

CONCEPTO 17800 DE 2009

(octubre 19)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

D.J.N.

Bogotá D.C.

PARA: Doctora ISABEL CRISTINA MARTINEZ MENDOZA
Gerente Nacional de Atención al Pensionado
DE: Dirección Jurídica Nacional – Unidad de Seguros
ASUNTO: OF. GNAP 8258 Rad. 10250 – Interpretación incisos 4 y 5 del Artículo [36](#) de la Ley 100 de 1993 – Sentencia C-[789](#) de 2002 – Recuperación del régimen de transición

Respetada Doctora:

Con el propósito de aclarar las inquietudes formuladas en el oficio del epígrafe emanado del despacho a su cargo, relacionadas con la interpretación del artículo [36](#) de la Ley 100 de 1993 y en particular en cuanto atañe a la recuperación del régimen de transición de las personas que a 1o de abril de 1994 acreditaban 15 años de servicios cotizados con ocasión de la sentencia C-[789](#) de 2002, se considera necesario hacer las siguientes precisiones:

El artículo [36](#) de la Ley 100 de 1993 señala lo siguiente:

“La edad para acceder a la pensión de vejez, continuara en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 51 años para las mujeres y 62 para los hombres”

“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) años o más de edad si son mujeres o cuarenta 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 encuentran 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”.

(...)”

“Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen”.

“Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida”.

“(...)”

Con relación a los incisos 4o y 5o de la norma transcrita, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse en la sentencia C-[789](#) de 2002, decisión de cuyos apartes pertinentes es destacable lo siguiente:

“Como se desprende de la lectura del inciso segundo del artículo [36](#) de la Ley 100 de 1993, el legislador previó el régimen de transición en favor de tres categorías de trabajadores que, al momento de entrar en vigor dicha ley, cumplieran con determinados requisitos. En primer lugar, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; en segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco y; en tercer lugar, los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones, conforme lo establece el artículo [151](#) de dicha ley”.

“A su vez, como se desprende del texto del inciso 4o, este requisito para mantenerse dentro del régimen de transición se les aplica a las dos primeras categorías de personas; es decir, a las mujeres mayores de treinta y cinco y a los hombres mayores de cuarenta. Por el contrario, ni el inciso 4o, ni el inciso 5o se refieren a la tercera categoría de trabajadores, es decir, quienes contaban para la fecha (1o de abril de 1994) con quince años de servicios cotizados. Estas personas no quedan expresamente excluidos del régimen de transición al trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme al inciso 4o, y por supuesto, tampoco quedan excluidos quienes se trasladaron al régimen de prima media, y posteriormente regresan al de ahorro individual, conforme al inciso 5o”.

“El intérprete podría llegar a concluir, que como las personas con más de quince años cotizados se encuentran dentro del régimen de transición, a ellos también se les aplican las mismas reglas que a los demás, y su renuncia al régimen de prima media daría lugar a la pérdida automática de todos los beneficios que otorga el régimen de transición, así después regresen a dicho régimen. Sin embargo, esta interpretación resulta contraria al principio de proporcionalidad”. DESTACADO NUESTRO

“En tal medida, la Corte establecerá que los incisos 4o y 5o del artículo [36](#) de la Ley 100 de 1993 resultan exequibles en cuanto se entienda que los incisos no se aplican a las personas que tenían 15 años o más de trabajo cotizados para el momento de entrada en vigor del sistema de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, conforme a lo dispuesto en el artículo [151](#) del mismo estatuto”.

“Por supuesto, esto no significa que las personas con más de 15 años cotizados, y que se encuentran en el sistema de ahorro individual con solidaridad, se les calcule su pensión conforme al régimen de prima media, pues estos dos regímenes son excluyentes. Como es lógico, el monto de la pensión se calculará conforme al sistema en el que se encuentre la persona”.

“Adicionalmente, resulta indispensable armonizar el interés en proteger la expectativa legítima de las personas que habían cumplido quince años o más cuando entró en vigencia el sistema, con el interés en que el régimen de prima media tenga los recursos suficientes para garantizar su viabilidad financiera. También resultaría contrario al principio de proporcionalidad, que quienes se trasladaron de este régimen al de ahorro individual, y después lo hicieron nuevamente al de prima media, reciban su pensión en las condiciones del régimen anterior, sin consideración del monto que hubieran cotizado”.

“Por lo tanto, las personas que hubieran cotizado durante 15 años o más al entrar en vigencia el sistema de pensiones, y se encuentren en el régimen de prima media con prestación definida,

tendrán derecho a que se les apliquen las condiciones de tiempo de servicios, edad y monto de la pensión, consagradas en el régimen anterior, siempre y cuando”:

“a) Al cambiarse nuevamente al régimen de prima media, se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y”

“b) Dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.”

“En tal evento, el tiempo trabajado en el régimen de ahorro individual les será computado al del régimen de prima media con prestación definida.”

Como se advierte de lo anterior, la recuperación del régimen de transición pensional, se hizo viable desde la sentencia C-[789](#) de 2002 únicamente respecto de quienes ostentaban 15 años de servicios cotizados a 1o de abril de 1994, habida consideración de la interpretación dada por la Corte al inciso 5o de la norma en cita en armonía con el inciso 4o ejusdem, circunstancia que por demás no se encontraba claramente definida desde el génesis de la norma.

En efecto, si se aprecia cuidadosamente el tenor literal de los dos incisos, se evidencia claramente, por una parte, que el régimen de transición no es aplicable para quienes a 1o de abril de 1994 teniendo la edad para el efecto (35 años para mujeres y 40 años para hombres), se afiliaran voluntariamente al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS, caso en el cual deberán sujetarse a las condiciones de dicho régimen, y por otra parte, a renglón seguido se advierte que tampoco es aplicable la transición para quienes habiendo escogido el RAIS decidan retornar al régimen de prima media con prestación definida RPMPD.

Nótese que el término “quienes” contenido en el inciso 5o, interpretado armónicamente con las demás disposiciones de la norma, se dirige tanto a las personas que ostentaban la edad según el inciso 4o como también a las personas que acreditaban los 15 años de servicios cotizados a 1o de abril de 1994 que habiéndose afiliado voluntariamente al RAIS retornaran al RPMPD, aspecto que fue puesto de relieve en sede constitucional por su “dificultad hermenéutica” y por “contravenir el principio de proporcionalidad”, lo que dio lugar al pronunciamiento constitucional rogado en el sentido de aclarar que la pérdida del régimen no implicaba a “quienes” a 1o de abril de 1994 ostentaban 15 años de servicios, se trasladaron al RAIS y retornaron al RPMPD con la particular condición impuesta en tratándose del traslado del monto de lo ahorrado en la cuenta individual, de manera que esta Dirección difiere de lo afirmado por la Gerencia a su cargo por cuanto la circunstancia señalada por la sentencia no venía implícita desde la creación misma de la norma; por el contrario, requería de un alcance por vía de hermenéutica constitucional.

En ese orden de ideas, esta Dirección se ratifica en el criterio sostenido hasta la fecha relacionado con la aplicación de la recuperación del régimen de transición para aquellas personas que a 1o de abril de 1994 acreditaban los 15 años de servicios cotizados desde la sentencia C-[789](#) de 2002, habida consideración del principio general de la irretroactividad de los efectos de las sentencias emanadas de la Corte Constitucional expresamente señalado en el Decreto 2067 de 1991⁽¹⁾ y en diversos pronunciamientos de dicha Corporación⁽²⁾, así como también el principio contenido en el artículo [17](#) del Código Civil⁽³⁾ que prohíbe extender los efectos de una sentencia judicial a situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad al pronunciamiento de constitucionalidad abstracto, y el mandato contenido en el artículo [45](#) de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, según el cual, “Las sentencias que profiera la Corte

Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo [241](#) de la Constitución Política, **tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario**".

En este punto conviene tener en cuenta lo dicho por el H. Magistrado Gustavo José Gnneco Mendoza quien al aclarar el voto en la sentencia 31131 del 12 de febrero de 2008 proferida por la H. Corte de Justicia Sala Laboral, al referirse a los efectos de las sentencias de exequibilidad condicionada proferidas por la Corte Constitucional, expresó lo siguiente:

"(...) estimo conveniente señalar que si al actuar de esa manera el Tribunal Constitucional cumple una función jurisdiccional, su decisión adquiere una clara naturaleza de providencia judicial, a la que le resulta entonces aplicable lo dispuesto en el artículo [45](#) de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, según el cual, "Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo [241](#) de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario".

"Esa disposición a mi juicio tiene aplicación respecto de todas las sentencias que profiere la Corte Constitucional, lo que incluye desde luego tanto aquellas que declaran la inexequibilidad de una ley, como las que deciden que la norma analizada se aviene a los mandatos de la Constitución Política. A esa regla legal, que fija **"los efectos de las sentencias proferidas en desarrollo del control judicial de constitucionalidad"**, **no escapan, por lo tanto, las que se han dado en denominar sentencias moduladas o interpretativas, como las aditivas en las que se pretende suplir una omisión legislativa parcial que se considera contraria a la Constitución**, que es el caso de las arriba reseñadas, a las que, por cierto, no se les fijó un efecto retroactivo, por lo menos en su parte resolutive". DESTACADO NUESTRO

Finalmente y aunado a todo lo anterior, en el oficio del 10 de julio de 2008 identificado con el consecutivo DJN-US [8180](#) del 10 de julio de 2008, esta Dirección abordó un caso en el que se consolidó un traslado a una AFP y el retorno al ISS con anterioridad a la emblemática sentencia C-[789](#) de 2002 en la cual la Corte Constitucional por primera vez se pronunció sobre el tema de la recuperación del régimen de transición, veamos:

"Respecto de la recuperación del régimen de transición de los afiliados que se trasladaron del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, a través del Memorando GNAP 3902 del 18 de mayo de 2007 la Gerencia Nacional de Atención al Pensionado impartió la siguiente directriz:"

"Artículo [36](#) de la Ley 100 de 1993";

"Sea del caso anotar lo dispuesto por el artículo [36](#) de la Ley 100 de 1993 de los incisos 4 y 5, **ANTES** de la declaratoria de exequibilidad condicionada de la sentencia de la Corte Constitucional C-[789](#) de 2002:"

"Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia del régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen".

"Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida".

“Del aparte del artículo transcrito, se puede establecer que durante la vigencia del inciso 4 y 5 del artículo [36](#) de la Ley 100 de 1993, **sin el pronunciamiento de la Corte Constitucional** al declarar la declaratoria (SIC) de exequibilidad condicionada, el afiliado que voluntariamente decidiera trasladarse a una Administradora de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual, pierde el régimen de transición aun en el evento de regresar posteriormente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por cuanto lo (SIC) norma en su sentido literal así lo disponía”.

“Por lo anterior le corresponde a los Centros de decisión de observar si el retorno del afiliado lo hizo entre el 1 de abril de 1994 al 24 de Septiembre de 2002 se le aplica en su integridad el inciso 4 y 5 del artículo [36](#) de la Ley 100 de 1993, es decir PIERDE el régimen de transición”.

“Valga anotar el contenido del Artículo 45 de la Ley 270 de 1993, Estatutaria de la Administración de Justicia cuando dispone que “Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo [241](#) de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”. Así pues, la recuperación del Régimen de Transición es viable UNICAMENTE después de la sentencia C-[789](#) de 2002, es decir a partir del 24 de septiembre de 2002”.

“Son responsables de la difusión y aplicación del concepto referido, los Gerentes Seccionales, los Jefes de Departamento de Pensiones y los Jefes de Departamentos de Historia Laboral y Nómina de Pensionados”.

“De acuerdo a la directriz anotada, esta Dirección no encuentra reparo alguno con relación a los efectos de las sentencias de constitucionalidad, teniendo en cuenta que en este caso la Corte no condicionó los efectos del fallo y en esa medida deberá interpretarse con efectos pro futuro, **de modo que las situaciones jurídicas que se consolidaron con anterioridad a la fecha del fallo no se afectan.**”

“En esa medida, si con anterioridad al 24 de Septiembre de 2002 se hizo efectivo el traslado del RAI al RPMPD, se descarta de plano la aplicación de las prerrogativas “señaladas en las Sentencias C-[789](#) de 2002 y C-[1024](#) de 2004 como quiera que dichos pronunciamientos tienen efectos hacia el futuro y no modifican las situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad 24 de Septiembre de 2002, las cuales fueron reguladas por los incisos 4 y 5 del artículo [36](#) de la Ley 100 de 1993 en cuanto se refiere a la inaplicación del régimen de transición y consecuente sujeción a las reglas del Sistema General de Pensiones tanto en el RPMPD como en el RAI”.

En los anteriores términos se espera haber absuelto su inquietud.

Cordialmente

SERGIO HERNANDO COLMENARES PORRAS
Director Jurídico Nacional

RAMG/odpm

Rad. 10250

Recuperación régimen de Transición

NOTAS AL FINAL:

1. V. Decreto 2067 de 1991 Artículo [21](#). “Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares.

Los fallos de la Corte sólo tendrán efecto hacia el futuro, salvo para garantizar el principio de favorabilidad en materias penal, policiva y disciplinaria y en el caso previsto en el artículo [149](#) de la Constitución.”

“(…)”

2. Jurisprudencia: “Generalmente, los efectos de las providencias de la Corte Constitucional son diversos en cada tipo de control constitucional. Usualmente, los efectos son erga omnes y pro – futuro cuando controla normas en abstracto (...)” Tesis en sentencia C-018 de 1993 reiterada en sentencias SU-519 de 1997, T-409 de 1998, T-1179 de 2000 y C-739 de 2001 entre otras.

3. V. C.C: Art. [17](#). “FUERZA DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria”.



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

