

## ACTO ADMINISTRATIVO FORMACIÓN / ACTO ADMINISTRATIVO – Elementos / ELEMENTOS DE VALIDEZ DE ACTO ADMINISTRATIVO – Competencia. Alcance

El acto administrativo, como expresión de la voluntad administrativa unilateral encaminada a producir efectos jurídicos a nivel general y/o particular y concreto, se forma por la concurrencia de elementos de tipo subjetivo (órgano competente), objetivo (presupuestos de hecho a partir de un contenido en el que se identifique objeto, causa, motivo y finalidad, y elementos esenciales referidos a la efectiva expresión de una voluntad unilateral emitida en ejercicio de la función administrativa) y formal (procedimiento de expedición). Sin tales elementos el acto no sería tal y adolecería de vicios de formación generadores de invalidez, que lo despojarían de la presunción de legalidad con la que nace y lo harían anulable por orden jurisdiccional. Según lo anunciado, el elemento subjetivo del acto administrativo se relaciona con la competencia del órgano que lo emite, a la cual refiere el artículo 123 de la CP, cuando señala que los servidores públicos deben ejercer sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. Desde el punto de vista activo, la doctrina ha asociado tal elemento a la aptitud o autorización que tiene todo funcionario u organismo estatal para ejercer las funciones y la autoridad que le han sido asignadas, dentro de las circunstancias objetivas y subjetivas señaladas en la Constitución, la ley o el reglamento, y sólo dentro de ellas. Desde el punto de vista pasivo, la competencia se ha referido al conjunto de asuntos atribuidos a toda autoridad pública por disposición de la Constitución, la ley o el reglamento, para que actúe o provea en orden a la atención de los mismos. Se trata entonces de una delimitación del poder funcional que obliga a que los funcionarios públicos, en el desempeño de su cargo, sólo hagan lo que les está permitido, a diferencia de los particulares, quienes pueden hacer todo lo que no les está jurídicamente prohibido. De la competencia emana una plena facultad de decisión para el servidor que la detenta, en representación del órgano con capacidad jurídica para ejercer la función administrativa manifestada en los actos administrativos. Así pues, cuando el acto administrativo lo expide el funcionario público o el particular autorizado por la ley para ejercer función administrativa, pero sin las atribuciones que la Constitución, la ley o el reglamento le han asignado, se constituye un vicio de falta de competencia asociado a factores materiales, territoriales, funcionales o temporales, según el caso.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 123

PROCEDIMIENTO PARA EL TRASLADO DE AFILIADOS ENTRE REGÍMENES  
PENSIONALES Y ADMINISTRADORAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES –  
Facultad de la superintendencia bancaria para establecerlo en ejercicio de sus funciones de control y vigilancia sobre las entidades administradoras del Sistema General de Pensiones

El aparte demandado está ubicado en el Título Cuarto, Capítulo Primero: Instrucciones generales relacionadas con las entidades administradoras del Sistema General de Pensiones, de la Circular Externa 019 de 1998, expedida por la Superintendencia Bancaria, y que en el numeral 3 se refiere al "procedimiento para el traslado de afiliados". Según ese numeral, las instrucciones allí contenidas se fundamentan en los artículos 326 (No. 3, lit. a) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero – Decreto 663 de 1993, 60 (lit. c), 113 y 144 de la Ley 100 de 1993, y 15 y 16 del Decreto 692 de 1994 (...) **[L]as normas a las que se ha hecho referencia, establecen reglas y requisitos para el traslado entre regímenes, los cuales corresponde implementar y verificar a las administradoras de pensiones y, en esa medida, la entidad de vigilancia y control, como es la hoy Superintendencia financiera, expidió la Circular que contiene parámetros uniformes para viabilizar la aplicación de las disposiciones por parte de las entidades y**

**hacer efectivos los derechos consagrados en dichas disposiciones a los afiliados al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.** Desde esa perspectiva, no se configura el vicio de incompetencia que predica el libelista, pues evidentemente la Superintendencia Bancaria estaba facultada para disponer la instrucción anteriormente señalada, como autoridad que ejerce inspección y vigilancia sobre las entidades administradoras de pensiones, destinatarias de la Circular 019 de 1998, por orden expresa del literal a), num. 2 del artículo 325 del EOSF.

FUENTE FORMAL: DECRETO 663 DE 1993 – ARTÍCULO 325 NUMERAL 2 LITERAL A / DECRETO 663 DE 1993 – ARTÍCULO 326 NUMERAL 3 LITERAL A / LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 60 LITERAL C / LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 113 / LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 144 / DECRETO 692 DE 1994 – ARTÍCULO 15 / DECRETO 692 DE 1994 – ARTÍCULO 16 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 189 NUMERAL 24

SISTEMA GENERAL DE PENSIONES – Afiliados obligatorios. Los pensionados no lo son / TRASLADO DE PENSIONADOS ENTRE REGÍMENES PENSIONALES Y ENTRE ADMINISTRADORAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES – Prohibición / PROHIBICIÓN DE TRASLADO DE PENSIONADOS ENTRE REGÍMENES PENSIONALES Y ADMINISTRADORAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES – Alcance, justificación y objeto / INFORMES DE SOLICITUDES DE TRASLADO DE AFILIADOS ENTRE REGÍMENES PENSIONALES Y ADMINISTRADORAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES – Legalidad de la obligación de informar la causal de improcedencia de la solicitud por disfrute de pensión

La Sala precisa que no hace parte de la fijación del litigio la forma en que los pensionados pueden vincularse laboralmente, sin embargo, sí debe puntualizar que quienes gozan del estatus de «pensionados» no son afiliados obligatorios del Sistema General de Pensiones, como lo plantea el demandante, pues el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, vigente para la fecha en que se expidió la Circular, preveía (...) **De la disposición transcrita se advierte que la obligación de realizar cotizaciones cesa una vez se adquieren los requisitos de la pensión, salvo que el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad desee seguir realizando aportes voluntarios, posibilidad que luego fue ampliada a los afiliados al régimen de prima media con prestación definida, en virtud de la modificación que introdujo a esta norma el artículo 4° de la Ley 793 de 2003. En cualquier caso e independientemente de la vinculación laboral y de las situaciones particulares que pudieran darse dentro del régimen pensional general y especial, lo cual no fue concretado por el demandante, la normativa constitucional y legal no permite el traslado de regímenes pensionales ni de administradoras de pensiones para quien ya cubrió con sus aportes el riesgo pensional y, por ende, se encuentra "en disfrute de su pensión", que es lo que prevé la disposición acusada, como pasa a explicarse.** El traslado de afiliados entre los regímenes del Sistema General de Pensiones está regulado en el Título IV, Capítulo I de la Ley 100 de 1993. Los artículos 113 y 114 citados como fundamento jurídico de la competencia para expedir el aparte demandado en nulidad, integran la normativa de dicho capítulo e identifican presupuestos y condiciones precisas para el traslado, dependiendo de los regímenes entre los cuales se haga. Como lo expuso la parte demandada, el artículo 107 de la Ley 100 de 1993 facultó el traslado voluntario de afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por las **sociedades administradoras de fondos de pensiones, a otro plan de capitalización o de pensiones autorizado o a otra entidad administradora, siempre que no hubieren adquirido la calidad de pensionados y que los cambios no excedieran de una vez en el semestre respectivo, previa solicitud presentada por el interesado con no menos de 30 días calendario de anticipación.** (...) Debe precisarse que la anterior disposición

hace parte del capítulo VIII de la Ley 100 de 1993 que regula a las administradoras del régimen de ahorro individual y, como se advierte en su texto, únicamente se refiere a los cambios de planes y de administradoras de dicho régimen. Ahora bien, la prohibición subjetiva de que el afiliado "no haya adquirido la calidad de pensionado" fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-841 de 2003, que resolvió la demanda de inconstitucionalidad presentada contra dicha expresión contenida en el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, por supuesta discriminación a los pensionados y desconocimiento de su dignidad y de su derecho a la seguridad social, en cuanto les impedía el traslado de administradora de pensiones dentro del régimen de ahorro individual. En lo pertinente, dicho fallo precisó que el artículo 107 de la Ley 100 de 1993 busca: i) garantizar un servicio administrativo y financiero eficiente de los recursos del régimen de pensiones de ahorro individual con solidaridad, y ii) asegurar la estabilidad financiera y la rentabilidad de la entidad administradora o aseguradora. Tales finalidades se ligan a los fines constitucionales de eficiencia, universalidad y solidaridad que orientan la prestación y ampliación de la cobertura de la seguridad social, en general, y del sistema general de pensiones, en particular. Garantizar un servicio administrativo y financiero eficiente y asegurar la estabilidad y la sostenibilidad del sistema, constituyen fines legítimos y constitucionalmente importantes en un Estado Social de Derecho. (...) Desde esta perspectiva constitucional, queda claro para la Sala que el legislador podía privar el traslado entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, para quienes se encontraran pensionados, porque tal medida protege la estabilidad financiera, la eficiencia administrativa y la rentabilidad mínima de tales entidades y, en esa medida, constituye una limitante razonable y proporcionada para los fines del sistema de seguridad social en pensiones. Para la Sala, las consideraciones de la Corte Constitucional a la limitante de traslado dentro de las diferentes administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, resultan aplicables a la eventual hipótesis de traslado de pensionados entre administradoras del régimen de prima media con prestación definida, pues los presupuestos de hecho similares merecen igual tratamiento jurídico. Por lo demás, el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 estableció que el régimen de prima media sería administrado por el ISS, hoy Colpensiones, norma vigente para la fecha de expedirse el acto anulado. Ahora bien, frente al traslado entre regímenes, que es otro aspecto planteado por el demandante, la Sala considera que, en principio y como lo sostiene el actor, no existe aparentemente limitación o prohibición legal para ese cometido. Sin embargo, tal prohibición no debía estar consagrada expresamente, porque, a partir de los principios constitucionales del Sistema General de Seguridad Social, a saber: eficiencia, universalidad y solidaridad, consagrados en el artículo 48 de la Carta y desarrollados en la Ley 100 de 1993, puede concluirse que permitir el traslado de quien ostenta la condición de pensionado, afectaría gravemente la viabilidad financiera del sistema, pues quien ha adquirido el derecho a la pensión en determinado régimen ha cubierto la ocurrencia de un riesgo bajo unas condiciones que fueron verificadas al momento de cumplir los requisitos para acceder a la pensión y correspondientes a cada régimen pensional, todo lo cual hizo parte de los cálculos actuariales y de administración de las respectivas cotizaciones por parte de la entidad administradora de la pensión. Más allá de lo anterior, la posibilidad de que un pensionado pudiera trasladarse de régimen pensional, queda desvirtuada con la modificación que introdujo el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 al literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, al prohibir el traslado de régimen cuando al afiliado le falten diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. La mencionada modificación fue declarada exequible por la Corte en la sentencia C-1024 de 2004, con consideraciones que si bien se refieren a una norma que fue expedida con posterioridad a la disposición demandada, permiten reafirmar, como se indicó, que la prohibición de traslado de régimen pensional para quien tiene la calidad de pensionado, derivan directamente de la Ley 100 de 1993 (...) Así, si el legislador previó periodos

de carencia para el traslado entre regímenes precisamente para defender la estabilidad del sistema, con mayor razón cuando ya está en disfrute del derecho pensional. De acuerdo con lo anterior, la Sala concluye que el contenido de la instrucción no desborda el marco legal vigente en materia de requisitos para el traslado de régimen o de administradora de pensiones, comoquiera que la exigencia de que el afiliado no esté "en disfrute de pensión", tiene respaldo en la prohibición legal prevista en el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, consistente en que el afiliado solicitante del traslado en el régimen de ahorro individual con solidaridad "no haya adquirido la calidad de pensionado", así como en la aplicación de los demás principios que rigen el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 13 LITERAL E / LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 17 / LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 64 / LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 107 / LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 113 / LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 114 / CONSTITUCIÓN POLITICA – ARTÍCULO 48 / LEY 797 DE 2003 – ARTÍCULO 2 / LEY 797 DE 2003 – ARTÍCULO 4

NORMA DEMANDADA: CIRCULAR EXTERNA 019 DE 1998 (4 de marzo)  
SUPERINTENDENCIA BANCARIA – CAPITULO I TITULO CUARTO NUMERAL 3  
SUBNUMERAL 3.5 PARCIAL (No anulado)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

Bogotá D.C., primero (01) de junio de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-27-000-2012-00069-00(19869)

Actor: CARLOS ALBERTO GARCÍA OVIEDO

Demandado: SUPERINTENDENCIA FINANCIERA

FALLO

En ejercicio de la competencia atribuida por el numeral 1° del artículo 149 del CPACA, corresponde a la Sala proveer sobre la demanda de nulidad interpuesta contra el numeral 3), subnumeral 3. 5., del capítulo I, Título Cuarto de la Circular 019 del 4 de marzo de 1998, proferida por la Superintendencia Bancaria – hoy Superintendencia Financiera.

NORMA ACUSADA

Mediante la Circular Externa 019 del 4 de marzo de 1998, publicada junto con sus anexos en el Boletín 378, volumen 9 del 8 de marzo, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público – capítulo Superintendencia Bancaria de Colombia –[1], éste organismo de control modificó el procedimiento establecido en la Circular Básica Jurídica en relación con el traslado de afiliados entre regímenes pensionales y las entidades administradoras de los mismos, con el fin de hacerlo más ágil y seguro, dados los inconvenientes operativos que venían presentándose.

El capítulo primero del título cuarto de la circular modificatoria (fl. 25, c. 1), estableció las

instrucciones generales relacionadas con las entidades administradoras del sistema general de pensiones y, entre ellas, las del procedimiento para el traslado mencionado (numeral 3), de conformidad con lo previsto en los artículos 60, literal c), 113 y 114 de la Ley 100 de 1993, 15 y 16 del Decreto 692 de 1994 y 3 (lit. a), No. 3) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. En ese contexto, el numeral 3. 5 dispuso:

"3. 5. Informe de solicitudes de traslado:

La administradora anterior, previa verificación del cumplimiento de los requisitos legales, deberá informar a la nueva administradora, al afiliado y al empleador, si es del caso, acerca de la procedencia o no de las solicitudes de traslado reportadas en el respectivo mes, de acuerdo con el subnumeral precedente, a más tardar el veintitrés (23) del mismo mes en que se efectuó el reporte.

Para ello empleará un formato que contendrá como mínimo las siguientes especificaciones:

Nombre o razón social de la nueva administradora

Fechas del reporte de las solicitudes de traslado y del informe de verificación de los requisitos legales

Nombres y apellidos del solicitante

Documento de identificación

Procedencia o improcedencia de la solicitud. Causal -----

Nombre completo, cargo y firma del funcionario responsable

Para efectos de lo dispuesto en el literal e), la administradora anterior estará en la obligación de verificar que el afiliado no esté incurso en alguna de las siguientes situaciones:

1. Fecha de la última selección menor a seis (6) meses (cambio entre administradoras del régimen de ahorro individual)
2. Fecha de la última selección menor a tres (3) años (traslado entre regímenes pensionales) en disfrute de pensión
3. **En disfrute de pensión**
4. Solicitud de pensión en trámite
5. No afiliado"

## DEMANDA

El señor Carlos Alberto García Oviedo demandó la nulidad de la expresión "en disfrute de pensión" contenida en el numeral 3), subnumeral 3. 5., del capítulo I, Título Cuarto de la Circular 019 del 4 de marzo de 1998, por falta de competencia de la Superintendencia Bancaria – hoy Superintendencia Financiera - para establecer un requisito de procedibilidad que la ley no previó, respecto del traslado entre regímenes pensionales y administradoras de los mismos.

Invocó como normas violadas los artículos 6, 48 (inc. 1), 121, 150-23, 189-11 de la Constitución Política; 1, 3, 5, 8, 11, 13 (lit. c), 15, 60 (lit. c), 61, 112, 113, 114 y 128 de la Ley 100 de 1993 y 5 (inc. 2, 4 y 5) del Decreto Reglamentario 692 de 1994.

Sobre el concepto de violación, expuso que las normas legales y reglamentarias citadas como

fundamento de la circular demandada, no facultaron la adición de los requisitos legalmente dispuestos para que los afiliados al sistema general de pensiones pudieran trasladarse de régimen pensional o de entidad administradora.

Dijo que el aparte demandado desconoce el derecho de los afiliados pensionados con nuevo vínculo laboral, a trasladarse libremente entre administradoras, salvo que la pensión fuere por invalidez o que al momento de entrar a regir el sistema tuvieran 55 años, si son hombres, o 50, si son mujeres.

Enfatizó en que la Superintendencia Bancaria no estaba facultada para establecer los requisitos sustanciales que permiten a dichos afiliados (pensionados con nuevo vínculo laboral) escoger libremente el régimen pensional y la entidad que lo administra.

Indicó que la Ley 100 de 1993 establece el principio de "libre escogencia" y teniendo en cuenta que la organización del servicio público de seguridad social le corresponde exclusivamente al legislador, sólo éste puede regular todo lo relacionado con aquél, incluyendo los requisitos materiales para que los afiliados puedan ejercer los derechos que les reconoce el sistema.

Anotó que los pensionados por causas diferentes a la invalidez pueden tener un nuevo vínculo laboral en los casos que establece la ley y son afiliados obligatorios del sistema general de pensiones, de manera que si se les aplica el numeral cuya nulidad se reclama, quedarían excluidos de tal sistema en el régimen de ahorro individual con solidaridad, y se les desconocería el derecho de libre escogencia de régimen y entidad administradora de pensiones.

En ese sentido, destacó que la norma demandada generalizó la exclusión del Sistema General de Pensiones para todos los pensionados por causa diferente a la invalidez, y pasó por alto la condición de afiliados obligatorios del sistema que ellos adquieren cuando tienen un nuevo vínculo laboral, así como los derechos propios de tal calidad.

Señaló que las reglas legales para el traslado del régimen pensional tanto en el régimen de prima media como en el de ahorro individual con solidaridad, no incluyen el requisito de "no estar pensionado", y que las normas reglamentarias del traslado de un afiliado de régimen pensional o de entidad administradora, tampoco lo prevén.

Precisó que la actuación de la Superintendencia Bancaria configura una desviación de poder, porque adicionó la ley con nuevos requisitos sustanciales que ella no prevé, "a sabiendas" de su incompetencia para hacerlo.

Recalcó que la Superintendencia Bancaria usurpó competencias asignadas constitucionalmente al legislador, no obstante que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido que la seguridad social es regulada exclusiva y excluyentemente por la ley, a tal punto que no puede delegarse por facultades extraordinarias.

Agregó que la Constitución no asignó competencia al Gobierno Nacional para que, a través de las circulares de las superintendencias, modificara la ley que regula el servicio público de seguridad social, con aparentes instrucciones para el cumplimiento de la regulación legal, pues lo que hacen es extinguir el derecho de los pensionados con nuevo vínculo laboral, a trasladarse entre regímenes pensionales y entre las entidades que los administran.

**CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

El MINISTERIO DE HACIENDA se opuso a las pretensiones de la demanda.

Al efecto, adujo que, en virtud de la función de vigilancia y control que le fue asignada a la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera, el acto demandado impartió instrucciones a las administradoras de pensiones para al traslado de sus afiliados.

Dijo que la prohibición de traslado para los pensionados entre administradoras de pensiones, se deduce del artículo 107 de la Ley 100 de 1993, declarado executable por la Sentencia C-841 de 2003, de modo que el acto demandado solo aclaró lo establecido en esa norma legal.

Anotó que la pretensión del demandante constituye una indebida escogencia de la acción, constitutiva de ineptitud sustantiva de la demanda, y que esa circunstancia ha de provocar una decisión inhibitoria.

A su turno, la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA – ANTES SUPERINTENDENCIA BANCARIA -, señaló:

Que la circular demandada se expidió para dar correcta aplicación a la ley que regula el sistema general de pensiones, y goza de presunción de legalidad.

Que el ente de control tiene facultades para instruir a las entidades que vigila, sobre la manera en que deben cumplir las disposiciones legales de manera eficiente, y la forma en que deben ejecutar los procedimientos en concordancia con las normas jurídicas.

Que esas facultades surgen al amparo de las funciones de supervisión e inspección asignadas a la demandada y propias de la labor de policía administrativa, tendientes a mantener la confianza del público en el sistema financiero y a proteger tanto el interés general como el de los terceros de buena fe.

Que desde la Circular Externa 007 de 1996, la Superintendencia Financiera ha instruido a sus vigiladas sobre diversos asuntos, en especial, los atinentes a materias relativas del régimen pensional establecido en la Ley 100 de 1993.

Que las instrucciones impartidas por el acto demandado, se relacionan con la forma como las vigiladas deben realizar los informes de traslado de afiliados y el formato que deben diligenciar. También afirmó que el literal e) del numeral 3 del capítulo primero – Título Cuarto – de dicho acto, sólo reprodujo el requisito establecido en el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, que prohíbe a los pensionados trasladarse entre regímenes pensionales y entre administradoras.

Que del artículo 48 (inc. 1) de la CP, se deduce la improcedencia de que los pensionados inicien un nuevo proceso en el sistema por el sólo hecho de estar trabajando nuevamente, de modo que sus cotizaciones serían exclusivamente para el sistema de salud y no para adquirir el derecho a otra pensión.

Que los traslados entre regímenes pueden darse siempre que no se tenga la condición de pensionado, y la ley los condiciona al cumplimiento de un plazo mínimo de permanencia del afiliado. Que el derecho al traslado pueden ejercerlo quienes acrediten la condición de afiliado y cumplan con el mínimo temporal de permanencia, y se restringió para los afiliados al régimen de prima media con prestación definida que les falte diez años o menos para pensionarse por vejez.

Que el esquema de multifondos del régimen de ahorro individual con solidaridad, reiteró el derecho a seleccionar la administradora de pensiones por parte de afiliados no pensionados, pero

limitó la escogencia en la etapa de acumulación de uno sólo de los tipos de fondos ofrecidos, según el perfil de riesgo del afiliado.

## AUDIENCIA INICIAL

El 3 de febrero de 2017 se llevó a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011. En dicha diligencia no se advirtieron irregularidades o causales de nulidad procesal que afectaran la validez y eficacia del proceso.

Igualmente, se puso de presente la improcedencia de la conciliación en razón del medio de control público impetrado, así como la falta de formulación de excepciones previas que debieran resolverse en la audiencia.

También se advirtió que no se encontraba probada ninguna circunstancia conducente a declarar excepciones de manera oficiosa, no obstante lo cual la parte demandada pidió que se examinara la excepción de cosa juzgada, en razón de la declaratoria de exequibilidad del artículo 107 de la Ley 100 de 1993. La suscrita magistrada ponente negó tal solicitud, porque además de que la mencionada excepción no fue propuesta en la contestación de la demanda, el medio de control ejercido no recae sobre dicho artículo.

Asimismo, el litigio se concretó en "el estudio de legalidad de la expresión "En disfrute de pensión", contenida en el título IV, capítulo I, numeral 3. 5, literal e) numeral 3) de la Circular Externa No. 019 de 4 de marzo de 1998, por medio de la cual se modificó el título IV de la Circular Básica Jurídica, proferida por la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera de Colombia)".

Para ese estudio se ordenó considerar: "i) si la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera de Colombia) carecía de competencia para establecer los requisitos de validez para el traslado entre regímenes pensionales y entre las diferentes administradoras del Sistema General de Pensiones y ii) si la expresión "En disfrute de pensión", contenida en el título IV, capítulo I, numeral 3. 5, literal e) numeral 3) de la Circular Externa No. 019 de 4 de marzo de 1998, es ilegal toda vez que se trata de un requisito no establecido en la ley para determinar la aceptación o rechazo de la solicitud de traslado entre regímenes pensionales y entre las diferentes administradoras del Sistema General de Pensiones."

Igualmente, se ordenó tener como pruebas las aportadas a la demanda y al escrito de contestación a la misma.

## ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El demandante recalcó que la Superintendencia Bancaria carecía de competencia legislativa para ampliar o modificar la Ley 100 de 1993 a través del aparte normativo demandado, el cual, insiste, contraría la Constitución y la Ley, según lo expuesto en el libelo de la demanda.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público reiteró los argumentos de su escrito de contestación.

La Superintendencia Financiera precisó que las actividades financieras, bursátiles y aseguradoras son de interés público, de modo que no pueden ejercerse sino con la autorización del Estado, a quien le corresponde vigilarlas y supervisarlas.

Indicó que esa función de vigilancia busca, entre otros objetivos, asegurar la confianza pública en el sistema financiero y lograr que las instituciones que lo integran mantengan permanente solidez

económica y coeficientes de liquidez apropiados para atender sus obligaciones.

Agregó que instruir a las entidades vigiladas sobre la manera como deben cumplir las disposiciones que regulan su actividad, hace parte de las funciones de control y vigilancia asignadas a la Superintendencia Financiera, con lo cual coadyuva a la misión institucional de actuar como policía administrativa para proteger la fe pública en el sector y la buena fe de terceros.

Afirmó que la facultad de dar instrucciones a las vigiladas con criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de las normas, no se extiende a la reglamentación de las disposiciones legales respecto de la prestación de un determinado servicio ni a la actividad legislativa propiamente dicha.

Aclaró que el acto demandado se expidió con fundamento en el literal a), numeral 3 del artículo 326 del EOSF, con el fin de señalar pautas que permitieran a las sociedades administradoras tramitar las solicitudes de traslado de régimen pensionales, dados los inconvenientes que venía presentando ese trámite.

Señaló que las reglas de traslado de régimen y de administradora, fijadas por los artículos 107 y 113 de la Ley 100 de 1993, sólo aplican para afiliados, trabajadores y servidores públicos, no para los pensionados. Afirmó que la facultad de traslado voluntario del valor de la cuenta individual de ahorro pensional a otro plan de capitalización o de pensión autorizado, o a otra entidad administradora, sólo se previó legalmente para los afiliados que no hubieran adquirido la calidad de pensionados.

En ese sentido, puntualizó que el acto demandado incorporó una restricción legalmente vigente para los pensionados, y que la interpretación del demandante contraría los principios legales y constitucionales del sistema de seguridad social integral, a los que alude la sentencia C-841 de 2003.

#### CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El representante del Ministerio Público solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda, porque la norma demandada se ajusta a lo establecido en el artículo 107 de la Ley 100 de 1993 pues, para efecto del traslado de afiliados, dicho artículo establece el requisito de "no haber adquirido la calidad de pensionado".

De acuerdo con lo anterior, concluyó que el aparte cuya nulidad se pretende sólo reiteró un presupuesto legal para el traslado de afiliados y que, en esa medida, el cargo de falta de competencia de la Superintendencia Bancaria para disponer la exigencia de que el afiliado no tenga ninguna "solicitud de pensión en trámite", no está llamado a prosperar.

#### CONSIDERACIONES DE LA SALA

En los términos de la fijación del litigio, corresponde a la Sala establecer si la Superintendencia Bancaria – hoy Superintendencia Financiera, gozaba de competencia para adoptar la disposición del numeral 3), subnumeral 3. 5., del capítulo I, Título Cuarto de la Circular 019 del 4 de marzo de 1998, proferida por la Superintendencia Bancaria – hoy Superintendencia Financiera, en cuanto sujetó la procedencia e improcedencia de la solicitud de traslado entre regímenes pensionales y entre las diferentes administradoras del Sistema General de Pensiones, a que el afiliado no esté "en disfrute de pensión", entre otras situaciones.

Aduce el demandante que tal exigencia no fue prevista en la ley de seguridad social, ni en ninguna otra y que, en esa medida, la norma demandada adicionó el ordenamiento legal vigente, porque incluyó un nuevo requisito para el referido traslado, con lo cual, además, desconoció el derecho de los afiliados pensionados a trasladarse de régimen de pensiones o de administradora, cuando tienen un nuevo vínculo laboral por razón del cual deben afiliarse obligatoriamente al sistema.

Igualmente, alega que las normas que fundamentan la Circular 019 de 1998 no facultaron ese tipo de adición normativa, ni ninguna modificación a la regulación legal del servicio público de seguridad social.

A contrario sensu, la parte demandada sostiene que la disposición acusada goza de validez por corresponder a una instrucción que emana de una prohibición legal vigente contenida en el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, que se requiere para la debida aplicación de las leyes que integran el estatuto de seguridad social y que se impartió en ejercicio de la función de control y vigilancia, propia de la Superintendencia Bancaria – hoy Superintendencia Financiera -.

El problema jurídico planteado se analizará en el siguiente orden:

#### DE LA COMPETENCIA COMO ELEMENTO DE EXISTENCIA Y VALIDEZ DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

El acto administrativo, como expresión de la voluntad administrativa unilateral encaminada a producir efectos jurídicos a nivel general y/o particular y concreto, se forma por la concurrencia de elementos de tipo subjetivo (órgano competente), objetivo (presupuestos de hecho a partir de un contenido en el que se identifique objeto, causa, motivo y finalidad, y elementos esenciales referidos a la efectiva expresión de una voluntad unilateral emitida en ejercicio de la función administrativa) y formal (procedimiento de expedición).

Sin tales elementos el acto no sería tal y adolecería de vicios de formación generadores de invalidez, que lo despojarían de la presunción de legalidad con la que nace y lo harían anulable por orden jurisdiccional.

Según lo anunciado, el elemento subjetivo del acto administrativo se relaciona con la competencia del órgano que lo emite, a la cual refiere el artículo 123 de la CP, cuando señala que los servidores públicos deben ejercer sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

Desde el punto de vista activo, la doctrina ha asociado tal elemento a la aptitud o autorización que tiene todo funcionario u organismo estatal para ejercer las funciones y la autoridad que le han sido asignadas, dentro de las circunstancias objetivas y subjetivas señaladas en la Constitución, la ley o el reglamento, y sólo dentro de ellas. Desde el punto de vista pasivo, la competencia se ha referido al conjunto de asuntos atribuidos a toda autoridad pública por disposición de la Constitución, la ley o el reglamento, para que actúe o provea en orden a la atención de los mismos.

Se trata entonces de una delimitación del poder funcional que obliga a que los funcionarios públicos, en el desempeño de su cargo, sólo hagan lo que les está permitido, a diferencia de los particulares, quienes pueden hacer todo lo que no les está jurídicamente prohibido[3].

De la competencia emana una plena facultad de decisión para el servidor que la detenta, en

representación del órgano con capacidad jurídica para ejercer la función administrativa manifestada en los actos administrativos[4].

Así pues, cuando el acto administrativo lo expide el funcionario público o el particular autorizado por la ley para ejercer función administrativa, pero sin las atribuciones que la Constitución, la ley o el reglamento le han asignado, se constituye un vicio de falta de competencia asociado a factores materiales, territoriales, funcionales o temporales, según el caso.

## ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

El aparte demandado está ubicado en el Título Cuarto, Capítulo Primero: Instrucciones generales relacionadas con las entidades administradoras del Sistema General de Pensiones, de la Circular Externa 019 de 1998, expedida por la Superintendencia Bancaria, y que en el numeral 3 se refiere al "procedimiento para el traslado de afiliados".

Según ese numeral, las instrucciones allí contenidas se fundamentan en los artículos 326 (No. 3, lit. a)[5] del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero – Decreto 663 de 1993, 60 (lit. c), 113 y 144 de la Ley 100 de 1993, y 15 y 16 del Decreto 692 de 1994, los cuales se pasan a considerar.

El literal a), No. 3 del artículo 326 del EOSF

El literal a), No. 3 del artículo 326 del EOSF, estableció:

**"Art. 326. Funciones y facultades de la Superintendencia Bancaria.** Para el ejercicio de los objetivos señalados en el artículo anterior, la Superintendencia Bancaria tendrá las funciones y facultades consagradas en los numerales siguientes sin perjuicio de las que por virtud de otras disposiciones legales le correspondan.

(...)

**3o. Funciones de control y vigilancia.** La Superintendencia Bancaria tendrá las siguientes funciones de control y vigilancia:

a) Instruir a las instituciones vigiladas sobre la manera como deben cumplir las disposiciones que regulan su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación.

(...)" (Subrayas fuera de texto)

La norma transcrita prevé tres funciones de control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria respecto de las entidades vigiladas, así: i) la instrucción sobre la forma en que deben cumplir las normas que las regulan, ii) la fijación de criterios técnicos y jurídicos para facilitar ese cumplimiento y, iii) el señalamiento de procedimientos para aplicarlas.

Este grupo de funciones, junto con las demás que establece el numeral 3 del artículo 326 del EOSF, materializan el cometido que el numeral 24 del artículo 189 de la CP le asignó al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa para **"ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público."**

Ahora bien, para el caso concreto de la Circular objeto de demanda, se advierte que tiene como finalidad dar lineamientos a las administradoras del Sistema General de Pensiones, para dar cumplimiento a la normativa legal que autorizó el traslado entre regímenes pensionales y administradoras, así como para señalar procedimientos para su aplicación, lo cual corresponde precisamente a las funciones de control y vigilancia que le fueron asignadas.

En efecto, el acto demandado invoca también como fundamento legal, lo dispuesto en las siguientes disposiciones:

Los artículos 113 y 114 de la Ley 100 de 1993

El artículo 113 de la Ley 100 de 1993 dispuso las reglas para el traslado de afiliados al Sistema General de Pensiones, entre los regímenes de prestación definida y ahorro individual con solidaridad, así:

**"Art. 113. Traslado de régimen. Cuando los afiliados al sistema en desarrollo de la presente ley se trasladen de un régimen a otro se aplicarán las siguientes reglas.**

**a) Si el traslado se produce del régimen de prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, habrá lugar al reconocimiento de bonos pensionales en los términos previstos por los artículos siguientes, y**

**b) Si el traslado se produce del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prestación definida, se transferirá a este último el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos, que se acreditará en términos de semanas cotizadas, de acuerdo con el salario base de cotización.**

A su vez, el artículo 114 ibídem estableció los requisitos para el traslado entre los regímenes pensionales vigentes, en los siguientes términos:

**"Art. 114. Requisitos para el traslado de regímenes. Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones.**

**Este mismo requisito es obligatorio para los trabajadores vinculados con los empleadores hasta el 31 de diciembre de 1990 y que decidan trasladarse al régimen especial de cesantía previsto en la Ley 50 de 1990, para lo cual se requerirá que adicionalmente dicha comunicación sea rendida ante notario público, o en su defecto ante la primera autoridad política del lugar".**

Los artículos 15 y 16 del Decreto Reglamentario 692 de 1994

Los artículos 15 y 16 del Decreto Reglamentario 692 de 1994 establecieron un límite temporal para el traslado entre los regímenes, regularon la expedición de los bonos pensionales para el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, dispusieron el tratamiento del traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida, autorizando la devolución de cotizaciones voluntarias no retiradas al momento del traslado, y dispusieron el plazo para el traslado entre las distintas AFP o AFPC a

las que tienen que vincularse quienes seleccionan el régimen de ahorro individual con solidaridad[6].

Como se indicó, las normas a las que se ha hecho referencia, establecen reglas y requisitos para el traslado entre regímenes, los cuales corresponde implementar y verificar a las administradoras de pensiones y, en esa medida, la entidad de vigilancia y control, como es la hoy Superintendencia financiera, expidió la Circular que contiene parámetros uniformes para viabilizar la aplicación de las disposiciones por parte de las entidades y hacer efectivos los derechos consagrados en dichas disposiciones a los afiliados al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

Desde esa perspectiva, no se configura el vicio de incompetencia que predica el libelista, pues evidentemente la Superintendencia Bancaria estaba facultada para disponer la instrucción anteriormente señalada, como autoridad que ejerce inspección y vigilancia sobre las entidades administradoras de pensiones, destinatarias de la Circular 019 de 1998, por orden expresa del literal a), num. 2 del artículo 325 del EOSF[7].

Ahora bien, a juicio del demandante, la disposición cuya nulidad se reclama carece de respaldo legal, porque adicionó los requisitos previstos en la Ley 100 de 1993, al impedir que quienes están pensionados y adquieren un nuevo vínculo laboral, por el cual son afiliados obligatorios del sistema, puedan ejercer los derechos que tienen los demás afiliados, esto es, ejercer la opción de traslado entre regímenes o entre administradoras.

La Sala precisa que no hace parte de la fijación del litigio la forma en que los pensionados pueden vincularse laboralmente, sin embargo, sí debe puntualizar que quienes gozan del estatus de «pensionados» no son afiliados obligatorios del Sistema General de Pensiones, como lo plantea el demandante, pues el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, vigente para la fecha en que se expidió la Circular, preveía lo siguiente:

**ARTICULO. 17.- Obligatoriedad de las cotizaciones. Durante la vigencia de la relación laboral deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados y empleadores, con base en el salario que aquéllos devenguen.**

**Salvo lo dispuesto en el artículo 64 de esta ley[8], la obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.**

**Lo anterior será sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en el caso del régimen de ahorro individual con solidaridad.**  
(Subrayas fuera de texto)

De la disposición transcrita se advierte que la obligación de realizar cotizaciones cesa una vez se adquieren los requisitos de la pensión, salvo que el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad desee seguir realizando aportes voluntarios, posibilidad que luego fue ampliada a los afiliados al régimen de prima media con prestación definida, en virtud de la modificación que introdujo a esta norma el artículo 4° de la Ley 793 de 2003.

En cualquier caso e independientemente de la vinculación laboral y de las situaciones particulares que pudieran darse dentro del régimen pensional general y especial, lo cual no fue concretado por el demandante, la normativa constitucional y legal no permite el traslado de

regímenes pensionales ni de administradoras de pensiones para quien ya cubrió con sus aportes el riesgo pensional y, por ende, se encuentra "en disfrute de su pensión", que es lo que prevé la disposición acusada, como pasa a explicarse.

El traslado de afiliados entre los regímenes del Sistema General de Pensiones está regulado en el Título IV, Capítulo I de la Ley 100 de 1993. Los artículos 113 y 114 citados como fundamento jurídico de la competencia para expedir el aparte demandado en nulidad, integran la normativa de dicho capítulo e identifican presupuestos y condiciones precisas para el traslado, dependiendo de los regímenes entre los cuales se haga.

Como lo expuso la parte demandada, el artículo 107 de la Ley 100 de 1993 facultó el traslado voluntario de afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones, a otro plan de capitalización o de pensiones autorizado o a otra entidad administradora, siempre que no hubieren adquirido la calidad de pensionados y que los cambios no excedieran de una vez en el semestre respectivo, previa solicitud presentada por el interesado con no menos de 30 días calendario de anticipación. Dice la norma:

**"Art. 107. Cambio de plan de capitalización o de pensiones y de entidades administradoras. Todo afiliado al régimen y que no haya adquirido la calidad de pensionado, podrá transferir voluntariamente el valor de su cuenta individual de ahorro pensional a otro plan de capitalización o de pensiones autorizado, o trasladarse a otra entidad administradora.**

**Los cambios autorizados en el inciso anterior no podrán exceder de una vez en el semestre respectivo, previa solicitud presentada por el interesado con no menos de treinta (30) días calendario de anticipación.**

(...)" (Negrillas fuera de texto)

Debe precisarse que la anterior disposición hace parte del capítulo VIII de la Ley 100 de 1993 que regula a las administradoras del régimen de ahorro individual y, como se advierte en su texto, únicamente se refiere a los cambios de planes y de administradoras de dicho régimen.

Ahora bien, la prohibición subjetiva de que el afiliado "no haya adquirido la calidad de pensionado" fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-841 de 2003, que resolvió la demanda de inconstitucionalidad presentada contra dicha expresión contenida en el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, por supuesta discriminación a los pensionados y desconocimiento de su dignidad y de su derecho a la seguridad social, en cuanto les impedía el traslado de administradora de pensiones dentro del régimen de ahorro individual.

En lo pertinente, dicho fallo precisó que el artículo 107 de la Ley 100 de 1993 busca: i) garantizar un servicio administrativo y financiero eficiente de los recursos del régimen de pensiones de ahorro individual con solidaridad, y ii) asegurar la estabilidad financiera y la rentabilidad de la entidad administradora o aseguradora.

Tales finalidades se ligan a los fines constitucionales de eficiencia, universalidad y solidaridad que orientan la prestación y ampliación de la cobertura de la seguridad social, en general, y del sistema general de pensiones, en particular. Garantizar un servicio administrativo y financiero eficiente y asegurar la estabilidad y la sostenibilidad del sistema, constituyen fines legítimos y constitucionalmente importantes en un Estado Social de Derecho.

La búsqueda de la prestación eficiente de servicios que garanticen la rentabilidad, la administración adecuada y la sostenibilidad del sistema de seguridad social en pensiones, contribuye a la sana competencia entre administradoras de pensiones, para que puedan ofrecer los mejores recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles. Igualmente, repercute en una prestación adecuada, oportuna y suficiente del derecho a la seguridad social.

La Corte señaló que el traslado de las cuentas individuales de ahorro pensional estimula la competencia entre las sociedades administradoras de fondos pensionales, porque, claramente, para atraer un mayor número de usuarios y de recursos para inversión, tales entidades mejoran la oferta de servicios administrativos y las condiciones de rentabilidad financiera para sus usuarios.

A contrario sensu, la restricción al traslado permite que la entidad administradora de pensiones conozca con certeza el monto de las reservas y los gastos financieros que debe asumir para garantizar el pago de las pensiones a su cargo y que pueda hacer una mejor gestión financiera, invirtiendo los recursos disponibles en donde obtenga una mayor rentabilidad.

El retracto indefinido de los contratos de pensiones puede resultar oneroso para la entidad administradora, porque vería reducida la rentabilidad de sus inversiones al no poder establecer flujos de caja predecibles que le permitan garantizar el cumplimiento de sus obligaciones. Además, ello pondría en riesgo los beneficios del titular de la cuenta de ahorro pensional, pues al trasladarse frecuentemente de administradora de pensiones o de plan de capitalización, se reduce la posibilidad de acceder a inversiones de mediano y largo plazo que ofrezcan buenos índices de rentabilidad y tendría que asumir los costos financieros y administrativos que implican ese traslado, afectando el capital ahorrado y disponible para la pensión.

Las calidades de afiliado y pensionado son comparables a la luz de las finalidades que persigue la limitación del traslado de las cuentas individuales de ahorro pensional, en tanto que la decisión de afiliados y pensionados de permanecer o trasladarse de entidad administradora de los fondos pensionales, afecta la estabilidad financiera y la rentabilidad de sus inversiones.

En ejercicio de la potestad de configuración normativa, el legislador podía determinar las condiciones para el traslado de régimen de pensiones, la transferencia de plan de capitalización o de pensiones y el cambio de entidad administradora de las mismas, para así procurar y lograr la sana competencia entre las distintas entidades administradoras, de tal forma que la calidad de los servicios financieros y administrativos ofrecidos a los usuarios fuera estimulada por el libre mercado, así como para eliminar los factores de riesgo que amenazan la sostenibilidad de los recursos del sistema o que contrarían las finalidades de eficiencia, universalidad, solidaridad y ampliación de la cobertura.

Acorde con esas premisas, la Corte puntualizó:

"(...)

... la potestad de configuración del legislador al diseñar el sistema de seguridad social es amplia, y en ejercicio de ella, el legislador puede crear estímulos que favorezcan el ofrecimiento de servicios financieros y administrativos eficientes, adecuados, sostenibles y rentables para el manejo de los recursos y pensiones dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad. También puede el legislador regular la frecuencia y oportunidad con que se puede trasladar el afiliado dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad.

En ese sentido, la Ley 100 de 1993 contiene varios mecanismos que contribuyen a la prestación

eficiente de la seguridad social, dentro de los cuales se encuentran (i) la autorización para que el afiliado traslade sus aportes del régimen pensional de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, y viceversa (Artículo 113, Ley 100 de 1993); (ii) el establecimiento de diferentes modalidades de pensión que se acomoden a las necesidades futuras del pensionado (Artículo 79, Ley 100 de 1993); (iii) la autorización para que el afiliado transfiera su cuenta de ahorro individual de plan de capitalización o de pensiones, y de entidad administradora (Artículo 107, Ley 100 de 1993, norma cuestionada en el presente proceso); (iv) la limitación a la frecuencia con que puede hacerse el traslado (Artículo 2, Ley 797 de 2003); (v) el establecimiento de garantías de sostenibilidad del régimen, a través de pólizas, fondos de garantías, garantías estatales, niveles de patrimonio mínimo de las entidades administradoras de pensiones, beneficios tributarios, etc. (Artículos 68, 70, 71, 75, 77, 99, 109 Ley 100 de 1993; y 14, Ley 797 de 2003, entre otros); (vi) el establecimiento de garantías de rentabilidad mínima (Artículo 101, Ley 100 de 1993); (vii) los mecanismos de control y vigilancia sobre las entidades administradoras de pensiones (Artículos 91, 92, 95, 96, Ley 100 de 1993, entre otros).

La medida cuestionada en el presente proceso es, por lo tanto, una medida legítima que podía adoptar el legislador en ejercicio de su potestad de configuración del sistema general de pensiones.

(...)

Cuando se trata de la modalidad de renta vitalicia inmediata, la naturaleza misma del contrato no permitiría el traslado en ningún caso, dado que el afiliado adquiere la condición de pensionado desde el momento mismo en que contrata la renta vitalicia. Este tipo de plan pensional es, por expresa definición legal,[42] un contrato irrevocable entre el afiliado y una aseguradora, mediante el cual el afiliado adquiere un seguro que le otorga al beneficiario y sus descendientes el derecho a recibir una renta vitalicia mensual. Por su naturaleza, como contrato de seguro que es, los riesgos financieros y de contingencias propias de este tipo de contrato se trasladan a la compañía aseguradora, quien a partir de la celebración del mismo debe hacer las reservas necesarias, adquirir reaseguros y adoptar otras medidas para garantizar la rentabilidad y estabilidad del contrato. Por ello, resulta efectivamente conducente para garantizar la sostenibilidad del sistema y servicios administrativos y financieros adecuados, restringir la posibilidad de traslado en esta modalidad de pensión. De no establecerse esta restricción, ninguna aseguradora aceptaría asumir los costos de una renta vitalicia, si la continuidad de la relación con el beneficiario quedara sometida a su mera voluntad.

En el caso de la modalidad de ahorro programado con renta vitalicia diferida, ocurre algo similar una vez se haya adquirido el derecho a la renta vitalicia, pues el contrato se vuelve irrevocable a partir de ese momento, es decir, cuando se contrata la renta vitalicia. Esta circunstancia, por lo tanto, no carece de razonabilidad impedir el traslado previsto en el artículo 107 cuestionado.

En la modalidad de ahorro programado sin renta vitalicia, el afiliado no adquiere el derecho a una prestación fija, sino que el pago de su pensión se calcula con base en el capital acumulado, y por tanto ésta depende de sus aportes, sin perjuicio de las garantías de rentabilidad mínima (Artículo 101, Ley 100 de 1993), pensión mínima (Artículo 84, Ley 100 de 1993), y la garantía estatal a las pensiones contratadas con aseguradoras (Artículo 109, Ley 100 de 1993). No obstante, cuando el afiliado adquiere la calidad de pensionado, el monto de la cuenta de ahorro pensional deja de incrementarse con base en aportes mensuales que haga el pensionado y la administradora de pensiones asume costos financieros adicionales. Permitir el traslado de una entidad administradora de pensiones a otra, una vez se ha adquirido la calidad de pensionado

puede poner en riesgo la sostenibilidad del sistema, aumentar los costos de los servicios administrativos y financieros, y desestimular la obtención de mayores niveles de rentabilidad a través de inversiones de mediano y largo plazo, dado que la posibilidad de traslado quedaría sujeta al capricho del pensionado.

**Por lo anterior, encuentra la Corte que la restricción al traslado de la cuenta individual de ahorro pensional una vez se ha adquirido la calidad de pensionado, resulta efectivamente conducente para garantizar la eficiencia de los servicios administrativos y financieros que ofrecen las entidades administradoras a sus afiliados, cualquiera que sea la modalidad de pensión que se adquiera.**

Además, es importante resaltar que la Ley 100 de 1993 ha previsto mecanismos adicionales para proteger los aportes del afiliado y una gestión administrativa y financiera mínima por parte de las entidades administradoras de pensiones. Aun cuando estos medios de protección no están dirigidos a garantizar que el pensionado obtenga el mejor servicio posible ni a obtener una mayor rentabilidad, sí impiden que una mala gestión administrativa y financiera por parte de la administradora de pensiones ponga en riesgo el mínimo vital del pensionado. En efecto, la vigilancia de la gestión de las administradoras de pensiones por la Superintendencia Bancaria, el reconocimiento de una rentabilidad mínima, la existencia de FOGAFIN para garantizar el pago de pensiones en caso de deterioro patrimonial, el reconocimiento de intereses moratorios sobre mesadas pensionales atrasadas, entre otros mecanismos, están dirigidos a establecer un mínimo de protección, estabilidad y rentabilidad a los pensionados.

**Por lo anterior, la limitación del traslado de la cuenta de ahorro pensional cuando se ha adquirido la calidad de pensionado, resulta efectivamente conducente para el logro de los fines de eficiencia administrativa y financiera de las entidades administradoras y de sostenibilidad y rentabilidad del sistema.** (Negrillas fuera de texto)"

Desde esta perspectiva constitucional, queda claro para la Sala que el legislador podía privar el traslado entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, para quienes se encontraran pensionados, porque tal medida protege la estabilidad financiera, la eficiencia administrativa y la rentabilidad mínima de tales entidades y, en esa medida, constituye una limitante razonable y proporcionada para los fines del sistema de seguridad social en pensiones.

Para la Sala, las consideraciones de la Corte Constitucional a la limitante de traslado dentro de las diferentes administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, resultan aplicables a la eventual hipótesis de traslado de pensionados entre administradoras del régimen de prima media con prestación definida, pues los presupuestos de hecho similares merecen igual tratamiento jurídico.

Por lo demás, el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 estableció que el régimen de prima media sería administrado por el ISS, hoy Colpensiones[9], norma vigente para la fecha de expedirse el acto anulado.

Ahora bien, frente al traslado entre regímenes, que es otro aspecto planteado por el demandante, la Sala considera que, en principio y como lo sostiene el actor, no existe aparentemente limitación o prohibición legal para ese cometido.

Sin embargo, tal prohibición no debía estar consagrada expresamente, porque, a partir de los principios constitucionales del Sistema General de Seguridad Social, a saber: eficiencia, universalidad y solidaridad, consagrados en el artículo 48 de la Carta y desarrollados en la Ley

100 de 1993[10], puede concluirse que permitir el traslado de quien ostenta la condición de pensionado, afectaría gravemente la viabilidad financiera del sistema, pues quien ha adquirido el derecho a la pensión en determinado régimen ha cubierto la ocurrencia de un riesgo bajo unas condiciones que fueron verificadas al momento de cumplir los requisitos para acceder a la pensión y correspondientes a cada régimen pensional, todo lo cual hizo parte de los cálculos actuariales y de administración de las respectivas cotizaciones por parte de la entidad administradora de la pensión.

Más allá de lo anterior, la posibilidad de que un pensionado pudiera trasladarse de régimen pensional, queda desvirtuada con la modificación que introdujo el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 al literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, al prohibir el traslado de régimen cuando al afiliado le faltan diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

La mencionada modificación fue declarada exequible por la Corte en la sentencia C-1024 de 2004, con consideraciones que si bien se refieren a una norma que fue expedida con posterioridad a la disposición demandada, permiten reafirmar, como se indicó, que la prohibición de traslado de régimen pensional para quien tiene la calidad de pensionado, derivan directamente de la Ley 100 de 1993. La Corte indicó:

**«En el presente caso, la medida prevista en la norma acusada, conforme a la cual el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, resulta razonable y proporcional, a partir de la existencia de un objetivo adecuado y necesario, cuya validez constitucional no admite duda alguna. En efecto, el objetivo perseguido por la disposición demandada consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, y simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues se aparta del valor material de la justicia, que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros.**

**A juicio de esta Corporación, el período de carencia previsto en la norma demandada no vulnera el derecho a la igualdad, ni ningún otro principio o derecho fundamental que emane de las relaciones de trabajo, básicamente por las siguientes consideraciones.**

(...)

**Desde esta perspectiva, el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos**

para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes. No sobra mencionar en este punto, que el sustento actuarial es el que permite asumir los riesgos que se encuentran involucrados con el sistema y que, en ese orden de ideas, su falta de ajuste con la realidad económica del país, simplemente podría llegar a poner en riesgo la garantía del derecho pensional para los actuales y futuros pensionados.

(...)

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en: "obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social. Este principio en materia pensional se manifiesta en el logro de la sostenibilidad financiera autónoma del sistema integral de seguridad social en pensiones, en aras de garantizar 'el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales', en los términos previstos en el artículo 53 del Texto Superior"[6].

Por otra parte, el período de permanencia previsto en la ley, de igual manera permite defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues como previamente se expuso, se aparta del valor material de la justicia que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad a partir de los rendimientos producidos por la administración de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiados del riesgo asumido por otros (C.P. preámbulo y art. 1°), o eventualmente, subsidiados a costa de los recursos ahorrados con fundamento en el aporte obligatorio que deben realizar los afiliados al Régimen de Ahorro Individual[7], para garantizar el pago de la garantía de la pensión mínima de vejez cuando no alcanzan el monto de capitalización requerida[8], poniendo en riesgo la cobertura universal del sistema para los ahorradores de cuentas individuales.

La validez de dicha herramienta legal se encuentra en la imperiosa necesidad de asegurar la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social en materia pensional a todos los habitantes del territorio colombiano, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia (C.P. art. 48).

Así mismo, el objetivo de la norma se adecua al logro de un fin constitucional válido, pues

**permite asegurar la intangibilidad de los recursos pensionales en ambos regímenes, cuando se aproxima la edad para obtener el reconocimiento del derecho irrenunciable a la pensión, en beneficio de la estabilidad y sostenibilidad del sistema pensional. Precisamente, en la exposición de motivos, en relación con la norma acusada, se manifestó que:**

(...)

**En cuanto al requisito de la proporcionalidad en sí misma considerado[12], se cumple por dos consideraciones: En primer lugar, en razón a que la disposición demandada preserva la validez constitucional de los principios de universalidad y eficiencia en materia pensional y, en segundo término, en cuanto la limitación prevista en el precepto legal demandado es eminentemente temporal y permite que las personas se trasladen libremente entre los regímenes pensionales reconocidos por el legislador, previamente a la realización de los supuestos normativos advertidos en la disposición acusada.**

(...)

**En este orden de ideas, y retomando lo inicialmente expuesto, el período de carencia o de permanencia obligatoria previsto en la disposición acusada, conduce a la obtención de un beneficio directo a los sujetos a quienes se les aplica, pues además de contribuir al logro de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia, asegura la intangibilidad y sostenibilidad del sistema pensional, preservando los recursos económicos que han de garantizar el pago futuro de las pensiones y el reajuste periódico de las mismas.**

(...)» (Subrayas fuera de texto)

Así, si el legislador previó periodos de carencia para el traslado entre regímenes precisamente para defender la estabilidad del sistema, con mayor razón cuando ya está en disfrute del derecho pensional.

De acuerdo con lo anterior, la Sala concluye que el contenido de la instrucción no desborda el marco legal vigente en materia de requisitos para el traslado de régimen o de administradora de pensiones, comoquiera que la exigencia de que el afiliado no esté "en disfrute de pensión", tiene respaldo en la prohibición legal prevista en el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, consistente en que el afiliado solicitante del traslado en el régimen de ahorro individual con solidaridad "no haya adquirido la calidad de pensionado", así como en la aplicación de los demás principios que rigen el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Por lo tanto, como se indicó, la regulación del "informe de solicitudes de traslado", dispuesta por el numeral 3.5 de la Circular 019 de 1998 y, específicamente, la obligación que impone a la Administradora anterior, de verificar que el afiliado no se encuentre "en disfrute de pensión" (ítem 3) del numeral 3. 5), fue adoptada en ejercicio de la función de control y vigilancia que

establece el literal a), numeral 3 del artículo 326 del EOSF. Es así, porque dicha obligación expresa una prohibición de carácter inestructivo sobre la manera como la entidad Administradora anterior debe cumplir las disposiciones que regulan su actividad en materia de traslado de afiliados al sistema general de pensiones.

En este orden de ideas, la Sala negará las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. NIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. No se condena en costas en virtud de lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

NOTIFÍQUESE, CÓPIESE Y CÚMPLASE.

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

Presidenta de la Sección

MILTON CHAVES GARCÍA

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

[1] Fls. 23 a 37.

[2] Fl. 22

[3] BERROCAL GUERRERO Luis Enrique, Manual del Acto Administrativo, Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, abril de 2.009. pág. 113. 57 Ob.cit. pág. 113

[4] PENAGOS VARGAS Gustavo, El acto Administrativo. Tomo I, parte general, Nuevas Tendencias, pág. 364 y sig.

[5] Esta norma fue modificada por el artículo 85 de la Ley 964 de 2005.

[6] D.R. 692/94. Artículo 15. Traslado de régimen pensional. Una vez efectuada la selección de uno cualquiera de los regímenes pensionales, mediante el diligenciamiento del formulario, los afiliados no podrán trasladarse de régimen, antes de que hayan transcurrido tres años contados desde la fecha de la selección anterior.

Para el traslado del régimen solidario de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad y de éste al de prima media, se aplicará lo siguiente:

a) Si el traslado se produce del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, habrá lugar al reconocimiento de bonos pensionales. La expedición de los bonos se regirá por lo dispuesto en el artículo 18 del presente Decreto y la reglamentación que al efecto se expida en uso de las facultades extraordinarias de que trata el numeral 5 del artículo 139 de la Ley 100 de 1993;

b) Si el traslado se produce del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima

media con prestación definida, se le acreditarán en éste último el número de semanas cotizadas en el primero y se transferirá el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos y el bono pensional cuando sea del caso. Las cotizaciones voluntarias cuyo retiro no se haya efectuado al momento del traslado, se devolverán al afiliado, previa solicitud efectuada seis (6) meses antes del traslado.

D.R. 692/94. Artículo 16. Cambio de Administradora de Fondos de Pensiones. Quienes seleccionen el régimen de ahorro individual con solidaridad, o se trasladen a éste, deberán vincularse a la AFP o la AFPC que prefieran. Seleccionada la administradora, sólo se podrá trasladar a otra AFP o AFPC cuando hayan transcurrido por lo menos seis meses, contados desde la selección anterior, previa solicitud presentada por el interesado con no menos de treinta (30) días calendario de anticipación a la nueva entidad administradora. Dicha solicitud se entenderá cumplida con el diligenciamiento del formulario de traslado o vinculación, copia de la cual deberá ser entregada por el afiliado al empleador.

Iguales términos se aplicarán a la transferencia del valor de la cuenta individual de ahorro pensional a otro plan de capitalización o de pensiones.

La AFP o la AFPC a la cual se traslada el afiliado deberá notificar a la AFP o la AFPC a la cual se encontraba afiliado con anterioridad, en la forma que establezca la Superintendencia Bancaria, fecha a partir de la cual, y dentro de los treinta (30) días siguientes, se deberán trasladar los saldos respectivos de la cuenta individual.

[7] Texto de la norma antes de ser modificada por el artículo 72 de la Ley 795 de 2003: "2. Entidades vigiladas. Corresponde a la Superintendencia Bancaria la vigilancia e inspección de las siguientes instituciones:

a. Establecimientos bancarios, corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda, compañías de financiamiento comercial, sociedades fiduciarias, almacenes generales de depósito, sociedades de arrendamiento financiero o leasing, organismos cooperativos de grado superior de carácter financiero, sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantía, entidades descentralizadas de los entes territoriales cuyo objeto sea la financiación de las actividades previstas en el numeral 2. del artículo 268 del presente Estatuto autorizadas específicamente por la Financiera de Desarrollo Territorial S.A. - Findeter, compañías de seguros, cooperativas de seguros, sociedades de reaseguro, sociedades de capitalización, corredores de seguros y de reaseguros y agencias colocadoras de seguros; (el parágrafo 5 del artículo 75 de la Ley 964 de 2005 derogó el aparte tachado).

[8] L. 100/93. ARTICULO. 64.-Requisitos para obtener la pensión de vejez. Los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del índice de precios al consumidor certificado por el DANE. Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a éste hubiere lugar.

Cuando a pesar de cumplir los requisitos para acceder a la pensión en los términos del inciso anterior, el trabajador opte por continuar cotizando, el empleador estará obligado a efectuar las cotizaciones a su cargo, mientras dure la relación laboral, legal o reglamentaria, y hasta la fecha en la cual el trabajador cumpla sesenta (60) años si es mujer y sesenta y dos (62) años de edad si

es hombre.

[9] Art. 55 de la Ley 1151 de 2007. El artículo 155 de esta misma ley habilitó que otras entidades públicas se asocien entre sí o con particulares para administrar dicho régimen.

[10] L. 100/93. ARTICULO. 2º- Principios. El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación:

a) Eficiencia. Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente;

b) Universalidad. Es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida;

(...)

e) Unidad. Es la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social, y



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 31 de agosto de 2019

