

CONCEPTO 15078 DE 2008

(diciembre 5)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

D.J.N.

Bogotá D. C.

PARA: Dr. JOSE BOCANEGRA GONZALEZ

Jefe Departamento Nacional de Afiliación y Registro ISS

DE: Direccion juridica nacional – unidad de seguros

ASUNTO: Su oficio VA- DNAYR-2008-08909 del 07 de noviembre de 2008

Respetado Doctor:

Acuso recibo de su consulta trasladada a esta Dirección por parte de la Vicepresidencia de Pensiones de este Instituto por medio de la cual se formulan tres interrogantes relacionados con la aplicación del Artículo [5o](#) del Decreto 3995 de 2008, en lo que hace referencia a las pensiones con vocación de compatibilidad.

Sobre el particular cabe formular las siguientes consideraciones:

El Gobierno Nacional al expedir el Decreto [3995](#) del 16 de octubre de 2008 “Por el cual se reglamentan los artículos [12](#), [13](#) y [16](#) de la Ley 100 de 1993”, buscó proporcionar una solución definitiva a numerosas situaciones que venían presentándose en relación con múltiples vinculaciones de los cotizantes entre los dos regímenes pensionales, de manera que pudieran tenerse en cuenta tanto los tiempos de cotización efectuados para todos los efectos al tiempo que se preserva el derecho de la libre escogencia dentro del Sistema.

Con este propósito, en el Capítulo II, del mencionado Decreto se dispusieron unos criterios de solución para dar respuesta a los diversos eventos de multifiliación que se han presentado con corte al 31 de diciembre de 2007. Para el caso objeto de consulta, se dispuso en el Artículo [5o](#), lo siguiente:

“Artículo [5o](#). Cotizaciones erróneas, aportes sin vinculación, afiliaciones simultáneas, **compatibilidad pensional**. En aquellos casos en que el traslado de Régimen Pensional se haya efectuado atendiendo el término de permanencia mínima pero no se hayan hecho cotizaciones a la entidad seleccionada, por una única vez, para aquellas situaciones presentadas hasta 31 de diciembre de 2007, la persona se entenderá vinculada a la administradora a la cual ha realizado las cotizaciones.

Por otra parte, salvo las situaciones planteadas en el inciso anterior, cuando se realicen cotizaciones a cualquier administradora distinta de la seleccionada válidamente por el afiliado, se debe proceder a regularizar la situación, trasladando las cotizaciones y la información a la administradora seleccionada válidamente y a la cual se encuentra vinculado el afiliado, atendiendo el artículo [10](#) del Decreto 1161 de 1994.

En aquellos casos en que por una persona se hayan realizado cotizaciones sin que medie una afiliación al sistema, se entenderá vinculado el trabajador a la administradora donde realizó el mayor número de cotizaciones entre el 1o de julio y el 31 de diciembre de 2007. En caso de no haber realizado cotizaciones en dicho término, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido la última cotización efectiva. Esta situación deberá ser informada al afiliado y al empleador para que se proceda a afiliar estos trabajadores al Sistema, mediante la suscripción del formulario respectivo. En este evento se tendrán en cuenta las cotizaciones realizadas antes de la fecha de afiliación.

Cuando el afiliado presente simultaneidad en la fecha de vinculación a los dos regímenes pensionales, se entenderá vinculado a la administradora en donde haya efectuado el mayor número de cotizaciones efectivas.

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”. (negrilla por fuera del texto original)

Teniendo en cuenta la previsión legal contenida en el último inciso de la norma mencionada, este Despacho, conviene en señalar que sobre el asunto relacionado con la viabilidad jurídica de adelantar el respectivo traslado de aportes efectuados en el Régimen de Ahorro Individual con destino al Instituto de Seguros Sociales, para que se sean tenidos en cuenta en la vocación de compartibilidad pensional, esta Dirección había puntualizado en el DJN US 10272 del 17 de agosto de 2007, lo siguiente:

En primer término se debe precisar que la compartibilidad pensional, es una figura jurídica consagrada en el artículo [76](#) de la ley 90 de 1946 y desarrollada posteriormente mediante los artículos [60](#) y [61](#) del acuerdo 224 de 1966, aprobado mediante el Decreto 3041 del mismo año; es decir mucho antes de la vigencia de la Ley [100](#)/93, que permite la subrogación en cabeza del Seguro Social de parte de su costo; mediante el pago de las cotizaciones pertinentes.

Desde el principio se crea la posibilidad en relación con patrones que tuvieran a su cargo el reconocimiento de pensiones legales o convencionales anticipadas a los requisitos generales del régimen de los seguros sociales obligatorios, proceder a compartir parte de su pago con el ISS, siempre que se cumpla con las cotizaciones que completen el derecho a la pensión del régimen del ISS; siendo de cuenta del patrono exclusivamente el mayor valor si lo hubiere.

Dado que se creó directa y particularmente para el régimen del ISS, **solo es viable su aplicación en el régimen de prima media con prestación definida**. Al respecto se pronunció el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través del concepto 03119 del 2 de febrero de 2001 dirigido a la Administradora de Fondos de Pensiones Horizonte, así:

“(..) las disposiciones vigentes en materia de compartibilidad 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 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 tomen en cuenta para una pensión que corresponda a un régimen y otra parte para otra del otro régimen⁽¹⁾.”

“En cuanto se refiere a las pensiones que surgen de pactos o convenciones colectivas debe observarse que en la medida en que dichas prestaciones estén destinadas a ser compartidas con el Instituto de Seguros Sociales, es claro que el trabajador que tiene derecho a una pensión convencional no podrá posteriormente afiliarse a una administradora del régimen de Ahorro individual, para efectos de compartir la pensión, pues ello implicaría desconocer las condiciones bajo las cuales se le otorgó la pensión que partían de la base de una compatibilidad con el ISS”.

Adicionalmente, frente al tema de la compatibilidad pensional y la libertad de selección y escogencia de Régimen Pensional, precisó la Superintendencia Bancaria de Colombia, en concepto 2004046951-0, lo siguiente: “...En el evento en que los trabajadores se encuentren afiliados a una de las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, resulta preciso que estos se trasladen al Instituto de Seguros Sociales y acumulen en tal entidad todas sus cotizaciones pensionales a fin de que le sean consideradas en la liquidación que se haga de la prestación cuando reúnan los requisitos para ello. Lo anterior, sin perjuicio de que el trabajador renuncie a los beneficios de la convención colectiva y decida hacerse acreedor de la pensión de vejez que se consagra en el Régimen de Ahorro Individual, en los términos que señala la ley [100](#) de 1993”.

De lo anterior se puede observar que en el evento en que un trabajador se traslade a motu proprio de régimen pensional, en desarrollo del principio de la libre escogencia en relación con el régimen al cual quiere afiliarse, no obstante ello, en tratándose de pensiones con vocación de compatibilidad, dicha libertad de escogencia se ve limitada por razón de la pérdida de las expectativas legítimas que tienen amparadas a través del régimen de transición del artículo [36](#) de la Ley 100 de 1993.

Situación ésta que encuentra consonancia con el pronunciamiento efectuado por la Superintendencia Bancaria de Colombia citado en forma precedente, en el que se señaló: “... resulta necesario agregar que en el evento de reconocerse la prestación convencional y el trabajador se encuentre vinculado al Régimen de Ahorro Individual este debe trasladarse al Régimen de Prima Media, valga decir al Instituto de Seguros Sociales, considerando lo expuesto en cuanto a la falta de reglamentación para que proceda la compatibilidad con el Régimen de Ahorro Individual y que ésta (la compatibilidad) no fue excluida en forma expresa dentro de la convención colectiva, por lo cual resulta obligatoria⁽²⁾”.

De conformidad con los pronunciamientos formulados al respecto tanto por la Superintendencia Bancaria de Colombia así como por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público⁽³⁾, infiere esta Dirección que ante la falta de instrumentación legal para que proceda la figura de la compatibilidad pensional en el régimen de Ahorro Individual, lo procedente es, salvo que medie consagración expresa que lo prohíba en la respectiva convención colectiva, que

se trasladen los aportes efectuados en las Administradoras de Fondos Pensiones al Instituto de Seguros Sociales, por ser esta última la Entidad prevista en la normatividad tanto para administrar de forma principal el régimen de prima media con prestación definida así como la entidad destinataria a efectos de compartir las pensiones reconocidas por los patronos de conformidad con lo dispuesto en el artículo [18](#) del Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante el Decreto 758 del mismo año.

No obstante lo expuesto, esta Dirección conviene en señalar que las premisas anteriores encuentran plena coincidencia con las disposiciones legales contenidas en el Decreto [3995](#) de 2008, en el que se plantea expresamente la previsión que antaño venía sosteniendo este Despacho y que se orienta a señalar que en tratándose de pensiones con vocación de compartibilidad no era dable que los trabajadores se afiliaran al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) puesto que dicha posibilidad legal no había sido prevista ni por el legislador ni por el Gobierno Nacional, luego lo procedente en aquellos casos en que había mediado dicha afiliación, era que se efectuara el respectivo traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el Seguro Social, que era el llamado normativamente para adelantar dicha compartibilidad pensional.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, esta Dirección absuelve sus interrogantes de la siguiente manera:

1. ¿Es imperativo el aceptar todas las solicitudes de traslados de régimen pensional de ahorro individual al de prima media, para todos los afiliados que reciben pensión compartida?

De acuerdo con las razones expuestas en forma precedente y en especial por cuanto la figura de la compartibilidad pensional fue prevista expresamente para el régimen de prima media con prestación definida que administra el Instituto de Seguros Sociales, le corresponderá a ésta entidad la obligación legal de afiliar al conjunto de los trabajadores que cuenten con la expectativa de compartir sus respectivas pensiones de vejez. Por esta razón, en el evento en que se hayan generado afiliaciones por parte de dichos trabajadores en el Régimen de Ahorro Individual tendientes a consolidar tal propósito, es preciso que se de plena observancia al mandato legal contenido en la segunda parte del inciso 5 del Artículo [5o](#) antes aludido, de acuerdo con el cual “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”, y por lo tanto, como bien lo señala en su pregunta, es un mandato imperativo para el Seguro Social aceptar todas las solicitudes de traslado que se generen en aquellos eventos en que media una vocación de compartibilidad pensional.

2. En caso de ser positiva la respuesta a la pregunta anterior, ¿qué fecha de efectividad del traslado debe aplicarse?

De conformidad con las consideraciones anteriores, y como quiera que el mismo mandato normativo contempla que los aportes efectuados en el RAIS se consideran como cotizaciones erróneas que deben ser trasladadas al ISS, debe entenderse que tanto la afiliación así como los aportes efectuados en dicho régimen, deben observarse tal y como si se hubieran surtido en el Seguro Social, toda vez que la vinculación del trabajador en el RAIS se entiende como ineficaz operando la ficción jurídica de validez de la vinculación en el Seguro Social y los aportes como pagados a favor de éste.

3. ¿Se hace obligatoria la solicitud por parte del pensionado?

Revisado el mandato normativo objeto de consulta, esta Dirección considera que la observancia del inciso 5 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 de la afiliación así como de los aportes efectuados desde el Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Lo que permite concluir a este Despacho que una vez verificada la situación contemplada en la norma, se hace ineludible que el Fondo de Pensiones que administra el Régimen de Ahorro Individual, deba proceder de conformidad con la preceptiva legal y en consecuencia, envíe al Seguro Social tanto las respectivas afiliaciones que se efectuaron bajo su régimen así como los respectivos aportes pagados por los trabajadores que tengan derecho a una pensión compartida para que se entiendan como realizados ante el ISS.

En los anteriores términos esperamos haber absuelto su consulta.

Cordialmente,

Original Firmado

SERGIO HERNANDO COLMENARES PORRAS

Director Jurídico Nacional

Copia: Dr. Walter Orozco Salazar – Vicepresidente de Pensiones (e)

RAMG/jaac

Rad. 12482

Art. [5o](#) Decreto 3995/08

04 dic. 08

NOTAS AL FINAL

1. Art. [16](#) de la Ley 100 de 1993. “Incompatibilidad de regímenes. Ninguna persona podrá distribuir la cotizaciones obligatorias entre los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.
2. Superintendencia Bancaria de Colombia, concepto 2004046951-0
3. Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Viceministerio Técnico en comunicación No. 025376 del 16 de agosto de 2001 en respuesta a la consulta formulada por las Centrales Eléctricas de Nariño S.A ESP.



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

