

CONCEPTO 2606 DE 2006

(marzo 2)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

D.J.N.

Bogotá D.C.

PARA: Doctora OLGA LUCÍA LÓPEZ MARMOLEJO

Gerente I.S.S.

Seccional Valle

DE: Dirección Jurídica Nacional – Unidad de Seguros

ASUNTO: Oficio GSVL-P-1602 Acreditación retiro servidores públicos – Aplicación Decreto [3800](#) de 2003

Acuso recibo del oficio de la referencia emanado del despacho a su cargo, a través del cual se solicita concepto jurídico relacionado con algunos aspectos atinentes a la exigencia del retiro del servicio público o del sistema de pensiones para servidores públicos a efecto de modificar la fecha de causación de la prestación económica correspondiente, así como de la viabilidad para aplicar retroactivamente el artículo [3o](#) del Decreto 3800 de 2003.

Sobre el particular se precisa lo siguiente atendiendo a los dos temas formulados en el petitorio de la referencia:

I. ACREDITACIÓN DEL RETIRO DE SERVIDORES PÚBLICOS – PAGO DE RETROACTIVO PENSIONAL.

Con relación al retiro del servicio público, como primera medida debe tenerse en cuenta la directriz emanada de los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y Protección Social según la Circular Conjunta [001](#) de 2005, criterio que fue analizado por la Dirección Jurídica Nacional a través del concepto DJN-US [18197](#) de 8 de noviembre de 2005, oficio cuyos considerandos me permito transcribir a continuación:

“El artículo [17](#) de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo [4o](#) de la Ley 797 de 2003 establece lo siguiente: “Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingreso por prestación de servicios que aquellos devenguen”.

“La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando se pensione por invalidez o anticipadamente”.

“En cuanto se refiere al alcance de la disposición transcrita, a través de la Circular Conjunta [0001](#) de 24 de enero de 2005 emitida por los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social, se adujo lo siguiente: “Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato

de prestación de servicios, **es obligación de los afiliados, empleadores y contratistas, efectuar cotizaciones al Sistema General de Pensiones, pues estos de conformidad con la ley son afiliados obligatorios al Sistema (...)**”.

“En otro aparte del instructivo antes citado, se expuso lo siguiente: “La persona que reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez puede pensionarse, o seguir trabajando; en este último evento, por tratarse de afiliados obligatorios al Sistema General de Pensiones conforme lo prevé el artículo [15](#) de la Ley 100 de 1993, **se continuarán realizando las cotizaciones durante la vigencia del vínculo laboral, con objeto de incrementar el monto de la pensión**”. (Negrilla fuera de texto)-

“Teniendo como referente el basamento jurídico relacionado, se advierte como primera medida que si bien es cierto que la ley impone la obligatoriedad para efectuar aportes durante la vigencia de la relación laboral o el contrato de prestación de servicios según el caso, no es menos cierto que la misma normativa exime del pago a quienes reúnan requisitos para acceder a una pensión de vejez”.

“Empero, según el instructivo emanado de los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de Protección Social, el empleador deberá continuar cotizando al Sistema Pensional durante la vigencia de la relación laboral, dada la condición legal de afiliados obligatorios al Sistema, aún en el evento en el que el afiliado opte por continuar laborando pese a haber cumplido los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez”.

“Por lo tanto, no es procedente la desafiliación retroactiva desde la fecha en la que el empleador dejó de pagar aportes al Sistema Pensional, dado que como se enunció en líneas precedentes, el empleador tenía la obligación de efectuar cotizaciones al Sistema de Pensiones por el término de vigencia de la relación laboral y en consecuencia, para los fines legales pertinentes, la fecha a tener en cuenta será la de terminación del vínculo laboral”.
(Subraya y negrilla nuestra).

Teniendo en cuenta lo anterior y para el interrogante formulado en el oficio de la referencia es dable afirmar que si bien es cierto que una pensión de servidor público debe reconocerse a la fecha del retiro del servicio por cuanto existe obligación del empleador de continuar aportando al Sistema Pensional durante la vigencia de la relación laboral, no debe dejarse pasar por alto que la alteración de la fecha de causación de una pensión inicialmente reconocida implica necesariamente la modificación de una situación particular y concreta que en todo caso se debe circunscribir a los requisitos de que trata el artículo [69](#) del Código Contencioso Administrativo y el artículo [19](#) de la Ley 797 de 2003 en tratándose de la revocatoria directa de los actos administrativos por parte de los representantes legales de entidades públicas que reconozcan y paguen pensiones.

Es preciso aclarar que en estos casos, deberá atenderse a lo dispuesto en la Circular 521 de 2002 y demás instructivos emanados de la Vicepresidencia de Pensiones y la Dirección Jurídica Nacional para determinar la fecha de causación de las pensiones, habida consideración que a efecto del reconocimiento de prestaciones económicas de servidores públicos la causación se determina con el cumplimiento de requisitos, empero, no podrá incluirse en la nómina de pensionados hasta tanto no se acredite el retiro del servicio público¹, razón por la cual, llama la atención de esta Dirección que el consabido trámite no haya sido estrictamente observado por la Seccional para que se vea avocada a recurrir a la modificación de los actos administrativos.

Por tanto, si existe mérito para proceder a la revocatoria del acto administrativo, será necesario el consentimiento del titular del derecho o bien deberá determinarse claramente que la prestación económica fue obtenida por medios ilegales o a través de conductas que se tipifiquen como delitos por la ley penal para que sea obviado dicho consentimiento, pues de no ser procedente lo anterior, será necesario impetrar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo la acción de nulidad con restablecimiento del derecho en los términos del artículo [85](#) del CCA, concordante con el numeral 2o del artículo [136](#) ejusdem², advirtiendo que no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas al particular de buena fe.

II. APLICACIÓN Y EFECTOS DEL DECRETO [3800](#) DE 2003 – SENTENCIA C-[789](#) DE 2002.

El inciso cuarto del artículo [36](#) de la Ley 100 de 1993 que contempla los beneficios del régimen de transición, establece lo siguiente: “Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, **no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.** (Negrilla por fuera del texto) y agrega la norma “Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida”.

Las anteriores disposiciones fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional mediante sentencia C-[789](#) de 2002 bajo el entendido que "(...) el régimen de transición se aplica a quienes, estando en el régimen de prima media con prestación definida, se trasladaron al régimen de ahorro individual con solidaridad, habiendo cumplido el requisito de quince (15) años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones, y decidan regresar al régimen de prima media con prestación definida, siempre y cuando: a) **trasladen a éste todo el ahorro que efectuaron al régimen de ahorro individual con solidaridad;** y b) **dicho ahorro no sea inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.** En tal caso, el tiempo trabajado les será computado en el régimen de prima media.”.

De otra parte el literal e) del artículo [13](#) de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo [2o](#) de la Ley 797 de 2003 dispone que “Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un año de la vigencia de la presente ley, 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”. (Negrilla por fuera del texto).

Finalmente el artículo [3o](#) del Decreto 3800 de 2003³ establece las reglas a efecto de aplicar el régimen de transición previsto en el artículo [36](#) de la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento de la prestación por vejez según el régimen correspondiente, siendo necesario para tal fin acreditar el cumplimiento de lo dispuesto en los literales a) y b) que establecen lo siguiente:

a) “Al cambiarse nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se traslade a él el saldo de la cuenta de ahorro individual del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad,
y

b) **“Dicho saldo no sea inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez, correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el Régimen de Prima Media, incluyendo los rendimientos que se hubieran obtenido en éste último”.**

“(…)”

Del basamento jurídico transcrito, se observa que para que una persona conserve el régimen de transición de que trata el artículo [36](#) de la Ley 100 de 1993, aun cuando a lo de abril de 1994 haya elegido el régimen de ahorro individual, será necesario que a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones acredite 15 años o más de servicios cotizados pues, es claro que si se cumple la edad exigida por la norma referida para aplicar el beneficio de la transición y se surte el traslado voluntario al régimen de ahorro individual con solidaridad, el afiliado deberá sujetarse a las condiciones previstas para dicho régimen.

Ahora bien, para conservar la transición y sea procedente dicho traslado, la ley [797](#) de 2003, impone que después de un año de entrada en vigencia de dicha ley –esto es, con posterioridad a 28 de enero de 2004-, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, contenido normativo declarado exequible de manera condicional⁴, en el entendido que si la persona es beneficiaria de la transición y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual no haya regresado al régimen de prima media, podrá regresar a este –en cualquier tiempo- siendo necesario además que el saldo de lo ahorrado en la cuenta individual no sea inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez en caso de que hubieren permanecido en el Régimen de Prima Media en los términos establecidos en la sentencia C-[789](#) de 2002.

En este punto es oportuno aclarar que aun cuando la parte resolutive de la sentencia C-[789](#) de 2002 transcrita en líneas precedentes no hace referencia al requisito adicional que debe cumplir el saldo de lo ahorrado en la cuenta individual de la AFP para surtir en legal forma el traslado entre regímenes, la Corte Constitucional dentro del mismo proveído fue enfática al determinar que tanto el monto de los aportes en el RPMPD, como el saldo consignado en la cuenta de ahorros del RAIS generan rendimientos los cuales deben tenerse en cuenta como un elemento connatural de dicho capital: “(…) A su vez el sistema general de pensiones contempla dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten, a saber: el régimen solidario de prima media con prestación definida o tradicional del ISS, y el régimen de ahorro individual con solidaridad. (...)”.

“El primero, es decir el régimen solidario de prima media con prestación definida, es un sistema en el cual los afiliados o beneficiarios obtienen la pensión de vejez, de invalidez, de sobrevivientes, o una indemnización, las cuales se encuentran de antemano definidas. Esto ocurre siempre y cuando se cumplan los requisitos legales exigidos, independientemente del monto de las cotizaciones acumuladas. **En este régimen, los aportes y los rendimientos de los afiliados y de los empleadores constituyen un fondo común de naturaleza pública, y como se mencionó, tanto el monto de la pensión, como la edad de jubilación y las semanas mínimas de cotización, se encuentran previamente establecidas**”.

“Por su parte, en el régimen de ahorro individual con solidaridad **los aportes efectuados por los afiliados durante su vida laboral y sus rendimientos, se capitalizan en forma individual en un fondo privado de capitalización con el fin de obtener el pago de las correspondientes pensiones**. En este régimen, el monto de la pensión es variable y depende de varios factores como el monto acumulado en la cuenta, la edad a la cual decida retirarse el afiliado, la modalidad

de la pensión, las semanas cotizadas y la rentabilidad de los ahorros acumulados. En este sistema, la pensión también se adquiere como derecho, una vez cumplidos los requisitos exigidos en la ley”.

En este orden de ideas se advierte que aun cuando la condición para declarar la exequibilidad del inciso 5o del artículo [36](#) de la Ley 100 de 1993 no versó sobre los rendimientos en tratándose del saldo a trasladar de la cuenta del RAIS al RPMPD, acudiendo a la misma hermenéutica de la Corte Constitucional en la ratio decidendi de la sentencia C-[789](#) de 2002, es claro deducir que los rendimientos son un elemento de la naturaleza del capital acumulado tanto en el fondo común del RPMPD como sobre el saldo ahorrado en el RAIS, de manera que la garantía de la conservación del régimen de transición de los afiliados al RAIS que pretenden trasladarse al RPMPD se ve materializado en la medida que los recursos del sistema de pensiones –como bien lo enuncia la H. Corporación en el mentado fallo- “no pierdan su poder adquisitivo constante” y en tal virtud, será necesario que el **saldo de lo ahorrado en la cuenta individual a trasladar no sea inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez en caso de que hubieren permanecido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, incluyendo los rendimientos que se hubieran obtenido en éste régimen para el efecto.**

De modo que la exigencia del certificado de rendimientos a partir del 24 de septiembre de 2002 - fecha de la sentencia C-[789](#)-, es totalmente viable y no implica, como equívocamente pudiera suponerse, la aplicación retroactiva del Decreto [3800](#) de 2003 lo cual, como es bien sabido se encuentra prohibido por la ley⁵, y en esa medida es dable afirmar que el Decreto 3800 de 2003 en el artículo [3o](#) literal b) no tuvo otra consecuencia sino la de reafirmar una condición que inicialmente había sido impuesta por la H. Corte Constitucional.

Por lo tanto, el certificado de rendimientos del monto de lo ahorrado en la cuenta individual para tramitar en legal forma los traslados al I.S.S. en las circunstancias descritas por la ley es exigible inclusive a partir del 24 de septiembre de 2002 lo cual es congruente con lo dispuesto en el literal b) del artículo [3o](#) del Decreto 3800 de 2003, tal y como se previó oportunamente en las Circulares 539 de 2003 y 588 de 2004 en la cual se impartieron instrucciones para la debida aplicación de la Ley [797](#) de 2003 y en particular en lo pertinente a los requisitos para conservar el régimen de transición para quienes deprecian el traslado entre regímenes.

En los anteriores términos se espera haber absuelto su inquietud.

Cordialmente

RUTH ALEYDA MINA GARCÍA
Jefa Unidad de Seguros

Vo. Bo.

EMIL ENRIQUE ARIZA OLAYA
Director Jurídico Nacional

Con copia:

- Dra. María del Pilar Serrano Buendía. Vicepresidenta de Pensiones. I.S.S.

- Dra. Soraya Pino Canosa. Gerente Nacional de Atención al Pensionado. I.S.S.

Rad 21217

Subsidio por incapacidad temporal

odpm

NOTAS AL FINAL:

1. V. numeral 5 de la Circular 521 de 2002. “(...) Si el afiliado, en virtud de lo dispuesto en el artículo [17](#) de la Ley 100 de 1993, se retiró del Sistema General de Pensiones, por haber cumplido los requisitos para la pensión de vejez, ésta se debe reconocer a partir del día siguiente a la fecha de retiro, aún en el evento de que hubiere continuado vinculado laboralmente al empleador con posterioridad a dicho retiro, o siga cotizando al Sistema de Salud”.

“Esta regla no es aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión del servidor público, por cuanto en este caso, el citado artículo [17](#) debe aplicarse en armonía con lo dispuesto en el artículo [150](#) de la Ley 100 de 1993”.

V. numeral 5 de la Circular 521 de 2002: “Tratándose de las pensiones que se otorguen en calidad de servidores públicos la pensión deberá reconocerse a partir de la fecha del retiro del servicio público (...)”.

2. CCA. Caducidad de las acciones. Art. [136](#). Mod. Dec. 2304 de 1989, art. 23. Mod. Ley 446 de 1998, art. [44](#). “(...) 2. La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena Fe”.

3. Reglamentario del literal e) del artículo [13](#) de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo [2o](#) de la Ley 797 de 2003.

4. V. Sentencia C-[1024](#) de 2004

5. En este punto es necesario tener en cuenta que al entrar en vigencia una ley de carácter social por ser norma de orden público tiene efectos de aplicación inmediata y a futuro, lo cual permite suponer que no puede afectar situaciones definidas o consumadas conforme leyes precedentes, de modo que si la ley nueva estableció una nueva condición para una determinada situación jurídica consolidada bajo el imperio de leyes anteriores, tal condición o requisito no podrá ser exigible en virtud del principio de la irretroactividad de la ley. V. Artículo [16](#) del Código Sustantivo del Trabajo.



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

