

CONCEPTO 1726 DE 2009

(febrero 10)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

D.J.N.

PARA: Doctor ORLANDO BERNAL

Gerente Nacional de Historia Laboral

y Nómina de Pensionados del ISS (E)

DE: Dirección Jurídica Nacional – Unidad de Seguros.

ASUNTO: Concepto – Suscripción de formularios para solicitud de traslado de fondo pensional
– Pensiones conmutadas

Respetado Doctor:

Acuso recibo del oficio de la referencia emanado del despacho a su cargo, en el cual solicita concepto relacionado con el suscriptor de los formularios de afiliación de personas que disfrutaban de una pensión conmutada con el ISS y que a su turno desean trasladarse a un Fondo de Pensiones o al ISS.

Sobre el particular es necesario precisar lo siguiente, dentro del marco legal de competencia conferido a esta Dirección en el artículo 14 del decreto 1403 de 1994:

Sea lo primero recordar que de acuerdo con el artículo 2º del CCA, la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, la adecuada prestación de los servicios públicos y ante todo, la efectividad de los derechos e intereses de los administrados reconocidos por la ley.

De igual manera debe tenerse en cuenta que uno de los principios de la función administrativa con el que se garantiza la efectividad de los derechos de los particulares es el de la eficacia, cuyo ejercicio implica que todo procedimiento adelantado ante la administración debe cumplir su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias¹.

Ahora bien, uno de los derechos que debe ser garantizado por las entidades administradoras del Sistema de Seguridad Social a sus afiliados es precisamente el de la libertad de escogencia de administradora según lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 reglamentario de la Ley 100 de 1993, cuyo diligenciamiento le compete al afiliado o al empleador si se trata de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, manifestación que deberá consignarse en las proformas que se hayan diseñado para el efecto.

En este punto es oportuno recordar que una de las características del Sistema General de Pensiones es el de la libertad de elección de régimen pensional por parte del afiliado, derecho que de ser desconocido en cualquier forma por el empleador o cualquier persona natural o jurídica en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo

[271](#) de la Ley 100 de 1993².

Descendiendo al caso consultado, se advierte que la afiliación no la solicita un trabajador dependiente o independiente –que por mandato legal son afiliados obligatorios³–, sino un pensionado que disfruta de una pensión de jubilación eminentemente patronal que a su vez fue conmutada con el ISS, de lo cual subyace que el subrogatario funge como pagador de una obligación pensional previamente reconocida por un empleador.

Pese a la precariedad de la información suministrada en el oficio del rubro, esta Dirección supone que la consulta bajo examen se dirige a esclarecer la situación de aquellos pensionados por jubilación conmutados que están solicitando el traslado a una administradora de fondos de pensiones o al propio Instituto de Seguros Sociales con el fin de alcanzar el derecho pensional que otorga el Sistema General de Pensiones, situación que a criterio de esta Dirección debe analizarse bajo la égida de los artículos [13](#) y [17](#) de la Ley 100 de 1993 modificados respectivamente por los artículos [20](#) y [50](#) de la Ley 797 de 2003 y especialmente, el artículo [50](#) del Decreto 3995 del 16 de octubre de 2008 con relación a los “pensionados conmutados” afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS–, cuyas prestaciones están llamadas a ser compartidas con el Instituto de Seguros Sociales.

Con relación a los afiliados al Sistema General de Pensiones y en particular al régimen solidario de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales, la Ley prevé que los afiliados obligatorios son los trabajadores dependientes e independientes y dicha obligatoriedad que supone además la del pago de aportes durante la vigencia de la relación laboral, contractual o legal y/o reglamentaria o por prestación de servicios, se extiende hasta cuando se acredite el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez⁴.

Siendo ésta la regla general que se erige para la afiliación dentro del régimen pensional administrado por el Instituto de Seguros Sociales, las excepciones legales entre otras se predicán de aquellos que adquirieron el estatus de pensionados por jubilación⁵ con vocación de ser compartida con el Instituto⁶, en cuyo caso la afiliación del pensionado por jubilación debe surtirse necesariamente con el Instituto de Seguros Sociales dado que por mandato legal y reglamentario, la figura de la compatibilidad pensional solamente es aplicable en el régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS⁷.

En efecto, por su naturaleza y finalidad, la figura de la compatibilidad pensional sólo tiene cabida en el régimen pensional de reparto tal y como se infiere de lo dicho en el concepto 03119 del 2 de febrero de 2001 emanado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, oficio cuyos apartes cardinales son los siguientes:

“(…) las disposiciones vigentes en materia de compatibilidad pensional de pensiones no autorizan a las sociedades administradoras de Fondos de Pensiones a recibir cotizaciones destinadas a este propósito. Las normas prevén la posibilidad de que las pensiones a cargo del patrono sean compartidas con el Instituto de Seguros Sociales o sustituidas por el mismo, una vez el trabajador cumpla con los requisitos establecidos en el régimen de dicho instituto para acceder al pago de la pensión. En este caso corresponde al patrono realizar el pago de las cotizaciones hasta el momento en que el Instituto reconozca la pensión (…).”

“La obligación de elegir entre el régimen de prima media y el de ahorro individual y por ello la imposibilidad de acumular los beneficios de uno y otro, corresponde al hecho de que el sistema funciona como una unidad y por ello para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones

contempladas en los dos regímenes “se tiene en cuenta la suma de las cotizaciones efectuadas en cualquiera de ellos”, lo cual impide que una parte de los tiempos servidos o cotizados por una persona se timen en cuenta para una pensión que corresponda a un régimen y otra parte para otra del otro régimen”.

La anterior hipótesis se elevó a norma reglamentaria tal y como se evidencia de lo señalado en el inciso final del artículo [5o](#) del Decreto 3995 de 2008, cuyo contenido establece sin lugar a disenso que la compartibilidad pensional es viable únicamente en el régimen pensional de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales, calificando como errónea la afiliación surtida en una AFP del RAIS cuando la prestación tiene la vocación legal de ser compartida, habida consideración de la incompatibilidad legal de los regímenes del Sistema General de Pensiones contemplado en el artículo [16](#) de la Ley 100 de 1993:

“En virtud de la incompatibilidad de regímenes prevista en el artículo [16](#) de la Ley 100 de 1993, cuando un trabajador tenga derecho a una pensión compartida no podrá vincularse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS). En consecuencia, el trabajador se entenderá vinculado al ISS y los aportes efectuados en el RAIS se consideran como cotizaciones erróneas, las cuales deberán ser trasladadas al ISS en los términos del artículo [10](#) del Decreto 1161 de 1994”.

Por lo tanto, este Despacho considera que la afiliación al ISS del jubilado que disfruta de la prestación patronal conmutada que tenga vocación de compartibilidad, puede efectuarla el propio Instituto de Seguros Sociales a través de la oficina de afiliación y registro competente dado que esta afiliación se produce por el ministerio de la Ley⁸ y por tanto no necesita autorizaciones o requisitos adicionales por parte del pensionado, advirtiendo además que, so pena de hacerse acreedor a sanciones legales. el Instituto no puede obstaculizar la afiliación del pensionado por motivos que no sean legales y mucho menos aduciendo la ausencia de la proforma para tal fin, circunstancia que claramente va en contravía del principio de eficacia de la actividad administrativa descrito en líneas precedentes.

Finalmente y en cuanto atañe a la afiliación de los pensionados conmutados al RAIS cuando la prestación patronal tiene el carácter de compartida, considera esta Dirección que para estos eventos deberá aplicarse en su integridad el inciso final del artículo [5o](#) del Decreto 3995 de 2008 y siguiendo los parámetros señalados por esta Dirección en el concepto DJN-US 5078 del 5 de diciembre de 2008 en el cual se señalaron algunas directrices para la aplicación de la norma en comento y especialmente en cuanto se refiere a la operancia de pleno derecho de la afiliación al ISS del “pensionado conmutado”, veamos:

“Revisado el mandato normativo objeto de consulta, esta Dirección considera que la observancia del inciso 5o del artículo [5o](#) del Decreto 3995 de 2008, no contempla la exigencia de una solicitud previa por parte del respectivo pensionado ante este Instituto para que pueda operar el respectivo traslado del RAIS al RPMPD, lo que lleva a establecer que la aplicación de la disposición legal aludida, deberá operar de pleno derecho entre las administradoras involucradas, toda vez que la preceptiva no establece distinciones ni trámites para que se verifique el respectivo traslado tanto en la afiliación así como de los aportes efectuados desde el Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media con Prestación Definida”.

En los anteriores términos se espera haber absuelto su inquietud.

Cordialmente

SERGIO HERNANDO COLMENARES PORRAS
Director Jurídico Nacional

NOTAS AL FINAL:

1. V. Artículo [3](#) Código Contencioso Administrativo
2. V. Literal b) Artículo [13](#) de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo [2o](#) de la Ley 797 de 2003
3. V. Literal a) Artículo [13](#) de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo [2o](#) de la Ley 797 de 2003
4. V. Artículo [17](#) de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo [4o](#) de la Ley 797 de 2003
5. V. Literal c) del artículo [2o](#) del Decreto 758 de 1990 aprobatorio del Acuerdo 049 del mismo año.
6. V. Numeral 2 del artículo 25 y literal d) del artículo 28 del Decreto 3063 de 1989 aprobatorio del Acuerdo 044 del mismo año.
7. V. Artículo [5o](#) del Decreto 3995 de 2008, concepto 03119 del 2 de febrero de 2001 emanado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y concepto DJN-US 10272 del 17 de agosto de 2007
8. Ope Legis: Por disposición expresa de la Ley.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
ISSN 2256-1633
Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

