

gCONCEPTO 6440 DE 2008

(mayo 27)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

D.J.N.

Bogotá D.C.

Doctora

GIOVANNA YAYGUAJE MANRIQUE

Carrera 15 No. 124 – 65 Oficina 511

Bogotá

ASUNTO: Consulta jurídica traslado del RAIS al RPMPD

Respetada Doctora:

Acuso recibo de su consulta, a través de la cual solicita le sean absueltos algunos interrogantes relacionados con los efectos jurídicos que tienen los traslados realizados y aceptados desde un Fondo de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS- al Instituto de Seguros Sociales con ocasión de la sentencia C-[1024](#) de 2004 y el posterior pronunciamiento formulado por la Superintendencia Financiera sobre el mismo asunto.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Dirección considera pertinente formular las siguientes consideraciones:

Como observación preliminar, es oportuno señalar que en relación con su consulta jurídica concerniente al traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida administrado por el Seguro Social frente al pronunciamiento jurisprudencial contenido en la sentencia C- [1024](#) de 2004 así como el criterio expuesto por la Superintendencia Financiera sobre el particular, este Despacho se pronunció a través del concepto DJN US 6260 del 15 de mayo de 2007 el cual fue reiterado posteriormente, por medio del DJN US 15378 del 03 de Diciembre de 2007, cuyos apartes pertinentes se transcriben de la siguiente manera:

“El literal e) del artículo [13](#) de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo [2](#)o 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”.

Conviene señalar que la anterior disposición fue declarada exequible condicionalmente por la Corte Constitucional en sentencia C-[1024](#) de 20 de octubre de 2004¹, “bajo el entendido **que las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo [36](#) de la Ley 100 de 1993** y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste

–en cualquier tiempo-, (...)”.

A su turno, el artículo 1o del Decreto 3800 de 29 de diciembre de 2003 “por el cual se reglamenta el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2o de la Ley 797 de 2003”, contempla lo siguiente: “Traslado de Régimen de Personas que les falten menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. De conformidad con lo señalado en el artículo 2o de la Ley 797 de 2003, las personas a las que a 28 de enero de 2004, les faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, **podrán trasladarse por una única vez**, entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, hasta dicha fecha”.

Finalmente, el artículo 3o del Decreto 3800 de 2003 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 que corresponda, a quienes acrediten 15 años o más de servicios o semanas cotizadas a 1o de abril de 1994 y que habiéndose afiliado al RAIS pretendan retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, siendo necesario para tal fin el cumplimiento de lo dispuesto en los literales a) y b) cuyo tenor literal señala 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”.**

“(...)”

De la normativa relacionada, 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 1o de abril de 1994 haya elegido el régimen de ahorro individual –RAIS–, 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 la movilidad entre regímenes, el artículo 1o del Decreto 3800 de 2003, permite que las personas que a 28 de enero de 2004 les faltaren diez (10) años o menos para el cumplimiento de la edad para tener derecho a la pensión de vejez **puedan trasladarse de regímenes pensionales hasta dicha fecha**, y de no surtirse dicho trámite durante ese límite temporal, el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2o de la Ley 100 de 2003 establece que con posterioridad al 28 de enero de 2004 no procede el traslado de régimen cuando al afiliado le faltare (10) años o menos para el cumplimiento de la edad.

En este punto huelga destacar la condición impuesta por la H. Corte Constitucional en la sentencia C- 1024 de 20 de octubre de 2004 al contenido normativo dispuesto en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 transcrito, en el sentido de indicar que si se trata de un beneficiario de la transición que habiéndose afiliado al RAIS decide retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida RPMPD-, podrá efectuar el traslado en cualquier tiempo, **empero, dicha circunstancia no debe desconocer los parámetros legales establecidos en el**

artículo 3o del Decreto 3800 de 2003 para viabilizar en Derecho el trámite del traslado entre regímenes. (negrilla fuera del texto)

Este criterio se encuentra avalado totalmente por la Delegatura para Pensiones, Cesantías y Fiduciarias de la Superintendencia Financiera de Colombia, entidad que a través del concepto 2005061756-001 señaló lo siguiente: “(...) las personas que al 1o de abril de 1994 tenían 15 años o más de servicios o cotización, que hubieren seleccionado el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad podrán, a fin de que les sea aplicado el régimen de transición, trasladarse en cualquier tiempo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, constituyendo una excepción a la regla de permanencia mínima y a la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2o de la Ley 797 de 2003”.

“Sin embargo, para que proceda la aplicación del régimen de transición y, en consecuencia, el traslado en cualquier tiempo de estas personas al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, es necesario que se acrediten los requisitos señalados en el artículo 3o del Decreto 3800 de 2003”. (Subraya y negrilla nuestra).

Y concluye: “(...) En efecto, para que el traslado en cualquier tiempo al que se refieren las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004 resulte procedente, es necesario que las personas cuya situación pensional se encuadra dentro de sus supuestos fácticos, **cumplan, además, los requisitos señalados en el artículo 3o del Decreto 3800 de 2003, para la recuperación del régimen de transición** (...)”.

Así las cosas, el trámite para hacer factible el traslado entre el RAIS y el RPMPD en cualquier tiempo según lo señalado en las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004 para las personas que acrediten ser beneficiarias de la transición se encuentran plenamente reguladas en la Ley, y **se sujeta no solo a la acreditación de 15 años o más de tiempos servidos o semanas cotizadas a 1o de abril de 1994, sino que además se circunscribe necesariamente a que el saldo de lo consignado en la cuenta de ahorro individual del Fondo de Pensiones del RAIS no sea inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez correspondiente y sus rendimientos en caso que el afiliado hubiese permanecido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales, conforme lo dispuesto en el artículo 3o del Decreto 3800 de 2003.** (negrilla fuera del texto)

Finalmente, es pertinente precisar al consultante que en cuanto a la finalidad del traslado de los saldos efectuados, de conformidad con el artículo 3 del Decreto 3800 de 2003, la Superintendencia Financiera en concepto 2006026557-001 del 23 de noviembre de 2006, señaló: “(...) En cuanto a la dinámica establecida en el Decreto 3800, es claro que esta norma será de forzosa observancia por parte de los operadores del Sistema General de Pensiones, hasta tanto no haya pronunciamiento que la suspenda, la anule o la derogue.

No sobra señalar que el espíritu del legislador al haber previsto dicho procedimiento, fue asegurar que las sumas que se trasladen al Instituto de Seguros Sociales por concepto de cotizaciones, no sea menor a la que existiría en caso de que las mismas hubiesen estado todo el tiempo en las reservas pensionales que administra dicho Instituto, situación que conlleva a que para efectos del traslado y eventual recuperación del régimen de transición sea indispensable que el saldo que se transfiera de la cuenta de ahorro individual no sea inferior.”

De acuerdo con lo expuesto este Despacho absuelve sus interrogantes de la siguiente manera:

1. Teniendo en cuenta las precisiones anteriores se observa que para que un traslado desde un

Fondo de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual hacia el régimen de prima media que administra el Seguro Social sea tenido como válido y por ende genere todos los efectos jurídicos a que haya lugar, deben cumplirse, sin excepción, no sólo la acreditación de 15 años o más de tiempos servidos o semanas cotizadas a 1o de abril de 1994, sino que además se circunscribe necesariamente a que el saldo de lo consignado en la cuenta de ahorro individual del Fondo de Pensiones del RAIS no sea inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez correspondiente y sus rendimientos en caso que el afiliado hubiese permanecido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales, conforme lo dispuesto en el artículo 3o del Decreto 3800 de 2003, de manera que no basta con una simple suscripción de comunicaciones entre las entidades involucradas para que se considere como plenamente válido el traslado pretendido, como se sugiere en el memorial de consulta.

2. En consonancia con lo expuesto, es preciso señalar que si la respectiva Administradora de Pensiones, en este caso el Seguro Social, observa en forma posterior al trámite del traslado, que hubo ausencia de alguno de los requisitos antes aludidos de manera que no puede predicarse la validez y eficacia del mismo, no puede en razón de su error administrativo eximir al particular del cumplimiento de las exigencias legales que se habían dispuesto en el artículo 3o del Decreto 3800 de 2003 para predicar la validez del traslado de régimen y conceder por esta vía el reconocimiento de derechos prestacionales que no eran de su competencia.

Por tal razón, ante el evento de un reconocimiento pensional que haya efectuado el Instituto de Seguro Social respecto de una persona de quien su traslado no puede predicarse como válido, la consecuencia lógica es la revocación del acto administrativo que concedió el derecho prestacional a favor del administrado, surtiendo para tal fin los procedimientos administrativos previstos en el código contencioso administrativo en sus artículos 73 y 74, y las preceptivas trazadas para tal propósito por la Honorable Corte Constitucional que se traducen en "... que la administración no puede, en forma unilateral, revocar actos de carácter particular y concreto que reconozcan derechos en favor de los administrados, sin el consentimiento por escrito de éstos. Esta conclusión deriva de la aplicación de los artículos 73 y 74 del Código Contencioso Administrativo. La Corte ha señalado:

"Dicho de otra manera, los actos administrativos expesos expedidos por la administración que reconocen un derecho subjetivo no son revocables por ésta sino en los términos ya indicados (CCA, art. 73, inc. 1o). En tal virtud cuando la administración observe que un acto de esta naturaleza es contrario a la Constitución o la ley debe proceder a demandar su propio acto ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (CCA, art. 149, inc. 1o), pero no podrá revocarlo directamente" (T-347/94)"².

Con el procedimiento anterior, enfatiza la Corte Constitucional³, "Se busca, así, darle algún equilibrio a las relaciones que surgen entre la administración y el particular, asegurándole a éste que aquélla no modificará o desconocerá sus derechos, sin el agotamiento previo de ciertos requisitos. Se evitan así decisiones que asalten la buena fe del titular del derecho y rompan la seguridad jurídica.

Los requisitos mencionados son: el consentimiento del titular del derecho y, en su defecto, la intervención de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Intervención que se logra cuando la administración demanda su propio acto, es decir, la obligación de demandar corresponde al ente administrativo y no al particular."

3. En el mismo sentido, si el acto administrativo que otorga una prestación económica a favor de

un particular está llamado a salir del ordenamiento jurídico en razón de su manifiesta oposición a la normatividad que regula la materia, los supuestos derechos que pudieran llegar a derivarse con base en tal actuación no tienen asidero alguno, lo anterior, en aplicación del aforismo *accessorium sequitur sortem rei principales* –lo accesorio sigue la suerte de lo principal-, por tal razón, si la actuación inicial de la administración no ha debido concebirse, tampoco pueden desencadenarse nuevos pronunciamientos con base en ésta que está llamada a desaparecer por no encontrarse ajustada a derecho.

En los anteriores términos se espera haber absuelto su inquietud con el alcance y previsión del artículo [25](#) del Código Contencioso Administrativo, por tanto, la respuesta en estos casos no compromete la responsabilidad del Instituto de Seguros Sociales ni será de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Cordialmente,

SERGIO HERNANDO COLMENARES PORRAS

Director Jurídico Nacional

RAMG/jaac

Rad. 3889

Traslado RAIS – RPMPD

06 may 08

NOTAS AL FINAL:

1. Esta posición fue reiterada por la Corte Constitucional en sentencia C-[625](#) de 2007, MP Manuel José Cepeda Espinosa, en la que se resolvió: “Estése a lo resuelto en la sentencia C-[1024](#) de 2004, MP: Rodrigo Escobar Gil que declaró “EXEQUIBLE el artículo [2o](#) de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo [13](#) de la Ley 100 de 1993, en el siguiente aparte previsto en el literal e), a saber: “Después de un (1) 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; (...)”, exclusivamente por el cargo analizado en esta oportunidad y bajo el entendido que las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo [36](#) de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste -en cualquier tiempo-, conforme a los términos señalados en la sentencia C-[789](#) de 2002.”

2. Corte Constitucional, sentencia T-59 de enero 31 de 2002, M.P. Antonio Barrera Carbonell. Igual planteamiento se consigna en las sentencias T-347/94; T-355/95 y T-134/96, T-315/96, T-827/99, T-1131/2001.

3. Corte Constitucional, sentencia T-315 de 1996, M.P. Jorge Arango Mejía



ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

