

Sentencia No. C-584/95

SISTEMA GENERAL DE PENSIONES-Selección del régimen/REGIMEN DE PRESTACION
DEFINIDA-Afiliación al ISS

Los servidores públicos pueden vincularse, de acuerdo con la decisión voluntaria que adopten, al régimen de prima media con prestación definida o al régimen de ahorro individual con solidaridad, a fin de reunir los requisitos correspondientes para consolidar su derecho a obtener y gozar de sus derechos pensionales, como uno de los desarrollos concretos de los postulados del Estado Social de Derecho y particularmente de la seguridad social, de conformidad con lo dispuesto por la Constitución y la Ley. En el caso de aquellos que no estén afiliados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, y que por decisión propia se acojan al régimen de prestación definida, su afiliación se hará al Instituto de Seguros Sociales.

SEGURIDAD SOCIAL-Servicio público de carácter obligatorio/INSTITUTO DE SEGUROS
SOCIALES-Afiliación imperativa

El Legislador, al hacer imperativa tal afiliación, se debe subrayar, no está actuando arbitrariamente, sino con sujeción a la Constitución, pues ésta de manera expresa señala en el artículo citado que la seguridad social es un servicio público “de carácter obligatorio” que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, y al adoptar tal decisión persigue vincular al Sistema General a los servidores públicos que por cualquier razón no se encuentran afiliados a una caja, fondo, entidad de previsión o seguridad social, a fin de que tengan la posibilidad de consolidar su derecho de acceder a una pensión de jubilación en el momento en que cumplan los requisitos establecidos por la Ley, y de afiliarse al ISS no en forma obligatoria sino cuando ha existido silencio por parte del servidor público, al no haber manifestado su decisión de continuar afiliados a la misma caja, fondo o entidad de previsión a la cual se hallaban vinculados con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, o en el evento de que manifieste expresamente su voluntad de afiliarse al mismo Instituto de Seguros Sociales.

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES-Naturaleza

De conformidad con la Ley 100 de 1993, el Instituto de Seguros Sociales se convirtió en una empresa industrial y comercial del Estado, que como tal presta un servicio público “bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad”, situación que tampoco desconoce derechos adquiridos de los servidores públicos, pues dicha entidad debe brindar, dada su naturaleza jurídica y su finalidad, los servicios relativos a la seguridad social, de conformidad con la Constitución y la Ley.

Ref.: Proceso D- 888.

Acción pública de inconstitucionalidad contra el inciso 3o. (parcial) del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 y el aparte III del literal a) del artículo 6o. del Decreto 813 de 1994.

Actor:

Fernando Afanador Núñez.

Magistrado Ponente:

Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA.

Santa Fe de Bogotá, D.C., diciembre siete (7) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Ante la Corte Constitucional, el ciudadano FERNANDO AFANADOR NUÑEZ promovió demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 3o. (parcial) del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 y el aparte III del literal a) del artículo 6o. del Decreto 813 de 1994 “por el cual se reglamenta el artículo 36 de la ley 100 de 1993”.

Al admitir la demanda, el Magistrado Ponente ordenó que se fijaran en lista las normas acusadas en la Secretaría General por el término de diez (10) días, para efectos de asegurar la intervención ciudadana; se enviara copia de la demanda al señor Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de rigor, y se comunicara la iniciación del proceso al señor Secretario Jurídico de la Presidencia de la República y al señor Presidente del Congreso, a fin de que si lo estimaren oportuno, conceptuaran sobre la constitucionalidad de las normas

acusadas.

I. TEXTO DE LAS NORMAS ACUSADAS.

Se transcribe a continuación el texto de las normas acusadas, conforme a su publicación en los Diarios Oficiales No. 41.148 y No. 41.328 respectivamente del 23 de diciembre de 1993 y del 25 de abril de 1994. Se subraya lo acusado.

(diciembre 23)

por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA

DECRETA

ARTICULO 128.- Selección del Régimen. Los servidores públicos afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen al que deseen afiliarse, lo cual deberá informarse al empleador por escrito.

Los servidores públicos que se acojan al régimen de prestación definida, podrán continuar afiliados a la caja, fondo o entidad de previsión a la cual se hallen vinculados. Estas entidades administrarán los recursos y pagarán las pensiones conforme a las disposiciones de dicho régimen previstas en la presente Ley.

Los servidores públicos que no estén afiliados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, aquellos que se hallen afiliados a algunas de estas entidades cuya liquidación se ordene, y los que ingresen por primera vez a la fuerza laboral, en caso de que seleccionen el régimen de prestación definida, se afiliarán al Instituto de Seguros Sociales.

Los servidores públicos nacionales cualquiera sea el régimen que seleccionen, tendrán derecho al bono pensional.

PARAGRAFO. La afiliación al régimen seleccionado implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, de invalidez y sobrevivientes.”

“DECRETO NUMERO 813 DE 1994

(abril 21)

Por el cual se reglamenta el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

El Presidente de la República de Colombia, en uso de sus facultades constitucionales, en especial de las conferidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política,

DECRETA

(...)

Artículo 6o. Transición de las pensiones de vejez o jubilación de servidores públicos. Tratándose de servidores públicos afiliados a cajas, fondos o entidades de previsión social, para efectos de la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo primero del presente Decreto, se seguirán las siguientes reglas:

a) Cuando a 1o. 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 cuenta con 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 encuentre afiliado, cuando cumpla con los requisitos establecidos en las disposiciones del régimen que se venía aplicando.

Corresponderá al Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento y pago de la pensión de los servidores públicos, conforme a las disposiciones del régimen que se venía aplicando, en los siguientes casos:

- i) Cuando el servidor público se traslade voluntariamente al Instituto de Seguros Sociales.
 - ii) Cuando se ordene la liquidación de la caja, fondo o entidad a la cual se encontraba afiliado el servidor público, y
- b) Los servidores públicos que se vinculen al Instituto de Seguros Sociales voluntariamente o por liquidación de la caja, fondo o entidad de previsión a la cual se encontraba afiliado, tendrán derecho al reconocimiento del bono pensional, calculado en la forma como lo determine el Gobierno Nacional.”

II. NORMAS CONSTITUCIONALES VULNERADAS.

A juicio del actor las normas cuya constitucionalidad cuestiona, vulneran la Constitución Política en su artículo 58.

III. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA.

Considera el demandante que las normas acusadas al disponer que los servidores públicos que no estén afiliados a ninguna entidad de previsión social deben afiliarse al Instituto de Seguros Sociales, desconocen los derechos adquiridos de quienes al momento de entrar a regir el nuevo sistema de seguridad social, tenían cumplido el tiempo de servicio para acceder a su pensión de jubilación, pero que por haberse retirado del servicio oficial no se encontraban en ese momento afiliados a ninguna caja, fondo o entidad de previsión social, no obstante haberlo estado cuando eran trabajadores activos.

A su juicio, ese derecho adquirido consiste en la prerrogativa que tienen dichos servidores públicos a ser pensionados por la última entidad a la que habían estado vinculados laboralmente al momento del retiro, tal como lo había consagrado el artículo 75 del Decreto 1848 de 1969, norma que al igual que el artículo 58 Superior, también resulta desconocida por las disposiciones acusadas. Lo anterior, afirma el actor, implica una desmejora para los servidores públicos que no estaban afiliados a ninguna entidad de previsión cuando comenzó a regir el nuevo régimen pensional, ya que les resulta desfavorable que una entidad como el Instituto de Seguros Sociales les reconozca su pensión de jubilación, debido a que esta no cuenta con la suficiente capacidad administrativa ni con el conocimiento de los regímenes prestacionales del sector público.

En su opinión, la circunstancia de no haber cumplido con los requisitos para el reconocimiento de la pensión de jubilación de que trata la Ley 100 de 1993 no puede aducirse en detrimento del derecho que tienen los servidores públicos a ser pensionados por la última entidad empleadora o de previsión, ya que esta normatividad le garantizó a quienes estuvieran comprendidos en el régimen de transición, el derecho a jubilarse de conformidad con la legislación anterior.

Finalmente se refiere el actor a la situación de aquellos servidores públicos que en desarrollo del plan de modernización del Estado dejaron sus empleos entre 1990 y 1994, que son en

últimas quienes han resultado más perjudicados con lo que disponen las normas acusadas.

IV. INTERVENCIONES.

Según consta en informe de la Secretaría General de la Corte Constitucional de fecha tres (3) de mayo del año en curso, dentro del término de fijación en lista no fue presentado escrito alguno.

V. CONCEPTO DEL VICEPROCURADOR GENERAL DE LA NACION.

Mediante oficio No. 095 de mayo treinta (30) del año en curso, el señor Procurador General de la Nación Orlando Vásquez Velásquez, se declaró impedido para rendir el concepto de rigor en el asunto sub exámine por encontrarse incurso en una de las causales consagradas en los artículos 25 y 26 del Decreto 2067 de 1991, al haber sido miembro del Congreso durante la tramitación del proyecto que se convertiría en la Ley 100 de 1993. En tal virtud, solicitó a esta Corporación, aceptar el impedimento y declararlo separado del conocimiento del proceso.

Con fundamento en lo anterior, la Sala Plena de la Corte Constitucional mediante auto de primero (1o.) de junio del año en curso, aceptó el impedimento manifestado y ordenó a la Secretaría General de esta Corporación correr traslado al Viceprocurador General de la Nación.

Mediante oficio No. 690 de julio veinticuatro (24) de 1.995, el Viceprocurador General de la Nación envió el concepto de rigor, solicitando a esta Corporación declarar exequible el inciso tercero del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 en lo acusado, y declararse inhibida para fallar en cuanto al aparte III del literal a) del artículo 6o. del Decreto 813 de 1994 por no ser competente para ello.

En primer término alude el Viceprocurador al aparte III del literal a) del artículo 6o. del Decreto 813 de 1994 acusado, solicitando a la Corte, como ya se expresó, declararse inhibida para fallar por tratarse de un decreto reglamentario.

Posteriormente justifica la constitucionalidad del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 en lo acusado, ya que en su concepto no vulnera los derechos adquiridos de los ex-servidores públicos que habiendo estado afiliados a una entidad de previsión no lo estaban cuando

entró a regir la Ley 100 de 1993, pues es claro que dicha norma regula la situación de los “servidores públicos”, es decir, de quienes al momento de entrar a funcionar el nuevo régimen de pensiones tenían vigente un vínculo laboral con el Estado y que por tal razón han sido relacionados en el numeral 1o. del artículo 15 de la Ley 100 como afiliados obligatorios al sistema general de pensiones.

A su juicio, de no ser así, no tendría sentido que esta norma en su primer inciso, les otorgara el derecho a escoger el régimen al cual desean afiliarse o la posibilidad de continuar afiliados a la entidad de previsión a la que estaban vinculados. Así mismo según afirma, no resulta lógico que la norma acusada hiciera también referencia a los servidores públicos que se “hallen afiliados” a las entidades cuya liquidación se ordene, de conformidad con lo preceptuado por la Ley 100 de 1993, al momento de entrar en vigencia.

En sustento de su apreciación, alude a la exposición de motivos de la ley en referencia, donde se establece que la norma sub exámine persigue prever eventos en los que quienes laboran como servidores públicos carezcan de afiliación a una entidad de previsión social.

En su concepto, lejos de vulnerar los derechos de los servidores públicos, la norma demandada constituye un desarrollo al artículo 48 de la Carta que consagra el derecho irrenunciable a la seguridad social y la universalidad de la misma. Tampoco resulta caprichoso señalar al ISS como la entidad a la cual deben afiliarse estas personas, ya que dicha institución es el eje central del nuevo modelo de seguridad social y por ello solicita que el artículo 128 de la Ley 100 de 1993 en lo acusado, sea declarado exequible.

Concluye su concepto advirtiendo que no puede desconocerse que la situación objeto de análisis pone de manifiesto un grave vacío de la Ley 100 de 1993 al no regular la situación de quienes con anterioridad a la vigencia de la nueva seguridad social fueron servidores públicos, y como tales estuvieron afiliados a una entidad de previsión social, lo cual se solucionaría si se dispusiera que el reconocimiento de sus pensiones debe hacerlo la última entidad empleadora o de previsión social del ex-servidor público.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Competencia.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4o. de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para decidir definitivamente sobre la demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 3o. (parcial) del artículo 128 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, respecto del aparte III del literal a) del artículo 6o. del Decreto 813 de 1994, la Corte Constitucional se declarará inhibida para fallar ya que carece de competencia para ello de conformidad con el artículo 241 citado, por tratarse de un decreto expedido por el Presidente de la República con base en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, el cual le confiere la naturaleza de decreto reglamentario, cuyo análisis de constitucionalidad no le compete a esta Corporación.

2. La materia.

Para efectos de dilucidar el cargo que el demandante plantea en contra de la constitucionalidad de la citada disposición, estima la Corporación indispensable realizar algunas consideraciones previas orientadas a establecer si la concepción legal del Sistema General de Pensiones, respecto de los servidores públicos no afiliados a una caja, fondo o entidad de previsión, a la luz de la Carta, vulnera derechos adquiridos de los mismos en cuanto concierne a la selección del régimen de prestación definida, situación que de conformidad con el precepto demandado, los obliga a afiliarse al Instituto de Seguros Sociales y no a otra entidad.

Cabe reiterar que la Constitución Política de 1991 consagra la seguridad social como una de las manifestaciones concretas del Estado Social de Derecho, particularmente en su artículo 48.

Es así como, la Corte, en la sentencia No. C-408 de 1994 (M.P. Dr. Fabio Morón Díaz), expresó, en relación con la naturaleza jurídica de la seguridad social lo siguiente:

“Desde el artículo 1o., la Carta aborda el derecho a la seguridad social, al organizar la República como un Estado Social de Derecho. Esta forma del Estado trae implícito el comentado derecho a la seguridad social. Comprende la solidaridad colectiva que hace resaltar la obligación del poder público, de la Sociedad y del propio hombre, de asistir a los ciudadanos a fin de procurarles una mejor forma de vivir. Luego, de ese desarrollo de principio, varios artículos del capítulo 2 del título II, “De los Derechos Sociales, Económicos y Culturales”, determinan con mayor claridad los contenidos de la seguridad social. (...)

La Carta adopta pues, un concepto ampliado de la seguridad social que incluye el mayor número de servicios, auxilios, asistencias y prestaciones en general, diferenciándose de la escuela que la limita a lo básico. Un conjunto de derechos cuya eficacia compromete al Estado, la sociedad, la familia y la persona, gradualmente deben quedar comprendidos en la seguridad social. También muestra la norma superior con claridad el derecho de los particulares en la realización de la seguridad social.”

Tal como se señaló anteriormente, la concepción del Estado Social de Derecho tiene desarrollo en numerosas disposiciones constitucionales, entre otras, las que hacen relación a la seguridad social, respecto de la cual el artículo 48 de la Carta Política la define como “un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.”

Desde luego que este derecho se encuentra íntimamente relacionado con los catalogados como fundamentales, susceptibles en estos casos de ser amparados por el Estado bajo los mecanismos de protección establecidos en la misma Constitución.

Ahora bien, dentro del sistema de seguridad integral consagrado en la Ley 100 de 1993 y en relación con el proyecto de ley 155 de 1992 “por la cual se crea el Sistema de Ahorro Pensional y se dictan otras disposiciones en materia de Seguridad Social” se permite que la decisión de acogerse a una entidad u otra, sea adoptada por el respectivo afiliado sin que ello sea relevante si se trata de un servidor público, trabajador del sector privado o de persona natural independiente.

De esta manera, a través de las citadas leyes se brinda por parte del Estado un sistema de seguridad social, en materia de ahorro pensional, con fundamento en los postulados del Estado Social de Derecho contenidos en la Carta Política de 1991, a fin de que la seguridad social cubra a todos los habitantes del territorio colombiano.

Esta Corporación, mediante sentencia No. C-126 de 1995 se refirió al Sistema de Seguridad Social, desarrollado en el Capítulo I, Título I del Libro Primero de la Ley 100 de 1993, “cuyo objetivo no es otro que el de garantizar a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la ley, así como propender por la ampliación progresiva

de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones. Dicho propósito a juicio de la Corporación, constituye cabal desarrollo de los derechos y principios constitucionales de la seguridad social y del trabajo, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política.”

Sobre este aspecto enfatizó la Corte en el mismo pronunciamiento que “el Sistema tiene por objeto amparar a la población contra las contingencias que se derivan de la vejez, la invalidez por riesgo común y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se establecen en favor de los afiliados. Por ello, y con el propósito de reafirmar la unidad del sistema, se establece como regla general que el mismo se aplica a todos los habitantes del territorio, dejando a salvo los derechos adquiridos”. (subrayado fuera del texto).

En la Ley 100 de 1993, como es bien sabido, se consagraron dos regímenes, a saber: el de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad. El artículo 128 de la Ley 100 de 1993, al referirse a los servidores públicos no afiliados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social establece que “en caso de que seleccionen el régimen de prestación definida, se afiliarán al Instituto de Seguros Sociales”.

Acerca de los principales elementos que configuran el Sistema General de Pensiones, esta Corporación señaló lo siguiente:

“a) La obligatoriedad de la afiliación para todos los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Por su parte, el sistema es optativo para todos los independientes o personas naturales que lo acojan.

b) Discrecionalidad del afiliado para la selección de cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema, con la debida manifestación por escrito al momento de la vinculación o del traslado.

c) Derecho de los afiliados al reconocimiento y pago de las prestaciones y de las pensiones que garantiza el Sistema (invalidez, vejez y sobrevivientes).

d) Obligatoriedad del pago de los aportes como consecuencia de la afiliación, y,

e) Derecho de los afiliados al Sistema de escoger el régimen de pensiones que prefieran.”

Tal como lo expresó la Corte Constitucional en el referido pronunciamiento “La circunstancia de que la afiliación al Sistema General de Pensiones sea obligatoria para los pensionados vinculados en la forma señalada, no significa que al trabajador se le desconozca su legítimo derecho a escoger en forma libre y voluntaria el régimen solidario que estime más conveniente para él, a saber, el de prima media con prestación definida o el de ahorro individual con solidaridad. (lo subrayado fuera de texto)”

De lo anterior resulta necesario concluir que los servidores públicos pueden vincularse, de acuerdo con la decisión voluntaria que adopten, al régimen de prima media con prestación definida o al régimen de ahorro individual con solidaridad, a fin de reunir los requisitos correspondientes para consolidar su derecho a obtener y gozar de sus derechos pensionales, como uno de los desarrollos concretos de los postulados del Estado Social de Derecho y particularmente de la seguridad social, de conformidad con lo dispuesto por la Constitución y la Ley. En el caso de aquellos que no estén afiliados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, y que por decisión propia se acojan al régimen de prestación definida, su afiliación se hará al Instituto de Seguros Sociales, según lo establece el artículo 128 de la Ley 100 de 1993, atendiendo a las alternativas presentadas en la misma disposición.

Como lo expresó la Corporación en la citada sentencia No. C-126 de 1995, “(...) el Legislador se encuentra habilitado constitucionalmente para establecer distintos grupos de trabajadores a quienes se les garantiza su derecho pensional, diferenciando para ello su vinculación laboral: así el primero está formado por personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, para quienes la afiliación al Sistema General de Pensiones será obligatoria, mas no así la selección del régimen solidario ni el régimen de pensiones, que será de libre y voluntaria escogencia del trabajador (...)”

Debe la Corte destacar que, de conformidad con el criterio expuesto, lo dispuesto en el artículo 128 corresponde a una decisión del Legislador encaminada a dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 48 de la Carta, es decir, a permitir que la cobertura de la seguridad social, y de manera concreta, la relativa a los derechos pensionales de los servidores públicos, pues expresamente dispone, como ya se anotó, la afiliación al Instituto de Seguros Sociales de los servidores públicos que no estén afiliados a una caja, fondo, entidad de previsión o seguridad social, por haber silencio con respecto a su afiliación a la caja, fondo o entidad de previsión social a la cual se hallaban vinculados o por su expresa voluntad de

afiliarse al ISS.

De manera que el Legislador, al hacer imperativa tal afiliación, se debe subrayar, no está actuando arbitrariamente, sino con sujeción a la Constitución, pues ésta de manera expresa señala en el artículo citado que la seguridad social es un servicio público “de carácter obligatorio” que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, y al adoptar tal decisión persigue vincular al Sistema General a los servidores públicos que por cualquier razón no se encuentran afiliados a una caja, fondo, entidad de previsión o seguridad social, a fin de que tengan la posibilidad de consolidar su derecho de acceder a una pensión de jubilación en el momento en que cumplan los requisitos establecidos por la Ley, y de afiliarse al ISS no en forma obligatoria sino cuando ha existido silencio por parte del servidor público, al no haber manifestado su decisión de continuar afiliados a la misma caja, fondo o entidad de previsión a la cual se hallaban vinculados con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, o en el evento de que manifieste expresamente su voluntad de afiliarse al mismo Instituto de Seguros Sociales.

De lo anterior se desprende que por un lado existe plena libertad para los servidores públicos que se encuentren afiliados al sistema general de pensiones para escoger el régimen que deseen; en caso de que opten por el régimen de prestación definida, pueden continuar afiliados a la caja, fondo o entidad de previsión a la cual se hallen vinculados, por haberlo determinado en forma expresa el servidor público, dando aplicación al inciso 2o. del artículo 128 de la Ley 100 de 1993.

Empero, si dichos servidores públicos hicieron manifestación expresa de no continuar afiliados a la misma caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, o guardaron silencio con respecto a la mencionada afiliación, al ingresar nuevamente en la misma calidad de servidor público, les es aplicable a éstos lo dispuesto en el inciso 2o. del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 demandado, según el cual “los servidores públicos que no estén afiliados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, aquellos que se hallen afiliados a alguna de estas entidades cuya liquidación se ordene, y los que ingresen por primera vez a la fuerza laboral, en caso de que seleccionen el régimen de prestación definida, se afiliarán al Instituto de Seguros Sociales”, como desarrollo del artículo 48 de la Constitución Política que establece el carácter de obligatorio del servicio público de la seguridad social.

A estos es a los que se refiere el artículo demandado y no a los ex servidores públicos que con anterioridad a la vigencia de la ley, cesaron en el ejercicio de sus funciones, a los que hace relación la demanda.

De esta manera, si dichos servidores no estaban afiliados a una caja, fondo o entidad de previsión, en el evento de haber optado por el régimen de prestación definida, serán vinculados al ISS, dado el carácter obligatorio del derecho a la seguridad social y a la irrenunciabilidad del mismo, solamente cuando han guardado silencio en los términos mencionados o hayan expresado su voluntad de afiliarse a dicho Instituto.

Ahora bien, el actor aduce que lo anteriormente dispuesto por la Ley 100 de 1993 en su artículo 128 parcialmente acusado, desconoce derechos adquiridos de los ex servidores públicos que al momento de entrar a regir el nuevo sistema de seguridad social, tenían cumplido el tiempo de servicio para acceder a su pensión de jubilación, pero que por haberse retirado del servicio oficial no se encontraban en ese momento afiliados a ninguna caja, fondo o entidad de previsión social, no obstante haberlo estado durante el tiempo de su servicio activo. Y expresa que los derechos adquiridos consisten en la prerrogativa de aquellos servidores de ser pensionados por la última entidad a la que habían estado vinculados laboralmente al momento del retiro, tal como lo había consagrado el artículo 75 del Decreto 1848 de 1969.

Sin embargo, la norma en mención no hace referencia a aquellas personas retiradas por cualquier causa del servicio oficial con derecho a pensión de jubilación, sino a las que dentro de la vigencia de la ley ostenten la calidad de servidores públicos y no se encuentren en ese mismo momento afiliados a una caja o entidad de previsión social, caso en el cual se determina que en el evento de haber escogido el régimen de prestación definida, serán afiliados al Instituto de Seguros Sociales, a menos que hubiesen deseado continuar en la caja, fondo o entidad de previsión a la cual se hallaban afiliados con anterioridad (inciso 2o. artículo 128 Ley 100 de 1993).

De manera que, de conformidad con lo expuesto, encuentra la Corte que no le asiste la razón al actor al afirmar que con la disposición acusada, al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, se desconocieron los derechos de los ex servidores públicos que tenían cumplido el tiempo de acceder a su pensión de jubilación y que se habían retirado del

servicio oficial y no se encontraban afiliados a ninguna caja, fondo o entidad de previsión social, no obstante haberlo estado durante el servicio activo. En estos casos se entiende que para el personal retirado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, corresponde a la entidad de previsión a la cual se hallaba afiliado el trabajador asumir el reconocimiento y pago de las obligaciones derivadas de la seguridad social, y en caso de que no hubiese existido entidad de previsión en la entidad para la cual laboró y estuvo vinculado en la última etapa de sus servicios, dichos reconocimientos deberán decretarse por la empresa de la cual finalmente quedó desvinculado.

No hay que olvidar que conforme lo dispone el artículo 52 de la Ley 100 de 1993, inciso 2o.: “las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrarán este régimen respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de aquellos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en esta ley”.

Sobre este punto expresó la Corte en sentencia No. C- 498 del 7 de noviembre de 1995:

En conclusión, la Ley 100 de 1993 no eliminó a Cajanal sino solo congeló a sus afiliados y la relevó del pago de las pensiones, siendo esta la situación jurídica actual.”

De lo anterior se deduce que, respecto de aquellos servidores retirados del servicio, les asiste el derecho a ser pensionados por la última entidad de seguridad social a la que habían estado vinculados al momento de su retiro, siempre y cuando hubiesen cumplido con los requisitos establecidos por la ley para acceder a los respectivos derechos pensionales. Empero, si se trata de un servidor público en ejercicio de sus funciones, y este no se encuentra afiliado a una caja, fondo o entidad de previsión, en caso de seleccionar el régimen de prestación definida, deberá afiliarse al Instituto de Seguros Sociales, sin perjuicio de lo previsto en el inciso 2o. del artículo 128 demandado, bien por existir silencio de su parte sobre este aspecto o por expresa determinación del mismo servidor.

Por lo tanto, si al operar el retiro de algún servidor público sin que hubiese cumplido con los requisitos legales para obtener su derecho a la pensión de jubilación antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, o si al momento de entrar en vigor la misma tampoco los reunió de conformidad con el nuevo ordenamiento legal, no existe vulneración de derechos adquiridos, pues no gozaba de ellos.

Además, debe recordarse que la finalidad de la disposición parcialmente acusada es precisamente la de garantizar una mayor cobertura del Sistema de Seguridad Social, y particularmente respecto de los eventuales derechos pensionales de los servidores públicos que al momento de entrar en vigencia la referida ley, “no se encontraban afiliados a ninguna caja, fondo o entidad de previsión social”, precisamente con el fin de brindarles la oportunidad de completar, a través de su afiliación al Instituto de Seguros Sociales si su decisión era la de acogerse al régimen de prestación definida, los requisitos legales para acceder a su pensión de jubilación.

De manera que no encuentra la Corporación sustento jurídico para que se afirme que con el precepto acusado a los servidores públicos en actividad que no se encuentren vinculados a alguna caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social se les están desconociendo derechos adquiridos, pues, como ya se advirtió, lo que se pretende es que dichos servidores públicos gocen de los servicios a que hace referencia la norma aludida, dado el carácter obligatorio de la seguridad social, y la irrenunciabilidad a la misma, de conformidad con el artículo 48 de la Carta Política, anteriormente analizado.

No obstante lo anterior, resulta necesario recordar que, de conformidad con la Ley 100 de 1993, el Instituto de Seguros Sociales se convirtió en una empresa industrial y comercial del Estado, que como tal presta un servicio público “bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad” (artículo 48 de la Constitución Política), situación que tampoco desconoce derechos adquiridos de los servidores públicos, pues dicha entidad debe brindar, dada su naturaleza jurídica y su finalidad, los servicios relativos a la seguridad social, de conformidad con la Constitución y la Ley.

Finalmente, manifiesta el actor que el Instituto de Seguros Sociales no puede prestar un buen servicio médico asistencial y garantizar las prestaciones económicas de los servidores públicos, debido a que por su naturaleza y tradición, esta entidad solo ha estado especializada en la modalidad pensional del sector privado más no del público. Tales afirmaciones constituyen razones de conveniencia que están alejadas del análisis de exequibilidad de la disposición acusada, que corresponde a la Corte, quien solamente deberá realizar la confrontación de carácter constitucional, respecto de los preceptos demandados.

Por las razones anteriormente expuestas, la Corporación procederá a declarar exequible inciso 3o. del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 en los apartes acusados respecto del cargo formulado por el actor, ya que no se encuentra vulnerada ninguna disposición constitucional, en el entendido de que éste es aplicable sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 2o. de la misma Ley y para aquellos casos en que el servidor público no expresó su voluntad de continuar afiliado a la misma caja, fondo o entidad de previsión social a la cual se hallaba vinculado a la expedición de la Ley 100 de 1993.

II. DECISION.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

R E S U E L V E :

Primero: Declarar EXEQUIBLE el inciso tercero del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 en los apartes acusados, en el entendido de que éste rige en relación con los servidores públicos que no hubiesen manifestado su voluntad de continuar afiliados a la caja, fondo o entidad de previsión a la cual se hallaban vinculados, de conformidad con lo previsto en el inciso 2o. de la Ley 100 de 1993.

Segundo: INHIBIRSE para fallar acerca de la inconstitucionalidad del aparte III) del literal a) del artículo 6o. del Decreto 813 de 1994 por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese, publíquese, cópiese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

JOSE GREGORIO HERNADEZ GALINDO

Presidente

JORGE ARANGO MEJIA

Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado Ponente

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SISTEMA GENERAL DE PENSIONES-Selección del régimen (Aclaración de voto)

Despojada del entendido del cual parte la sentencia, la norma enjuiciada introducía una discriminación injustificada en cuya virtud el sólo hecho de ser un servidor público no afiliado a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, de hallarse afiliado a una entidad de tal naturaleza en liquidación o de ingresar por primera vez a la fuerza laboral, implicaba para el trabajador, en caso de seleccionar el régimen de prestación definida, la forzosa afiliación al Instituto de Seguros Sociales, a diferencia de los servidores previstos en los dos

primeros incisos, quienes sí gozarían de la libertad de vincularse a otras cajas, o entidades, distintas del Seguro Social. Solamente en virtud de la interpretación hecha por la Corte, la norma legal pasa de ser imperativa a suplir la voluntad de los trabajadores, lo cual se aviene a la Constitución. Pero se ha requerido que el Juez constitucional modifique en la práctica su contenido para impedir el vacío que se habría generado al declararse la inexequibilidad.

Ref.: Proceso D-888

Santafé de Bogotá, D.C. siete (7) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

El inciso 3o. del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 no es una norma que se distinga precisamente por su claridad.

Por ello, la Corte ha tenido que condicionar su exequibilidad en términos que comparto -pues el alcance normativo que de allí se deriva es el lógico y el justo-, pero que no resultaban de la proposición legal considerada en sí misma.

Estimo que, en estricto sentido, por cuanto en su texto la disposición nada expresó acerca de que se aplicaran sus mandatos “en relación con servidores públicos que no hubiesen manifestado su voluntad de continuar afiliados a la caja, fondo o entidad de previsión a la cual se hallaban vinculados” -condicionamiento éste que hubo de ser introducido por la Corte y no por el legislador-, era en realidad inconstitucional.

En efecto, despojada del entendido del cual parte la sentencia, la norma enjuiciada introducía una discriminación injustificada en cuya virtud el sólo hecho de ser un servidor público no afiliado a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, de hallarse afiliado a una entidad de tal naturaleza en liquidación o de ingresar por primera vez a la fuerza laboral, implicaba para el trabajador, en caso de seleccionar el régimen de prestación definida, la forzosa afiliación al Instituto de Seguros Sociales, a diferencia de los servidores previstos en los dos primeros incisos, quienes sí gozarían de la libertad de vincularse a otras cajas, o entidades, distintas del Seguro Social.

Solamente en virtud de la interpretación hecha por la Corte, la norma legal pasa de ser imperativa a suplir la voluntad de los trabajadores, lo cual se aviene a la Constitución. Pero se ha requerido que el Juez constitucional modifique en la práctica su contenido para impedir

el vacío que se habría generado al declararse la inexequibilidad.

Fecha ut supra.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

1 Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara