

CONCEPTO 7285 DE 2005

(mayo 19)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

D.J.N.

Bogotá, D.C.

Señor

RAMIRO DELGADO JIMENO

Carrera 2 B No. 40A – 75 Apto. 403 B

Unidad Residencial “Remanso de Coomeva”

Cali.

Mediante oficio de la referencia, solicita a esta Dirección concepto sobre diferentes temas, los cuales procederemos atender dando respuesta a cada uno de los interrogantes en él planteados:

1.- Para ese despacho, un afiliado inactivo que el 1o de Abril de 1994 contaba con 54 años de edad y 1.462 semanas de aportes en entidades estatales y en el ISS, quedó protegido por el Régimen de Transición consagrado en el Artículo 36 de la Ley [100](#) de <sic, es 1993> 1994?

Según el artículo [36](#) de la ley 100 de 1993, son beneficiarios del Régimen de Transición las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones, es decir, al 1o de abril de 1994, tengan treinta (35) años o más de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más de edad si son hombres, o quince (15) años o más de servicios cotizados.

Esta Dirección siempre ha considerado que el artículo [36](#) de la ley 100 de 1993, reconoce claramente el derecho a beneficiarse del Régimen de Transición a todas las personas que al 31 de marzo de 1994, tenían treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres o quince (15) o más años de servicios cotizados, pero en ningún momento ha exigido como requisito para ser beneficiario de este Régimen, que la persona hubiese estado cotizando o prestando sus servicios al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones. Según escrito de consulta se dan además, los dos presupuestos establecidos en el mencionado artículo.

En este punto, es oportuno tener en cuenta el pronunciamiento del 21 de marzo de 2003, de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral Magistrado Ponente: Dr. LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ que en el aparte pertinente puntualiza que el requisito de afiliación a 31 de marzo de 1994 no es necesario, expresando:

“...esta Sala en sus distintas providencias, entre otras en las sentencias de abril 2 de 2001, radicación 15279 y del 6 de junio de 2000, radicación 13410, que en lo pertinente expresan:

"En primer lugar debe anotarse que el Consejo de Estado en sentencia de Febrero 10 de 2000 declaró la nulidad de los numerales 3o, 4o y 5o del artículo [1o](#) y del inciso 1o del

artículo [3o](#) del Decreto Reglamentario 1160 de junio 3 de 1994 y que hizo lo propio con el inciso 2o del citado artículo [3o](#) del mismo decreto mediante fallo del 10 de Abril de 1997, con lo cual desaparece parte del sustento de la acusación.

"En segundo término se tiene, que en rigor el artículo [36](#) de la ley 100 de 1993 solo impone como requisitos para obtener los beneficios del régimen de transición la edad (35 años o más si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres) o los "años de servicio cotizados" (15 o más), criterio que incluso se plasma en la primera de las citadas sentencias del Consejo de Estado, como argumento central para declarar la nulidad de las normas del decreto [1160](#) de 1994 a las que se aludió antes.

"No desconoce la Sala que en el artículo [36](#) de la ley 100 de 1993 se incluye una alusión al "régimen anterior al cual se encuentren afiliados" que puede inducir al entendimiento que ha sostenido la demandada, pero considera la Sala que se trata de una expresión aclaratoria necesaria en su momento por la diversidad de regímenes prestacionales que existían. No podía tenerse como un requisito adicional dado que la afiliación corresponde a un concepto de vinculación a un régimen de seguridad social, excluyente, por ejemplo, de los casos en que era aplicable el sistema patronal e incluso de otros en los que tal mecanismo podía no existir formalmente, como también de los eventos en que por circunstancias accidentales una determinada persona podía estar desvinculada de un sistema de seguridad social, con posibilidades de reincorporarse por medio del nuevo sistema e incluso próximo al cumplimiento de los requisitos del anterior.

"Todas esas situaciones diferenciales, de aceptarse la tesis del recurrente, pugnan claramente con los postulados de un sistema de seguridad social como el establecido en la ley [100](#) de 1993, particularmente los de universalidad, unidad y solidaridad.

"Por eso las alusiones que en los preceptos reglamentarios se hacían a la vinculación laboral, no pueden entenderse como el establecimiento de una nueva condición frente al régimen de transición sino como un desarrollo del carácter universal de la disposición o de su proyección general, o de una precisión para uno de los segmentos del conjunto de beneficiarios de ese régimen especial, pues lo otro conduciría a aceptar que las disposiciones complementarias crearon un requisito adicional que no fue previsto por la norma originaria del régimen especialísimo de transición, que busca mantener unas condiciones de favorabilidad para un conjunto de beneficiarios que de otra forma verían agravadas las condiciones de acceso a la pensión en virtud de la expedición de la nueva legislación"

2.- Sabemos que el Decreto [0758](#) de 1990 nació a la vida jurídica el 11 de Abril de 1990. También conocemos sobre la irretroactividad de las leyes. De igual forma, no se escapa a nuestro conocimiento que a los afiliados beneficiados con el Régimen de Transición se les deben aplicar las normas establecidas en el régimen al cual se encontraban afiliados antes de empezar a regir la Ley [100](#) de 1993, Si desde Diciembre /1987 hasta Enero /2000 el afiliado permaneció inactivo en los registros del ISS, cuál es la norma que se le debe aplicar para definir su derecho pensional?

Es bueno destacar aquí que las contribuciones por cuotas partes ya canceladas al ISS por las entidades estatales involucradas corresponden a vinculaciones esporádicas sucedidas en el período 1956 – 1974. Entre los años 1975 y 1987 – son 12 años- todas las aportaciones fueron hechas exclusivamente al ISS.

Al tener en cuenta tiempos públicos y aportes al sector privado, el régimen aplicable sería el artículo [7](#) de la Ley 71 de 1988 reglamentado por el Decreto [2709](#) de 1994, mediante el cual se establece que tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón o 55 años o más si es mujer, acrediten en cualquier tiempo 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público.

La disposición anterior, así como la ley [100](#) de 1993, ratifican la tendencia del legislador de acumular el tiempo de prestación de servicios, bien sea en entidades públicas de cualquier orden o nivel, e inclusive de acumular tiempo cotizado en el sector privado, lo cual pone en evidencia que, como requisito legal para la pensión, es indiferente que la prestación del servicio se haya efectuado en entidad nacional o territorial, aunque se trate de pensión de jubilación, de vejez, o de aportes, reguladas por el régimen general de pensiones.

La filosofía de la acumulación de los aportes, prevista en el artículo [7](#)o. de la Ley 71 de 1988, es la de que la parte de ingresos del empleado oficial o trabajador que se destina a la formación de los fondos de pensiones en las entidades de previsión social, permitan a éstas cumplir con el pago de la pensión de jubilación, en cuantía proporcional al tiempo aportado a cada una de ellas.

3.- Al afiliado protagonista de esta consulta es dable reconocerle su derecho a acogerse a lo establecido en el Artículo [7](#) de la Ley 71 de 1988? No olvidemos que este precepto regía en el momento en que se dictó la Ley [100](#) de 1993. Prueba de ello, es que en el artículo [33](#) de esta última disposición se decretó la derogación del párrafo que acompañaba el citado artículo [7](#) de la Ley 71 de 1988.

La respuesta fue dada en el numeral anterior.

4.- En la definición de situaciones como la aquí planteada, el ISS está obligado a aplicar lo consagrado en el artículo [53](#) de la Constitución Política? (... situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho...”?)

En situaciones como la descrita no hay lugar a tener en cuenta el principio de la situación más favorable al trabajador, por cuanto no existe duda alguna en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho. En su caso, los aportes no fueron efectuados en su totalidad al sector público para dar lugar a la Ley [33](#) de 1985, como tampoco fueron cotizados al sector privado para acogernos al Decreto [0758](#) de 1990; dando lugar de esta forma a la aplicación de la ley [71](#) de 1988 que en materia de pensiones, unifica el sistema de jubilación de los empleados oficiales con las de los trabajadores particulares, y permite la acumulación de aportes sufragados en “cualquier tiempo” en ambos sectores, a la par que reitera la posibilidad de hacerlos “en una o varias de las entidades de previsión social o de las que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal o distrital y en el Instituto de Seguros Sociales.

Además, es preciso aclarar que el modo de ser de nuestro ordenamiento jurídico, impide que normalmente haya lugar a aplicar el criterio de favorabilidad en tratándose de preceptos provenientes de igual fuente, pues teóricamente no podrían darse dos disposiciones vigentes de igual naturaleza referidas al mismo punto ya que imperarían los criterios de las Leyes 57 y [153](#) de 1887, acerca de que la norma posterior prevalece sobre la anterior y la especial se prefiere a la general. Con todo, si en la practica se diera tal coexistencia de normas no habría inconveniente alguno para aplicar la favorabilidad.

5.- Como requerimiento final, pregunto: Para determinar el monto de la pensión de vejez a un

afiliado como el que he descrito en la presente, se le debe aplicar el porcentaje máximo dispuesto en la Ley [100](#) de 1993 (85%) o el 90% - que más lo favorece – ordenado en el párrafo del Artículo [1](#) del Decreto 2879 de 1985, norma ésta que regía en el momento en que se produjo su desvinculación definitiva al sistema?

Como consecuencia de lo referido en la respuesta a su interrogante número 4.-, forzoso es remitirnos a lo contemplado en el artículo [8](#) del Decreto 2709 de 1994 mediante el cual se reglamenta el artículo [7](#) de la Ley 71 de 1988 y que respecto al monto de la Pensión de Jubilación por aportes señala:

“El monto de la pensión de jubilación por aportes será equivalente al 75% del salario base de liquidación”.

El anterior concepto tiene los efectos determinados en el Artículo [25](#) del Código Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

RUTH ALEYDA MINA GARCÍA

Jefe Unidad de Seguros

Dirección Jurídica Nacional

Vo.Bo: EMIL ENRIQUE ARIZA OLAYA

Director Jurídico Nacional

MNLP

Rad: 3396

2005.04.13



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

