes de salario por cada año de servicios, continuos o discontinuos, liquidado en la misma forma que el auxilio de cesantía, sin que el valor del seguro sea inferior a doce (12) meses de salario, ni exceda de cien (100) veces el salario mínimo mensual mas alto, y*
- b) Si la muerte del trabajador ocurre por causa de accidente de trabajo o de enfermedad profesional, el valor del seguro será el doble de lo previsto en el literal anterior, pero sin exceder de doscientas (200) veces el salario mínimo mensual más alto.*

En este último caso, el valor del seguro coincide con el valor de la indemnización que se paga en caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional, razón por la cual con el pago de la mencionada indemnización establecida en el artículo 204

⁴⁵ Los trabajadores ocasionales o transitorios son aquellos que realizan trabajo ocasional, accidental o transitorio, el cual, según el artículo 6 del código sustantivo del trabajo, es aquel de corta duración y no mayor de un mes, que se refiere a actividades distintas de las normales del patrono.

del mismo código el empleador queda liberado de la obligación del pago del seguro de vida en el monto estipulado en el artículo 292 del Código Sustantivo del Trabajo⁴⁶.

El valor del seguro debe ser entregado a quienes sean beneficiarios forzosos del mismo según el artículo 293 del Código Sustantivo del Trabajo, los cuales deben demostrar su carácter de tales según las legales del artículo 294 del mismo código y no estar incurso en las causales de exclusión del artículo 296 para obtener el pago de esta prestación; en caso de que no existan los beneficiarios forzosos el trabajador puede establecerlos libremente, y cambiarlos en cualquier momento antes de la terminación del contrato de trabajo.

Artículo 293. Beneficiarios. 1. Son beneficiarios forzosos del seguro de vida, el cónyuge, los hijos legítimos y naturales y los padres legítimos y naturales del trabajador fallecido, en el orden y proporción establecidos en el ordinal e) del artículo 204.

2. Si no concurriere ninguno de los beneficiarios forzosos, el seguro se pagará al beneficiario o beneficiarios que el trabajador haya designado, y en su defecto, a quien probare que dependía económicamente del trabajador fallecido, si además fuere menor de diez y ocho (18) años o estuviere incapacitado en forma permanente para trabajar. Si hubiere varias personas en esas circunstancias, la indemnización se dividirá entre ellas, por partes iguales. A falta de cualquiera de las personas antes indicadas, el seguro se pagará a quien corresponda conforme a las reglas de la sucesión intestada establecidas en el Código Civil.

⁴⁶ Esto según lo estipulado en el artículo 6 de la ley 11 de 1984 que derogó el artículo 214 del Código Sustantivo del Trabajo.

Artículo 299. Designación de beneficiarios. 1. Cuando un trabajador entre al servicio de una empresa de las obligadas al seguro de vida y tenga derecho a esta prestación debe indicar por escrito y ante testigos el nombre o los nombres de los beneficiarios forzosos del seguro, según el artículo 293, y, en defecto de éstos el de la persona o personas a quienes designe voluntariamente y la proporción en que los instituye.

Artículo 294. Demostración del carácter de beneficiario y pago del seguro. La demostración del carácter de beneficiario y el pago del seguro se harán en la siguiente forma: 1. El carácter de beneficiario del seguro se acreditará mediante la presentación de las copias de las respectivas partidas eclesiásticas o de los registros civiles que acreditan el parentesco, o con las pruebas supletorias que admite la ley, más una información sumaria de testigos que demuestre quiénes son los únicos beneficiarios, declarándolos por su número y nombre y la razón de serlo.

2. Si se trata de beneficiarios designados libremente, se acreditará su carácter de tales con la designación que hubiere hecho el asegurado, según el artículo 299, y con una información sumaria de testigos que establezca la inexistencia de beneficiarios forzosos.

3. En el caso de beneficiarios por razón de dependencia económica del asegurado, su edad se acreditará con las copias de las partidas eclesiásticas o civiles o con las pruebas supletorias legales, y su dependencia económica del asegurado fallecido, con una información sumaria de testigos.

4. Establecida la calidad de beneficiario, por cualquiera de los medios indicados en este artículo la empresa dará un aviso público en el que conste el nombre del trabajador fallecido y el de las personas que se hayan presentado a reclamar el valor del seguro y la calidad en que lo hacen con el fin de permitir que todo posible beneficiario se presente a reclamar.

5. Este aviso debe darse en uno de los periódicos del domicilio de la empresa por dos (2) veces a lo menos o en donde no existieren publicaciones periódicas, por medio de una nota dirigida al alcalde municipal, quien la dará a conocer por bando en dos (2) días de concurso.

6. Treinta (30) días después de la fecha del segundo aviso sin que dentro de este término se hubieren presentado otros reclamantes ni controversias sobre

derecho al seguro, la empresa pagará su valor a quienes hayan acreditado su carácter de beneficiarios, quedando exonerada de la obligación.

7. En caso de que posteriormente aparecieran otros beneficiarios, quienes hubieren recibido el valor del seguro están obligados a satisfacer a los nuevos beneficiarios las cuotas que les correspondan.

Artículo 296. Causas de exclusión. No tienen derecho a seguro los descendientes del trabajador desheredados conforme a la ley civil, ni la viuda que haya dado lugar al divorcio o que antes del pago del seguro haya pasado a otras nupcias.

De presentarse controversias entre los diferentes personas que tengan el carácter de beneficiarios, la empresa solo estará obligada a realizar el pago del seguro, una vez tenga certeza absoluta sobre quién es verdaderamente el acreedor del pago, según el artículo 295 del Código Sustantivo del Trabajo:

Artículo 295. Controversias entre beneficiarios. Cuando durante el término del aviso o emplazamiento que la empresa debe efectuar para hacer el pago, según el artículo anterior, se suscitaren controversias acerca del derecho de los reclamantes promovidas por personas que acrediten ser beneficiarios del seguro, la empresa sólo estará obligada a hacer el pago cuando se presente en copia debidamente autenticada la sentencia judicial definitiva que haya decidido a quién corresponde el valor del seguro.

Si respecto del trabajador asegurado, existen varios seguros, sin que coexistan contratos de trabajo que los respalden, sus beneficiarios solo podrán recibir, lo correspondiente al seguro de la empresa a la que prestaba sus servicios el trabajador, en el momento de su muerte:

Artículo 297. Coexistencia de seguros. Si un trabajador fallecido figurare como asegurado por dos (2) o más empresas, sin que coexistan varios contratos de trabajo, sólo aquella en donde prestaba sus servicios al tiempo de la muerte o la última en donde los prestó está obligada al pago del seguro.

Según lo dispuesto por el artículo 298 del Código Sustantivo del trabajo, la obligación del pago del seguro se extingue cuando ha terminado el contrato de trabajo, siempre y cuando el trabajador no haya sido despedido sin justa causa o estando afectado de enfermedad no profesional, porque en estos casos la obligación del empleador de reconocer y pagar el seguro se extiende hasta por tres meses más después de la extinción del contrato de trabajo, si el trabajador ha sido despedido por estar incapacitado por la ocurrencia de un accidente de trabajo, la obligación se extingue hasta seis meses después de la terminación del contrato:

Artículo 298. Cesación del seguro. A la terminación del contrato de trabajo cesa la obligación del seguro, salvo en los casos siguientes:

- a) Si el contrato termina por despido injusto o estando afectado el trabajador de enfermedad no profesional, la obligación de reconocer y pagar el seguro se extiende hasta tres (3) meses después de la extinción del contrato, y*
- b) Si termina por accidente de trabajo o estando el trabajador afectado de enfermedad profesional, el seguro se extiende hasta seis (6) meses después de la terminación.*

El legislador, facultó a las empresas obligadas al pago del seguro, a constituirse como aseguradoras de sus propios trabajadores, siempre que su capital no fuera inferior a cien mil pesos (\$100.000), cuantía que ha perdido total vigencia:

Artículo 300. La empresa como aseguradora. 1. Las empresas que estén obligadas al seguro de vida de sus trabajadores pueden asumir el carácter de aseguradoras de todos ellos cuando su capital no sea inferior a cien mil pesos (\$ 100.000) y siempre que obtengan permiso previo del Ministerio del Trabajo.

2. Este permiso sólo se concederá después de una información completa acerca de la capacidad financiera y la seriedad de la empresa y una vez que ésta otorgue caución ante la autoridad administrativa del trabajo y por el monto que el Ministerio del ramo señale, para responder por el pago de los seguros que deban cubrirse. La resolución que concede el permiso se publicará en el Diario Oficial, dentro de los noventa (90) días siguientes, y sólo surte efecto a partir de esa publicación.

3. Las empresas que estén autorizadas para asumir el carácter de aseguradoras de sus trabajadores tienen la obligación de permitir a las autoridades del trabajo la revisión de las cuentas relativas al pago de seguros debidos, y, si omiten el pago oportuno de uno de éstos, se les suspenderá la autorización correspondiente, además de la imposición de las sanciones pecuniarias a que haya lugar de acuerdo con este código, y en caso necesario, el Ministerio del Trabajo les hará efectiva la caución constituida.

Si la empresa ha sido beneficiaria con la autorización para actuar como aseguradora, ésta debe presentar una nueva solicitud, para que su permiso continúe vigente, en los términos del artículo 301:

Artículo 301. Sustitución de permisos anteriores. Las empresas que al entrar en vigencia este código tengan autorización para asumir el carácter de aseguradoras de sus trabajadores deben presentar solicitud de nuevo permiso dentro de los seis (6) primeros meses de esa vigencia, para poder continuar con tal carácter. Si no formularen esta solicitud, el Ministerio del Trabajo puede declarar cancelado el permiso.

Si la empresa no está autorizada para actuar como aseguradora, debe contratar el pago del seguro, con una compañía aseguradora, sin que por esta razón, la obligación del pago de esta prestación se traslade a esta última:

Artículo 302. Seguro en compañías. Salvo en los casos en que la empresa obligada al seguro esté autorizada para asumirlo directamente, su pago se contratará en una compañía de seguros y a favor de la empresa que esté obligada a esta prestación, pero ocurrida la muerte de uno de los asegurados el valor del seguro se pagará directamente por la empresa al beneficiario o a los beneficiarios, la cual cobrará de la compañía de seguros el valor correspondiente.

Sea que la empresa actúe como aseguradora de sus trabajadores, o contrate con una empresa para tal fin, está obligada a expedir certificados a sus trabajadores, donde conste la obligación del pago de esta prestación:

Artículo 303. Certificado. 1. Las empresas que estén obligadas al pago del seguro deben expedir a cada uno de sus trabajadores un certificado sobre lo siguiente:

1. Fecha de su expedición.

2. La obligación de pagar el seguro.

3. Si la empresa está debidamente autorizada para constituirse en aseguradora, el número y fecha de la resolución administrativa correspondiente, o, en caso contrario, el nombre de la compañía aseguradora y el número y fecha de la póliza colectiva.

4. Nombre del trabajador asegurado y fecha de su ingreso a la empresa, expresando claramente día, mes y año.

5. Bases para la liquidación del seguro de acuerdo con el artículo 292.

6. Nombre del beneficiario o de los beneficiarios forzosos, a falta de éstos, de quienes designe el trabajador, indicando las cuotas o proporción que señale a cada uno cuando los beneficiarios designados libremente sean varios, y además, el nombre o los nombres de quienes dependan económicamente del asegurado y que se encuentren en las condiciones de que trata el artículo 293 en su último inciso. Si no se expresare por el trabajador el nombre de los beneficiarios o de alguno de ellos, así se hará constar en el certificado.

7. Prohibición de negociar o ceder el seguro sin perjuicio de su pignoración para la financiación de vivienda, como se establece en el artículo siguiente.

8. Extinción del seguro a la terminación del contrato, salvo en los casos y por el tiempo señalados en el artículo 298.

9. Este certificado se extiende en papel común, se firma por el patrono o su representante, el asegurado y los testigos, en dos (2) ejemplares, uno para la empresa y el otro para el asegurado y no está sujeto a impuesto de timbre nacional.

Este seguro, puede ser utilizado por el trabajador, como garantía de prestamos que le otorgue la empresa obligada a su pago, según lo establecido en el artículo 304:

Artículo 304. Pignoración para vivienda. El trabajador puede dar su seguro de vida en garantía de préstamo que le otorgue la empresa para la financiación de vivienda y en este caso se aplicarán también las disposiciones del artículo 256.

Es necesario dejar presente que la obligación del pago del seguro de vida colectivo obligatorio establecido como una prestación especial a cargo de determinadas empresas tiene un carácter transitorio según el inciso primero del citado artículo 292 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual fue modificado por la ley 11 de 1984.

4.2.2 Pensión de sobrevivientes por riesgo común en la ley 100 de 1993. La pensión de sobrevivientes se genera cuando muere un pensionado o cuando muere un afiliado cotizante activo o inactivo y consiste en el pago de una suma de dinero a sus beneficiarios, siempre que haya cotizado por lo menos 26 semanas, según lo dispuesto en el artículo 46 y 73 de la ley 100 de 1993:

Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. *Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca.*
2. *Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:*
 - a) *Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte.*
 - b) *Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.*

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

Artículo 73. Requisitos y monto. Los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes en el régimen de capitalización individual con solidaridad así como su monto, se regirán por las disposiciones contenidas en los artículos 46 y 48, de la presente ley.

4.2.2.1 Régimen de prima media con prestación definida. El artículo 47 de la ley 100 de 1993 estableció como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en el régimen de prima media con prestación definida, a los siguientes:

Artículo 47. Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

- a) *En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite.*

En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido.

- b) Los hijos menores de 18 años; los hijos menores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte; y los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez.*
- c) A falta del cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste, y*
- d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.*

El monto de la pensión de sobrevivientes equivale al ciento por ciento de la pensión que el pensionado disfrutaba, en virtud del artículo 48 de la ley 100 de 1993.

La pensión de sobrevivientes es financiada de igual forma que la Pensión de invalidez, es decir, por el fondo común.

4.2.2.2 Régimen de ahorro individual con solidaridad. Los beneficiarios dentro de este régimen, están determinados por el artículo 74 de la ley 100 de 1993.

Artículo 74. Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

- a) *En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite.*
En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante (por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez) hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido.
- b) *Los hijos menores de 18 años; los hijos menores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte; y los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez, y*
- c) *A falta del cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste.*

El texto entre paréntesis fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-1176 de 2001⁴⁷:

La restricción demasiado amplia que figura en la norma acusada quebranta, en estos términos el principio de igualdad, contenido en el artículo 13 de la Carta Política, porque establece un tratamiento diferenciado, a todas luces injusto, frente a quienes inician vida marital con el causante, con anterioridad a que éste adquiera el derecho a la pensión. El tratamiento discriminatorio viene impuesto, entonces, por una coincidencia de fechas que no atiende a la verdadera intención de las partes cuando deciden iniciar una vida común, lo cual va en detrimento obvio de la protección prevalente que el Estado debe a la familia como institución básica de la sociedad (C.P., artículo 5).

La corte considera además que la condición que viene impuesta por la norma, incluye un elemento perturbador del principio de la presunción de

⁴⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1176 del 8 de noviembre de 2001. Mp Marco Gerardo Monroy Cabra En : Jurisprudencia y Doctrina, T.XXXI, número 362. Pág. 387

buena fe, consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política, pues supone que todo aquel que inicia vida marital con el pensionado, después de que éste ha adquirido el derecho a la pensión, concibe la intención fraudulenta de ser el titular de dicha prestación. Se desconoce también por esta vía el derecho legítimo de quien decide iniciar vida en pareja con el pensionado, sin previo conocimiento de que éste es titular de una pensión de vejez o invalidez, hipótesis que también resulta atentatoria del principio de buena fe.

En virtud del artículo 77 de la ley 100 de 1993, la pensión es financiada con la cuenta individual del ahorro pensional, el bono pensional si hubiere lugar a él y la suma adicional que sea necesaria para financiar el monto de la pensión a cargo de la aseguradora con que se haya contratado el seguro de invalidez, pero en este caso a diferencia de lo que ocurre con la pensión de invalidez, sí se tienen en cuenta los aportes voluntarios realizados por el afiliado.

4.3 Conclusiones parciales. Esta prestación especial establecida en el Título IX del Código Sustantivo del Trabajo, llamada Seguro de vida Colectivo Obligatorio, posee, al igual que las anteriores prestaciones, un carácter transitorio; demostrado que esta prestación ha sido asumida por el Régimen de Seguridad Social Integral regulado por la ley 100, no hay motivo alguno para afirmar que es obligación de los empleadores seguir asegurando a sus trabajadores, ya que la pensión de sobrevivientes establecida en la ley 100 y el seguro de vida colectivo obligatorio, buscan proteger a los beneficiarios del trabajador del riesgo de la muerte del afiliado, sin que sea viable que ambas prestaciones coexistan paralelamente.

Sin embargo, es necesario manifestar que esta obligación debe seguir a cargo de los empleadores que no cumplan con la afiliación de sus trabajadores a la Seguridad Social, ya que de lo contrario se desprotegerían y desconocerían los derechos de los trabajadores al exonerar al empleador incumplido de la carga de esta prestación sin que en el caso concreto se haya presentado la extinción de la obligación por faltar la afiliación para que se configure la asunción del riesgo por parte del Régimen de Seguridad Social.

4.4 Legislación extranjera. En términos generales, la legislación sobre el tema en Argentina y Perú, establece lo siguiente:

4.4.1 Argentina⁴⁸. Esta prestación se encuentra a cargo del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, regulado por la Ley número 24.241⁴⁹, a diferencia de la legislación colombiana en donde se encuentra regulada en la ley 100 de 1993, y en el Capítulo V del Título IX del Código Sustantivo del trabajo.

⁴⁸ ARGENTINA. CONGRESO DE LA NACIÓN, Op cit. En: www.seguridadsocial.gov.ar, consultada el 3 de agosto de 2002

⁴⁹ ARGENTINA. CONGRESO DE LA NACIÓN, Ibid. En: www.seguridadsocial.gov.ar, consultada el 3 de agosto de 2002

El sistema está compuesto por dos regímenes, expuestos en el Capítulo anterior; en el régimen público de reparto (RPR), la pensión por Fallecimiento de un Afiliado, se instituyó a favor de las siguientes personas:

- La viuda, viudo o conviviente del causante.
- El Hijo soltero hasta dieciocho (18) años y que no goce de otros beneficios.
- La Hija viuda hasta dieciocho (18) años y que no goce de otro beneficio.
- El Hijo incapacitado sin límite de edad, si al momento del fallecimiento del causante, se encontrare incapacitado para el trabajo y a cargo del causante.

También existe la llamada Pensión por Fallecimiento de un Beneficiario, la cual se instituyó a favor de las siguientes personas:

- El Hijo soltero hasta dieciocho (18) años y que no gozara de otro beneficio.
- La Hija viuda hasta dieciocho (18) años, y que no gozara de otro beneficio.
- El Hijo incapacitado sin límite de edad, si al momento del fallecimiento del causante, se encontrare incapacitado para el trabajo y a cargo del causante

En el Régimen de capitalización, existe la Pensión por Fallecimiento, la cual otorga el derecho de recibir una pensión, en caso de muerte del jubilado, o del afiliado en actividad, a las siguientes personas:

- La viuda.
- El viudo.
- La conviviente.
- El conviviente.
- Los hijos solteros, las hijas solteras y las hijas viudas siempre que no gozaran de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo que optaren por la pensión que acuerda la presente, todos ellos hasta los 18 años de edad.

La limitación a la edad establecida en el último punto no rige si los derechohabientes se encontraren incapacitados para el trabajo a la fecha de fallecimiento del causante o incapacitados a la fecha en que cumplieran 18 años de edad.

Las principales diferencias con el régimen Colombiano, son, en primer lugar, la no existencia de la pensión de sobrevivientes a favor de los beneficiarios del trabajador

y, en segundo lugar, que en nuestro país, los padres del trabajador si son beneficiarios.

4.4.2 Perú⁵⁰. Este riesgo es protegido a través del Instituto Peruano de Seguridad Social, creado en 1973. La regulación sobre el tema, se encuentra en la ley 19990 de 1993, lo cual no ocurre en nuestra legislación, donde existe doble regulación, como se ha mencionado en el transcurso del Capítulo.

En este país, se accede al derecho de pensión por sobrevivencia si el asegurado estaba pensionado o se había calificado para esa pensión, a diferencia de lo que ocurre en Colombia, donde es posible obtener esta pensión, aunque el trabajador no se hubiere pensionado, siempre y cuando haya cotizado por un mínimo de 26 semanas.

En Perú, la pensión de sobrevivencia es el 50% de la pensión del asegurado, la cual se paga a la viuda. Los huérfanos reciben del 20% al 40% de la pensión asignada o asignable al asegurado, dependiendo de la categoría de orfandad. La máxima pensión obtenible por este programa es el 100% de la pensión del asegurado.

⁵⁰ PERU, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, LEY 19990 DE 1973, En: Op cit.

5. CONVENIOS Y RECOMENDACIONES RELATIVOS A LAS PRESTACIONES DE JUBILACIÓN, INVALIDEZ Y SEGURO COLECTIVO OBLIGATORIO

La Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁵¹, es una agencia especializada de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), cuyos principales objetivos son mejorar las condiciones de trabajo, promover empleos productivos y el necesario desarrollo social, y mejorar el nivel de vida de las personas en todo el mundo. Prevista por el Tratado de Versalles de 1919, la OIT fue fundada en 1920 como una sección autónoma de la Sociedad de Naciones, convirtiéndose, en 1946, en el primer organismo especializado de la ONU. Su sede central radica en Ginebra (Suiza) pero mantiene oficinas en 40 países de todo el mundo. En 1969 le fue concedido el Premio Nobel de la Paz.

La OIT está integrada por 170 países miembros y se diferencia de otras instituciones de la ONU porque en sus actividades y decisiones toman parte tanto funcionarios

⁵¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). En: Enciclopedia® Microsoft® Encarta 2001. © 1993-2000 Microsoft Corporation.

gubernamentales como representantes de los empresarios y de los trabajadores. Cada país miembro envía cuatro delegados (dos funcionarios del gobierno, un representante de los empresarios y uno de los trabajadores). La Conferencia General, su máximo cuerpo deliberativo, se reúne con periodicidad anual en Ginebra, para definir y ratificar ciertas directrices internacionales que sirven para evaluar los niveles de trabajo. Esto se consigue a través de las decisiones de asambleas, que están sujetas a la ratificación voluntaria por parte de los países miembros, y también a Recomendaciones, con detalladas pautas de legislación, entregadas por estos mismos países.

La OIT establece directrices que intentan evitar la explotación infantil, promover un trato igualitario en el mercado de trabajo a trabajadores minusválidos y personas discriminadas (por razón de género, por ejemplo), la libertad de asociación y los derechos humanos. Supervisa aquellos lineamientos ya ratificados para que sean incorporadas a las leyes y aplicadas en las prácticas nacionales. Si lo anterior no se cumpliera, tanto los representantes gubernamentales como los representantes de los empresarios y de los trabajadores, tendrían el derecho de elevar quejas formales a la OIT.

Debido a la gran importancia legislativa de los convenios ratificados por Colombia y las Recomendaciones expedidas por la OIT referentes al tema de la seguridad social, a continuación expondremos los convenios y las recomendaciones existentes sobre los temas que nos ocupan.

5.1 CONVENIO 102, RELATIVO A LA NORMA MÍNIMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL.⁵²

Aunque este convenio no ha sido ratificado por Colombia, consideramos conveniente su análisis por su relación con el tema de nuestro estudio, ya que establece las prestaciones mínimas que en materia de seguridad social, deben existir a favor de los trabajadores.

El convenio en mención divide las prestaciones de la seguridad social en los siguientes grupos: asistencia médica, prestaciones monetarias de enfermedad, prestaciones de desempleo, prestaciones de vejez, prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional, prestaciones familiares, prestaciones de maternidad, prestaciones de invalidez y prestaciones de sobrevivientes.

⁵² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, CONVENIO 102. CONVENIO RELATIVO A LA NORMA MÍNIMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL , Entrado en vigor en Ginebra, el 27 de abril de 1955. En: CD de: International Labour Standards Electronic Library (ILSE), Geneve: International Labour Office, 2001. Biblioteca electrónica de documentos sobre normas internacionales del trabajo. Y en: <http://ilolex.ilo.ch:1567/spanish/index.htm>. Consultada el: 17 de junio de 2002.

A través de la adopción del convenio, se buscó asegurar la protección de los trabajadores y sus familias, estableciendo mínimos de cobertura, sin obligar a los países a proteger la totalidad de la población laboralmente activa, ni a otorgar todas las prestaciones.

El derecho a la seguridad social de los trabajadores y sus familias comprende auxilios económicos y prestaciones para protegerlos de los riesgos derivados de la enfermedad profesional y no profesional, la invalidez, el desempleo, la vejez y la muerte. El convenio determinó requisitos mínimos para ser acreedor de estos derechos, determinados por la naturaleza de la prestación. Por ejemplo, para acceder a la pensión de vejez, es necesario haber cumplido la edad determinada por cada legislación, que en ningún caso podrá ser mayor de sesenta y cinco (65) años.

Lo más relevante de este convenio, es que buscó extender la cobertura a las personas de escasos recursos, estipulando en el numeral primero de su artículo 71, lo siguiente:

Artículo 71

- 1. El costo de las prestaciones concedidas en aplicación del presente Convenio y los gastos de administración de estas prestaciones deberán ser financiados colectivamente por medio de cotizaciones o de impuestos, o por ambos medios a la vez, en forma que evite que las personas de*

recursos económicos modestos tengan que soportar una carga demasiado onerosa y que tenga en cuenta la situación económica del Miembro y la de las categorías de personas protegidas.

En Colombia las prestaciones en mención, son financiadas colectivamente, a través de recursos privados y públicos, parte de los cuales son destinados al sostenimiento del SISBEN, régimen que fue establecido, para asegurar que las personas de escasos recursos tuvieran acceso a los servicios hospitalarios.

5.2 RECOMENDACIÓN 131, SOBRE PRESTACIONES DE INVALIDEZ, VEJEZ Y MUERTE⁵³

La Recomendación 131, complementa el convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y muerte. Su principal objetivo es que los países miembros aumenten la cobertura de la seguridad social, progresivamente si es del caso, a todas las personas, tanto a los asalariados como a los trabajadores independientes, junto con sus respectivas familias:

⁵³ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, RECOMENDACIÓN 131, SOBRE PRESTACIONES DE INVALIDEZ, VEJEZ Y MUERTE, Adoptada el 29 de Junio de 1967, en Ginebra. En: CD de: International Labour Standards Electronic Library (ILSE), Geneve: International Labour Office, 2001. Biblioteca electrónica de documentos sobre normas internacionales del trabajo. Y en: <http://ilolex.ilo.ch:1567/spanish/index.htm>. Consultada el: 17 de junio de 2002.

II. Personas Protegidas

2. Todo Miembro debería, por etapas si fuera necesario y en las condiciones apropiadas, extender la aplicación de la legislación que establezca prestaciones de invalidez y de vejez:

a) a las personas cuyo empleo sea de carácter ocasional;

b) a todas las personas económicamente activas.

3. Todo Miembro debería, por etapas si fuera necesario y en las condiciones apropiadas, extender la aplicación de la legislación que establezca prestaciones de sobrevivientes, a las cónyuges, a los hijos y, según sea prescrito, a otras personas a cargo:

a) de las personas cuyo empleo sea de carácter ocasional;

b) de todas las personas económicamente activas.

Según lo establecido en el artículo 4 de la Recomendación, el pago de las pensiones de invalidez deben ser proporcionales al estado de incapacidad para trabajar:

4. La definición de invalidez debería tomar en cuenta la incapacidad para ejercer una actividad que proporcione un ingreso apreciable

Lo anterior fue consagrado en nuestro país en el artículo 278 del Código Sustantivo del Trabajo, al señalar:

Artículo 278. 1. Si como consecuencia de la enfermedad no profesional o por lesión distinta de accidente de trabajo o por debilitamiento de las condiciones físicas o intelectuales, no provocados intencionalmente, le sobreviene al trabajador una invalidez que lo incapacite para procurarse una remuneración

mayor de un tercio de la que estuviere devengando, tendrá derecho, además, a las siguientes prestaciones en dinero:

- a) En caso de invalidez permanente parcial a una suma de uno (1) a diez (10) meses de salario, que graduará el médico al calificar su invalidez.*
- b) En caso de invalidez permanente total tendrá derecho a una pensión mensual de invalidez equivalente a la mitad del salario promedio mensual del último año, hasta por treinta (30) meses y mientras la invalidez subsista.*
- c) En caso de gran invalidez el trabajador tendrá derecho a una pensión mensual de invalidez equivalente a la jubilación o vejez durante treinta (30) meses.*

2. Si el trabajador tuviere más de cincuenta y cinco (55) años de edad o los cumpliera durante la invalidez y tuviere más de quince (15) años de servicios continuos o discontinuos en la misma empresa, la pensión de invalidez se convertirá en pensión de jubilación o vejez.

Así mismo, el artículo sexto de la Recomendación supedita la obtención de la pensión de invalidez a que el trabajador no haya alcanzado la edad establecida en la legislación de su país para obtener la pensión de vejez. En nuestro país, según el régimen de prestaciones especiales establecido en el Código Sustantivo del Trabajo, la pensión de invalidez es remplazada por la de jubilación cuando el trabajador haya cumplido la edad para pensionarse y haya trabajado por más de 15 años en la misma empresa, según lo determinado en el numeral segundo del artículo 278, anteriormente citado.

Las pensiones de invalidez y de vejez en nuestro país, continúan siendo incompatibles, según lo estipulado en el literal j del artículo 13 de la ley 100 de 1993:

Artículo 13: El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

j- Ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez.

Los anteriores puntos tratados en la Recomendación son los más importantes y pertinentes respecto del tema de nuestro estudio.

6. TRABAJADORES DE LA CONSTRUCCIÓN

Está contenido en Capítulo VII, de los artículos 309 a 313.

6.1 DEFINICIONES

Para comenzar el análisis del presente Capítulo es necesario definir algunas palabras como las siguientes:

Casas: Edificio para habitar, vivienda, lugar en que habita una persona o familia.

Conservar: Mantener una cosa en buen estado, preservarla de alteraciones.

Conservación: Acción y efecto de conservar.

Construir: Hacer una obra material o inmaterial, ordenando y juntando los elementos necesarios de acuerdo con un plan.

Edificios: Construcción hecha con materiales resistentes, destinada a vivienda o a otros usos.

Reparar: Arreglar lo que estaba roto o estropeado.

Reparación: Acción y efecto de reparar.

6.2 ANTECEDENTES DE LAS NORMAS VIGENTES

Encontramos varias leyes y decretos, que expondremos a continuación.

6.2.1 **Ley 61 de 1939.**⁵⁴ . La primera ley que reguló el tema de los trabajadores de la construcción fue la Ley 61 de 1939 de diciembre 19, por la cual se reconocen algunas garantías a los trabajadores de la construcción. Esta es una ley de 6 artículos, donde mencionaremos los más importantes.

Artículo 1. En toda empresa de construcción oficial o particular se pagará como auxilio de cesantía a sus trabajadores una indemnización de tres jornales por cada mes de trabajo. En ningún caso recibirá el trabajador menos del salario de una semana por concepto de cesantía.

Parágrafo- Se entiende por empresa de construcción particular, la que emplee en forma constante veinte (20) o más asalariados.

Artículo 2. Las empresas de construcción, tanto oficiales como particulares, están obligadas a suministrar asistencia médica y hospitalaria a los trabajadores que enfermen a su servicio, hasta por tres meses”.

Artículo 5. Los capataces o directores inmediatos de cualquier obra en construcción, ordenarán, en caso de lluvia, la suspensión de los trabajos a la intemperie, sin que pueda descontarse por ese motivo el tiempo que pierden los trabajadores. Es entendido que durante este tiempo los obreros podrán ser ocupados en trabajos bajo cubierta.

⁵⁴ COLOMBIA, CONGRESO DE COLOMBIA, LEY 61 DE 1939 (diciembre 19). Por la cual se reconocen algunas garantías a los trabajadores de la construcción. En: BARÓN SERRANO., Op cit Pág. 414.

Es importante establecer que la ley diferenciaba empresa de construcción oficial y particular, y definió la particular como aquella que emplee más de 20 o más asalariados.

Por otro lado previó la asistencia médica y la suspensión del trabajo por lluvia consagrada en nuestro Código en sus artículos 311 y 313.

6.2.2 **Decreto 709 de 1940.** ⁵⁵ El presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus atribuciones legales expide el Decreto 709 de 1940, por el cual se reglamenta la ley 61 de 1939; es un decreto conformado por 21 artículos y 5 Capítulos; el primero es del auxilio de cesantía, el segundo de la asistencia médica y hospitalaria, el tercero del trabajo en caso de lluvia y del pago de los salarios, el cuarto es del andamiaje y el quinto Capítulo trata las disposiciones finales.

Transcribiremos los artículos más importantes para ser comentados:

Artículo 1. Para los efectos de la ley 61 de 1939 y del presente Decreto, se consideran como empresas oficiales de construcción las que funcionen o se organicen con ese carácter por las entidades públicas para llevar a cabo la construcción de cualquier clase de casas y edificios por administración directa. Quedan comprendidas en las empresas particulares las demás que

⁵⁵ COLOMBIA, MINISTERIO DE TRABAJO, HIGIENE Y PREVISIÓN SOCIAL. DECRETO 709 DE 1940 (abril 10). por el cual se reglamenta la Ley 61 de 1939. En: Ibid, Pág. 415.

se ocupen en actividades del mismo género aunque la construcción se verifique por cuenta de una entidad oficial.

Parágrafo- De acuerdo con las disposiciones consignadas en este artículo, no podrán tomarse como trabajos de construcción los que se realicen para la conservación o reparación de las obras ya construidas”.

Artículo 2. Entiéndase por empresas particulares de construcción, para los mismos efectos, todas las personas naturales o jurídicas que emprendan o realicen en un tiempo mayor de treinta (30) días una o varias obras de las indicadas en el artículo anterior, con un personal de veinte (20) o más asalariados en promedio.

Artículo 5. El auxilio de cesantía se pagará a razón de tres jornales por cada mes completo de trabajo; para el cómputo sólo se tendrá en cuenta el tiempo servido con posterioridad a la fecha de la vigencia de la ley que se reglamenta o sea el 19 de diciembre de 1939.

En ningún caso recibirá el trabajador menos del salario de una semana por concepto de cesantía.

Artículo 7. Todas las empresas de construcción definidas en este Decreto están obligadas a suministrar a sus asalariados asistencia médica y hospitalaria en caso de enfermedad contraída por causa o con ocasión del trabajo, salvo los casos de enfermedad producidos de manera intencional o culposa por el asalariado.

Parágrafo- La atención médica y hospitalización deberán prestarse previa certificación del médico de la empresa o en su defecto de un médico oficial.

Artículo 8. La asistencia médica de que habla el artículo anterior consistirá en la atención médico-quirúrgica prestada por un médico legalmente autorizado y determinado por el patrono y el suministro de las drogas y materiales de curación necesarios a juicio del médico.

Artículo 9. La asistencia hospitalaria consistirá en la hospitalización, cuando sea necesaria a juicio del médico, en un hospital o clínica de eficacia suficiente, a juicio de las autoridades sanitarias nacionales.

Artículo 11. La asistencia reglamentada por este Capítulo debe prestarse hasta por el término de tres (3) meses, a partir de la fecha del certificado de que se habla en el artículo 7.

Artículo 12. En todas las obras de construcción de que habla el artículo 1 de este Decreto está prohibido el trabajo a la intemperie en los casos de lluvia que impliquen peligro para la salud del obrero.

Parágrafo- Quedan exceptuadas de la disposición de este artículo aquellas labores que no sean susceptibles de interrupciones por la índole de las necesidades que satisfacen, por motivos de carácter técnico y por razones que determinen perjuicio a la misma construcción.

Artículo 13. No podrá reducirse el salario de los obreros por causa del tiempo perdido en casos de lluvia, pero el patrono podrá exigirles trabajo bajo cubierta durante ese tiempo o compensación posterior del tiempo perdido, sin pasar de 48 horas de trabajo cada semana y sin que ningún caso pueda considerarse este trabajo compensatorio, como trabajo extra para los efectos de la remuneración.

Artículo 17. El patrono es quien debe al asalariado las prestaciones sociales legalmente establecidas.

Cuando el patrono es un contratista, el dueño de la empresa o base industrial es siempre responsable en caso de incumplimiento por parte del contratista, quedando con derecho a repetir contra éste los valores pagados.

El Decreto 709 de 1940 , a diferencia de la ley 61 de 1939, definió a la empresa oficial en su artículo 1 lo cual era un vacío en la ley 61, y excluyó por primera vez las

labores de conservación y reparación de las obras ya construidas como un trabajo de la construcción.

El artículo 2 del Decreto continuó definiendo como empresa de construcción particular, aquella que empleara un personal de 20 o más asalariados en promedio, pero no estableció la condición de que el número de trabajadores fuera constante, así mismo, amplió la definición de estas empresas contenida en la ley mencionada, al establecer que empresas de construcción particular, son todas las personas naturales o jurídicas que emprendan o realicen una o varias obras de las indicadas en el artículo 1 pero con la condición de que dichas obras se realicen en un tiempo mayor de treinta (30) días.

El artículo 5 agregó, a diferencia del artículo 1 de la ley 61, que el mes de trabajo debería ser “completo” para tener derecho a los tres jornales como auxilio de cesantía.

Este Decreto definió qué se debe entender por asistencia médica en su artículo 8, y qué se debe entender por asistencia hospitalaria en su artículo 9; de igual manera consagró en su artículo 7, que cuando se trate de enfermedad producida de manera

intencional o culposa por parte del asalariado, las empresas de la construcción no se encuentran obligadas a suministrar asistencia médica y hospitalaria.

En el Decreto se consagró, en artículo diferente al que establece la obligación de suministrar asistencia médica y hospitalaria, el término por el cual se debe prestar dicha asistencia. A diferencia del artículo 2 de la ley 61, en el Decreto se estableció que la asistencia médica y hospitalaria debería prestarse previa certificación del médico de la empresa o en su defecto del médico oficial.

Por último, en las disposiciones finales, específicamente en el artículo 17, se estableció quién es el que debe las prestaciones sociales a los trabajadores de la construcción.

6.2.3 Decreto 1052 de 1944. ⁵⁶ En el año de 1944 se expiden dos decretos que sirven de antecedentes, el primero de ellos es el Decreto 1052, el cual adicionó y reformó el Decreto 709 de 1940.

El decreto 1052 tenía un artículo único que establecía:

⁵⁶ COLOMBIA, MINISTERIO DE TRABAJO, HIGIENE Y PREVISIÓN SOCIAL, DECRETO 1052 DE 1944 (29 de abril). Por el cual se adiciona el Decreto 709 de 1940. En: Ibid, Pág. 418.

El Gobierno Nacional pagará, según las prescripciones de la ley 61 de 1939 y de acuerdo con su Decreto reglamentario número 709 de 1940, a los trabajadores de los parques y jardines nacionales, así como los de los ferrocarriles nacionales que no dependen directamente del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, el auxilio de cesantía de que trata la ley aludida.

El argumento del Gobierno Nacional para pagar el auxilio de cesantía es por cuanto estos trabajadores incorporan su capacidad laboral en obras que se construyen por cuenta de la Nación.

6.2.4 **Decreto 2058 de 1944.** ⁵⁷El segundo Decreto que encontramos como antecedente es el 2058 de 1944, el cual reformó el Decreto 709 de 1940, reglamentario de la ley 61 de 1939 al consagrar:

Artículo 1. Para los efectos de la ley 61 de 1939 y del Decreto número 709 de 1940, se consideran empresas de construcción, oficiales o particulares, según el caso, las que se ocupen en la construcción, reparación o ensanche de casas o edificios, parques o jardines, acueductos, alcantarillados, canales, diques o represas, puentes, muelles y demás obras análogas.

⁵⁷ COLOMBIA, MINISTERIO DE TRABAJO, HIGIENE Y PREVISIÓN SOCIAL, DECRETO 2058 DE 1944, (4 de septiembre). Por el cual se reforma el Decreto 709 de 1940, reglamentario de la Ley 61 de 1939. En: Ibid, Pág. 418.

El anterior artículo es la primera norma que establece taxativamente las actividades o labores de una empresa de la construcción.

6.2.5 **Ley 6 de 1945** ⁵⁸Después de estos Decretos del año 1944, se expide la Ley 6 de 1945 por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo.

El artículo 13 en su párrafo 2 dice:

Parágrafo 2. La empresa de construcción se clasificará por el presupuesto, el valor del contrato o costo total de la respectiva obra , y sus obligaciones serán las mismas que las de las empresas industriales correspondientes, en cuanto fueran compatibles con su carácter transitorio sin perjuicio de lo dispuesto en la ley 61 de 1939.

Este artículo trae la manera de cómo se deben clasificar las empresas de la construcción e impone a dichas empresas la obligación de pagar las prestaciones que ordinariamente pagan las empresas industriales, prefiriendo las normas que sean más favorables a los asalariados, en cumplimiento a lo establecido por el artículo 36 de la ley 6 de 1945.

⁵⁸ COLOMBIA, CONGRESO DE COLOMBIA, LEY 6 DE 1945. Por el cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales. Conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo. En Ibid, Pág. 415.

6.2.6 **Ley 38 de 1946.**⁵⁹ Por último tenemos como antecedente la Ley 38 de 1946, de diciembre por el cual se aclara y adiciona la ley 61 de 1939; esta ley está compuesta por 5 artículos, de los cuales comentaremos los más importantes.

El artículo 1 fue objeto de estudio al iniciar nuestro Capítulo. Una adición importante de esta ley frente a la ley 61 de 1939 fue la inclusión del derecho a las vacaciones a favor de los asalariados en su artículo 2

Artículo 2. Las vacaciones remuneradas deben pagarse por año cumplido de trabajo y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido o retiro voluntario del trabajador.

Un gran vacío que trae este artículo es la indeterminación de cuánto debe pagarse por año o fracción de éste por las vacaciones, como sí lo establece nuestro Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 310 en el literal b al disponer:

Artículo 310. Las vacaciones remuneradas de quince (15) días hábiles y consecutivos por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones de año, cuando se haya trabajado por lo menos un (1) mes.

Ahora bien, en cuanto al auxilio de cesantía esta ley señalaba:

⁵⁹ COLOMBIA, CONGRESO DE COLOMBIA, LEY 38 DE 1946 (diciembre 13). Por la cual se aclara y adiciona la Ley 61 de 1939. En: Ibid, Pág. 414.

Artículo 3. El auxilio de cesantía de los trabajadores de la construcción, se liquidará tomando en cuenta todo el tiempo de servicio prestado a la obra o empresa, aun tratándose de retiro voluntario.

En caso de muerte del trabajador durante el servicio, cuando no haya lugar al seguro colectivo de vida, sus herederos tendrán derecho a recibir el auxilio de cesantía que le hubiere correspondido.

Las prestaciones establecidas a que se refiere la ley 61 de 1939 serán reconocidas a favor de los trabajadores en todas las obras y trabajos cuyo valor excede de \$ 10.000 como lo establece el artículo 4 de la ley 38 de 1946:

Artículo 4. Las prestaciones a que se refiere la ley 61 de 1939, serán reconocidas a favor de los trabajadores en todas las obras y trabajos cuyo valor exceda de diez mil pesos (\$10.000). Es entendido que quedan también comprendidos, para los efectos de las prestaciones de la citada Ley, los trabajadores de las compañías constructoras aun cuando se les ocupe en obras cuya cuantía no llegue a diez mil pesos (\$10.000).

Queda modificado en estos términos el parágrafo 1 del artículo 1 de ley 61 de 1939.

Con este artículo puede observarse una clara distinción entre lo que la ley denominaba compañías de construcción, es decir, hoy empresa de construcción, y lo que se entiende por obra de construcción. La empresa de la construcción debe ser

juzgada, desde el punto de vista económico, por su situación permanente y ordinaria y no por su situación eventual.

Partiendo de esto se llega a lo que establece el Código, que no constituye ninguna novedad, sino que es el transplante de una situación ya prevista en la legislación.

6.3 NORMAS ACTUALMENTE VIGENTES

El Código Sustantivo del Trabajo no determina qué se entiende por trabajador de la construcción; esta definición se estableció en el artículo 3 del decreto 709 de 1940 que reglamentó la ley 61 de 1939 el cual establece:

Artículo 3. Se consideran como asalariados para el cumplimiento de Ley 61 y de este Decreto, los obreros y aprendices que a jornal o a destajo o por tarea prestan sus servicios a la empresa por más de un mes, con excepción de los que hayan sido contratados para una obra concreta y especializada de la edificación o que dependan o hagan parte de una empresa distinta, o tengan establecimiento o taller de su propiedad.

De la anterior definición podemos concluir, que se vincula la noción de trabajador de la construcción a la permanencia, al implantar que se necesita que hayan trabajado, por lo menos un mes en las empresas, para que se entiendan amparados por los beneficios de la Ley 61 de 1939.

Una segunda definición la encontramos en el artículo 1 de la ley 38 de 1946 de diciembre 13 por la cual se aclara y adiciona la Ley 61 de 1939; este artículo hizo una enumeración muy prolija de todas las eventualidades que podían significar labores de construcción, para incorporar en ellas a las personas amparadas por la ley, el cual dice así:

Artículo 1. Para los efectos de la ley 61 de 1939, se entiende como trabajadores de la construcción a toda persona que a jornal, sueldo, destajo por tarea, ejecute obras de movilización de tareas, extracción de piedras, arena y cal, colocación de puertas y ventanas de hierro o madera y en general obras de esta misma índole; trabajos de plomería, latonería, pintura, decoración, empapelado y jardinería; instalaciones eléctricas, sanitarias, aire acondicionado y refrigeración; demolición de edificios, reparaciones ,reformas y reconstrucciones; construcción de alcantarillados, muros de contención, obras de mampostería, dragados y pavimentaciones; trabajos de cantera, vigilancia y dirección subalterna, siempre y cuando todos estos trabajos sean inherentes a una obra determinada de construcción.

De la anterior definición que no está vigente, hay algunos puntos que merecen tenerse en cuenta:

- En primer lugar se incorporan las obras de reparación y mejoramiento como parte de las labores de la construcción. Estas labores no habían sido tenidas en cuenta por

el Decreto de 1940 y se encuentran en la actualidad abolidas por el Código Sustantivo del trabajo.

- En segundo lugar, de la definición desaparece la condición impuesta por la ley 61 de 1939, de que el trabajador hubiera laborado por lo menos un mes para que se le considere amparado por ella, por consiguiente la sola circunstancia de estar trabajando en estas actividades u obras, es suficiente para que se le tenga como sujeto de derecho.

Por último, el Código Sustantivo del Trabajo define qué se entiende por obras o actividades de la construcción manifestando que:

Artículo 309. Para los efectos del presente Capítulo se entiende por obras o actividades de construcción las que tienen por objeto construir cualquier clase de casas o edificaciones y las inherentes a esta construcción, excepto su conservación o reparación; y por valor de la obra o actividad, el valor de su presupuesto o de su costo total estimado pericialmente.

De lo anterior, es posible concluir que en la definición que da el Código de obras o actividades de la construcción, implícitamente se han definido también los trabajadores de la construcción, como las personas naturales que prestan personalmente sus servicios subordinados en actividades establecidas por el Código como actividades u obras de la construcción, sin que por ésto pueda entenderse que

quienes trabajan en las oficinas de las empresas constructoras también lo sean, ya que para efectos legales estos se toman como trabajadores corrientes sujetos en consecuencia a las normas laborales generales.

El artículo 7 del Decreto 083 de 1976, reglamentario del Decreto Ley 2375 de 1974, estatuye que:

Artículo 7. Se entiende por personas dedicadas a la construcción aquellas que ocasional o permanentemente, por cuenta suya o de un tercero, levantan estructuras inmuebles, como es la construcción de casas o edificios, vías de comunicación, pavimentos, oleoductos, obras de desecación, riego y embalses, instalaciones eléctricas y mecánicas, y demás construcciones civiles, y quienes trabajan en el mantenimiento y reparación de dichas obras.

La anterior definición es contraria al artículo 309 del Código Sustantivo del Trabajo, al establecer como personas dedicadas a la construcción quienes trabajan en el mantenimiento y reparación de dichas obras ya que el mencionado artículo no les da la calidad de trabajadores de la construcción.

En sentencia de agosto 3 de 1992⁶⁰, la Corte Suprema de Justicia, afirmó que el artículo 309 del Código Sustantivo del Trabajo restringe el concepto de trabajadores de la construcción para aquellos que prestan servicios en empresas cuyo objeto es construir cualquier clase de casas o viviendas y las inherentes a esa construcción, excluyendo a quienes prestan los servicios en actividades que podrían ser calificadas como de simple sostenimiento de la obra.

No es posible confundir lo que es obra de construcción con empresa de construcción, ya que como afirmó la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 31 de mayo de 1955⁶¹:

Una es la obra de construcción y otra la empresa de construcción para efectos de las cargas sociales correspondientes. Aquella por su propia naturaleza es transitoria, pasajera y temporal, y determina transhumancia en los trabajadores. Esta, aun cuando se ocupe en realizar obras o trabajos que tengan las mismas notas distintivas, es en sí misma estable y permanente. La noción de empresas entendida como el complejo formado por los factores técnica, capital y trabajo en el orden a la producción o distribución de riqueza, es ya una institución de carácter estable que el derecho del trabajo considera como sujeto necesario de los gravámenes y beneficios con que se realiza la protección del trabajo humano asalariado. Esa tal entidad a la que se refiere el artículo 312 del Código Sustantivo del Trabajo por oposición a la simple “obra” de construcción para disponer

⁶⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral, Sección Segunda, Radicación 4936, Bogotá D.C, Agosto 3 de 1992. En: www.ramajudicial.gov.co.

⁶¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 31 de mayo de 1955, D. del T. Vol. XXII, números 127-129.

que, establecido su carácter debe responder por los derechos consagrados en el Capítulo séptimo del Título noveno del mismo estatuto.

De igual manera, la Corte estimó que el artículo 312 del C. S. T. no modificó ni amplió la definición consagrada en el artículo 309 del mismo estatuto, ya que simplemente se limitó a establecer que los trabajadores de esas empresas gozaban de los derechos consagrados en el Capítulo séptimo sin limitación alguna, cualquiera que fuera el valor de la obra o actividad.

En la sentencia de febrero 24 de 1968, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, aclaró lo siguiente⁶²:

Dada la finalidad económica y social que, de modo general, persiguen las personas o empresas que dedican su capital y esfuerzo a impulsar y desarrollar las obras de construcción y la relativa inestabilidad en el empleo a que están sujetos sus trabajadores, el legislador ha querido regular sus derechos y prestaciones sociales mediante un régimen jurídico especial y exceptivo.

⁶² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral, sección primera, Magistrado Ponente: Edmund Harker Puyana. Bogotá D.E, Febrero 24 de 1968. En Gaceta Judicial CXXVII, Pág. 76.

En el mismo sentido se ha pronunciado en varias sentencias, como por ejemplo el pronunciamiento de agosto 28 de 1986⁶³, en donde se dijo:

Dicho régimen excepcional y por lo mismo de alcance restrictivo, se justifica y explica por la duración efímera generalmente en las obras de quienes las ejecutan materialmente, por la transhumancia connatural a los obreros de la construcción y por el mediocre o bajo rendimiento de sus ingresos laborales, que perciben apenas cuando se encuentran ocupados por algún patrono o empresario.

Debido a que la relación de estos trabajadores con las empresas de la construcción es de naturaleza transitoria, debido a que depende de la duración de la obra, la ley estableció normas especiales referentes a las vacaciones y a las cesantías, así como también la posibilidad de suspender el trabajo por lluvia, la exoneración de contratar aprendices del SENA, buscando proteger sus derechos laborales. Sin embargo, estos artículos no deben estar ubicados en el Título Noveno del C.S.T sino en el Título III que regula los contratos de trabajo con determinados trabajadores, porque no establecen prestaciones patronales especiales sino un régimen especial de las prestaciones patronales comunes.

⁶³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral, Sección Segunda, Magistrado Ponente: Juan Hernández Sáenz. Expediente número 361. Bogotá D.C, Agosto 28 de 1986.

En lo relacionado con la exoneración de contratar aprendices del SENA estipulado en el Artículo 1 del Decreto 1047 de 1983, reglamentario del artículo 6 del decreto 2375 de 1974, se consagra que en su lugar seguirá funcionando el Fondo de Formación Profesional de la Industria de la Construcción (FIC) creado por la citada norma, a cargo de los empleadores de dicha rama de la actividad económica, quienes se encuentran obligados a contribuir mensualmente al FIC con una suma igual a una vez el salario mínimo mensual legal, por cada cuarenta trabajadores que laboren en cada una de las obras bajo su responsabilidad, y, proporcionalmente por fracción de cuarenta. El FIC es administrado por el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA con asesoría de la Cámara Colombiana de la Construcción CAMACOL.

El artículo 3 del Decreto 1047 faculta al SENA como administrador del Fondo para establecer los procedimientos necesarios relacionados con la liquidación, recaudo y control de los valores correspondientes al FIC, así como también para regular la administración, funcionamiento y destinación específica de éste.

El artículo 310 del Código Sustantivo del Trabajo preceptúa:

Artículo 310. A los trabajadores de obras o actividades de construcción, cuyo valor exceda de diez mil pesos (\$10.000) se les reconocerá el auxilio de cesantía y las vacaciones así:

- a) El auxilio de cesantía por todo el tiempo servido, a razón de tres (3) días de salario por cada mes completo de trabajo, siempre que se haya servido siquiera un mes, y debe pagarse a la terminación del contrato por cualquier causa, y*
- b) Las vacaciones remuneradas de quince (15) días hábiles y consecutivos por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones de año, cuando se haya trabajado por lo menos un (1) mes.*

Del auxilio de cesantía podemos decir que no es el existente para todos los trabajadores ordinarios, esto es, de un mes de sueldo por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones de año, sino que es para estos trabajadores de tres (3) días por mes de servicios. Es decir, de 36 días por año de trabajo cumplido siempre que se haya trabajado por lo menos un mes en labores de la construcción con el empleador. Cuantitativamente su auxilio de cesantía es mayor, frente a los trabajadores ordinarios, porque es un poco mayor el tiempo por el cual se paga.

En cuanto a las vacaciones se conoce que el principio general de la ley es el de que todo trabajador tiene derecho a quince (15) días de vacaciones por año de servicios, y que si no se cumple con esta regla, carece del derecho. Sin embargo, los trabajadores de la construcción tienen derecho a vacaciones proporcionales, esto quiere decir que si el trabajador después de un (1) mes de servicio y antes del año el contrato se termina, también deben ser liquidadas las vacaciones proporcionalmente al tiempo servido. Si se mantuviera respecto de estos trabajadores la regla general en forma

estricta, jamás tendrían derecho a vacaciones, ni aun a su compensación en dinero; porque la mayor parte de los trabajadores de la construcción son trashumantes, y no duran en el servicio más allá de la duración de la obra, o su permanencia es corta por la rápida terminación de los oficios. Por esta razón para prever esta injusticia y darles alguna posibilidad compensatoria de un descanso que no alcanzan a obtener, se les pagan las vacaciones en forma proporcional.

El artículo 311 del C.S.T prevé:

Artículo 311. Los trabajadores de que trata el artículo anterior gozarán de asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria por enfermedad no profesional que ocurra durante la ejecución del contrato de trabajo, hasta por tres (3) meses, además del auxilio monetario correspondiente. Esta asistencia solo se debe desde cuando la prescriba el médico del patrono o empresa y, en su defecto, un médico oficial”.

Al respecto, podemos decir que desde la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 las licencias de construcción se otorgarán previa acreditación de la afiliación de la respectiva empresa a los organismos de la seguridad social, lo cual se encuentra consagrado en el artículo 281 que preceptúa:

Artículo 281. A partir de la vigencia de la presente ley y conforme a la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno Nacional, las

licencias de construcción y de transporte público terrestre se otorgarán previa acreditación de la afiliación de la respectiva empresa a los organismos de la seguridad social.

Los funcionarios competentes para el otorgamiento de los anteriores permisos que omitan exigir la acreditación de la afiliación, incurrirán en causal de mala conducta.

El artículo 312 del C.S.T manifiesta:

Artículo 312. Los trabajadores de empresas constructoras gozan de los derechos consagrados en el presente Capítulo, sea cual fuere el valor de la obra o actividad.

El artículo 313 C.S.T determina que:

Artículo 313. 1. Debe suspenderse el trabajo a la intemperie en las obras o labores de construcción en casos de lluvia que impliquen peligro para la salud del trabajador, salvo en las que no sean susceptibles de la interrupción a juicio del patrono, empresario o contratista.

2. La suspensión del trabajo de que trata este artículo no da lugar a reducción de salario, pero puede exigirse trabajo bajo cubierta durante este tiempo o compensación posterior del tiempo perdido sin exceder el límite máximo de horas semanales fijados en este código y sin que esta compensación constituya trabajo suplementario o de horas extras.

Podemos observar, que otra ventaja de la que gozan los trabajadores de la construcción frente a los demás es el de suspender los trabajos, en un momento dado, en casos de lluvia, para no exponer a los trabajadores a la inclemencias del tiempo ya

que pueden traer consecuencias graves para su salud. En estos casos la ley permite en primer lugar trabajar bajo cubierta o de igual manera suspender el trabajo, y ordenar su reanudación posteriormente. Otra solución en este caso es la posibilidad de que no se suspenda la labor porque se considera absolutamente imposible su suspensión o esto traería graves consecuencias y, por último, permite el reemplazo de las horas durante las cuales no se ha trabajado, por otras adicionales que se trabajarían en jornadas diferentes. En este caso no se trata de horas extraordinarias de un trabajo que normalmente se ha debido prestar y que no se pudo cumplir por razones extrañas al empleador y al trabajador.

Es importante citar en este Capítulo que el día 18 de mayo de 2000 se presentó ante el Congreso de la República por parte del senador Miguel Pinedo Vidal el proyecto de ley número 282 de 2000 el cual se encuentra archivado y que pretendía modificar los artículos 310 y 311 del Capítulo VII del Código Sustantivo del Trabajo, quedando así: ⁶⁴

Artículo 1. El artículo 309 del Código sustantivo del Trabajo, quedará así:

Definiciones. Para efectos del presente Capítulo la expresión construcción abarca:

⁶⁴COLOMBIA, SENADO DE LA REPÚBLICA, Proyecto de ley número 282 de 2000 (18 de mayo). Por el cual se modifican los artículos 309 y 310 del Capítulo VII del Código Sustantivo del Trabajo. En www.ramajudicial.gov.co.

La edificación, incluidas las excavaciones y la construcción, transformaciones estructurales, la renovación, reparación, el mantenimiento, incluidos los trabajos de limpieza y pintura, y la demolición de todo tipo de edificios y estructuras.

Las obras públicas, incluidos los trabajos de excavación y la construcción, transformación estructural, reparación, mantenimiento, y demolición de, por ejemplo, aeropuertos, muelles, puertos, canales, embalses, obras de protección contra las aguas fluviales y marítimas, y las avalanchas, carreteras y autopistas, ferrocarriles, puentes, túneles, viaductos y obras relacionadas con la protección de servicios como comunicaciones, desagües, alcantarillado y suministro, de agua y energía; el montaje y desmonte de edificios y estructuras a bases de elementos prefabricados, así como la fabricación de dichos elementos en las obras o en sus inmediaciones.

Artículo 2. El artículo 310 del Código Sustantivo del Trabajo, quedará así:

a) El auxilio de cesantía por todo el tiempo servido a razón de tres (3) días de salario por cada mes completo de trabajo y proporcionalmente al tiempo laborado cualquiera que este sea, y debe pagarse a la terminación del contrato por cualquier causa;

b) las vacaciones remuneradas de quince (15) días hábiles y consecutivos por cada año de servicio y proporcionalmente el tiempo laborado cualquiera que éste sea;

c) La prima de servicios, un mes de salario pagadero por semestres del calendario, en la siguiente forma: una quincena en el último día del mes de junio y otra quincena el primer día del mes de diciembre, a quienes hubieren trabajado el respectivo semestre, y proporcionalmente al tiempo laborado cualquiera que éste sea, independiente de si la vinculación es por duración de obra o labor contratada.

Los motivos que llevaron al senador Miguel Pinedo Vidal son los que se transcriben a continuación:⁶⁵

La iniciativa que pongo a consideración del Congreso Nacional, busca por una parte, aclarar, y extender la definición a otro tipo de obras que no se encuentran contempladas en el artículo 309 del Código Sustantivo del

⁶⁵ COLOMBIA, SENADO DE LA REPÚBLICA. En: Ibid.

Trabajo en lo referente a la expresión construcción, ya que en este momento se encuentra limitada a un número mínimo de actividades.

Por otra parte con la modificación del artículo 310 del Código Sustantivo del Trabajo, se propone que todas las normas sobre salarios, prestaciones, deberes y derechos de obreros-patronales estén apoyadas en la aplicación de los principios de armonía, equilibrio e igualdad presentes en el legislador al emitir el Código Sustantivo del Trabajo.

Es evidente que las relaciones laborales evolucionan permanentemente, específicamente en el ramo de la construcción son notorias; por ello es dable entonces, poner a tono a la normatividad en dichos avances.

Como prestaciones sociales con regulación especial para los trabajadores de la construcción se tiene: auxilio de cesantías por todo el tiempo de servicio a razón de tres (3) días de salario por cada mes completo de trabajo, siempre que se haya servido siquiera un mes, y debe pagarse a la terminación del contrato por cualquier causa.

Así mismo el Código Sustantivo del Trabajo en su articulado 310 literal b) contempla una regulación para el pago de vacaciones, de conformidad con la cual, los quince (15) días hábiles y consecutivos por cada año de servicio y proporcionalmente por fracciones de año, cuando haya trabajado por lo menos un mes; mientras que en el párrafo del artículo 3 de la ley 50 de 1990 ha establecido que los contratos inferiores a un año, los trabajadores tendrán derecho al pago de vacaciones y primas de servicio en proporción al tiempo laborado, cualquiera que éste sea.

De este Proyecto de Ley que se encuentra hoy archivado en el Congreso de la República observamos que su ponente trató de darle una cobertura más amplia a la expresión construcción tomando como base el Convenio número 167 de la Organización Internacional del Trabajo sobre seguridad y salud en la construcción, el cual será materia de estudio posteriormente en esta investigación.

Es importante señalar que en la actualidad el Doctor Miguel Pinedo Vidal no es Senador de la República, esto para resaltar que su ponente hoy no es miembro del Congreso, lo que dificultara llevar a Ley de la República este proyecto.

En los motivos que llevaron al Senador a presentar este proyecto no se tuvo en cuenta la necesidad de reubicar estos artículos al Título III que regula los contratos de trabajo con determinados trabajadores.

El proyecto de ley, suprimió el primer inciso del artículo 310, el cual establece que:

Artículo 310 .A los trabajadores de obras o actividades de construcción, cuyo valor exceda de diez mil pesos (\$10.000), se les reconocerá el auxilio de cesantía y las vacaciones así:

Lo anterior, nos parece que es lo más adecuado por cuanto el valor estipulado en él se encuentra desactualizado.

El proyecto buscó modificar el literal a) del artículo en mención, agregando la obligación de liquidar proporcionalmente al tiempo de servicio, y del literal b) desaparece la expresión “ cuando se haya trabajado por lo menos un mes”.

6.4 LEGISLACIÓN EXTRANJERA

6.4.1 **Legislación Argentina.** ⁶⁶ En Argentina existe un régimen de trabajo para el personal de la construcción, el cual se encuentra consagrado en la Ley 22250 que abrogó la ley 17258.

La Ley 22250⁶⁷ es un régimen autónomo; declara que sus disposiciones son de orden público como son las normas consagradas en nuestro Código Sustantivo del Trabajo.

Transcribiremos los artículos más importantes y posteriormente los comentaremos.

Artículo 1- Están comprendidos en el régimen establecido por la presente ley:
a) *El empleador de la industria de la construcción que ejecute obras de ingeniería o arquitectura, ya se trate de excavaciones, de construcciones nuevas o de modificación, reparación, conservación o demolición de las existentes, de montaje o instalación de partes ya fabricadas, o de vía y obras. También está comprendido aquel que elabore elemento necesario o efectúe trabajo destinados exclusivamente para la ejecución de aquellas obras, en instalaciones o dependencias de su propia empresa, establecidas con carácter transitorio y para ese único fin;* b) *El empleador de las industrias o actividades complementarias o coadyuvantes de la construcción propiamente dicha, únicamente con relación del personal que contrate exclusivamente para ejecutar trabajo en las obras o lugares a que se refiere el inciso a) ;* c) *El trabajador dependiente de los referidos empleadores que, cualquier fuere*

⁶⁶ VASQUEZ VIALARD Antonio. Derecho del trabajo y la seguridad social. Tomo 2, quinta edición. Buenos Aires: Editorial Astrea. 1992, Pág. 7 a 90.

⁶⁶ ARGENTINA, CONGRESO DE LA NACION, LEY 22250. En: www.trabajo.gov.ar, consultada el 20 de agosto de 2002.

la modalidad o denominación que se acuerde a su contratación o la forma de su remuneración, desempeñe sus tareas en las obras o lugares de trabajo determinados en los incisos a) y b). Como asimismo el trabajador que se desempeñe en los talleres, depósitos o parques destinados a la conservación, reparación, almacenaje o guarda de los elementos de trabajo utilizados en dichas obras o lugares.

El estatuto o ley, adopta dos criterios fundamentales para precisar su ámbito de aplicación personal. Son ellos el criterio objetivo y el subjetivo, el primero de ellos en cuanto a la realización de tareas determinadas, en la cual encontramos a diferencia de nuestro Código Sustantivo del Trabajo las actividades de reparación y conservación; y el subjetivo mira que las mismas se efectúen para un empleador que se halle incluido dentro del ámbito de la ley.

Artículo 3. Será órgano de aplicación de esta ley, el registro nacional de la industria de la construcción, que funcionará como ente autónomo en jurisdicción del ministerio de trabajo de la nación y con competencia en todo el país. En él deberán inscribirse obligatoriamente el empleador y el trabajador comprendidos en el régimen de la presente ley, según lo determinado en el artículo 1. El empleador se inscribirá dentro de los quince (15) días hábiles de iniciada su actividad como tal y realizará la inscripción del trabajador dentro de igual plazo contado desde la fecha del ingreso de éste.

Para poder trabajar en la actividad de la construcción, se tiene la obligación tanto para los empleadores como los empleados o trabajadores de inscribirse en el Registro Nacional de la Industria de la Construcción, la obligación de inscripción respecto del

trabajador corresponde aun en el caso en que él lo hubiere estado con anterioridad a nombre de otro empleador. Es muy importante este registro porque de esta manera el Gobierno puede llevar una estadística y un control de todo el personal que labora en la actividad de la construcción.

Artículo 6. El Registro Nacional de la industria de la construcción tiene las atribuciones siguientes: a) Actuar con autarquía orgánico-funcional y con individualidad financiero y atender todas las erogaciones que demande su funcionamiento con los recursos establecidos en el Capítulo 3 de esta ley. Su gestión administrativa, financiera, contractual, patrimonial y contable, se cumplirá conforme a lo dispuesto por la ley en contabilidad de la nación; b) Proyectar anualmente para su aprobación por el poder ejecutivo nacional, el cálculo de los recursos y el presupuesto de gastos e inversiones patrimoniales, los que se elevarán a través del ministerio de trabajo de la nación; c) Autorizar y aprobar contrataciones dentro de los montos establecidos por las normas vigentes y delegar en sus representantes zonales las facultades de autorización y aprobación cuando así lo juzgue conveniente; d) Disponer las liquidaciones y los pagos originados por su gestión; e) Fijar el monto de los aranceles por inscripciones y renovación anual de las mismas, por provisión de la libertad de aportes al fondo de desempleo y emisión de duplicados y por todo otro servicio o suministro que brinde; f) Fijar el monto de la contribución prevista en el artículo 12, en su primer párrafo, previa aprobación del ministerio de trabajo de la Nación; g) Usar, a los fines de la gestión encomendada, una cuenta especial denominada “Registro Nacional de la industria de la construcción” a la cual ingresarán los fondos provenientes de la presente ley y que serán utilizados exclusivamente para los fines establecidos en los incisos a), c), d) y h) del presente artículo; h) Invertir sus disponibilidades en dinero, previa autorización de la secretaría de estado de hacienda, en Títulos o valores públicos nacionales, en entidades financieras oficiales; i) Proponer al poder ejecutivo nacional por intermedio del trabajo de la nación, su estructura orgánica, administrativa y funcional y el número y carácter permanente o móvil de sus agente zonales; j) Designar, trasladar, promover, aceptar renuncia y disponer ceses de acuerdo con las normas que regulan la materia en la administración pública nacional; k) Inscribir y llevar el

registro de todas las personas comprendidas en la presente ley de acuerdo a lo establecido por el Capítulo 1 de la misma, otorgando constancias fehacientes de las presentaciones que efectúen los obligados en virtud de artículo 3 de esta ley; l) Expedir la libreta de aportes al fondo de desempleo, asegurando su autenticidad; m) Exigir a todo empleador la exhibición de los libros y demás documentación requerida por esta ley, y por la legislación laboral aplicable a la actividad al solo efecto de la verificación del cumplimiento de lo establecido por la presente.

El artículo 6 es importante citarlo porque en él se establecen las atribuciones o facultades que tiene el Registro nacional; consideramos que es necesario que en nuestro país se reglamente una figura igual o semejante a la que hoy se tiene en el Argentina, para darle de esta manera un mayor orden e importancia a la actividad de la construcción por lo indispensable que es como medio de producción .

Artículo 13- La libertad de aportes es el instrumento de carácter obligatorio que expide el registro nacional de la industria de la construcción con arreglo al régimen de la presente ley como medio para verificar su aplicación. En ella deberán consignarse los datos y demás constancia que determine la reglamentación. Al iniciarse la relación laboral, el empleador requerirá del trabajador la presentación de la libreta y éste último deberá hacer efectiva su entrega en el término de cinco (5) días hábiles a partir de la fecha de su ingreso. Si no contare con el citado documento, deberá proporcionar al empleador dentro de ese mismo lapso, los datos requeridos para la inscripción, renovación de la libreta u obtención de duplicado, de lo cual se otorgará al trabajador.

Constancia escrita que acredite su cumplimiento en término. El correspondiente trámite deberá ser iniciado por el empleador dentro de los quince (15) días hábiles contados desde la fecha de ingreso.

Al ser inscrito un trabajador en el registro, se le debe extender una libreta de aportes, la cual constituye el medio para verificar la aplicación de la norma. De tal forma que al iniciarse la relación laboral, el empleador requerirá del trabajador la presentación de la libreta y el trabajador hará entrega de ella en el término de 5 días hábiles, a partir de la fecha de su ingreso.

Ahora bien; la ley no admite el aporte directo al trabajador. El Fondo es quien percibe este aporte y el trabajador una vez cesada la relación laboral, la percepción de este fondo sustituye el régimen de preaviso e indemnización de la ley común, el cual no excluye el pago de las indemnizaciones y beneficios establecidos en el respectivo régimen. Al trabajador se le debe otorgar constancia del depósito de los aportes al fondo de desempleo.

Si el empleador no efectuara el depósito en la cuenta del fondo de desempleo en su momento, la suma adecuada por ese concepto será objeto de incrementación en la medida de la variación del índice oficial de precios mayoristas a nivel general que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censos.

El artículo 15 de la ley regula lo anteriormente comentado, el cual señala:

Artículo 15- El Fondo de desempleo vigente para el trabajador de la industria de la construcción de todo el país se integra con un aporte obligatorio a cargo del empleador, que deberá realizarlo mensualmente desde el comienzo de la relación laboral. Durante el primer año de prestación de servicios, el aporte será el equivalente al doce por ciento (12%) de la remuneración mensual, en dinero, que perciba el trabajador en concepto de salarios básicos y adicionales establecidos en la convención colectiva de trabajo de la actividad, más los incrementos que hayan sido concebidos por el empleador en forma voluntaria, sobre salarios básicos. A partir del año de antigüedad, dicho aporte será del ocho por ciento (8%). Los aportes referidos, no podrán ser modificado por disposiciones de las convenciones colectivas de trabajo. Con el objeto de que los aportes depositados en concepto de fondo de desempleo reditúen beneficios acordes con las variaciones del poder adquisitivo de la moneda, el depósito de los mismos deberá efectuarse en cuentas a nombre del trabajador que posibiliten el mejor logro de los fines mencionados. En todos los casos, las cuentas se abrirán en entidades bancarias y estarán sujetas a la reglamentación que dicte el banco de la República Argentina sobre el particular. El fondo de desempleo constituirá un patrimonio inalienable del trabajador, no pudiendo ser embargado, cedido ni gravado salvo por imposición de cuota alimentaria y una vez producida el desempleo. El sistema a que se refiere el presente artículo para el trabajador de la industria de la construcción reemplaza al régimen de preaviso y despido contemplados por la ley de contratos de trabajo.

6.5 CONVENIOS Y RECOMENDACIONES

6.5.1 Convenio número 167, sobre seguridad y salud en la construcción. ⁶⁸ Este convenio se encuentra ratificado en nuestro ordenamiento por la ley 52 de 1993,

⁶⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, CONVENIO NÚMERO 167 SOBRE SEGURIDAD Y SALUD EN LA CONSTRUCCIÓN, Entrado en vigor en Ginebra, el 27 de abril de 1955. En: CD Op cit.

tiene como fecha de registro el 6 de septiembre de 1994; el año en que fue adoptado fue 1988 y su entrada en vigor internacional fue el 11 de enero de 1991.

El convenio consagra de una manera muy explícita qué abarca o qué se debe entender con la expresión construcción, la cual como principal diferencia con nuestro ordenamiento laboral incluye los trabajos de reparación y mantenimiento como un trabajo de la construcción; esta diferencia la encontramos en el artículo 309 del Código Sustantivo del trabajo; el tenor literal del artículo que determina qué abarca la expresión construcción es el siguiente:

Artículo 2. A los efectos del presente Convenio:

a) la expresión construcción abarca:

i) la edificación, incluidas las excavaciones y la construcción, las transformaciones estructurales, la renovación, la reparación, el mantenimiento (incluidos los trabajos de limpieza y pintura) y la demolición de todo tipo de edificios y estructuras;

ii) las obras públicas, incluidos los trabajos de excavación y la construcción, transformación estructural, reparación, mantenimiento y demolición de, por ejemplo, aeropuertos, muelles, puertos, canales, embalses, obras de protección contra las aguas fluviales y marítimas y las avalanchas, carreteras y autopistas, ferrocarriles, puentes, túneles, viaductos y obras relacionadas con la prestación de servicios, como comunicaciones, desagües, alcantarillado y suministros de agua y energía;

iii) el montaje y desmontaje de edificios y estructuras a base de elementos prefabricados, así como la fabricación de dichos elementos en las obras o en sus inmediaciones;

b) la expresión obras designa cualquier lugar en el que se realicen cualesquiera de los trabajos u operaciones descritos en el apartado a) anterior;

- c) la expresión lugar de trabajo designa todos los sitios en los que los trabajadores deban estar o a los que hayan de acudir a causa de su trabajo, y que se hallen bajo el control de un empleador en el sentido del apartado e);*
- d) la expresión trabajador designa cualquier persona empleada en la construcción;*
- e) la expresión empleador designa:*
- i) cualquier persona física o jurídica que emplea uno o varios trabajadores en una obra, y*
 - ii) según el caso, el contratista principal, el contratista o el subcontratista;*
- f) la expresión persona competente designa a la persona en posesión de calificaciones adecuadas, tales como una formación apropiada y conocimientos, experiencia y aptitudes suficientes, para ejecutar funciones específicas en condiciones de seguridad. Las autoridades competentes podrán definir los criterios apropiados para la designación de tales personas y fijar las obligaciones que deban asignárseles;*
- g) la expresión andamiaje designa toda estructura provisional, fija, suspendida o móvil, y los componentes en que se apoye, que sirva de soporte a trabajadores y materiales o permita el acceso a dicha estructura, con exclusión de los aparatos elevadores que se definen en el apartado h).*
- h) la expresión aparato elevador designa todos los aparatos, fijos o móviles, utilizados para izar o descender personas o cargas;*
- i) la expresión accesorio de izado designa todo mecanismo o aparejo por medio del cual se pueda sujetar una carga a un aparato elevador, pero que no sea parte integrante del aparato ni de la carga.*

Como puede observarse, este Convenio deja en claro qué se debe entender con las expresiones trabajador, empleador, andamiaje, que son importantes para la aplicación del Convenio, como soporte de nuestro ordenamiento legal.

Los demás artículos de este Convenio son normas de seguridad y salud en la construcción que son tenidas en cuenta en nuestro país por las constructoras

MAZUERA y URBANSA luego de visitas realizadas para verificar y comprobar si se tenía conocimiento del uso de redes o lonas de seguridad apropiadas, elevadores y accesorios de izado, andamiajes, etcétera.

Después de visitar el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social y al Congreso de la República para verificar si se cumple con lo establecido por el artículo 4 del Convenio que es mantener una legislación que asegure la aplicación de las disposiciones del Convenio, nos contestaron que lo único que se encuentran son cartillas y resoluciones expedidas por el Ministerio en materia de seguridad y salud.

El artículo 4 establece:

Artículo 4. Todo Miembro que ratifique el presente Convenio se compromete, con base en una evaluación de los riesgos que existan para la seguridad y la salud, a adoptar y mantener en vigor una legislación que asegure la aplicación de las disposiciones del Convenio.

6.5.2 Recomendación 175 de 1988, sobre seguridad y salud en la construcción.⁶⁹ Con este Convenio se expidió en 1988 la Recomendación número 175 sobre seguridad y salud en la construcción, con los mismos temas de este

⁶⁹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, RECOMENDACIÓN 175 DE 1988 SOBRE SEGURIDAD Y SALUD EN LA CONSTRUCCIÓN. Adoptado en 1988. En: CD Op cit.

Convenio. Es importante recordar que las recomendaciones no son obligatorias para los países que la adoptan, como si lo son los Convenios una vez ratificados por el Congreso.

6.6 CONCLUSIONES PARCIALES

Como conclusión de este Capítulo podemos decir que consideramos que el artículo 309 del Código Sustantivo del Trabajo, debería modificarse por lo establecido en el artículo 2 del Convenio 167 de la OIT, comentado anteriormente, ya que éste consagra una definición más amplia de actividades de la construcción, la cual vincula a la actividad de reparación y mantenimiento como una actividad de construcción.

Otra gran novedad es determinar que el artículo 311 del Código Sustantivo de Trabajo, se encuentra hoy en día regulado por la ley 100 de 1993 en su artículo 281 que establece la afiliación de trabajadores de la construcción. A partir de la vigencia de esta ley todo lo relacionado con salud y pensiones se encuentra regulado por esta ley.

Por otra parte consideramos que el artículo 313 del Código Sustantivo del Trabajo no debería tomarse como una prestación especial, ya que éste lo único que consagra son

medidas de seguridad y establece las posibilidades que se tienen para recuperar el tiempo perdido en caso de presentarse lluvia.

7 TRABAJADORES DE EMPRESAS DE PETRÓLEOS

El régimen de estos trabajadores se encuentra regulado en el Capítulo VIII, de los artículos 314 a 325.

7.1 ANTECEDENTES DE LAS NORMAS VIGENTES

7.1.1 **Ley 4 de 1921.**⁷⁰ Los antecedentes normativos de los trabajadores de empresas de petróleo son muy pocos, el más importante de ellos es la Ley 4 de 1921 sobre higiene de las explotaciones de yacimientos o depósitos de hidrocarburos; esta es la ley que dio origen a la gran mayoría de los artículos del Capítulo VIII del Título IX del Código Sustantivo del Trabajo; es una Ley compuesta por 5 artículos de los cuales analizaremos los más importantes, que a continuación se transcribirán para posteriormente ser comentados.

Artículo 3. Toda empresa de explotación de petróleos establecida o que se establezca en el país está obligada a sostener un médico en ejercicio legal de la profesión si el número de empleados o trabajadores no pasa de cuatrocientos (400), y un médico más por cada cuatrocientos (400)

⁷⁰ COLOMBIA; CONGRESO DE COLOMBIA, LEY 4 DE 1921. Sobre higiene de las explotaciones de yacimientos o depósitos de hidrocarburos. En: BARON SERRANO. Op cit, Pág. 415

empleados o trabajadores más o por cada fracción mayor de doscientos (200).

Se aplicarán sistemáticamente al personal de empleados o trabajadores los tratamientos preventivos de la uncinariasis, del paludismo y de viruela, y, llegado el caso, los curativos de éstas y de las demás afecciones que se presenten.

Es también obligación de las empresas de este género, construir en cada explotación uno o varios hospitales montados de acuerdo con los preceptos de la higiene moderna, con servicio de cirugías convenientemente dotados y con provisión de las drogas necesarias y suficientes para atender a las necesidades habituales en las diferentes zonas.

Parágrafo- Estas empresas deben tener servicios completos de microscopio, a fin de poder fijar la naturaleza de las enfermedades reinantes.

El anterior artículo citado le da origen a los artículos 316 y 318 del Código Sustantivo del trabajo, los cuales establecen lo siguiente:

Artículo 316. Las mismas empresas están obligadas a sostener un médico en ejercicio legal de la profesión, si el número de sus trabajadores, durante un periodo mayor de un mes, no pasa de cuatrocientos (400) y uno (1) más por cada cuatrocientos (400) trabajadores por fracción mayor de doscientos (200).

Nos damos cuenta que este artículo es el mismo 3 de la Ley 4 de 1921 en su primer párrafo con la excepción que el Código prevé la situación tanto de explotación como la exploración; a diferencia del artículo 3 que solo prevé a un médico en ejercicio legal en los eventos de explotación.

Artículo 318 . 1. Las empresas construirán los centros permanentes de labores uno (1) o varios hospitales, de acuerdo con el número de trabajadores y de familias inscritas, con dotación de elementos modernos de cirugía, laboratorios, rayos x y farmacia, con provisión suficiente de drogas para atender las necesidades de los enfermos, que se presenten, y con servicio aislado para enfermos infectocontagioso.

2. Los médicos organizarán los servicios de consultorio externo, puestos profilácticos y de socorro de laboratorio y farmacia, y estudiarán la naturaleza de las afecciones dominantes.

3. Estos hospitales quedan sujetos a la inspección periódica del ministerio del trabajo, por conducto de la oficina nacional de medicina y higiene industrial (hoy división de medicina del trabajo)

4. En dichos establecimientos se llevarán libros de estadísticas, en los que se anotará el movimiento completo de los enfermos, diagnósticos, tratamientos, operaciones que se practiquen, copias de tales estadísticas se enviarán mensualmente al ministerio expresado y por el mismo conducto, según los modelos que se prescriban.

Como podemos observar, este artículo fue perfeccionado por el Código Sustantivo del Trabajo al reunir parte del artículo 3 de la Ley y el artículo 5 de la misma, la cual desarrollaba lo establecido en el numeral 3 del artículo 318 del C.S.T el cual decía:

Artículo 318. Para hacer efectivas estas disposiciones, el Gobierno nombrará, cuando lo crea necesario médicos inspectores que visiten las diferentes explotaciones establecidas en la República, a fin de velar por el estricto cumplimiento de esta Ley.

El médico inspector anotará todas las irregularidades y de ellas dará cuenta al Gobierno para que se establezca las acciones necesarias, que consistirán en multa de quinientos a mil pesos (\$500 a 1000) y del doble en caso de reincidencia.

7.1.2 **Decreto 1268 de 1939.** ⁷¹ En el año 1939 se expide el Decreto 1268 por el cual se dictan disposiciones de sanidad general para empresas de petróleos; este Decreto conformado por 13 artículos es antecedente de los demás artículos relacionados con la materia en el Código Sustantivo del Trabajo.

A continuación transcribiremos los artículos más importantes de este Decreto:

Artículo 1. Las empresas de petróleos establecidas en el territorio Nacional, y las que en lo sucesivo se establezcan, tendrán la obligación de construir habitaciones para los trabajadores de acuerdo con las normas estipuladas en las Resoluciones número 251 de 1937, del departamento Nacional de Higiene y 216 de 1938, del Ministerio de trabajo higiene y prevención social.

Artículo 2. Las empresas están obligadas a suministrar a los trabajadores una alimentación sana y suficiente. Solamente en los centros poblados, en donde los trabajadores pueden obtenerlas con facilidad, esta prestación será reemplazada por su equivalente en dinero, de acuerdo con el valor dominante en la región. De todas maneras, la alimentación se computará como parte del salario, de lo cual se dejará constancia en los contratos de trabajo y los certificados que expidan.

⁷¹ COLOMBIA, MINISTERIO DE TRABAJO, HIGIENE Y PREVISIÓN SOCIAL, DECRETO 1268 DE 1939 (15 junio). Por el cual se dictan disposiciones de sanidad general para empresas de petróleo. En: Ibid, Pág. 422.

Parágrafo- El ministerio de trabajo higiene y prevención social, controlará por medio de comisiones especiales, el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo y dictará las reglamentaciones del caso, teniendo en cuenta las necesidades de cada región y la índole del trabajo de obreros y empleados.

Artículo 4. Las empresas, por conducto de los médicos y demás personal sanitario pondrán en práctica las medidas profilácticas ordenadas por el ministerio del trabajo higiene y prevención social, para combatir el paludismo, anemia tropical, disentería, pían y demás endemias tropicales, y las enfermedades llamadas sociales, y para evitar por los medios científicos modernos la viruela, la fiebre amarilla, la difteria, la fiebre tifoidea, y demás enfermedades evitables por la vacunación.

Con el fin de evitar que ingresen a trabajar individuos que padezcan enfermedades infecto-contagiosa, se practicará por cuenta de la compañía un examen médico, clínico y de laboratorio, a todo el personal que haya de ser contratado, del estado de salud del trabajador, al tiempo del examen de admisión se dejará constancia expresa en formulario especial, y una copia de tal constancia dará al trabajador y otra se enviará al ministerio del trabajo, higiene y previsión social.

Parágrafo- Lo dispuesto en este artículo es sin perjuicio de lo que respecto al examen por médicos oficiales ordene resoluciones especiales del Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social.

Artículo 5. Las empresas construirán en los centros permanentes de labores uno o varios hospitales, de acuerdo con el número de trabajadores, con dotación de elementos modernos de cirugía, laboratorio, rayos x y farmacia con provisión suficiente de drogas para atender las necesidades de los enfermos que se presenten.

Los médicos dictarán las medidas tendientes a organizar los servicios de consultorio externo, puestos profilácticos y de socorro, de laboratorio y farmacia, para estudiar la naturaleza de las afecciones dominantes, las medidas higiénicas que deban tomarse, y para garantizar la correcta preparación de las prescripciones médicas.

Estos hospitales quedarán sujetos a la inspección periódica del ministerio del trabajo higiene y previsión social. En dichos establecimientos se llevarán libros estadísticos en los que se anotará el movimiento completo de los enfermos, diagnósticos, tratamientos, operaciones que se practiquen, etc. Copia de tales estadísticas que se enviarán mensualmente al ministerio de trabajo, de higiene y previsión social el que indicará los modelos a que debe ceñirse la información.

Parágrafo 1- El control a que se refiere el presente artículo, y que ejercerá el ministerio de trabajo, higiene y previsión social, sobre los hospitales, además de los elementos técnicos y estadísticos ya enunciados, se referirá a los servicios efectivos de hospitalización, en lo que respecta a la capacidad del establecimiento hospitalario, con base en la morbilidad dominante en la región y el número de trabajadores de la empresa.

Parágrafo 2- Es obligatorio para cada hospital tener un servicio aislado destinado a la hospitalización de enfermos infecto- contagiosos.

Artículo 6. Las empresas están obligadas a hospitalizar a todos los trabajadores cuya enfermedad requiera los servicios hospitalarios, y esta obligación no cesará sino cuando el enfermo esté en capacidad de dedicarse nuevamente a sus labores.

Artículo 7. Los médicos de las empresas atenderán a los trabajadores enfermos, que no requieran hospitalización en los consultorios externos, en los puestos de socorro o en el domicilio del enfermo, por lo menos durante cuatro horas diarias.

Artículo 10. Las empresas de petróleos podrán celebrar contratos con el ministerio de trabajo, higiene y previsión social para el establecimiento de centros mixtos de salud en las regiones donde tengan establecidos los trabajos. Bajo la responsabilidad de tales instituciones quedarán los servicios de sanidad a que este Decreto obliga a las empresas, y los servicios de asistencia y la totalidad o parte de las prestaciones que en este Decreto se contemplan.

Como nos damos cuenta, las normas de nuestro Código Sustantivo del Trabajo no son más que la recopilación de ordenamientos anteriores que fueron incorporados a nuestro Código laboral, la mayoría de los artículos fueron incorporados en una sola norma; otros, por el contrario, se fraccionaron en distintos artículos.

7.2 NORMAS ACTUALMENTE VIGENTES

En el Capítulo VII del Título IX del Código Sustantivo del Trabajo, se establecen o consagran algunas normas laborales específicas para los trabajadores de empresas petroleras que laboran en lugares alejados de los centros urbanos.

El Código Sustantivo del Trabajo no determina cuáles son las actividades propias de la industria del petróleo, por esto es necesario remitirnos al artículo 1 del Decreto Legislativo 284 del 7 de noviembre de 1957, por el cual se dictan normas sobre salarios y prestaciones de los trabajadores de contratistas a precio fijo, en empresas de petróleos y al Decreto 2719 de 1993, por el cual se reglamenta el artículo 1 del Decreto Legislativo 284 de 1957 y se dictan otras disposiciones.

El Decreto Legislativo 284 de 1957 en el artículo primero en su segundo inciso disponía algunas actividades propias de la industria del petróleo, el cual preceptuaba:

Son labores propias de la explotación, exploración, transporte y refinación del petróleo, los trabajos geológicos, geofísicos, de perforación con taladro, de extracción y almacenamiento del crudo, y los de construcción, operación y mantenimiento de los oleoductos y refinerías y todas aquellas otras que se consideran esenciales a la industria del petróleo.

Posteriormente, después de 35 años, con el Decreto 2719 de 1993⁷², se reglamenta el artículo 1 del Decreto Legislativo 284 de 1957, consagrando como actividades de la industria del petróleo las siguientes:

- 1 Los levantamientos geológicos, geofísicos, geodésicos y topográficos destinados a la exploración y evaluación de yacimientos de hidrocarburos.***
- 2 La operación de perforar pozos de hidrocarburos desde la instalación del equipo de perforación hasta su terminación o taponamiento.***
- 3 La explotación, mantenimiento y reacondicionamiento de pozos de hidrocarburos***
- 4 La operación técnica de cerrar y abandonar un pozo de hidrocarburos que ha estado en producción y se ha agotado.***
- 5 La construcción, operación y mantenimiento técnico de los sistemas de recolección, separación, tratamiento, almacenamiento y transferencia de hidrocarburo.***
- 6 La construcción, operación y mantenimiento técnico de los sistemas de bombeo y tuberías que conducen los hidrocarburos hasta los tanques de almacenamiento y desde ahí a los puntos de embarque y de refinación.***

⁷² COLOMBIA. MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA. DECRETO 2719 DE 1993 (31 de diciembre). Por el cual se reglamenta el artículo 1 del decreto ley 284 de 1957 y se dictan otras disposiciones. En: Diario oficial número: 2566

- 7 *La construcción, operación y mantenimiento técnico de las instalaciones de la recuperación secundaria y terciaria de petróleo.*
- 8 *La construcción, operación y mantenimiento técnico de los sistemas de tratamiento térmico, eléctrico y químico que permitan hacer más fácil o económico el bombeo de petróleo.*
- 9 *La construcción, control, operación y mantenimiento técnico de los equipos y unidades de proceso propias de la refinación del petróleo.*
- 10 *La construcción, operación y mantenimiento técnico de las tuberías, tanques y bombas para transporte del petróleo crudo, productos intermedios y finales de las refinerías.*

A diferencia del Decreto Legislativo 284 de 1957 , esta norma sí dispone de manera taxativa y más amplia o extensa las actividades esenciales de la industria del petróleo quedando de esta manera resuelto el inconveniente presentado por el Decreto al no determinar qué se consideraba por actividades esenciales.

Las prestaciones patronales especiales a favor de los trabajadores de petróleos, están a cargo tanto de las empresas de petróleos como de los contratistas independientes al servicio de estas empresas.

Estas prestaciones especiales buscan garantizar derechos mínimos a estos trabajadores cuando realizan sus labores en lugares alejados de los centros urbanos, consistentes en asegurar la habitación, alimentación, asistencia médica, hospitalización y medidas higiénicas.

De acuerdo a nuestras averiguaciones realizadas en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en ECOPETROL y en el Ministerio de Minas, hemos podido concluir que la mayoría de las empresas de petróleos no aplican las disposiciones de este Capítulo porque existen convenciones colectivas que establecen mayores prerrogativas para estos trabajadores. Un ejemplo de esta situación, es lo que ocurre en la Empresa Colombiana de Petróleos “ECOPETROL”, donde los trabajadores sindicalizados están beneficiados por la convención colectiva del trabajo y los no sindicalizados del “ Manual del Directivo” al destinar iguales prestaciones de carácter extralegal.

Es importante decir, que las convenciones colectivas no podrán imponer condiciones inferiores a sus trabajadores, qué serían inconstitucionales e ilegales, sino por el contrario buscan que se pacten mayores derechos y garantías a las estipuladas en la legislación laboral.

7.3 CONCLUSIONES PARCIALES

Al terminar el estudio de este Capítulo no nos cabe la menor duda que es uno de los que debe desaparecer de nuestro Código Sustantivo del Trabajo por las siguientes razones; la primera de ella es que observamos que se encuentran mal ubicadas estas

normas en nuestro Código al considerar que no se impone ningún tipo de prestación especial a cargo del los empleadores, lo cual nos lleva a decir que deberían estar ubicadas en el Título III del contrato de trabajo con determinados trabajadores; otro motivo que nos lleva a esta conclusión es que con la aparición de la ley 100 de 1993 la mayoría de estas normas se encuentran excedidas por este Estatuto de Seguridad Social ; de igual manera consideramos que la mayoría de las empresas de petróleos tienen convenciones colectivas en las cuales se consagran todas estas normas y las superan, y para finalizar, las circunstancias que le dieron origen a estas normas en los años 20 han desaparecido.

8 TRABAJADORES DE LA ZONA BANANERA

Está contenido en el Capítulo IX, compuesto por el artículo 326.

8.1 ANTECEDENTES A LAS NORMAS VIGENTES

8.1.1 **Ley 1 de 1937.** ⁷³Es poco el antecedente que se tiene de los trabajadores de la zona bananera, uno de ellos, es la ley 1 de 1937 en su artículo 9 que establecía:

Artículo 9. Todo patrono o empresario agrícola de la zona bananera del Magdalena, que tenga a su servicio más de 5 empleados y obreros, estará obligado a prestar gratuitamente a sus empleados y obreros el servicio médico y farmacéutico, dentro de la reglamentación que dicte el Gobierno, a menos que se presten estos servicios por conducto del centro mixto de salud, por ser socio de esta entidad el patrono o empresario agrícola.

Parágrafo- Queda prohibido a los patronos o empresario agrícola de la zona bananera del Magdalena hacer descuentos o rebajas en los sueldos, salario o remuneraciones de sus empleados y obreros, para la prestación de servicios médicos, farmacéuticos y de hospitalización. Las contravenciones a esta disposición se sancionarán con multas de cien pesos a quinientos pesos cada una, que impondrá la respectiva oficina del trabajo, además de la devolución de lo retenido o descontado al empleado u obrero”.

⁷³ COLOMBIA, CONGRESO DE COLOMBIA. LEY 1 DE 1937. Por la cual se establecen prestaciones para los trabajadores de la zona bananera. En: BARON SERRANO, Op cit, Pág. 427.

Encontramos entre esta Ley y nuestro Código Sustantivo del Trabajo varias diferencias. El Código habla de empresa agrícola y no de patrono o empresario agrícola; la segunda de ellas es la condición de ser permanentes los trabajadores a su servicio para cumplir con la obligación de prestar asistencia médica farmacéutica. Otra diferencia es que no se hace la salvedad de si la atención es por enfermedad profesional o no como sí lo establece nuestro Código y, por último el Código determina que la empresa debe tener un capital que exceda de doscientos mil pesos para obtener dicha atención y establece por cuánto tiempo se debe prestar ella, lo cual no lo prevé el artículo 9 de la ley 1 de 1937.

El anterior artículo es el antecedente más importante que le da origen al artículo 326 C.S.T que a la letra dice:

Artículo 326. 1. Toda empresa agrícola de la zona bananera del departamento del Magdalena que tenga a su servicio más de cinco (5) trabajadores de carácter permanente tiene como obligación especial la de suministrar asistencia médica, quirúrgica, hospitalaria y farmacéutica, en caso de enfermedad no profesional, hasta por seis (6) meses cuando su capital exceda de doscientos mil pesos (\$200000) y hasta por tres (3) meses cuando su capital sea igual o inferior a esa suma.

2. Para estos efectos, las empresas pueden celebrar contratos con el Ministerio de Higiene sobre el establecimiento de centros mixtos de salud.

8.1.2 **Decreto 1192 de 1937** ⁷⁴. En el mismo año se expide el Decreto 1192 que reglamentó el artículo 9 de la Ley 1 de 1937, el cual estableció los parámetros y alcances del mencionado artículo; él se transcribe a continuación:

Artículo 1. Dentro de los treinta días siguientes a la vigencia de este Decreto todo patrono o empresario agrícola de la zona bananera del departamento del Magdalena está obligado a declarar por escrito ante el médico jefe del centro médico de salud el número de empleados y obreros que tenga a su servicio, especificando para cada uno sueldo o salario, sexo, edad, naturaleza y estado civil, mujer e hijos menores y la calidad del trabajo u oficio que desempeña. En la misma declaratoria expresará la forma de cómo va a prestar los servicios médico-farmacéutico y de hospitalización a que tienen derecho los empleados y obreros y presentará el contrato respectivo, con las formalidades legales.

Artículo 2. Todo patrono o empresario agrícola de la zona bananera del Magdalena que tenga su servicio más de cinco empleados y obreros estará obligado a prestarles gratuitamente el servicio médico farmacéutico en la forma que en seguida se expresa:

- a) Los servicios médicos farmacéuticos serán prestados por médicos legalmente autorizados y por farmacéuticos que llenen los requisitos señalados o la resolución número 202 de 1936 del departamento nacional de higiene:*
- b) Los servicios de hospitalización en cuanto ésta sea necesaria para la prestación del servicio médico y farmacéutico establecido por el artículo 9 de la Ley 1 de 1937, se deberán presentar, a cargo del patrono o empresario agrícola, o por el centro mixto de salud, o por un hospital o clínica de eficacia suficiente a juicio de las autoridades sanitarias nacionales.*

⁷⁴ COLOMBIA, MINISTERIO DE INDUSTRIA Y TRABAJO. DECRETO 1192 DE 1937 (22 de enero). Por el cual se reglamentan los artículos 7 y 9 de la Ley 1 de 1937. En: Ibid, Pág. 427.

La hospitalización será prescrita por el médico encargado por el patrono o empresario agrícola del respectivo servicio, y en caso de negativa o retardo no justificados, el obrero podrá quejarse ante el médico jefe del centro mixto de salud o ante quien lo reemplace, funcionario que, en definitiva, decretará o no la hospitalización a costa del patrono o empresario agrícola respectivo;

- c) *Los servicios médicos y farmacéuticos consistirán: en la atención médico quirúrgica oportuna de todos los enfermos incluyendo accidentes de trabajo, en las vacunaciones para enfermedades epidémicas en que aquellas se hallen científicamente establecidas; en la atención de partos de las empleadas y obreras ; en el aislamiento sanitario en los casos de enfermedades infecto-contagiosas y en el suministro de drogas y materiales de curaciones, el departamento nacional de higiene indicara , de acuerdo con la nosología de la región la cantidad y calidad de las drogas de que se deba disponer en cada caso, según el numero de obreros.*

Los servicios de especialización quedan incluidos entre los que deben prestar los patronos o empresarios agrícolas en cuanto puedan ser prestados por médicos establecidos en la ciudad de Santa Marta o en la zona bananera o por los que tenga contratado el centro mixto de salud.

- d) *Los patronos o empresarios agrícolas podrán contratar la prestación de los servicios enumerados anteriormente con médicos o instituciones privadas para lo cual celebrarán contratos con dichas entidades o personas. Estos contratos requerirán para su validez la aprobación del medico jefe del centro mixto de salud, quien, por delegación del departamento nacional de higiene podrá suspender sus efectos si a su juicio el contrato no se cumple en su integridad e impondrá sanciones penales a las personas o entidades responsables de la no prestación de los servicios médicos, farmacéuticos y de hospitalización.*

Artículo 3. El centro mixto de salud de la zona bananera prestará los servicios de saneamiento, previsión y asistencia sociales a todos los trabajadores de las fincas o empresas afiliadas de acuerdo con las normas consagradas en este Decreto.

En la Ley y el Decreto citados anteriormente, se basó el ejecutivo para redactar el artículo 326 del Código Sustantivo del Trabajo.

8.2 NORMAS ACTUALMENTE VIGENTES

La zona Bananera es aquella del Departamento del Magdalena donde se trabaja o labora en la producción del banano.

El artículo 326 del Código Sustantivo del Trabajo establece que toda empresa agrícola que se encuentre ubicada en el departamento del Magdalena tiene como obligación especial la de suministrar asistencia médica, quirúrgica, hospitalaria y farmacéutica, en caso de enfermedad no profesional y hasta por seis meses cuando su capital exceda de doscientos mil pesos y hasta por tres meses cuando su capital sea igual o inferior a esa suma, esta prestación especial a cargo de la empresa agrícola siempre se da que tenga a su servicio más de cinco trabajadores de carácter permanente.

Es importante para saber a qué se encuentra obligada la empresa agrícola, establecer qué se entiende por enfermedad profesional para nuestra legislación laboral. El

artículo 200 del Código Sustantivo del Trabajo disponía en su inciso primero lo siguiente:

Artículo 200. Se entiende por enfermedad profesional todo estado patológico que sobrevenga como consecuencia obligada de la clase de trabajo que desempeña el trabajador o del medio en que se ha visto obligado a trabajar, bien sea determinado por agentes físicos, químicos o biológicos.

El inciso segundo imponía que:

Las enfermedades endémicas y epidémicas de la región solo se consideran como profesionales cuando se adquirieran por los encargados de combatirlas por razón de su oficio.

El anterior artículo fue derogado por el Decreto 1259 de 1994 artículo 98.

El inciso segundo del artículo 326 prevé para estos efectos que estas empresas agrícolas de la zona bananera podrán celebrar contratos con el Ministerio de Higiene sobre el establecimiento de centros mixtos de salud.

8.3 CONCLUSIONES PARCIALES

La primera conclusión que obtenemos en este Capítulo es que la prestación consagrada para los trabajadores de la zona bananera se limita a los del departamento del Magdalena. Esta zona manejaba la producción del banano para los años 30 hasta los 60; por esta razón se limitaba únicamente a este departamento. Hoy el 70 % de la exportación del banano la produce el Urabá y la productividad del banano en el Magdalena bajó a un 20 %.

Por lo anteriormente comentado nos parece que esta prestación establecida en el artículo 326 del Código Sustantivo del trabajo, sino estuviese hoy asumida por el Sistema de Seguridad Social en Salud, debería modificarse para incluir a los trabajadores del Urabá por la importancia de esta zona en la exportación del banano.

Consideramos que es un artículo que consagra unas circunstancias o hechos que no van de la mano o no están acordes con la realidad del país, como es establecer un capital de \$ 200.000 para las empresas agrícolas del departamento del Magdalena para efectos de la asistencia médica.

Y para finalizar, el numeral segundo hace referencia al Ministerio de Higiene, el cual hoy se denomina Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.

9. TRABAJADORES DE EMPRESAS MINERAS E INDUSTRIALES DEL CHOCÓ Y TRABAJADORES DE MINAS DE ORO, PLATA Y PLATINO.

Se encuentran contenidos en los Capítulos X y XI, de los artículos 327 a 333.

9.1 ANTECEDENTES DE LA NORMATIVIDAD VIGENTE

Se tienen dos antecedentes de los artículos 327 y 328 C.S.T que regulan las prestaciones a favor de los trabajadores de empresas mineras e industriales del Chocó, el primero de ellos es la ley 26 de 1921 y el otro es la Resolución número 34 de 1937 del Departamento Nacional del Trabajo, y este último es también el antecedente de los trabajadores de minas de oro plata y platino.

9.1.1 Ley 26 de 1921. ⁷⁵La ley 26 de 1921 en sus artículos 6,7,8, establecían en su orden:

Artículo 6. Desde la expedición de la presente Ley, las compañías mineras que se hayan establecido y que se establezcan en las intendencias del chocó,

⁷⁵ COLOMBIA, CONGRESO DE COLOMBIA. LEY 26 DE 1921. Sobre trabajadores de las empresas petrolíferas. En: Ibid, Pág. 435.

estarán en la obligación de suministrar a los trabajadores, hospitalización y servicio médico gratuito, de acuerdo con las prescripciones científicas modernas.

Artículo 7. Las compañías estaban en la obligación de dar cuenta al médico de sanidad de la intendencia del número de trabajadores que tenga cada empresa, debiendo tener un médico para un número no mayor de doscientos trabajadores.

Artículo 8. Si alguno de los trabajadores se viere reducido a un estado de imposibilidad o de postración por razón de enfermedades o accidentes sufridos en servicio de las empresas mineras e industriales de la intendencia, no podrá ser despedido por ellas si no cuando haya completado su convalecencia o mediante la indemnización de dos mensualidades, por lo menos, de salarios y de gastos de transporte al primer centro poblado donde haya médicos y hospitales.

Los artículos de la ley no diferenciaban entre si la obligación de asistencia médica, era tanto para enfermedad profesional como para enfermedad no profesional, como sí lo menciona el Código en su artículo 327; por otra parte no determinaba cuál era el capital que debía tener la empresa para hacerse acreedora de esta obligación y no determinaba por cuánto tiempo se debía prestar la asistencia médica. En lo demás nuestra legislación lo que hizo fue transcribir de la ley al Código.

9.1.2 Resolución 34 de 1937. ⁷⁶ Las prestaciones especiales a favor de estos trabajadores tienen como antecedente la Resolución número 34 de 1937 expedida por el Jefe del Departamento Nacional del Trabajo.

El Gobierno nacional expide esta Resolución por considerar:⁷⁷

1. *Que la minería es una de las industrias de mayor importancia del país y un gran factor de la economía nacional.*
2. *Por considerar que la minería tiene a su cargo un considerable número de trabajadores y que tanto ellos como las industrias requieren una especial protección del Estado.*
3. *El laboreo de las minas es un trabajo sometido a unas exigencias y condiciones peculiares por razón de su propia índole y del aislamiento de las localidades en que están ubicadas la mayor parte de las empresas mineras del país.*

Lo anterior, fue el motivo que llevó al Gobierno Nacional a expedir la Resolución; a continuación se transcribirán los artículos que dieron origen a los consagrados en nuestro Código Sustantivo del trabajo.

⁷⁶ COLOMBIA, DEPARTAMENTO NACIONAL DEL TRABAJO. Resolución 34 de 1937 (30 de agosto). Sobre reglamento general del trabajo en las minas de oro, plata y platino. En: *Ibid*, Pág. 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434 y 435.

⁷⁷ *Ibid*, Pág 429.

A continuación se transcribirán los artículos que dieron origen a los consagrados en nuestro Código Sustantivo del trabajo.

Artículo 1. Para los efectos de esta resolución llámese empresa minera a toda persona o entidad por cuya cuenta se exploten minerales de oro, plata o platino.

Artículo 2. las minas son de tres clases a saber :

- a. de aluvión ;*
- b. de veta, y*
- c. de sedimento.*

Artículo 3. las empresas tienen toda libertad para organizar internamente los trabajos, forma y periodos de pagos etc ; de acuerdo con las necesidades peculiaridades a la elaboración de cada mina según la clase a que pertenezca y según las circunstancias del lugar, época y recursos con que se cuente para la elaboración.

Parágrafo – Es entendido que la libertad reconocida a favor de las empresas en este artículo, esta limitada por las disposiciones legales que rigen en materia de trabajo y que aparecen desarrolladas y adaptadas a la industria minera por esta resolución.

Parágrafo- Es también entendido que en el uso de esa libertad de organización interna las empresas tendrán presentes la libertad de cooperación que debe regir entre el capital y el trabajo.

Artículo 8. Son empleados en las empresas mineras, conforme a la ley diez de 1934, y gozan de las garantías consagradas en ellas:

- a. Los administradores y los que ejercen trabajos de oficinas o gabinetes;*
- b. Los ingenieros, químicos y médicos;*
- c. Todo aquel que en cada caso particular sea clasificado como tal por la inspección nacional del trabajo y por el ministerio de industrias , previos los trámites de las resoluciones números 8 y 53 de 1936 del*

departamento nacional del trabajo y del ministerio de industria , respectivamente”.

Artículo 10. Son garantías específicas de los empleados:

- a. 15 días consecutivos de vacaciones remuneradas por cada año continuo de servicio;*
- b. Auxilio de cesantía, y*
- c. Auxilio de enfermedades.*

Todo ello en los términos de la ley 10 de 1934 y del Decreto número 652 de 1935 que lo reglamenta.

Artículo 15- Conforme a lo dispuesto en el artículo 5, cada empresa se dará su propio reglamento de higiene y lo someterá a la aprobación de la respectiva autoridad del ramo.

Artículo 19- Las empresas suministrarán al personal las drogas que prescriba el médico de las minas y en conformidad con las disposiciones generales del departamento nacional de higiene.

Artículo 22. En conformidad con el artículo 7 de la misma ley 26 de 1921, las compañías mencionadas tienen la obligación de tener un médico para un número no mayor de doscientos trabajadores, y de dar cuenta al médico de sanidad de la intendencia sobre el número de trabajadores, que tenga la empresa. El médico de cada empresa debe llevar un registro diario de los enfermos con las anotaciones correspondientes y rendir informe mensual al médico de sanidad de la intendencia.

Artículo 23. Si alguno de los trabajadores se viere reducido a un estado de imposibilidad o de postración por razón de enfermedades o accidentes sufridos en servicio de las empresas mineras de la intendencia del Chocó, no podrá ser despedido por ellas sino cuando haya completado su convalecencia o mediante la indemnización de dos mensualidades, por lo menos, de salarios y de gastos de transporte al primer centro poblado donde haya médico y hospitales (artículo 8, ley 26 de 1921).

El artículo 329 C.S.T define a la empresa minera la cual es exactamente igual que la del artículo primero de esta resolución con la única diferencia que no menciona la expresión “ toda persona o entidad”.

Se sigue preservando la clasificación de las minas hecha por esta resolución. De igual manera, esta resolución prevé lo establecido en el Art. 330 C.S.T sobre la libertad para señalar los periodos de pagos dependiendo del lugar, tiempo y recursos con que se cuenten para la explotación; lo que se suprimió por parte del legislador en el Código fue el primer párrafo que establecía la limitación que se le impone a las empresas mineras en materia de trabajo.

La resolución determina quiénes son empleados de las empresas mineras, lo cual no hace nuestro Código dejando por entendido implícitamente que son todos aquellos que laboren en las empresas mineras que se encargan de la explotación de mineral de oro, plata y platino.

El artículo 15 de la Resolución sobre reglamento de higiene de las empresas mineras es ahora a cargo del Ministerio del Trabajo como lo estipula el artículo 332 C.S.T.

Artículo 15. Las empresas mineras tienen las obligaciones que sobre higiene del personal y de los campamentos y seguridad de los trabajadores prescribe el Ministerio del Trabajo

Como podemos observar, la resolución prevé en sus artículos 22 y 23 que se espera el tiempo de convalecencia para despedir al trabajador o indemnizarlo; nuestro Código obliga a esperar el tiempo de la asistencia médica y la indemnización.

9.2 NORMAS ACTUALMENTE VIGENTES

El Capítulo X del Título IX del Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 327 dispone que se encuentran obligados a suministrar a sus trabajadores asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria en caso de enfermedad no profesional hasta por seis meses cuando su capital exceda de doscientos mil pesos y hasta por tres meses cuando su capital sea igual o inferior a esa suma, debiendo tener un médico en ejercicio legal de la profesión por cada doscientos trabajadores o fracción no inferior a cincuenta.

El artículo 328 del Código Sustantivo del Trabajo dice que una vez transcurridos los seis meses o tres meses según el caso de asistencia médica que señala el artículo anterior y que pagado el auxilio monetario por enfermedad no profesional, las empresas mineras e industriales del departamento del Chocó y cuyo capital exceda de

doscientos mil pesos, pueden despedir al trabajador que siga incapacitado reconociéndole una indemnización equivalente a dos mensualidades de su salario, más los gastos de transporte al más próximo centro poblado en donde haya médico y hospital oficial.

El artículo 329 define a la empresa minera, para los efectos de este Capítulo, como toda explotación de mineral de oro, plata y platino.

El artículo 330 le da la libertad a estas empresas para señalar los periodos de pago de acuerdo con las circunstancias del lugar, tiempo y recursos con que se cuente para la explotación, al contrario de lo establecido en el artículo 134 del Código Sustantivo del Trabajo:

Artículo 134. El salario en dinero debe pagarse por periodos iguales y vencidos, en moneda de legal. El periodo de pago para los jornales no puede ser mayor de una semana, y para sueldos no inferior de un mes. El pago del trabajo suplementario o de horas extras y el de recargo por trabajo nocturno debe efectuarse junto con el salario ordinario del periodo en que se han causado, o a más tardar con el salario del periodo siguiente.

De igual manera el artículo 331 indica que toda empresa minera debe suministrar a juicio del médico, preventivos y curativos del paludismo y tratamiento especial a los trabajadores atacados de endemias tropicales.

En este Capítulo se enumeran las actividades que para los efectos del ordinal b) del artículo 161 y del ordinal c) del artículo 162, tienen el carácter de actividades discontinuas e intermitentes o de simple vigilancia en las minas, para efectos de la jornada en el artículo 333 que dispone:

Artículo 333. Para los efectos del ordinal b) del artículo 161 y del ordinal c) del artículo 162, tienen el carácter de actividades discontinuas e intermitentes o de simple vigilancia en las minas, según el caso, los siguientes trabajadores:

1. En todas las minas:

- a) Los encargados de las plantas eléctricas;***
- b) Los vigilantes y capataces de cuadrilla;***
- c) Los gariteros, sirvientes, pajes, cuidanderos, caseros, arrieros, conductores de vehículos y ayudantes, y***
- d) Los acequeros y los que se ocupan en el sostenimiento de los acueductos que sirven para abastecer de agua a las maquinarias;***

2. En las minas de aluvión:

Los ocupados en el manejo de elevadores hidráulicos y bombas centrífugas;

- a. Los que se ocupen en el manejo de motores hidráulicos y bombas centrífugas;***
- b. Los encargados de las bombas en los apagues;***

- c. Los encargados del canalón, y*
- d. En las dragas, todos aquellos cuya labor requiere conocimientos técnicos especiales.*

3. En las minas de Veta:

- a) Los encargados de las plantas de cianuración, flotación, amalgamación, tostión y fundición;*
- b) Los molineros, y*
- c) Los encargados de los motores, de las bombas, de las malacates y de las grúas*

9.3 CONVENIOS DE LA O.I.T

9.3.1 Convenio 176 de la OIT, sobre seguridad y salud en las minas. ⁷⁸Este

Convenio sobre seguridad y salud en las minas, no ha sido ratificado por Colombia; entró en vigor internacional el 5 de junio de 1998 y fue adoptado en 1995. Se transcribirán los artículos más importantes y posteriormente se comentarán.

El artículo 1 del Convenio establece:

Artículo 1

1. A los efectos del presente Convenio, el término mina abarca:

- a) los emplazamientos, subterráneos o de superficie, en los que se lleven a cabo, en particular, las actividades siguientes:*
 - i) la exploración de minerales, excluidos el gas y el petróleo, que implique la alteración del suelo por medios mecánicos;*

⁷⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, CONVENIO 176 DE LA OIT, SOBRE SEGURIDAD Y SALUD EN LAS MINAS, Entrado en vigor el 5 de Junio de 1998. En: CD Op cit

- ii) la extracción de minerales, excluidos el gas y el petróleo;*
 - iii) la preparación, incluidas la trituración, la molturación, la concentración o el lavado del material extraído, y*
 - b) todas las máquinas, equipos, accesorios, instalaciones, edificios y estructuras de ingeniería civil utilizados en relación con las actividades a que se refiere el apartado a) anterior.***
- 2. A los efectos del presente Convenio, el término empleador designa a toda persona física o jurídica que emplea a uno o más trabajadores en una mina, y según proceda, al encargado de la explotación, al contratista principal, al contratista o al subcontratista.*

El Convenio enumera todo aquello que se debe entender por mina, lo cual es de gran importancia si miramos que consagra diferentes actividades que no prevé nuestro Código Sustantivo del Trabajo al definir de una manera muy general lo que se debe entender por empresa minera, en su artículo 329 al disponer:

Artículo 329. Se entiende que es empresa minera toda explotación de mineral de oro, plata y platino.

Artículo 5.

1. La legislación nacional mencionada en el párrafo 1 del artículo 4 deberá designar a la autoridad competente encargada de vigilar y regular los diversos aspectos de la seguridad y la salud en las minas.

2. Dicha legislación nacional deberá contener disposiciones relativas a:

- a) la vigilancia de la seguridad y la salud en las minas;*
- b) la inspección de las minas por inspectores designados a tal efecto por la autoridad competente;*

- c) los procedimientos para la notificación y la investigación de los accidentes mortales o graves, los incidentes peligrosos y los desastres acaecidos en las minas, según se definan en la legislación nacional;*
- d) la compilación y publicación de estadísticas sobre los accidentes, enfermedades profesionales y los incidentes peligrosos, según se definan en la legislación nacional;*
- e) la facultad de la autoridad competente para suspender o restringir, por motivos de seguridad y salud, las actividades mineras, en tanto no se hayan corregido las circunstancias causantes de la suspensión o la restricción, y*
- f) el establecimiento de procedimientos eficaces que garanticen el ejercicio de los derechos de los trabajadores y sus representantes a ser consultados acerca de las cuestiones y a participar en las medidas relativas a la seguridad y la salud en el lugar de trabajo.*

3. Dicha legislación nacional deberá disponer que la fabricación, el almacenamiento, el transporte y el uso de explosivos y detonadores en la mina se lleven a cabo por personal competente y autorizado, o bajo su supervisión directa.

4. Dicha legislación nacional deberá especificar:

- a) las exigencias en materia de salvamento en las minas, primeros auxilios y servicios médicos adecuados;*
- b) la obligación de proporcionar y mantener en condiciones apropiadas respiradores de auto salvamento a quienes trabajan en minas subterráneas de carbón y, en caso necesario, en otras minas subterráneas;*
- c) las medidas de protección que garanticen la seguridad de las explotaciones mineras abandonadas, a fin de eliminar o reducir al mínimo los riesgos que presentan para la seguridad y la salud;*
- d) los requisitos para el almacenamiento, el transporte y la eliminación, en condiciones de seguridad, de las sustancias peligrosas utilizadas en el proceso de producción y de los desechos producidos en la mina, y*
- e) cuando proceda, la obligación de facilitar y mantener en condiciones higiénicas un número suficiente de equipos sanitarios y de instalaciones para lavarse, cambiarse y comer.*

5. Dicha legislación nacional deberá disponer que el empleador responsable de la mina deberá garantizar que se preparen planos apropiados de la explotación antes de iniciar las operaciones y cada vez que haya una modificación significativa y que éstos se actualicen de manera periódica y se tengan a disposición en el lugar de trabajo.

Por otro lado, el artículo 5 establece las disposiciones o temas que debe regular la legislación nacional, para lograr una mayor seguridad en las minas y un excelente estado de salud para los trabajadores; busca de esta manera prevenir o evitar accidentes que puedan ocasionar la muerte o daños en la salud de los trabajadores.

Los artículos que a continuación transcribiremos impone unas obligaciones a los empleadores y trabajadores de velar por la seguridad y salud; estas ayudarán a un mejor funcionamiento de todo aquel que se dedique al oficio de la minería

Artículo 10

El empleador deberá velar porque:

a) los trabajadores dispongan, sin ningún costo para ellos, de programas apropiados de formación y readaptación y de instrucciones comprensibles en materia de seguridad y salud, así como en relación con las tareas que se les asignen;

b) se lleven a cabo, de acuerdo con la legislación nacional, la vigilancia y el control adecuados en cada turno que permitan garantizar que la explotación de la mina se efectúe en condiciones de seguridad;

c) se establezca un sistema que permita saber con precisión y en cualquier momento los nombres de todas las personas que están bajo tierra, así como la localización probable de las mismas;

d) se investiguen todos los accidentes e incidentes peligrosos, según se definan en la legislación nacional, y se adopten las medidas correctivas apropiadas, y

e) se presente a la autoridad competente, un informe sobre los accidentes e incidentes peligrosos, de conformidad con lo que disponga la legislación nacional.

Artículo 14

La legislación nacional deberá prever que los trabajadores tengan, en función de su formación, la obligación de:

- a) de acatar las medidas de seguridad y salud prescritas;*
- b) de velar de manera razonable por su propia seguridad y salud y por la de las personas que puedan verse afectadas por sus acciones u omisiones en el trabajo, incluidos la utilización y el cuidado adecuados de la ropa de protección, las instalaciones y el equipo puestos a su disposición con este fin;*
- c) de informar en el acto a su jefe directo de cualquier situación que consideren que puede representar un riesgo para su salud o seguridad o para la de otras personas y que no puedan resolver adecuadamente ellos mismos, y*
- d) de cooperar con el empleador para permitir que se cumplan los deberes y las responsabilidades asignados a éste en virtud de las disposiciones del presente Convenio.*

De los artículos no es necesario anotar algo diferente a lo que en ellos se consagra, debido a que con su simple lectura se despejan las dudas y es muy explícito y claro.

9.4 CONCLUSIONES PARCIALES.

Como conclusión de este Capítulo, se manifiesta que los artículos 327 y 331 del Código Sustantivo del Trabajo se encuentra hoy regulado por la ley 100 de 1993, en cuanto a la asistencia médica.

Consideramos que este Capítulo X del Código Sustantivo del Trabajo es discriminatorio y vulnera el derecho de igualdad hoy frente a los demás trabajadores de empresas mineras e industriales que no sean del departamento del Chocó, debido a

que no encontramos ningún motivo para que éstos tengan este tipo de prestaciones especiales.

Por lo anterior, consideramos que se debe fusionar el Capítulo X y XI del Código Sustantivo del Trabajo, pero retirando obviamente aquellas normas que fueron excedidas por la ley 100 de 1993 y dejando un solo régimen prestacional especial para los trabajadores de empresas mineras de oro, plata y platino.

Por otro lado, creemos que se debe conservar el artículo 328 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con la indemnización equivalente a dos mensualidades de su salario, más los gastos de transportes al más próximo centro poblado donde haya médico y hospital oficial, para poder despedir a el trabajador que siga incapacitado luego de transcurridos los 180 días establecidos en el artículo 7, del Decreto 2351 de 1965 por considerar que estos trabajadores laboran en unas condiciones de riesgo en su lugar de trabajo.

10. TRABAJADORES DE EMPRESAS AGRÍCOLAS, GANADERAS O FORESTALES

Está contenido en el Capítulo XII, de los artículos 334 a 337.

10.1 ANTECEDENTES DE LAS NORMAS VIGENTES

10.1.1 **Resolución Número 2 de 1929.**⁷⁹ El antecedente que encontramos de los trabajadores de empresas agrícolas, ganaderas o forestales es la Resolución Número 2 de 1929, dictada por la Oficina General del Trabajo, en ella encontramos 3 artículos que son los antecedentes del Capítulo XII del nuestro Código Sustantivo del Trabajo, ellos son los siguientes:

Artículo 1. Los dueños de las haciendas en las que trabajen 15 o más personas habitualmente, quedan obligados a construir y sostener casas para alojarlos, con piezas dormitorios proporcionadas al número de ellos, en conformidad con las reglas higiénicas del Acuerdo número 40 de 1918, expedido por la Junta Central de Higiene, y con las Resoluciones números 16 de 1919 y 91 de 1920 de la Dirección Nacional de Higiene.

⁷⁹ COLOMBIA, OFICINA GENERAL DEL TRABAJO. RESOLUCIÓN NÚMERO 2 DE 1929. Sobre higiene en las haciendas. En: BARON SERRANO, Op cit, Pág. 455 y 672.

El número de casas y el lugar en donde deben construirse se fijarán por el dueño de la hacienda en tal forma que no obligue a los trabajadores a recorrer a pie una distancia mayor de cinco kilómetros para ir a sus labores.

Artículo 4. Se destinará una pieza para alojar a los trabajadores que enfermen. En ella se les atenderá debidamente, mientras no puedan ser trasladados a la población más próxima en busca de servicios médicos, si el caso lo requiere.

Esta pieza no tendrá comunicación con las demás habitaciones; tendrá piso de ladrillo bien unido, cemento, asfalto o madera, y no podrá emplearse para uso distinto del indicado.

Artículo 5. Toda empresa agrícola o pecuaria que ocupe quince o más trabajadores tendrá, permanentemente, para suministrarles gratis, los siguientes medicamentos y materias de curación:

Sesenta gramos de tintura de yodo, un paquete de gasa esterilizada, un carrete de esparadrapo, un paquete de algodón absorbente, diez purgantes de sulfato de soda de treinta gramos cada uno, quince dosis de aspirina de cincuenta centigramos cada una, media libra de bicarbonato de soda y cinco frascos de aceite de ricino.

Estos medicamentos están rotulados y serán renovados cuando se agoten.

De los anteriores artículos nos damos cuenta que para la fecha en que se expide la Resolución no se manejaba el concepto de empresa, sino el de hacienda.

Como podemos darnos cuenta todavía se sigue manteniendo el mínimo de trabajadores permanentes que debe tener la empresa para hacerse cargo de las obligaciones consagradas en estos artículos, lo único que se hizo fue resumir y unir en

un solo artículo lo establecido en el artículo 1 y 4 de la resolución en el artículo 334 de nuestro Código Sustantivo del Trabajo, que establece:

Artículo 334. Las empresas agrícolas, ganaderas o forestales que ocupen quince (15) o más trabajadores que residan en ellas están obligadas a suministrarles alojamiento adecuado, a destinar un local para asistencia de enfermos y a proveerlos de los medicamentos o medios terapéuticos de urgencia.

La Resolución enumera los medicamentos y materias de curación, lo cual desaparece en nuestro Código Sustantivo del Trabajo ya que lo que se impone es la obligación de combatir las enfermedades tropicales por todos los medios curativos y profilácticos y no restringiendo la obligación solo a estos medicamentos anteriormente transcritos.

10.2 NORMAS ACTUALMENTE VIGENTES

El Capítulo VII del Título IX del Código Sustantivo del Trabajo en sus artículos 334 al 337 consagran ciertas prestaciones especiales que deben cubrir los patrones a favor de estos trabajadores. Dichas prestaciones especiales regulan ciertas condiciones de trabajo o laborales con relación a aquellas actividades relacionadas con empresas forestales, agrícolas y ganaderas. Entre estas prestaciones tenemos por ejemplo que estas empresas se encuentran obligadas a suministrar alojamiento adecuado, a

destinar un local para la existencia de enfermos y a proveerlos de los medicamentos o medios terapéuticos de urgencia, lo anterior siempre que se cumpla la condición que sean quince o más trabajadores que residan en ella.

Otras de las prestaciones a que se encuentran obligadas estas empresas, es combatir las enfermedades tropicales, por todos los medios curativos y profilácticos, que se encuentran en climas templadas y calientes, el Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social antes Ministerio de Trabajo e Higiene se encargará de dictar o supervisar para que se cumpla con estos preceptos consagrados en los artículos 334 y 335 del Código Sustantivo del trabajo.

Por último, nuestra legislación laboral en su artículo 337 contempla que donde hubiere veinte o más niños en edad escolar, hijos de los trabajadores de estas empresas tienen la obligación de suministrar local apropiado para establecer una escuela.

Estos trabajadores se encuentran amparados por un régimen especial laboral. Las normas que se encuentran vigentes para estos trabajadores son:

- Ley 6 de 1991 que modificó el artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo regula la jornada de trabajo para los trabajadores que laboren en actividades agrícolas, forestales y ganaderas establece ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales.

- El artículo 252 del Código Sustantivo del Trabajo regula lo relacionado con las cesantías.

- La prima de servicios se encuentra consagrada en el artículo 306 del Código sustantivo del trabajo.

-El Decreto 2373 de 1974 en su artículo segundo establece que los empleadores cuya actividad económica sea entre otras la ganadería y agricultura deberán o están obligados a suministrar zapatos y vestido de labor a los trabajadores que devengan el salario mínimo legal dicha obligación debe cumplirse en las fechas 30 de abril, 31 de agosto y 31 de diciembre, todo lo anterior siempre que el trabajador permanente haya cumplido en las fechas en que obliga la entrega del vestido y calzado de labor, más de tres meses al servicio del empleador.

El artículo 12 de la ley 11 de 1984 que modificó el artículo 289 del Código Sustantivo del Trabajo obliga a toda empresa de carácter permanente a tomar un

seguro de vida colectivo. Y por último el artículo 186 regula las vacaciones de estos trabajadores.

10.3 LEGISLACION EXTRANJERA

10.3.1 **Chile.**⁸⁰ El Código Laboral Chileno en su Capítulo II regula el contrato de trabajadores agrícolas, el cual se compone de dos párrafos, el primero son normas generales y el segundo establece normas especiales para los trabajadores agrícolas de temporada, con esta división encontramos la primera diferencia con nuestro ordenamiento ya que aquí no se hace ninguna distinción en las normas entre el trabajador permanente y el que solo labora por temporadas.

Estas normas solo son aplicadas a aquellos trabajadores que no pertenezcan a empresas comerciales e industriales derivadas de la agricultura y solo se aplica a los trabajadores que laboren en el cultivo de la tierra conforme a lo dispuesto por el artículo 87.

Artículo 87. Se aplicarán las normas de este Capítulo a los trabajadores que laboren en el cultivo de la tierra y a todos los que desempeñen actividades agrícolas bajos las órdenes de un empleador y que no pertenezcan a

⁸⁰ CHILE. CODIGO DEL TRABAJO. LEY 19.759 DE 2001 (5 de octubre). Por el cual se expide el Nuevo Código del Trabajo. Primera edición. Chile: Editorial Diego Portales. 2001. Pág. 29,30 y 31.

empresas comerciales e industriales derivadas de la agricultura. El reglamento determinará las empresas que revisten tal carácter.

No se les aplicarán las disposiciones de este Capítulo a aquellos trabajadores que se encuentren empleados en faenas agrícolas y que no laboren directamente en el cultivo de la tierra, tales como administradores, contadores o que, en general, desempeñen labores administrativas.

No se aplicarán las normas de este Código a los contratos de arriendo, mediería, aparcería u otros en virtud de los cuales las personas exploten por su cuenta y riesgo predios agrícolas.

No son trabajadores agrícolas los que laboran en aserraderos y plantas de explotación de maderas, salvo los que lo hagan en aserraderos móviles que se instalen para faenas temporales en las inmediaciones de los bosques en explotación.

Una de las semejanzas que encontramos con nuestro ordenamiento es la obligación que tiene el empleador tanto de trabajadores permanentes como los de temporada de proporcionarle a los trabajadores alojamiento o habitación como lo consagra el artículo 92 y el inciso primero del artículo 95, con la diferencia que se tiene incluida esta obligación en el contrato de trabajo y no se toma como una prestación especial a cargo de los empleadores.

Artículo 92. En el contrato de los trabajadores permanentes, se entenderá siempre incluida la obligación del empleador de proporcionar al trabajador y su familia habitación higiénica y adecuada, salvo que éste ocupe o pueda ocupar una casa habitación en un lugar que, atendida la distancia y medios de comunicación, le permita desempeñar sus labores.

Artículo 95. En el contrato de los trabajadores transitorios o de temporada, se entiende siempre incluida la obligación del empleador de proporcionar al trabajador condiciones adecuadas e higiénicas de alojamiento, de acuerdo a las características de la zona, condiciones climáticas y demás propias de la faena de temporada de que se trate, salvo que éste acceda o pueda acceder a

su residencia o aun lugar de alojamiento adecuado e higiénico que, atendida la distancia y medios de comunicación, le permita desempeñar sus labores.

El Código Laboral Chileno prevé para los trabajadores agrícolas permanentes la posibilidad de que se pueda suspender sus labores por las condiciones climáticas lo que nuestro legislador estableció semejantemente con los trabajadores de la construcción para poder suspender el trabajo por lluvia.

Artículo 89. Los trabajadores agrícolas que por las condiciones climáticas no pudieren realizar su labor, tendrán derecho al total de la remuneración en dinero y en regalías, siempre que no hayan faltado injustificadamente al trabajo el día anterior.

En el caso previsto en el inciso anterior, los trabajadores deberán efectuar las labores agrícolas compatibles con las condiciones climáticas que les encomiende el empleador, aun cuando no sean las determinadas en los respectivos contratos de trabajo.

El reglamento determinará la aplicación y modalidades del presente artículo.

Artículo 91. Para efectos de este artículo, se entenderán por regalías el cerco, la ración de tierra, los talajes, la casa habitación higiénica y adecuada y otras retribuciones en especie a que el empleador se obligue para con el trabajador.

Otra cosa importante que tiene el Capítulo II del Código Chileno es que la forma de remuneración de los trabajadores agrícolas podrá estipularse en dinero o en regalías, ellos consideran regalías lo que nosotros en nuestro ordenamiento consagramos como salario en especie, esto lo encontramos en el inciso 4 del artículo 91.

10.4 CONVENIOS DE LA O.I.T

10.4.1 **Convenio 25.**⁸¹ De los Convenios más importantes que tenemos con relación a los trabajadores de empresas agrícolas, ganaderas o forestales se encuentra el convenio relativo al seguro de enfermedad de los trabajadores agrícolas número 25 adoptado en 1927, el se encuentra aprobado por la Ley 129 de 1931, la fecha de registro de ratificación fue el 20 junio de 1933, este convenio entró en vigor internacional el 15 de julio de 1928.

Con este Convenio se obliga a implantar el seguro de enfermedad para los trabajadores agrícolas lo cual se encuentra previsto en el artículo 1 del Convenio.

El artículo 2 del Convenio consagra el campo de aplicación y las excepciones que se pueden adoptar por cada país miembro, el artículo consagra:

Artículo 2. 1. El seguro de enfermedad obligatorio se aplicará a los obreros, empleados y aprendices de las empresas agrícolas.

2. Sin embargo, cada Miembro podrá establecer en su legislación nacional las excepciones que estime necesarias respecto a:

⁸¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, CONVENIO 25 RELATIVO AL SEGURO DE ENFERMEDAD DE LOS TRABAJADORES AGRÍCOLAS, adoptado en 1927. En: CD Op cit

- a) *Los empleos temporales cuya duración no alcance el límite que fije la legislación nacional, los empleos irregulares ajenos a la profesión o a la empresa del empleador, los empleos ocasionales y los empleos accesorios;*
- b) *Los trabajadores cuyos salarios o ingresos superen el límite que fije la legislación nacional;*
- c) *Los trabajadores que no reciban remuneración en metálico;*
- d) *Los trabajadores a domicilio cuyas condiciones de trabajo no puedan ser asimiladas a las de los asalariados;*
- e) *Los trabajadores que no hayan alcanzado o que hayan sobrepasado los límites de edad que fije la legislación nacional;*
- f) *Los miembros de la familia de la familia del empleador.*

3. También podrán ser exceptuadas de la obligación del seguro de enfermedad de personas que, en virtud de las leyes, reglamentos o de un estatuto especial, tengan derecho, en caso de enfermedad, a beneficios por lo menos equivalentes en su conjunto a los previstos en el presente convenio.

El anterior artículo lo que hace es enumerar las materias sobre las cuales pueden presentarse por la legislación de cada país miembro.

Otro artículo importante del Convenio número 25 es el cuarto, el cual establece la asistencia médica para el asegurado, nuestro ordenamiento laboral no establece esta asistencia médica para los trabajadores agrícolas, ganaderas y forestales como si lo consagra a favor de otros trabajadores como son los de empresas de petróleo, los de las empresas de la construcción, los de la zona bananera y los trabajadores de empresas mineras e industriales del Chocó. Este artículo establece lo siguiente:

Artículo 4. El asegurado tendrá derecho gratuitamente, desde el principio de la enfermedad y, por lo menos, hasta la expiración del periodo previsto para la concesión de la indemnización por enfermedad, al tratamiento de un médico debidamente calificado, y al suministro de medicamentos y de medios terapéuticos suficientes y de buena calidad.

2. Sin embargo se podrá pedir al asegurado una participación en los gastos de la asistencia, en las condiciones que fije la legislación nacional.

3. La asistencia médica podrá ser suspendida durante todo el tiempo que el asegurado se niegue, sin justa causa, a conformarse a las prescripciones médicas y a las instrucciones relativas a la conducta de los enfermos, o muestre negligencia en el uso de los medios puestos a su disposición por la institución de seguro.

Este Convenio de igual manera establece por quién y qué características debe tener aquel que administre el seguro de enfermedad y solo le permite a cada Miembro la posibilidad de escoger al administrador de él si se cumple con las condiciones que se imponen en el artículo 6 del Convenio que consagra:

Artículo 6. 1. El seguro de enfermedad deberá ser administrado por instituciones autónomas, que estarán sujetas al control administrativo y financiero de los poderes públicos y no podrán perseguir ningún fin lucrativo. Las instituciones que se hayan fundado por iniciativa privada deberán estar reconocidas por los poderes públicos.

2. Los asegurados deberán participar en la administración de las instituciones autónomas de seguros, en las condiciones que determine la legislación nacional.

3. Sin embargo la administración del seguro de enfermedad podrá ser asumida directamente por el Estado durante todo el tiempo que la administración por instituciones autónomas resulte difícil, imposible o inadecuada, a consecuencia de las condiciones nacionales y, particularmente, a consecuencia del insuficiente desarrollo de las organizaciones profesionales de empleadores y de trabajadores.

Por otra parte es importante comentar que al seguro de enfermedad deberán contribuir a la formación de la caja del seguro los asegurados como los empleadores, es decir, que dicha obligación es tanto como para el trabajador como el empleador, el Convenio no dice en que porcentaje contribuye cada uno, sino que deja este tema a la legislación nacional.

10.5 CONCLUSIONES PARCIALES

Al igual que los anteriores Capítulos concluimos que son normas bastante arcaicas, inaplicables, que en la actualidad se encuentra excedidas por el Estatuto de Seguridad Social y Pensiones (Ley 100 de 1993) y otras que consideramos que no deberían estar en el Título IX del Código Sustantivo del Trabajo, para nosotros fue un error del legislador ubicarlos en este Título.

11. EVENTUAL PROYECTO DE LEY

11.1 EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Las normas laborales del Título noveno del Código Sustantivo del Trabajo, referentes a los regímenes especiales de trabajadores y a las prestaciones derivadas de la seguridad social, fueron expedidas por el legislador de la época con el fin de regular las situaciones socioeconómicas del momento, pero con el paso del tiempo algunas de estas normas han perdido su vigencia y utilidad jurídica, hasta el punto de haberse vuelto obsoletas e inaplicables.

En razón a la necesidad de actualización y armonización de la legislación laboral, hemos decidido emprender la tarea de realizar una reforma al Código Sustantivo del Trabajo, con el fin de asegurar que las normas que lo conforman cumplan con los principios constitucionales establecidos en el artículo 53 de la Carta Política⁸²:

Artículo 53. El congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

⁸² COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Bogotá D. C.: ESAP, 1992. Artículo 53.

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El Estado garantizará el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios del trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

Las modificaciones que pretendemos realizar buscan asegurar el respeto de los derechos laborales de los trabajadores y empleadores, consagrando regulaciones acordes con las necesidades actuales para ambas partes, donde se garanticen las garantías laborales mínimas para los primeros sin que esto acarree una carga prestacional excesiva para los segundos.

Del estudio y análisis que hemos realizado en el presente trabajo, podemos concluir que las normas que consagran las prestaciones hoy asumidas por el Régimen General de Seguridad Social, deben desaparecer del articulado del Código Sustantivo del

Trabajo, toda vez que mantenerlas vigentes ocasionaría inseguridad jurídica por la existencia de duplicidad normativa sobre el tema. En su reemplazo debe simplemente contemplarse la obligación de los empleadores que incumplen el deber de afiliarse a sus trabajadores al sistema de seguridad social, de asumir las prestaciones propias de este sistema a las que su trabajador tendría derecho de haber sido afiliado, ya que, como se anotó anteriormente, la sanción legal establecida para los empleadores incumplidos, se limita a imponer el pago de una suma determinada, pero no asegura el cumplimiento de los derechos de los trabajadores.

Con respecto a los regímenes especiales de trabajadores consagrados en el Título IX del Código Sustantivo del Trabajo, es necesario que la normatividad que en nuestro concepto, debe continuar vigente, sea ubicada en el Título III, en el cual se encuentran consagrados los contratos de trabajo con determinados trabajadores, para mantener de esta forma un orden lógico y coherente.

Las razones por las cuales, algunos de los Capítulos y artículos que pertenecen a los regímenes especiales de trabajadores, serán retirados del ordenamiento laboral, son principalmente la asunción por parte del Régimen General de Seguridad Social, de

las prestaciones monetarias y asistenciales por enfermedad, y su inaplicación por la evolución de la situación socioeconómica del país.

Se deben tener en cuenta las conclusiones parciales de éste trabajo para efectos de fundamentar los motivos que nos llevaron a realizar el proyecto de ley en mención.

11.2 ARTICULADO

11.2.1 Eventual proyecto de ley. Prestaciones referentes a la Seguridad Social a cargo del empleador.

Artículo 1. Regla general. Los Empleadores o empresas que no cumplan con la obligación de afiliar a sus trabajadores al Régimen de Seguridad Social Integral, por cualquier causa, deberán asumir además de las prestaciones comunes, aquellas a las que sus trabajadores tendrían derecho de haberse realizado su afiliación oportuna al sistema.

Artículo 2. Pensión de Vejez. El empleador deberá asumir el pago de la pensión de vejez en la forma y cuantía establecida por el régimen de Seguridad Social, para el

Régimen de Prima Media con Prestación definida, siempre que el trabajador cumpla con los requisitos legales establecidos para el nacimiento del derecho.

Artículo 3. Auxilio por Enfermedad no Profesional e Invalidez. Todo trabajador que por culpa de su empleador no se encuentre afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, que sufra una incapacidad para desempeñar sus labores por causa de enfermedad no profesional, tendrá derecho, a la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria necesaria, a cargo del empleador, hasta que éste cumpla con su obligación de afiliarlo y este riesgo sea cubierto por el Sistema General de Seguridad Social en Salud

Artículo 4. Pensión de Invalidez. El trabajador no afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, que se encuentre en estado de invalidez según lo establecido por la legislación sobre Seguridad Social Integral, y que cumpla los requisitos determinados por ésta para ser acreedor de una Pensión de Invalidez, tendrá derecho a recibir de su empleador esta prestación en el monto y en la forma establecida para los trabajadores afiliados al Régimen de Seguridad Social en Salud.

Artículo 5. Calificación del estado de invalidez El estado de Invalidez será determinado con base en el manual único para la calificación de invalidez, expedido

por el Gobierno Nacional, y será establecido en la misma forma y por los mismos organismos encargados de esta función en el Régimen de Seguridad Social en Salud.

Artículo 6.. Pensión de Sobrevivientes.: Los beneficiarios del trabajador no afiliado por culpa de su empleador al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, tendrán derecho a recibir una Pensión de Sobrevivientes, cuyo pago estará a cargo de su empleador, siempre que cumpla con los requisitos establecidos en el Régimen de Seguridad Social para que los afiliados a éste se hagan acreedores a este derecho.

El monto, la determinación de los beneficiarios, la demostración de esta calidad y el pago del seguro, se establecerá conforme a la normatividad pertinente del Régimen de Seguridad Social.

11.2.2 Eventual proyecto de ley. Regímenes especiales de trabajadores.

Artículo 1. Deróganse los artículos 311, 317 al 327, 331, 332, 335 y 336 del Código Sustantivo del Trabajo.

Artículo 2. Reubíquese en el Título III del Código Sustantivo del Trabajo el artículo 309 el cual quedara así: Para los efectos del presente Capítulo se entiende por actividades de la construcción las siguientes:

- a) Las edificaciones, incluidas las excavaciones y la construcción, las transformaciones estructurales, la renovación, la reparación, el mantenimiento (incluidos los trabajos de limpieza y pintura) y la demolición de todo tipo de edificios y estructuras;

- b) Las obras públicas, incluidos los trabajos de excavación y la construcción, transformación estructural, reparación, mantenimiento y demolición de, por ejemplo, aeropuertos, muelles, puertos, canales, embalses, obras de protección contra las aguas fluviales y marítimas y las avalanchas, carreteras y autopistas, ferrocarriles, puentes, túneles, viaductos y obras relacionadas con la prestación de servicios, como comunicaciones, desagües, alcantarillado y suministros de agua y energía;

- c) El montaje y desmontaje de edificios y estructuras a base de elementos prefabricados, así como la fabricación de dichos elementos en las obras o en sus inmediaciones.

Artículo 3. Reubíquese en el Título III del Código Sustantivo del Trabajo el artículo 310 el cual quedara así: A los trabajadores de obras o actividades de construcción, se les reconocerá el auxilio de cesantías y las vacaciones, así :

- a) El auxilio de cesantía por todo el tiempo servido, a razón de tres (3) días de salario por cada mes completo de trabajo, siempre que se haya servido siquiera un mes, y debe pagarse a la terminación del contrato por cualquier causa, y
- b) Las vacaciones remuneradas de quince (15) días hábiles y consecutivos por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones de año, cuando se haya trabajado por lo menos un (1) mes.

Artículo 4. Reubíquese en el Título III del Código Sustantivo del Trabajo, el artículo 328 , que quedará así:

Transcurrido el término de 180 días establecido en el artículo 7, del decreto 2351 de 1965 y pagado el auxilio monetario por enfermedad no profesional, las empresas mineras de oro, plata y platino, podrán despedir al trabajador reconociéndole una indemnización equivalente a dos mensualidades de su salario, más los gastos de transportes al más próximo centro poblado, en donde haya médico y hospital oficial.

Artículo 5. Reubíquese en el Título III del Código Sustantivo del Trabajo los artículos 312, 313, 314, 315, 316, 329, 330, 333, 334 y 337.

CONCLUSIONES FINALES

Respecto de las prestaciones relacionadas con el derecho a la seguridad social de los trabajadores, podemos concluir que, como se ha manifestado anteriormente, las prestaciones patronales especiales consagradas en el Título IX del Código Sustantivo del Trabajo, referentes a la Seguridad Social (pensión de jubilación, enfermedad no profesional e invalidez, y seguro de vida colectivo obligatorio), fueron establecidas transitoriamente a cargo de los empleadores y han sido asumidas en su totalidad por el Régimen de Seguridad Social regulado por la ley 100 de 1993, lo cual asegura al trabajador el cumplimiento de las mismas de una manera más efectiva y completa, ya que la asunción de estos riesgos recae en manos de entidades más sólidas, vigiladas y controladas por el Estado.

Lastimosamente, en muchos casos, los empleadores no cumplen con la obligación de afiliarse a sus trabajadores al Sistema, razón por la cual, los riesgos de invalidez, vejez y muerte no quedan asegurados, lo que acarrea una total desprotección y vulneración de los derechos de los trabajadores que la ley ha buscado siempre asegurar y proteger a través de la consagración de prestaciones mínimas. Si en los casos en que los empleadores han incumplido la obligación de la afiliación se les exonerara de la carga

de las prestaciones alegando la asunción de estos riesgos por el sistema, el trabajador quedaría injustamente desprotegido y el empleador incumplido injustamente favorecido, desconociendo así la finalidad de la ley laboral.

Por las razones anteriormente anotadas es preciso afirmar que las prestaciones patronales especiales referentes a la Seguridad Social, deben continuar a cargo de los empleadores que no cumplan con la afiliación de sus trabajadores al Sistema, lo cual no equivale a afirmar que los artículos del Código Sustantivo del Trabajo, que regulan estas materias, deben continuar siendo parte integrante del mismo, ya que, para evitar una duplicidad normativa, éstas normas deben ser derogadas y remplazadas por otras que estipulen la obligación del empleador incumplido de asumir las prestaciones en mención, pero sujeto al régimen de prima media con prestación definida establecido por la ley 100 de 1993, para el efecto. Consideramos que debe aplicarse el régimen de prima media y no el de ahorro individual con solidaridad, porque en éste último los requisitos de edad y número de semanas cotizadas se supeditan al valor del ahorro realizado por el trabajador, lo que para efectos del presente caso dificultaría la determinación del monto de la pensión al que estaría obligado a pagar el empleador incumplido y de la duración de ésta, ya que en éste sistema, lo que determina la posibilidad de pensionarse es la suma que se tenga ahorrada independientemente de la edad o del número de semanas cotizadas.

Esto es necesario, debido a que la sanción establecida por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es suficiente para asegurar la protección de los derechos de los trabajadores no afiliados :

Artículo 271. El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedor en cada caso y por cada afiliado a una multa, impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder 50 veces dicho salario. El Valor de esta multa se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente.

Por otra parte, respecto de los regímenes especiales de trabajadores, como gran conclusión podemos decir que se debe enmendar el error que cometió nuestro órgano legislativo al incluir en el Título IX estas normas por considerar que deben estar ubicadas en el Título III el cual regula los “contratos de trabajo con determinados trabajadores” ya que estas normas no consagran ningún tipo de prestación especial a cargo de los empleadores sino que establecen regulaciones especiales que deben ser aplicadas en los contratos de los trabajadores de la construcción, los trabajadores de empresas agrícolas, ganaderas o forestales.

En segunda medida creemos que debe existir un solo Capítulo que abarque a los trabajadores de empresas mineras de oro, plata y platino y las industriales sin necesidad de dejar un Capítulo para los trabajadores de estas empresas en el Chocó.

El Capítulo IX del Título IX nos parece que debe suprimirse porque las circunstancias que le dieron origen desaparecieron como anteriormente lo explicamos y porque el único artículo que tiene este Capítulo se encuentra asumido por la ley 100 de 1993.

Para finalizar es importante nuevamente resaltar que la mayoría de estos artículos se encuentran asumidos por el Sistema de Seguridad Social Integral.

BIBLIOGRAFIA

Fuentes doctrinales

Nacionales:

AFANADOR NÚÑEZ Fernando. El sistema pensional Colombiano. Primera edición.
Bogotá: Legis editores S.A.1999.

CAMPOS RIVERA, Domingo. Derecho Laboral Colombiano. Santafé de Bogotá
D.C.: Temis. 1.997.

CERÓN DEL HIERRO, Antonio. Derecho Laboral Individual. Santafé de Bogotá D.
C. : Doctrina Vigente. 1.998.

COLEGIO DE ABOGADOS DEL TRABAJO. El Derecho del Trabajo y la
Seguridad Social. Realidad y proyecciones. Santafé de Bogotá D. C.: Legis.
Noviembre de 1.998.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Bogotá D.C: ESAP: 1992.

DÍAZ GUTIÉRREZ, Iván Alberto. Instituciones de Derecho Laboral en Colombia. Santafé de Bogotá D. C.: Editorial Leyer. 1ª edición. 1.997.

DUQUE LUQUE, Oswaldo. La pensión sanción. Rodríguez Quito editores.1991.

GONZÁLEZ CHARRY, Guillermo. Derecho Laboral Colombiano, Tomo 1, Volumen 2. Santafé de Bogotá D.C.: Librería Doctrina y Ley. 1.996.

GUERRERO FIGUEROA, Guillermo. Compendio de Derecho Laboral. Tomos I, II, III y IV. 1.995, 1.996.

HERRERA VERGARÁ, Hernando y otros. Código Sustantivo del Trabajo. Análisis Histórico, Crítico . Primera edición. Bogotá: Legis editores S.A. 2000

ISAZA CADAVID, Germán. Derecho Laboral Aplicado. Santafé de Bogotá D. C.: Grupo Editorial Leyer. 1.999

LAMO GÓMEZ, Jorge Eduardo. Derecho laboral colombiano. Algunos temas para la introducción a su estudio. Bucaramanga : UNAB. 1.982.

LAFONT, Francisco. Derecho Laboral Individual. Santafé de Bogotá D.C.: Ediciones Ciencia y Derecho. 1.996.

LÓPEZ FAJARDO, Alberto. Elementos de Derecho del Trabajo. Parte Individual y Colectiva. Jurisprudencia y Doctrina. Santafé de Bogotá D. C.: Universidad Sergio Arboleda. 1.999.

OCHOA MORENO, Benjamín. Reforma laboral, Análisis crítico. Santafé de Bogotá D.C. : Rodríguez Quito editores. 1.991.

PLAZAS G., Germán Y PLAZAS M., Germán Alonso. La nueva Práctica Laboral año 2.000. 512 preguntas y respuestas sobre derecho laboral individual. 6ª. Edición. Santafé de Bogotá D.C.: Linotipia Bolívar Cía. S. en C. 2.000.

VANEGAS CASTELLANOS, Alfonso. Teoría y práctica de la seguridad social. Bogotá D.C: Ediciones librería del profesional, tercera edición. 1997.

Internacionales:

VASQUEZ VIALARD, Antonio. Derecho del trabajo y la seguridad social. Tomo 2, quinta edición. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Fuentes Legales:

COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA, LEY 114 DE 1913. Por la cual se reconocen las pensiones de jubilación al personal docente de escuelas primarias.

COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. LEY 4 DE 1921. Sobre higiene de las explotaciones de yacimientos o depósitos de hidrocarburos.

COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA, LEY 26 DE 1921. Sobre trabajadores de las empresas petrolíferas.

COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. LEY 37 DE 1921. Por la cual se establece el Seguro Colectivo Obligatorio.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. LEY 44 DE 1929. Que adiciona y reforma las leyes 37 de 1921 y 32 de 1922, sobre Seguro de Vida Colectivo.

COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. LEY 1 DE 1932 (16 de julio). Por la cual se provee a la jubilación de los empleados y obreros ferroviarios.

COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. LEY 1 DE 1937. Por la cual se establecen prestaciones para los trabajadores de la zona bananera.

COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. LEY 61 DE 1939. (19 de diciembre) . Por la cual se reconocen algunas garantías a los trabajadores de la construcción.

COLOMBIA, CONGRESO DE COLOMBIA, LEY 63 DE 1940 (10 de diciembre). Por la cual se reforma la ley 1 de 1932 y se adiciona el artículo 1 de la ley 206 de 1938.

COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. LEY 6 DE 1945. Por el cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo.

COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. LEY 38 DE 1946 (13 de diciembre).

Por la cual se aclara y adiciona la Ley 61 de 1939.

COLOMBIA, CONGRESO DE COLOMBIA, LEY 90 DE 1946 (26 de septiembre).

Por la cual se establece el seguro social Obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. LEY 171 DE 1961 (29 de diciembre).

Por la cual se reforma la ley 77 de 1959 y se dictan otras disposiciones

COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. LEY 5 DE 1969 (13 de octubre). Por

la cual se aclara el artículo 12 de la ley 171 de 1961 y el 5 de la ley 4 de 1964 y se dictan otras disposiciones

COLOMBIA, CONGRESO DE COLOMBIA, LEY 71 DE 1988 (19 de diciembre).

Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones.

COLOMBIA, MINISTERIO DE TRABAJO, HIGIENE Y PREVISIÓN SOCIAL, DECRETO REGLAMENTARIO 1471 DE 1932 (8 de septiembre). Por el cual se

reglamenta la Ley 1 de 1932, sobre jubilación de los empleados y obreros ferroviarios.

COLOMBIA. MINISTERIO DE TRABAJO, HIGIENE Y PREVISIÓN SOCIAL.
DECRETO 1192 DE 1937 (22 de enero). Por el cual se reglamentan los artículos 7 y 9 de la Ley 1 de 1937

COLOMBIA. MINISTERIO DE TRABAJO, HIGIENE Y PREVISIÓN SOCIAL .
DECRETO 1268 DE 1939 (15 de junio). Por el cual se dictan disposiciones de sanidad general para empresas de petróleo

COLOMBIA. MINISTERIO DE TRABAJO, HIGIENE Y PREVISIÓN SOCIAL
DECRETO 709 DE 1940 (10 de abril). Por el cual se reglamenta la Ley 61 de 1939.

COLOMBIA MINISTERIO DE TRABAJO, HIGIENE Y PREVISIÓN SOCIAL.
DECRETO 1052 DE 1944 (29 de abril). Por el cual se adiciona el Decreto 709 de 1940.

COLOMBIA. MINISTERIO DE TRABAJO, HIGIENE Y PREVISIÓN SOCIAL.
DECRETO 2058 DE 1944 (4 de septiembre) Por el cual se reforma el Decreto 709
de 1940, reglamentario de la Ley 61 de 1939

COLOMBIA. MINISTERIO DE TRABAJO. DECRETO 3041 DE 1966 (19 de
diciembre). Por el cual se aprueba el Reglamento General del Seguro Social
obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte.

COLOMBIA. MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA. DECRETO 2719 DE 1993
(31 de diciembre). Por el cual se reglamenta el artículo 1 del decreto ley 284 de 1957
y se dictan otras disposiciones.

COLOMBIA. MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. DECRETO
2463 DE 2001 (21 de noviembre). Por el cual se reglamenta la integración,
financiación y funcionamiento de las juntas de calificación de invalidez.

COLOMBIA, OFICINA GENERAL DEL TRABAJO, Resolución Número 2 de
1929. Sobre higiene en las haciendas.

COLOMBIA, DEPARTAMENTO NACIONAL DEL TRABAJO, Resolución 34 de 1937 (30de agosto). Sobre reglamento general del trabajo en las minas de oro, plata y platino.

Proyectos de ley:

COLOMBIA. SENADO DE LA REPUBLICA. Proyecto de ley 282 de 2000 (18 de mayo). Por el cual se modifican los artículos 309 y 310 del Capítulo VII del Código Sustantivo del Trabajo.

COLOMBIA. SENADO DE LA REPUBLICA. Proyecto de ley 206 de 2001. Por medio del cual se modifican algunos artículos de la ley 100 de 1993 en relación con el Sistema General de Pensiones y se dictan otras disposiciones.

Fuentes Jurisprudenciales

Corte Suprema de Justicia:

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 31 de mayo de 1955, D. del T. Vol. XXII, número 127-129.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Casación laboral, Sección Primera. Sentencia del 24 de febrero de 1968. Mp. Edmund Harker Puyana

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Casación laboral, Sección segunda. Sentencia del 28 de agosto de 1986, Mp. Juan Hernández Saenz. Radicación 361.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Casación Laboral, Sentencia del 13 de Julio de 1988. Mp: Rafael Baquero Herrera, Radicación 2193,.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Casación laboral, Sección Segunda. Sentencia del 3 de agosto de 1992 Mp: José Roberto Herrera, Radicación 4936.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Casación Laboral, Sentencia del 1 de Octubre de 1993. Mp: Rafael Mendez Arango, Radicación 5955,.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Casación Laboral, Sentencia del 22 de Noviembre de 1993. Mp: Rafael Méndez Arango, Radicación 6129.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Casación laboral. Sentencia del 22 de agosto de 1995. Mp. Jose Roberto Herrera. Radicación 7571

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 12 de octubre de 1995. M.p. Hugo Suescún Pujols. Radicación 7851

COLOMBIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Casación laboral, Sentencia 7 del Febrero de 1996. Mp Roberto Herrera Vergara, Radicación 7710.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Casación Laboral, Sentencia del 16 de Julio de 1996. Mp: José Roberto Herrera Vergara, Radicación 8351.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Casación Laboral, Sentencia del 9 de Agosto de 1996. Mp Francisco Escobar Henriquez, Radicación 8190.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 19 de agosto de 1997. Mp: Rafael Mendez Arango. Radicación 2003

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Casación laboral, Sentencia de marzo 20 de 2.000. Mp: José Roberto Herrera Vergara. Expediente 13134.

Corte Constitucional:

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 529 de 1994. Mp: Gregorio Hernández Galindo.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-547 de febrero 27 de 2001. Mp: Carlos Gaviria Díaz.

Documentos de la O.I.T:

Cd: Enciclopedia Microsoft Encarta 2001. Microsoft Corporation.

Cd: International Labour Standards Electronic Library (ILSE), Geneve: International Labour Office, 2001.

Páginas web:

www.ramajudicial.gov.co

www.oit.org.pe

www.ilo.org

www.trabajo.gov.ar

www.leyesnet.com

www.mte.gov.pe

www.seguridadsocial.gov.ar

<http://ilolex.ilo.ch:1567>