

Consulta. Radicación No. 1.138

REGIMEN DE TRANSICION DE LA LEY 100 DE 1993 - Exclusión de Beneficiarios

Las personas desvinculadas del servicio oficial el 1° de abril de 1994 y que no se encontraban cotizando a ninguna entidad de previsión social, no son beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993. A tales personas les es aplicable el régimen general u ordinario establecido en la ley 100 de 1993, pudiendo pensionarse - con el tiempo de servicio y las semanas de cotización que hubiesen acumulado, inclusive con anterioridad a la fecha de vigencia de la ley 100 - a la edad de 55 o de 60 años, según se trate de mujeres o de hombres, respectivamente.

(98 / 09 / 23 , SALA DE CONSULTA , 1138 , Ponente : Dr. JAVIER HENAO HIDRON)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero de Estado: Javier Henao Hidrón

Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés de septiembre de mil novecientos noventa y ocho.

Radicación número: 1.138

Referencia: Instituto Nacional del Transporte, INTRA. Régimen pensional de jubilación o vejez aplicable a sus ex funcionarios.

El señor Ministro de Transporte, para sustentar la consulta que más adelante se formula, presenta en resumen los siguientes hechos y consideraciones:

1. Que el Instituto Nacional del Transporte, INTRA, establecimiento público del orden nacional, fue creado mediante decreto 770 de 24 de mayo de 1968 y suprimido por el decreto 2171 de 1992.
2. Que por acuerdo de junta directiva y según consta en las actas 18, 27, 28 y 29 de 1969, previas consultas al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y la Presidencia de la República, sus funcionarios fueron afiliados al Instituto de Seguros Sociales y no a la Caja Nacional de Previsión como correspondía hacerlo en razón a que esta última no contaba con la capacidad instalada para atender la prestación de servicios médico asistenciales en todas las ciudades donde funcionaba dicha entidad.

Como a sus funcionarios se les aplicaba el régimen del empleado oficial, el INTRA reconocía y pagaba pensiones de jubilación y las sustituciones de las mismas, de conformidad con lo establecido por las leyes 33 de 1985 y 71 de 1988, prestación que era cancelada hasta que

cumplieran los requisitos exigidos por el ISS para el pago de la pensión de vejez, quedando a cargo del INTRA la diferencia pensional resultante entre la pensión de jubilación y la de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales.

1. Que el Ministerio de Transporte por disposición del artículo 122 del decreto 2171 de 1992, asumió los derechos y obligaciones del INTRA y en consecuencia ha venido reconociendo y pagando pensiones de jubilación a ex funcionarios que laboraron en dicho Instituto y cumplieron con los requisitos establecidos en la ley 33 de 1985.
2. Que algunos ex funcionarios cumplieron 20 años al servicio de diferentes entidades del sector oficial, siendo el INTRA la última entidad en la cual prestaron sus servicios. En estos casos, el Ministerio de Transporte ha consultado a algunas entidades sobre la cuota parte pensional, siendo aceptada entre otras por la Caja Nacional de Previsión Social y el Instituto de Seguros Sociales; pero las restantes, que también tienen a cargo el reconocimiento de pensiones, "han objetado argumentando que la actualización debe efectuarse a partir del período resultante de la diferencia entre la fecha de causación del derecho y la vigencia de la ley 100 de 1993 (abril 1º. de 1994) hasta el año anterior a la fecha de causación del derecho y no a la fecha de efectividad de la pensión".
3. Que la ley 100 de 1993, en su artículo 36 establece el régimen de transición en los siguientes términos: "La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al entrar en vigencia el Sistema tengan 35 años o más de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley (...) El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor, según certificado que expida el DANE"

Posteriormente se expidió el decreto 2143 de 1995, que establece: "... los trabajadores que al entrar en vigencia la ley 100 de 1993, tuviesen 20 años o más de servicios cumplidos y no estuviesen vinculados laboralmente o cotizando, tendrán derecho a que se les aplique el Régimen de Transición previsto en la ley 100 de 1993 y por tanto tendrán derecho a que se les reconozca la respectiva pensión cuando cumplan el requisito de edad exigido en el régimen que se les aplicaba al momento del retiro..." Y,

1. Que la Corte Constitucional mediante la sentencia C-596/97 declaró exequible la expresión "al cual se encuentren afiliados", contenida en el segundo inciso del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

Con fundamento en lo expuesto, se pregunta:

- a. ¿ Puede considerarse que las personas desvinculadas del servicio oficial al momento de entrar en vigencia la ley 100 de 1993 y por consiguiente no se encontraban cotizando a ninguna Entidad de Previsión Social, son o no beneficiarias del Régimen de Transición consagrado en el artículo 36 de la citada ley ?. En ambos casos, ¿ cuál sería el régimen aplicable ?
- b. ¿ Debe el Ministerio de Transporte reconocer pensiones de jubilación a los ex

funcionarios del INTRA no obstante que a la fecha de separación del servicio (terminación relación laboral), tenían 20 años de servicio y durante el término que prestaron sus servicios en el INTRA estuvieron afiliados al Instituto de Seguros Sociales para los riesgos de invalidez, vejez y muerte ?

- c. ¿ Si estos funcionarios por haber sido afiliados al Instituto de Seguros Sociales, perdieron la calidad de servidores públicos para obtener la pensión por el régimen a ellos aplicable o por consiguiente se rigen por las normas del ISS para la pensión de vejez ?
- d. ¿ Puede el Ministerio de Transporte y el Instituto de Seguros Sociales celebrar una conmutación pensional para que éste asuma en su totalidad el pago de la pensión de vejez y no tenga el Ministerio que reconocer la diferencia pensional resultante entre la pensión de jubilación y la de vejez que reconoce dicho Instituto ?
- e. ¿ Debe el Ministerio de Transporte reconocer pensión de jubilación a los ex funcionarios del INTRA que al término de extinción del citado Instituto habían prestado servicio por un término igual a diez (10) años en sus últimos veinte (20) años de servicio anteriores al cumplimiento de la edad exigida para la pensión de vejez según el artículo 12 del decreto 758 de 1990 ?
- f. ¿ Debe el Ministerio de Transporte reconocer la pensión de jubilación a los ex funcionarios del INTRA que al término de extinción del mismo habían prestado sus servicios a dicho Instituto, por un período inferior a diez (10) años, teniendo en cuenta que el tiempo anterior a éste fue prestado en diferentes entidades del Estado afiliadas a distintas entidades de previsión ?

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE :

- I. Supresión del INTRA. En ejercicio de las facultades conferidas al Gobierno Nacional por el artículo transitorio 20 de la Constitución de 1991, el 30 de diciembre de 1992 fue expedido el decreto 2171 "por el cual se reestructura el Ministerio de Obras Públicas y Transporte como Ministerio de Transporte y se suprimen, fusionan y reestructuran entidades de la rama ejecutiva del orden nacional".

Una de las entidades suprimidas fue el Instituto Nacional de Transporte y Tránsito, INTRA, para cuya liquidación se dispuso el término máximo de un (1) año contado a partir de la vigencia del mencionado decreto, debiendo todos los activos, derechos y obligaciones que aun estuvieren a cargo de dicho Instituto pasar a propiedad de la Nación - Ministerio de Transporte (ibídem, artículos 119 y 122).

Como establecimiento público del orden nacional, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, el INTRA vinculaba a su personal mediante una relación legal y reglamentaria, propia de los empleados públicos. A éstos les era aplicable el régimen prestacional establecido para la administración nacional, como el contenido en las leyes 33 de 1985 y 71 de 1988. De conformidad con la primera, "el empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años, tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague un pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio". Conforme a la segunda, que estableció el sistema de acumulación de aportes, provenientes tanto del sector público como del sector privado, "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, 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 es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer".

- I. Antecedentes legislativos en materia prestacional. Desde el año de 1947 el legislador previó la acumulación sucesiva o alternativa de tiempo de servicio a distintas entidades de derecho público, aún de diferentes órdenes, para efecto de cómputo en relación con la pensión de jubilación; el pago proporcional se hacía por las cajas pagadoras a las que hubiere estado afiliado el pensionado.

Así, la ley 24 de 1947, cuyo artículo 1º. adicionó el artículo 29 de la ley 6ª. de 1945, prescribió que "los servicios prestados sucesiva o alternativamente para distintas entidades de derecho público, se acumularán para el cómputo de tiempo en relación con la jubilación, y el monto de la pensión correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo servido y al salario o remuneración devengados en cada una de aquéllas".

Por su parte, la ley 72 de 1947 dispuso: "Los empleados nacionales, departamentales o municipales que al tiempo de cumplir su servicio estén afiliados a una Caja de Previsión Social tendrán derecho a exigirle el pago de la totalidad de la pensión de jubilación. La Caja pagadora repetirá de las entidades obligadas el reembolso de la cantidad proporcional que les corresponda, habida consideración del tiempo de servicio del empleado en cada una de las entidades oficiales".

En 1968, con motivo de la reforma administrativa de dicho año, el decreto ley 3135 previó la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y reguló el régimen prestacional de los empleados públicos y de los trabajadores oficiales.

El derecho a repetir en materia prestacional, para efectos del pago de la pensión de jubilación a quienes reunieran los requisitos para acceder a la misma, quedó establecido en el artículo 28 del decreto últimamente citado, en los términos siguientes: "La entidad de previsión obligada al pago de la pensión de jubilación, tendrá derecho a repetir contra los organismos no afiliados a ella, a prorrata del tiempo que el pensionado hubiere servido en ellos. El proyecto de liquidación será notificado a los organismos deudores, los que dispondrán del término de quince días para objetarlo".

Respecto de la acumulación del tiempo de servicios, el decreto reglamentario 1848 de 1969 insistía en que "los servicios prestados sucesiva o alternativamente a distintas entidades de derecho público, establecimientos públicos, empresas oficiales y sociedades de economía mixta, se acumularán para el cómputo del tiempo requerido para la pensión de jubilación. En este caso, el monto de la pensión correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo servido en cada una de aquellas entidades, establecimientos, empresas o sociedades de economía mixta", con la advertencia de que la entidad o empresa a cuyo cargo esté el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, tiene derecho a repetir contra las entidades y empresas oficiales obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que les corresponda, a prorrata del tiempo de servicios en cada una de aquéllas (artículos 72 y 75, numeral 3).

Al mismo tiempo, el decreto reglamentario 1848 de 1969 precisaba: "La pensión de jubilación correspondiente se reconocerá y pagará al empleado oficial por la entidad de previsión social a la cual estuvo afiliado al tiempo de cumplir el tiempo de servicios requeridos por la ley, si para entonces se hubiere retirado del servicio oficial sin tener la edad exigida para tal fin, o por la

entidad de previsión a que esté afiliado al tiempo de retiro, si entonces cumple los requisitos de tiempo de servicios y edad señalados para el goce de la pensión". En el evento de que el empleado oficial no estuviere afiliado a ninguna entidad de previsión social al tiempo de retirarse del servicio, el reconocimiento y pago se hará directamente por la última entidad o empresa oficial empleadora (artículo 75).

Con la expedición de la ley 33 de 1985 se dictaron nuevas medidas en relación con las prestaciones sociales del sector público y con las cajas de previsión. En este último aspecto, se entendió por cajas de previsión las entidades del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, municipal o distrital que por ley, reglamento o estatutos tuvieran, entre otras, la función de pagar pensiones a empleados oficiales de cualquiera de dichos órdenes. Insistió en que la Caja de Previsión Social obligada al pago de pensión de jubilación, tendrá derecho a repetir contra los organismos no afiliados a ella, o contra las respectivas cajas de previsión, a prorrata del tiempo que el pensionado hubiere servido o aportado a las correspondientes cajas u organismos. Una vez más, el proyecto de liquidación será notificado a los organismos deudores, los que dispondrán de un término de quince días para objetarlo, vencido el cual se entenderá aceptado por ellos. Y se agregó que para tales efectos, "el Ministerio de Hacienda y Crédito Público efectuará anualmente las compensaciones a que haya lugar, con cargo a los giros que les correspondan a los organismos o cajas, por concepto de aportes al Presupuesto Nacional; cuando se trate de entidades del orden departamental, intendencial, comisarial, municipal o del Distrito Especial de Bogotá, la compensación anual se efectuará con cargo a las correspondientes transferencias de impuestos nacionales" (artículo 2º.).

El sistema pensional varió, finalmente, al establecerse por la ley 71 de 1988 la pensión por el sistema de aportes tanto del sector público como del sector privado durante 20 años y el derecho a una pensión de jubilación siempre que el empleado oficial o trabajador cumpla 60 años de edad o más si es varón y 55 años o más si es mujer.

Se concluye, entonces, que la obligación de reconocer y pagar la pensión de jubilación corresponde a la entidad de previsión a la cual estuvo afiliada la persona en el momento en que cumplió los requisitos exigidos por la ley para acceder al derecho correspondiente. Si al retiro del servicio oficial no tenía la edad exigida para tal fin, la obligación seguirá a cargo de la misma entidad de previsión a la cual estuvo afiliado al cumplir el tiempo de servicios requerido por la ley. Si no hubiere estado afiliada a ninguna entidad de previsión social, el reconocimiento y pago deberá hacerlo la última entidad oficial empleadora. Y en caso de acumulación de tiempo de servicios, la última entidad a cuyo cargo está la obligación pensional tiene derecho a repetir contra las demás, en proporción al tiempo servido en cada una de ellas.

I. Afiliación al Instituto de Seguros Sociales de los funcionarios del INTRA. Dice el consultante que por acuerdo de junta directiva, el INTRA afilió a sus funcionarios al Instituto de Seguros Sociales "y no a la Caja Nacional de Previsión como corresponde hacerlo en razón a que esta última no contaba con la capacidad instalada para atender la prestación de los servicios médico asistenciales en todas las ciudades donde funcionaba dicha entidad".

Agrega que el INTRA pagaba pensiones de jubilación y las sustituciones de conformidad con lo establecido por las leyes 33 de 1985 y 71 de 1988 hasta que el pensionado cumplía los requisitos exigidos por el Instituto de Seguros Sociales para el reconocimiento y pago de la llamada "pensión de vejez", quedando a cargo del INTRA la diferencia pensional resultante entre la pensión de jubilación a su cargo y la de vejez que reconoce el ISS.

Como consecuencia, los servidores del INTRA, en su calidad de empleados públicos o funcionarios, no estuvieron sujetos al régimen del seguro social obligatorio, pues la ley no los incluyó entre los afiliados forzosos. Tampoco la afiliación voluntaria al ISS varió el régimen prestacional a ellos aplicable, como era el contenido en las leyes 33 de 1985 y 71 de 1988.

Lo expuesto explica por qué una vez el servidor cumplía los requisitos de edad y tiempo de servicios fijados en la normatividad vigente, el INTRA asumía el pago de la pensión de jubilación y seguía cotizando al Instituto de Seguros Sociales para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando el pensionado cumplía los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez, que eran los siguientes conforme al artículo 12 del decreto 758 de 1990: "Sesenta o más años de edad en el caso de los hombres y cincuenta y cinco años o más en el de las mujeres, y un mínimo de quinientas semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de mil semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo". Era en este momento cuando el Seguro Social procedía a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del INTRA el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el ISS y la que venía cubriendo al pensionado.

Esa modalidad de compartibilidad de pensiones legales de jubilación, estaba ya prevista en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, expedido en 1951, en favor de los trabajadores que prestaran servicios en empresas privadas con capital de ochocientos mil pesos o más, y llegaran a los 55 años para los hombres o 50 para las mujeres, después de 20 años de servicios continuos o discontinuos. Las otras modalidades de compartibilidad pensional, son la denominada pensión sanción y las extralegales o convencionales (decreto 758 de 1990, artículos 16, 17 y 18).

Se pregunta en la consulta si el Ministerio de Transporte y el Instituto de Seguros Sociales pueden celebrar una conmutación pensional para que éste asuma en su totalidad el pago de la pensión de vejez y no tenga el Ministerio que reconocer la diferencia pensional resultante entre la pensión de jubilación y la de vejez que reconoce dicho Instituto.

La figura de la conmutación de pensiones la previó el legislador como instrumento para salvaguardar los derechos pensionales ante eventos de cierre o liquidación de empresas, caso en el cual se disponía que el empleador cubriese una suma determinada y así el Instituto de Seguros Sociales se hiciera cargo del pago de la pensión.

En la ley 100 de 1993, la conmutación pensional está prevista para atender los efectos de la llamada pensión sanción por despido injusto, producida en los casos en que el empleador, por omisión, no afilia a sus trabajadores - trabajadores del sector privado o servidores públicos que tengan la calidad de trabajadores oficiales - a la seguridad social. En estos eventos, "las pensiones podrán ser conmutadas con el Instituto de Seguros Sociales" (artículo 133, parágrafo 2°).

Al respecto esta Sala, en la consulta No. 960 de 1997, expuso el siguiente criterio:

La conmutación de las pensiones, de acuerdo con la ley 25 de 1971, el decreto ley 2677 de 1971 y su reglamentario 1572 de 1973 es el mecanismo mediante el cual el Instituto de Seguros Sociales se hace cargo de la pensión que debe pagar una empresa en proceso de cierre o liquidación o en notable estado de descapitalización, previo el pago por el patrono de una suma que se señalará en consonancia con la ley y sus reglamentos.

En síntesis, hay lugar a conmutación, cuando una empresa nacional o extranjera que tenga pendientes pensiones de jubilación, se encuentre en situaciones especiales, así:

- proceso de cierre o liquidación
- notable estado de descapitalización, o
- disminución de actividades o desmantelamiento.

Agregó la Sala que considerando el propósito fundamental de evitar cualquier situación que pueda hacer nugatorio el derecho de jubilación de los trabajadores, es posible recurrir al sistema de conmutación.

IV. Sistema General de Pensiones. El Sistema General de Pensiones establecido por la ley 100 de 1993, constituye la normatividad única en materia de seguridad social en el país, aplicable a todos los habitantes del territorio nacional, con las excepciones previstas en el artículo 279 ibídem y que comprenden a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a los servidores públicos y pensionados de la Empresa Colombiana de Petróleos.

Los nuevos requisitos para obtener la pensión de vejez - que ahora se identifica con la pensión de jubilación -, consisten en que el afiliado reúna las siguientes condiciones: 1. Haber cumplido cincuenta y cinco años de edad si es mujer, o sesenta años de edad si es hombre, y 2. Haber cotizado un mínimo de mil semanas en cualquier tiempo (artículo 33).

Adicionalmente, la ley 100 conservó todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores para quienes a la fecha de su vigencia (23 de diciembre de 1993), hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encontraban pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos los órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general (artículo 11).

De igual modo, reconoció ciertas prerrogativas en favor de los futuros beneficiarios del régimen pensional, que si bien no tenían el derecho adquirido por no haber cumplido los requisitos de edad y el tiempo de servicios exigidos por la normatividad anterior, sí tenían una real expectativa de derecho, en la medida en que por la edad o el tiempo de servicio o el número de cotizaciones eran los beneficiarios más próximos al derecho pensional antes de expedirse la ley de seguridad social. Para tales efectos, conformó en el artículo 36 un régimen de transición según el cual para acceder a la pensión de vejez se aplicará "el régimen anterior al cual se encuentren afiliados" a las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema o sea el 1º de abril de 1994, tengan treinta y cinco años o más de edad si son mujeres o cuarenta o más años de edad si son hombres, o quince o más años de servicios cotizados, en lo relacionado con la edad, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez, pues en cuanto a las demás condiciones y requisitos aplicables a dichas personas para acceder a la pensión en referencia, se regirán por las disposiciones contenidas en la ley 100.

Se hace énfasis en que el régimen de transición para las personas beneficiarias del mismo, trae como consecuencia la aplicación de tres requisitos del régimen pensional anterior al cual se encontraban afiliados:

- La edad para acceder a la pensión de vejez,

- El tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y
- El monto de la pensión de vejez.

El decreto 813 de 1994 reglamentó la transición de las pensiones de vejez o jubilación de servidores públicos afiliados a cajas, fondos o entidades de previsión social, al determinar que cuando con fecha 1° de abril de 1994 el servidor público hubiese prestado 15 años o más, continuos o discontinuos, de servicios al Estado, cualquiera sea su edad, o cuente 35 años o más de edad si es mujer o 40 años o más de edad si es hombre, tendrá derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación o vejez a cargo de la caja, fondo o entidad de previsión a la cual se encuentra afiliado, cuando cumpla con los requisitos establecidos en las disposiciones del régimen que se le venía aplicando.

A su vez, el decreto 1160 de 1994, complementario del anterior, señaló cinco eventos de pérdida de los beneficios del régimen de transición. Los dos primeros se refieren a la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad, y a la vinculación a empresas o entidades que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 279 de la ley 100, están excluidos de la aplicación del sistema general de pensiones. Las tres causales restantes, fueron suspendidas por la sección segunda del Consejo de Estado, mediante auto de 28 de agosto de 1997, proferido dentro del expediente No. 16.716, por considerar que dichas causales de pérdida del beneficio del sistema de transición no están previstas en la ley, por lo que el decreto desbordó la facultad reglamentaria.

Las causales suspendidas se refieren a las siguientes situaciones :

- a. Cuando los trabajadores vinculados con empleadores o empresas del sector privado que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones a 1° de abril de 1994, beneficiarios del régimen de transición, se desvinculen definitivamente de la empresa o empleador respectivo antes de cumplir el tiempo de servicio necesario para tener derecho a la pensión;
- b. Cuando los trabajadores vinculados al sector privado que se encontraban cotizando a 1° de abril de 1994 al ISS, y cumplían la edad para obtener la pensión de vejez, no reunían el mínimo de semanas de cotización requeridos en el régimen anterior, y
- c. Cuando los servidores públicos, beneficiarios del régimen de transición no alcancen a cumplir el tiempo de servicios necesario para tener derecho a la pensión de jubilación conforme al régimen que se les venía aplicando por desvincularse definitivamente de la entidad o cargo a los cuales se aplicaba el régimen respectivo y no completen el tiempo de servicios requerido en otra entidad o cargo público que tuviera a 31 de marzo de 1994 idéntico régimen de pensiones.

En otra de sus disposiciones - inciso segundo del artículo 3° -, el decreto 1160 de 1994 conservaba el régimen de transición en favor de los trabajadores que no estaban vinculados laboralmente a 31 de marzo de 1994, siempre y cuando en la última entidad en la cual estuvieren vinculados hubieran cotizado al ISS. Decía la norma citada : "Los trabajadores que no estaban vinculados laboralmente a 31 de marzo de 1994, solamente serán beneficiarios del régimen de transición siempre y cuando en la última entidad en la cual estuvieren vinculados hubieran cotizado al ISS, en cuyo caso atenderán las condiciones de edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y monto de las pensiones establecidos en el régimen vigente en el Instituto a 31 de marzo de 1994". Empero, el inciso transcrito fue declarado nulo por la sección segunda del Consejo de Estado (auto de 10 de abril de 1997, expediente No. 12.031), por considerar que

la ley no exige que se cumpla el requisito de vinculación laboral del trabajador a 31 de marzo de 1994 "y menos aún bajo la condición de que si no laboraban en esa fecha, tenían que tener cotización al Instituto de los Seguros Sociales".

En armonía con su jurisprudencia sobre la materia, y sin perjuicio de la tesis de la Corte Constitucional que se expondrá más adelante, la sección segunda del Consejo de Estado negó la suspensión provisional del siguiente texto del decreto 2143 de 1995 : "Entiéndase exceptuados del numeral 5° del artículo 1° y contemplados por el artículo 3° del decreto 1160 de 1994, a los trabajadores que a la fecha de entrar en vigencia la ley 100 de 1993 tuviesen veinte (20) años o más de servicios cumplidos y no estuviesen vinculados laboralmente o cotizando, quienes tendrán derecho a que se les aplique en su totalidad el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y por tanto tendrán derecho a que se les reconozca la respectiva pensión cuando cumplan el requisito de edad exigido en el régimen que se les aplicaba al momento del retiro" (auto de 11 de septiembre de 1997, expediente 16.718). El fundamento aducido consiste en que cuando el inciso segundo del artículo 36 de la ley 100 se refiere al requisito de los años de servicios cotizados, simplemente fijó un mínimo, esto es, el ejecutivo quedó autorizado para reglamentar dichas disposiciones sin restricciones en tratándose de tope máximo, y que dicho inciso plantea una hipótesis que bien puede comprender tanto a las personas vinculadas laboralmente (cotizando), como a aquellas que no lo estuviesen, de tal manera que dentro de la facultad reglamentaria bien cabe la precisión que hizo el decreto acusado a propósito de las personas que no estuviesen vinculadas laboralmente (cotizando).

Como consecuencia, la sección segunda o de asuntos laborales del Consejo de Estado considera que la referencia al "régimen anterior al que se encuentren afiliados", tiene por objeto determinar los requisitos de edad, tiempo de servicio y el número de semanas cotizadas aplicables en cada caso.

De manera que si los servidores del INTRA cotizaron al Instituto de Seguros Sociales, éste era el régimen anterior al que se encontraban afiliados; afiliación que no se extinguió por el hecho de la liquidación de la entidad empleadora, ni por no encontrarse laboralmente activos a 1° de abril de 1994. Por tanto, quienes en la fecha indicada tenían 35 o más años si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, son beneficiarios del régimen de transición, siendo los requisitos indicados los establecidos en las leyes 33 de 1985 y 71 de 1988.

Sin embargo, la Corte Constitucional, que es la corporación judicial a la que se confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución Política, al declarar exequible la expresión "al cual se encuentren afiliados" que trae el segundo inciso del artículo 36 de la ley 100 de 1993, por no vulnerar el principio de igualdad garantizado en el artículo 13, ni hallar violación del principio de favorabilidad en materia laboral, contenido en el artículo 53 superior, dedujo que la diferencia entre los que estaban afiliados a un sistema pensional y los que accidentalmente no lo estaban por hallarse en período de cesantía, radica en que los primeros se pensionan de conformidad con los requisitos y en las condiciones del régimen al que estaban afiliados, y los otros de conformidad con el régimen general de la ley 100 (sentencia C-596, de 20 de noviembre de 1997). De ahí que quienes a la entrada en vigencia del sistema se encontraban trabajando y adscritos a un determinado régimen pensional, tenían una expectativa de derecho para pensionarse con los requisitos allí señalados, pero quienes no lo estaban carecían de expectativa respecto de su eventual pensión, según determinados requisitos que por sustracción de materia eran imposibles de precisar.

Por consiguiente, y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el solo requisito consistente en tener determinada edad (35 años las mujeres y 40 los hombres), no es suficiente por sí mismo para deducir la aplicación de un régimen pensional anterior al contemplado en la ley 100. Se requiere, además, la existencia de vinculación laboral o afiliación a un régimen pensional, respecto del cual puedan determinarse las condiciones de favorabilidad frente a las exigencias de la nueva ley.

I. Se responde.

- a. Las personas desvinculadas del servicio oficial el 1º. de abril de 1994 y que no se encontraban cotizando a ninguna entidad de previsión social, no son beneficiarias del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

A tales personas les es aplicable el régimen general u ordinario establecido en la ley 100 de 1993, pudiendo pensionarse - con el tiempo de servicio y las semanas de cotización que hubiesen acumulado, inclusive con anterioridad a la fecha de vigencia de la ley 100 - a la edad de 55 o de 60 años, según se trate de mujeres o de hombres, respectivamente.

- a. Como los servidores del INTRA estaban afiliados al Instituto de Seguros Sociales, corresponde a esta entidad el reconocimiento y pago de las pensiones de jubilación cuando cumplan los requisitos del régimen a ellos aplicable.

Si hubiere pensiones extralegales reconocidas en favor de trabajadores oficiales, corresponderá al Ministerio de Transporte asumir su pago hasta cuando la obligación se transfiera al Instituto de Seguros Sociales conforme a sus reglamentos.

- a. Los funcionarios del INTRA por el hecho de haber sido afiliados al Instituto de Seguros Sociales no perdieron la calidad de servidores públicos para obtener la pensión de jubilación por el régimen a ellos aplicable, esto es, el propio de los servidores públicos de la administración nacional.
- b. El Ministerio de Transporte, previos los ajustes presupuestales indispensables, podrá conmutar con el Instituto de Seguros Sociales el valor de las pensiones, para que éste continúe pagando dichas prestaciones.
- c. El Instituto de Seguros Sociales deberá reconocer las pensiones de jubilación de ex funcionarios del INTRA beneficiarios del régimen de transición con fundamento en el régimen aplicable, esto es, la ley 71 de 1988 y el artículo 12 del decreto 758 de 1990, salvo aquellos a quienes se les aplique el parágrafo del artículo 7º. de la ley 71 de 1988, caso en el cual la diferencia pensional a que haya lugar la asume el Ministerio de Transporte.
- d. Igualmente, el Instituto de Seguros Sociales deberá reconocer la pensión de jubilación a los ex funcionarios del INTRA que al término de liquidación de este Instituto, habían prestado sus servicios al mismo por un período inferior a diez años y cumplieron los requisitos exigidos para obtener la pensión, con derecho a hacer las compensaciones correspondientes con otras cajas de previsión social; teniendo en cuenta que es posible que por vía excepcional haya que dar aplicación a la situación prevista en el parágrafo del artículo 7º. de la ley 71 de 1988.

Transcríbese al señor Ministro de Transporte y envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

* * *

Augusto Trejos Jaramillo Javier Henao Hidrón

Presidente de la Sala

César Hoyos Salazar Luis Camilo Osorio Isaza

Elizabeth Castro Reyes

Secretaria de la Sala



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

