

CONCEPTO 16881 DE 2006

(noviembre 20)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

D.J.N.

PARA: Doctora MARÍA DEL PILAR SERRANO BUENDIA

Vicepresidenta de Pensiones

DE: Dirección Jurídica Nacional – Unidad de Seguros

ASUNTO: Oficios V.P. 08018 GNAP 4835 – Régimen Aplicable Servidores Públicos –
Aplicación Ley [71](#) de 1988 – Afiliados al I.S.S. a 1o de abril de 1994

Respetada Doctora:

Con el propósito de aclarar las inquietudes suscitadas con relación a la viabilidad para aplicar la Ley [71](#) de 1988 al caso de personas afiliadas al I.S.S. a 1o de abril de 1994 beneficiarias del régimen de transición y que con posterioridad a la vigencia de la Ley [100](#) de 1993 se vinculan como servidores públicos y para aquellos casos en los que existe concurrencia de regímenes aplicables a dichos servidores, es necesario hacer las siguientes precisiones:

El artículo [70](#) de la Ley 71 de 1988 prevé lo siguiente: **“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, 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”. “(…)”**

Con relación a esta disposición el Consejo de Estado a través del concepto 1748 de 9 de marzo de 2006 al interpretar la norma transcrita, expresó: “En virtud del artículo [70](#) de esta ley se consagró la posibilidad de que quienes hubieren laborado tanto en el sector público como en el sector privado, pudieran sumar los tiempos correspondientes para completar los **veinte años de aportes** requeridos y así “tener derecho a una pensión de jubilación, siempre que cumplan 60 años o más de edad si es varón y 55 años o más de edad si es mujer” “(…)”

Del prece judicial transcrito se considera importante destacar que el régimen propuesto por la Ley [71](#) de 1988 permitió la **acumulación de aportes efectuados en todo tiempo a cajas de previsión social del sector público y el I.S.S.**, de modo que un empleado oficial o un trabajador del sector privado que acredite 20 años de aportes acumulados en dichas entidades y cumpla el requisito de edad (55 años para mujeres – 60 para hombres) tendrá derecho a la pensión de jubilación de que trata la norma transcrita.

Ahora bien, es claro que dicha normativa sólo es aplicable en cuanto se refiere a los requisitos de edad, tiempo de servicios o aportes y monto pensional, en virtud de lo dispuesto en el artículo [36](#) de la Ley 100 de 1993, cuyo inciso 2o en su apartes pertinentes expresa lo siguiente: ““(…)” “La

edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan 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, **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” “(...)”.

Nótese cómo la norma transcrita se refiere expresamente al “régimen anterior al cual estuvieran afiliados” como referente jurídico para aplicar la norma pensional en transición, de modo que para efecto de reconocer una pensión de jubilación por aportes como el régimen pensional **anterior**, será necesario que la situación fáctica del afiliado se circunscriba en el supuesto de hecho formulado por el artículo [70](#) de la Ley 71 de 1988, esto es, que partir de la vigencia de dicha ley se acrediten 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social y en el Instituto de Seguros Sociales, así como una edad mínima de 55 años en el caso de las mujeres y 60 años en el caso de los hombres.

Debe recordarse que lo que protege el régimen de transición del artículo [36](#) de la Ley 100 de 1993 es una expectativa legítima de alcanzar un derecho pensional, por lo tanto, quien a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones siendo beneficiario de la transición, pretenda alcanzar el derecho pensional al tenor de la Ley [71](#) de 1988, **debe tener la expectativa legítima para pensionar con dicho régimen**, esto es, deberá encontrarse bajo la hipótesis fáctica establecida en el artículo [70](#) de la Ley 71 de 1988 en cuanto atañe a la acumulación de aportes en el sector público y en el I.S.S. antes del 1o de abril de 1994, de modo que con posterioridad al tránsito legislativo al completar el requisito de los 20 años de aportes y cumplida la edad mínima, el afiliado pueda acceder al reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes con el régimen pensional **anterior** de referencia.

Al respecto la H. Corte Constitucional en sentencia C-[789](#) de 2002 afirmó: “La creación de un régimen de transición constituye entonces un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, **tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho**, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo”.

En este orden de ideas y para el caso de las personas beneficiarias del régimen de transición que con anterioridad a la vigencia de la Ley [100](#) de 1993 se encontraban vinculadas como servidores públicos aportando a entidades de previsión del sector público, y antes del 1o de abril de 1994 también cotizaron al régimen de IVM del I.S.S., les es aplicable la Ley 71 de 1988 cuando quiera que sumados los tiempos cotizados al Instituto y los aportes efectuados a entidades de previsión social del sector público acrediten los 20 años de aportes de que trata dicha normativa, caso en el cual accederán a esta prestación una vez cumplido el mínimo de edad en los términos del artículo 7o de la referida normativa, siendo éste el régimen aplicable en transición por ser **anterior**.

Bajo esta hipótesis no es aplicable la Ley [71](#) de 1988 en los siguientes eventos:

- Si la persona beneficiaria de la transición durante su vida laboral efectuó todos sus aportes al I.S.S. con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley [100](#) de 1993 con entidades privadas y a 1o de abril de 1994 se vincula como servidor público incorporado al I.S.S., el régimen pensional de referencia no sería otro sino el establecido en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990

aprobatorio del Acuerdo 049 de 1990 por cuanto éste fue el único régimen anterior aplicable en virtud del inciso 2o del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

· Si la persona beneficiaria del régimen de transición prestó servicios al Estado con aportes a Entidades de Previsión del sector público, y a 1o de abril de 1994 se afilia al I.S.S. en calidad de servidor público, el análisis de la prestación será con arreglo a lo dispuesto en el régimen general o especial vigente a 1o de abril de 1994 aplicable a los servidores públicos por ser la normativa pensional anterior de referencia.

Distinto es el caso –vg- de servidores que cotizaban a cajas o fondos públicos, luego se vincularon a una entidad pública que cotizaba al I.S.S. con antelación a 1o de abril de 1994 y con posterioridad a dicha fecha continuaron cotizando al I.S.S. en el sector público.

Aquí pueden concurrir dos regímenes pensionales: el contenido en la Ley [33](#) de 1985 como quiera que esta normativa era una de las disposiciones anteriores a 1o de abril de 1994 en razón de los tiempos de aportes a cajas y fondos públicos y en el I.S.S. en calidad de servidor público –la cual ostentaba en dicha fecha-; y el régimen de I.V.M. del I.S.S. contenido en el Decreto [758](#) de 1990 en virtud de la afiliación y cotizaciones efectuadas antes y con posterioridad a 1o de abril de 1994.

En este evento y a efecto de dirimir el conflicto que pudiera suscitarse con ocasión de la concurrencia de dos o más regímenes pensionales vigentes para el sector público en virtud del régimen de transición para un mismo supuesto fáctico, el artículo [53](#) de la Carta política prevé la posibilidad de aplicar el principio de favorabilidad el cual opera cuando una misma situación fáctica se encuentra regulada en distintas fuentes formales del derecho vigentes (ley, costumbre, convención colectiva, etc), en una misma, caso en el cual, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa al trabajador.

En este punto la H. Corte Constitucional en Sentencia C-[168](#) de 1995 con ponencia del Dr. Carlos Gaviria Díaz, señaló lo siguiente: “la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad. “

En otro aparte del mismo proveído advierte: “La Corte ha señalado que de acuerdo con lo previsto en el artículo [53](#) de la Carta Política y lo reglado en el artículo [21](#) del Código Sustantivo del trabajo, en caso de duda por existir dos o más fuentes formales de derecho aplicables a una situación deberá preferirse la que favorezca al trabajador. Y ante dos o más interpretaciones posibles de una norma, también deberá preferirse la que lo beneficie”.

En sentencia T-[236](#) de 2006 al dilucidar un caso de concurrencia entre regímenes pensionales en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, la misma Corporación señaló: “El sentido protector del derecho del trabajo se refleja, entonces, en la solución de conflictos normativos, en la interpretación de preceptos dudosos y en la solución de situaciones no reguladas en beneficio de de la parte débil de la relación; porque las normas laborales tienen, como fin último, el equilibrio de las relaciones del trabajo”.

Y en otros precedentes judiciales de amparo, la misma Corporación aseveró: “(...) Siendo la ley una de esas fuentes, su interpretación, cuando se presenta la hipótesis de la cual parte la norma - la duda-, no puede ser ninguna diferente de la que más favorezca al trabajador, Ella es obligatoria, preeminente e ineludible para el juez. Allí la autonomía judicial para interpretar los

mandatos legales pasa a ser muy relativa: el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. Es forzoso que el fallador entienda la norma de manera que la opción escogida sea la que beneficie en mejor forma y de manera más amplia al trabajador, por lo cual, de acuerdo con la Constitución, es su deber rechazar los sentidos que para el trabajador resulten desfavorables u odiosos”. (V. Sentencias T-055 y T-056 de 2005, T-255 y T-080 de 2004, SU-[120](#) de 2003, entre otras).

Por lo tanto y para el caso consultado en el oficio GNAP 4835, tiénese que si una persona beneficiaria del régimen de transición reúne los requisitos para pensionarse bajo las disposiciones anteriores a la Ley [100](#) de 1993 y existe concurrencia de regímenes pensionales, el operador jurídico deberá determinar cuál es el régimen pensional anterior aplicable para el efecto, y en caso de duda o disenso, será procedente aplicar aquellas disposiciones que en tratándose de la edad, tiempo de servicios o aportes y monto pensional resulten más beneficiosas al trabajador, circunstancias que deberán ser analizadas en cada Centro de Decisión de prestaciones económicas para cada caso particular.

Cordialmente

ELIANA MARGARITA ROYS GARZÓN
Directora Jurídica Nacional

Con copia:

· Dra. Soraya Pino Canosa. Gerente Nacional de Atención al Pensionado

Revisó: Dra. Ruth Aleyda Mina García

Proyectó: Omar Pineda

Rad. 8439-11957-11084

Servidores públicos



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

