

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE YOPAL – SALA LABORAL

Acción : ORDINARIO LABORAL PRIMERA INSTANCIA
Demandante : NIDIA JANETTE NAJAR
Demandado : PORVENIR SA
Radicación : 2019-284-01

ANDERSON ALIRIO ARDILA MEDINA abogado en ejercicio, mayor de edad y vecino de Tunja., identificada con la cédula de ciudadanía 1.099.210.744 de Barbosa y Tarjeta Profesional No. 301086 del C. S. de la J. obrando en nombre y representación de **PORVENIR SA**, persona Jurídica, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, respetuosamente manifiesto que me permito recorrer el traslado de alegatos, según el dispuesto en el art. 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, en los siguientes términos:

SOLICITUD

Ruego a su señoría, REVOCAR, la sentencia proferida por el juez de instancia y en su lugar, ABSOLVER a la AFP de la totalidad de las pretensiones incoadas con la demanda. Con base en al siguiente,

ARGUMENTACIÓN

La afiliación a una AFP es un contrato bilateral, esto significa que, se adquieren obligaciones recíprocas, manifestadas en la firma del acto jurídico, en este caso el formulario de afiliación; en donde se acepta de FORMA LIBRE Y VOLUNTARIA todos los términos que se incluyen en el documentado rubricado.

Es de aclarar, al cumplir la mayoría de edad el afiliado adquiere la capacidad (Código Civil art. 1502 y S.S.) de actuar en el mundo de las obligaciones, es por esto que la persona al expresar su consentimiento, en este caso de forma escrita, se compromete con los efectos jurídicos que su aceptación conlleve, AUN CUANDO NO SE GENEREN LAS CONSECUENCIAS QUE EL AFILIADOS ESPERA.

Es importante recordar que la información que se suministra a los afiliados es COMPLETA, SUFICIENTE y se encuentra acorde a las disposiciones legales y al control que realiza la superintendencia financiera sobre las administradoras de pensiones.

Me permito citar la aclaración de voto No. 68852 del magistrado JORGE QUIROZ ALEMAN de la sentencia proferida por la honorable Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, con MP Clara Cecilia Dueñas de abril de 2019, en donde el Honorable Magistrado resalta en su título XI. *Condición del promotor de la acción- diligencia y buen cuidado de asunto propio*, que, así como el acto de traslado impone a la AFP un deber de información NO EXONERA al afiliado a concurrir suficientemente ilustrado a la escogencia o traslado del régimen pensional, teniendo en cuenta que es un acto de suma importancia, ya que de este dependerá su futuro económico o expectativas para acceder a una pensión de vejez.

No obstante, dado el caso de no llegar ilustrado a la afiliación o traslado, la ley 1328 de 2009 señala al consumidor financiero la oportunidad de solicitar EN CUALQUIER MOMENTO durante la vigencia de su relación con la AFP, TODA LA INFORMACION QUE REQUIERA para tomar una decisión informada; por otro lado, el artículo 3° del decreto 1161 de 1994 le concede al afiliado un termino de CINCO DÍAS PARA RETRACTARSE SU ELECCIÓN.

Por lo anterior y como es notorio EL AFILIADO NO HIZO EFECTIVO NINGUNO DE LOS RECURSOS ESTABLECIDOS EN LA LEY, por lo que, al día de hoy, decir que le fue viciado el consentimiento o que no se le dio la información suficiente, se estaría incurriendo en un error y se le estaría brindando un TRATO ESPECIAL, en cuanto a la capacidad que adquirió esta persona al cumplir la mayoría de edad.

También es oportuno destacar el artículo 112 de la ley 100 de 1993, declarado exequible por la sentencia 86 de 2002, donde señala “TODAS LAS PERSONAS QUE CUMPLAN CON LOS REQUISITOS PARA SELECCIONAR EL RAIS NO PODRA SER RECHAZADA POR LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS”.

En conclusión, dentro del proceso que nos ocupa, el demandante a la fecha de la solicitud del traslado era una PERSONA CAPAZ DE OBLIGARSE, momento en el cual rubrico el formulario de afiliación de forma LIBRE Y VOLUNTARIA en señal de aceptación de la afiliación o traslado de Régimen, por lo que no es posible dejar sin efecto un acto jurídico que a todas luces es completamente VALIDO.

Ruego a su señoría revocar la sentencia , sobre todo, a las que solicita a la AFP la devolución TOTAL de los dineros incluyendo los de administración, debido a que en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 se expresa que el 3% del IBC de los afiliados se destina al pago de administración y al seguro provisional; este ultimo se paga MENSUALMENTE a una aseguradora, para que, en caso de generarse una contingencia diferente a la vejez (muerte o invalidez) se pueda cubrir y pagar la suma adicional necesaria para financiar la pensión de la persona; entonces NO ES DABLE que mi representada devuelva todo los dineros cuando dichos dineros fueron descontados y pagados a un tercero de buena fe, por lo que la AFP no puede solicitar la devolución de estos dineros a la aseguradora para poder cubrir con el monto total que se solicita en las pretensiones de la demanda del proceso que nos ocupa.

NOTIFICACIONES

Como apoderado de la parte demandada en el correo electrónico, anderardm@outlook.es

Atentamente,



ANDERSON ALIRIO ARDILA MEDINA

C. C. No. 1.099.210.744 de Barbosa

Tarjeta Profesional No. 301086del C. S. de la J.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA



Radicación: 2020083289-002-000

Fecha: 2020-05-28 19:30 Sec.día 19917

Anexos: Si

Trámite: 116-CONSULTAS ESPECÍFICAS

Tipo doc: 39-RESPUESTA FINAL E

Remite: 412000-DIRECCION DE PENSIONES DOS

Destinatario: 23 - 9-SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Doctor

Juan Daniel Frías Díaz

Presidente

Skandia Pensiones y Cesantías S.A.

Avenida 19 No. 109a -30

Bogotá D.C.

Número de Radicación : 2020083289-002-000
Trámite : 116 CONSULTAS ESPECÍFICAS
Actividad : 39 RESPUESTA FINAL E
Expediente : 8
Anexos : E1

Doctor Frías:

Nos referimos de manera atenta a la comunicación radicada con el número indicado al rubro, en la que, previo el recuento de los distintos fallos en los que se ha vinculado a esa Sociedad Administradora, solicita a esta Superintendencia *"[se] pronuncie nuevamente a la luz de los diferentes pronunciamientos judiciales respecto de la libertad de movilidad de los afiliados que hayan optado por un Plan Alternativo de Capitalización de los que trata el artículo 87 de la ley 100 de 1993"*.

Sobre el particular, conviene precisar que este Despacho entiende el carácter vinculante que los pronunciamientos judiciales a los que se refiere en su comunicación revisten para esa Sociedad Administradora; no obstante, en cuanto al criterio que ha sostenido esta Superintendencia sobre la movilidad de los afiliados a los planes alternativos de capitalización, estimamos necesario tener en cuenta las siguientes consideraciones:

El artículo 2.32.1.1.3 del Decreto 2555 de 2010, que retoma el artículo 10 del Decreto 876 de 1994, señala:

"Movilidad entre planes alternativos.

En desarrollo de los artículos 87 y 107 de la Ley 100 de 1993, los afiliados a los planes alternativos tendrán derecho a cambiarse a otro plan alternativo, cualquiera sea la entidad administradora o entidad aseguradora de vida que lo administre, sin exceder de una vez por semestre, previa solicitud presentada por el interesado con no menos de 30 días calendario de anticipación".

Por su parte, el artículo 2.32.1.1.4 del Decreto 2555 de 2010, en el que se recoge lo indicado en el artículo 11 del Decreto 876 de 1994 y, entre otros requisitos de los planes alternativos de pensiones, se indica:

"Para efectos de aprobar los planes alternativos de capitalización y de pensiones, la Superintendencia Financiera de Colombia verificará el cumplimiento de los siguientes requisitos:

(...)



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

6. En principio el plan alternativo implica la renuncia a la garantía de pensión y rentabilidad mínima, lo cual deberá ser informado suficientemente al afiliado, de manera previa a su contratación. No obstante, previo concepto favorable del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, un plan alternativo puede prever dicha garantía”.

Estas disposiciones han motivado el criterio hasta ahora sostenido por la SFC en cuanto al tema de la movilidad de los afiliados a los planes alternativos, pues el artículo 2.32.1.1.3 del Decreto 2555 de 2010 consagra la procedencia del traslado entre planes de esta naturaleza, sin que exista una reglamentación que señale las condiciones de retorno al plan “básico” o al Régimen de Prima Media, y la renuncia a las garantías de pensión mínima y de rentabilidad mínima a que se refiere el artículo 2.32.1.1.4, impiden considerar ese traslado sin estimar la eventual afectación que pueda darse a las garantías que sustentan el reconocimiento de pensiones mínimas tanto en el RPM como en el plan básico del RAIS.

En ese sentido, conviene precisar que con fecha 18 de enero de 2016, el Ministerio de Hacienda remitió a esta Superintendencia el pronunciamiento cuya copia se adjunta, en el que refiriéndose al tema que ocupa este pronunciamiento, concluye:

“1º Toda persona que haya adquirido la calidad de pensionado, no puede cambiar de régimen pensional, por expreso mandato del transcrito artículo 107 de la Ley 100 de 1993.

2º De conformidad con el artículo 15 del Decreto 692 de 1994, cada cinco (5) años se permite el traslado de un afiliado del Régimen Solidario de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y viceversa. Así mismo, el artículo 2º de la ley 797 de 2003 permite dicho traslado, pero si al afiliado le faltan diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, no se puede trasladar de régimen. De conformidad con lo transcrito, ninguna de las normas prevé el traslado de un contratante del plan alternativo de pensiones al Régimen de Prima Media.

3º Aquellas personas que no se encuentren en el Régimen de Transición y que les falten diez o menos años para pensionarse, no se les permite el traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida porque no se permite que aquellas personas que no han contribuido al fondo común y que no fueron tomadas en cuenta en la realización del cálculo actuarial, se puedan trasladar de régimen cuando estén próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

Lo anterior, porque dentro de las finalidades de la Ley 797 de 2003, están entre otras:

- Evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida;
- Defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro individual con Solidaridad;
- Impedir que se desfinancie el Sistema;
- Evitar 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 ya que 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 (artículo 95 de la Constitución Política), sino también al principio de eficiencia pensional.

4º Para el caso concreto, en que se plantea la probabilidad de traslado de un plan alternativo de pensión al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como acertadamente los sostuvo la Superintendencia Financiera, la eventualidad de traslado se posibilita únicamente entre planes de la misma naturaleza, es decir, solamente sería factible entre planes alternativos de pensión, ni siquiera de un plan alternativo de pensión al plan básico del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Se comparte la posición jurídica de la Superintendencia Financiera, por cuanto no existe reglamentación sobre las condiciones de retorno al plan básico del Régimen de Ahorro Individual o al Régimen de Prima Media, siendo el parecer de la Subdirección de Pensiones de la Dirección General de Regulación Económica de la Seguridad Social que no es posible aplicar analógicamente el artículo 15 del Decreto 692 de 1994 y el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Adicionalmente se tiene que el REGLAMENTO OLD MUTUAL FONDO¹ estipula en su numeral 15 la posibilidad de traslado entre planes alternativos y en el numeral 15 consta que la vinculación a estos planes, implica la renuncia a las garantías de pensión y rentabilidad mínimas

¹ Lo indicado por el Ministerio se señala en los numerales 13 y 15 de reglamento “SKANDIA FONDO ALTERNATIVO DE PENSIONES, así:

“13. RENUNCIA A GARANTIAS DE PENSIÓN Y RENTABILIDAD MÍNIMAS



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

que se aplican bajo el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al que se refiere la Ley 100 de 1993, salvo para aquellas personas que estén en el Régimen de Transición.

5° La renuncia a las garantías de pensión mínima, no es aplicable para aquellas personas que tengan derecho al Régimen de Transición, caso en el cual deben cumplir con los requisitos establecidos en la Sentencia SU-062 de 2010 (...)."

Así las cosas, este Despacho considera que no resulta viable el cambio en el criterio solicitado, sin perjuicio de lo cual se está dando traslado al Ministerio de Hacienda y Crédito Público a efectos de que se evalúe la expedición de una normativa en la que se consideren los argumentos señalados en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia a los que alude en su comunicación.

De esta manera dejamos atendido el objeto de su consulta, con el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

La vinculación a SKANDIA FONDO ALTERNATIVO implica la renuncia a las garantías de pensión y rentabilidad mínima que se aplican bajo el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al que se refiere la Ley 100 de 1993".

"15. MOVILIDAD ENTRE PLANES ALTERNATIVOS.

Los afiliados a SKANDIA FONDO ALTERNATIVO tendrán derecho a cambiarse a otro plan alternativo aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, cualquiera sea la entidad administradora o entidad aseguradora de vida que lo administre, sin exceder de una vez por semestre, previa solicitud presentada por el interesado con un mes de anticipación. En lo demás, el traslado a otro plan alternativo se sujetará a los que dispongan las normas legales para el traslado de afiliados entre fondos del régimen de ahorro individual con solidaridad que regula la Ley 100 de 1993, en especial lo relacionado con la fecha a partir de la cual se entiende verificado el traslado".

Calle 7 No. 4 - 49 Bogotá D.C.
Conmutador: (571) 5 94 02 00 – 5 94 02 01
www.superfinanciera.gov.co

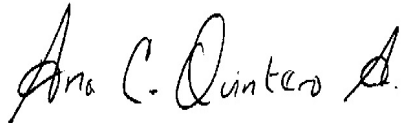


**El emprendimiento
es de todos**

Minhacienda

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Cordialmente,



ANA CECILIA QUINTERO ACERO
412000-DIRECTOR DE PENSIONES DOS
DIRECCION DE PENSIONES DOS

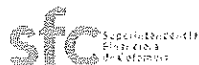
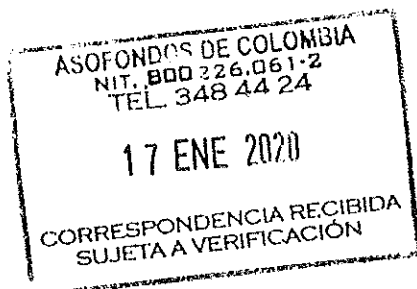
Copia a:

Elaboró:
DERLY JULIET ALARCON PARRA

Revisó y aprobó:
ANA CECILIA QUINTERO ACERO



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA



Radicación: 2019152169-003-000

Fecha: 2020-01-15 15:28 Sec. día 722

Anexos: No

Trámite: 116-CONSULTAS ESPECÍFICAS

Tipo doc: 39-RESPUESTA FINAL E

Remitente: 410000-DELEGATURA PARA PENSIONES

Destinatario: 114 - 30-ASOFONDOS - ASOCIACION COLOMBIANA DE ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CE

Doctora

Clara Elena Reales

Vicepresidenta Jurídica

Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías ASOFONDOS

Calle 72 No. 8-24, Oficina 901

Bogotá D.C.

Número de Radicación : 2019152169-003-000
Trámite : 116 CONSULTAS ESPECÍFICAS
Actividad : 39 RESPUESTA FINAL E
Expediente : AFILIAC-PENS-DEV
Anexos :

Respetada doctora Clara Elena:

Con todo gusto damos respuesta a su comunicación radicada en esta Superintendencia bajo el número indicado al rubro, en la cual, después de realizar una breve alusión al marco normativo que regula lo concerniente a la declaratoria de nulidad o ineficacia de la afiliación pensional, plantea tres interrogantes sobre el trato que debe darse a los aportes pensionales cuando se configuran las situaciones reseñadas.

Al respecto, previo a dar respuesta a los interrogantes que se relacionan en su escrito este Despacho encuentra oportuno hacer las siguientes consideraciones en relación con la declaratoria de nulidad o ineficacia de la afiliación pensional, así:

El Sistema General de Pensiones (SGP), creado por la Ley 100 de 1993, integra dos regímenes pensionales excluyentes entre sí pero que coexisten, estableciendo, entre otras características, la posibilidad de trasladarse libremente entre estos atendiendo unos términos mínimos de permanencia y edad, así como la de sumar de las cotizaciones hechas en ambos para efectos de reunir las condiciones que dan derecho a las prestaciones que este Sistema otorga a sus afiliados.

No obstante, en cuanto a las prestaciones que se reconocen en uno y otro régimen, el legislador dispone reglas que no permiten que su resultado sea comparable, si bien su finalidad es en ambos casos la *"garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones"*¹, en el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPM), los afiliados obtienen prestaciones cuyas condiciones y montos se encuentran definidos en la ley y en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) las pensiones y prestaciones que se reconocen dependen directamente de los valores ahorrados en la cuenta individual de los afiliados².

¹ Artículo 10 de la Ley 100 de 1993

² Sobre el tema, la Corte Constitucional en Sentencia C-538 del 16 de octubre de 1996, destacó como principales diferencias las siguientes:

³ En el régimen de prima media con prestación definida los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, invalidez o de sobrevivientes o una indemnización previamente definidas en la ley.

Calle 7 No. 4 - 49 Bogotá D.C.

Conmutador: (571) 5 94 02 00 - 5 94 02 01

www.superfinanciera.gov.co



Emprendimiento
de todos

Unidad
de todos

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Es importante considerar que el legislador en el diseño de la estructura de este Sistema tuvo en cuenta razones como *la viabilidad financiera, la falta de equidad y la baja cobertura del mismo*, las deficiencias administrativas, pero también se optó por un sistema que estimulara la libre competencia entre Regímenes y el ejercicio del derecho a elegir el régimen pensional y la administradora por parte de los afiliados, según sus intereses.

Sin embargo, las diferencias de origen legal entre los regímenes pensionales que pueden derivar en prestaciones de distintas cuantías generan inconformidades entre los afiliados que, después de cumplidos los años para pensionarse, encuentran un mejor beneficio en el régimen contrario, por lo que tienden a solicitar el traslado por fuera del término legal o la anulación de la afiliación.

En ese sentido, debe decirse que el marco legal³ para la procedencia de los traslados entre regímenes es claro y no da lugar a interpretaciones diferentes más allá del cumplimiento de los requisitos establecidos en las normas. Resulta evidente además que, en aras de salvaguardar los derechos de los afiliados, en distintas épocas desde la vigencia del Sistema General de Pensiones, se ha dado la posibilidad de regresar al régimen del cual se habían trasladado, sin contar que desde el inicio del SGP, una vez decidido el traslado, el afiliado tiene derecho al retracto.

El sistema dual acogido en el sistema pensional colombiano, es desarrollo de lo dispuesto en la Constitución Política, de allí que el legislador dentro de su libertad de creación normativa hubiese proferido la Ley 100 de 1993 para generar un correcto funcionamiento de la seguridad social con solidaridad, entendido este como un servicio público de carácter obligatorio, que se encuentra bajo la dirección y responsabilidad del Estado y que a su vez cuenta con la participación de los particulares, para de esta forma atender las prestaciones que se derivan de los riesgos del trabajo y de la necesidad de otorgar a las personas los medios para una subsistencia digna, cuando en razón de la edad ya no disponen de una adecuada capacidad de trabajo.

Quiere ello decir que no se podría a través de la Ley 100 de 1993 ni de sus decretos reglamentarios menoscabar las libertades individuales de las personas, entre ellas, la libertad de escogencia (libertad contractual), para lo cual es preciso revisar lo dispuesto en el artículo 1502 del Código Civil, el cual reza:

"ARTICULO 1502. <REQUISITOS PARA OBLIGARSE>. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

- 1o.) que sea legalmente capaz.
- 2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.
- 3o.) que recaiga sobre un objeto lícito.
- 4o.) que tenga una causa lícita.

En este régimen son aplicables disposiciones vigentes para los sistemas de invalidez, vejez y muerte a cargo del I.S.S. y además las disposiciones sobre las materias contenidas en la Ley 100/93 (art. 31).

Dicho régimen se caracteriza porque los aportes de los afiliados y empleadores y sus rendimientos integran un fondo común de naturaleza pública, mediante el cual se garantiza el pago de las prestaciones a cargo de los recursos de dicho fondo, los gastos administrativos y las reservas, de acuerdo con la ley.

El administrador exclusivo de dicho régimen es el Instituto de Seguros Sociales, pues fue la única entidad que quedó autorizada para continuar afiliando trabajadores en lo sucesivo; por lo tanto, quedó planteada la competitividad entre dicha entidad y los administradores -fondos de pensiones- del sistema de ahorro individual de pensiones.

En el sistema de ahorro individual con solidaridad se incorporan y administran recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados. Está basado en los recursos del ahorro, administrados en cuentas de propiedad individual de los afiliados, proveniente de las cotizaciones hechas por los empleadores y trabajadores, más los rendimientos financieros generados por su inversión y, eventualmente, de los subsidios del Estado.

(...) Evidentemente al comparar los dos sistemas de pensiones, encuentra la Corte las siguientes diferencias:

• Los requisitos para obtener la pensión de vejez en el sistema de prima media (art. 33) son: haber cumplido 55 años de edad si es mujer, o 60 años de edad si es hombre y haber cotizado un mínimo de 1000 semanas en cualquier tiempo. El monto mensual de la pensión de vejez se determina así: por las primeras 1000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación; por cada 50 semanas adicionales a las 1000 hasta las 1200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2% llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1200 hasta las 1400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2% hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación. El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente (art. 34), que no podrá ser inferior al valor del salario mínimo mensual vigente y que tiene la garantía estatal a que alude el art. 138.

• En el sistema de ahorro individual con solidaridad, el derecho a la pensión de vejez, en las diferentes modalidades (renta vitalicia inmediata, retiro programado o retiro programado con renta vitalicia o cualesquiera otras autorizadas) se causa en favor del afiliado a la edad que cada uno de ellos escoge, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual le permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo mensual legal vigente a la fecha de expedición de la ley, o reajustado según el índice de precios al consumidor, certificado por el DANE, o cuando opte por seguir cotizando, en las circunstancias descritas por el art. 64.* (Subraya fuera de texto)

³ literales b y e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, Artículo 2.2.2.1. del Decreto 1833 de 2016 que incorpora el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994. Parágrafo del artículo 2° del Decreto 1642 de 1995, Artículo 12 del Decreto 3995 de 2008

Calle 7 No. 4 - 49 Bogotá D.C.

Conmutador: (571) 5 94 02 00 – 5 94 02 01

www.superfinanciera.gov.co



El emprendimiento
es de todos

Minhacienda

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra."

En consonancia con lo anterior, podría decirse que dentro de lo que aquí se analiza, no es materia de discusión que el objeto y la causa en el traslado entre regímenes sean lícitas (existe todo un marco legal que así lo determina), ahora bien, en cuanto a que la persona sea considerada capaz debe verificarse que se den los presupuestos normativos dispuestos en los artículos 1503 y 1504 ibídem.

Respecto del consentimiento para obligarse al momento de suscribir el contrato de afiliación a los distintos regímenes, el numeral 2 del artículo 1502 señala que dicho consentimiento no debe adolecer de vicio alguno, los cuales son determinados en el artículo 1508 ibídem como error, fuerza y dolo, este, es sin dudas el punto crítico y de mayor problemática actualmente.

En relación con el consentimiento informado y libre, es decir, exento de vicios, considera este Despacho que se trata de un asunto meramente probatorio, que debe ser analizado y debatido en juicio, y que a su paso son los jueces de la república los responsables de valorar concienzudamente las pruebas aportadas tanto por administradoras como por afiliados, revisando además las posibles implicaciones financieras que conllevaría para el sistema, ordenar la nulidad de una afiliación, así como el traslado de regímenes.

Así mismo, la Corte Constitucional en sentencia SU 062 de 2010 desarrolla la importancia de la prevalencia del orden económico, y al respecto indica: *"La efectividad del derecho a cambiar de régimen pensional dentro del marco constitucional y legal vigente depende de que éste pueda ser ejercido sin trabas insalvables. Uno de estos obstáculos es precisamente impedir que el interesado aporte voluntariamente los recursos adicionales en el evento de que su ahorro en el régimen de ahorro individual sea inferior al monto del aporte legal correspondiente en caso de que hubiere permanecido en el régimen de prima media con prestación definida. Esta barrera es salvable si el interesado aporta los recursos necesarios para evitar que el monto de su ahorro, al ser inferior en razón a rendimientos diferentes o a otras causas, sea inferior al exigido. Esto no sólo es necesario dentro del régimen general, sino también en los regímenes especiales con el fin de conciliar el ejercicio del derecho del interesado en acceder a la pensión y el objetivo constitucional de asegurar la sostenibilidad del sistema pensional."* (subraya fuera de texto)

Como precedente de la anterior Sentencia de Unificación, el Alto Tribunal indicó en la Sentencia C-1024 de 2004, que *"(...) 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 (...) 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 (...)"* (Subraya fuera de texto)

En línea con lo dispuesto por la Honorable Corte Constitucional, esta Superintendencia considera que, al momento de evaluarse las solicitudes y demandas de traslado de régimen pensional, debe adoptarse por los operadores administrativos y judiciales criterios tales como: i) el objetivo constitucional de estabilidad y sostenibilidad del sistema pensional en el que con miras a proteger el orden económico del sistema no es viable efectuar traslados sin el monto de aportes necesarios en cada régimen, y ii) el mantenimiento del orden legal, que puede verse afectado al autorizar o conceder solicitudes de traslados sin el cumplimiento de los requisitos legales toda vez que se dejaría sin piso los criterios de interpretación a la normativa aplicable.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

En ese sentido, en consideración de este Despacho, la revisión que se hace a las solicitudes de traslado de régimen por vía judicial, debiera apoyarse en criterios técnicos en los que se determine que no se generará una afectación al Sistema General de Pensiones, atendiendo para ello los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

Respecto de los tres interrogantes, esta Superintendencia estima importante además señalar que la declaratoria de nulidad o ineficacia de la afiliación al Sistema General de Pensiones que se resuelva judicialmente, debe ser atendida por los actores en los términos que se disponga en los fallos judiciales correspondientes, teniendo en cuenta que, conforme a lo señalado en el artículo 57 de la ley 1480 de 2011, esta Superintendencia no puede en desarrollo de sus funciones jurisdiccionales conocer de ningún asunto de carácter laboral.

Precisado lo anterior, teniendo en cuenta la relevancia del asunto consultado y las posibles implicaciones que tiene para el Sistema General de Pensiones, se emite el siguiente concepto con el alcance indicado en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

a. Vinculación al Sistema General de Pensiones y destinación de los aportes.

Es necesario precisar que la vinculación al Sistema General de Pensiones se realiza a través de la suscripción del formulario de afiliación, este formulario hace las veces de contrato, en el que ambas partes se obligan de manera recíproca. Entre las principales obligaciones tenemos, por un lado, la de efectuar los aportes que correspondan legalmente y, por otro, recibir, administrar y conceder (ante el cumplimiento de los requisitos normativos) las prestaciones a que haya lugar.

Específicamente, en relación con las cotizaciones efectuadas en el Sistema General de Pensiones, el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, determina la distribución que deben efectuar las administradoras del mismo, tanto en el Régimen de Prima Media con Solidaridad –RPM- como en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS-, señalando entre otros lo siguiente:

“Artículo 20. La tasa de cotización continuará en el 13.5% del ingreso base de cotización.*

En el régimen de prima media con prestación definida el 10.5% del ingreso base de cotización se destinará a financiar la pensión de vejez y la constitución de reservas para tal efecto. El 3% restante sobre el ingreso base de cotización se destinará a financiar los gastos de administración y la pensión de invalidez y sobrevivientes.

En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafin, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

A partir del 1o. de enero del año 2004 la cotización se incrementará en un uno por ciento (1%) sobre el ingreso base de cotización. Adicionalmente, a partir del 1o. de enero del año 2005 la cotización se incrementará en medio por ciento (0.5%) y otro medio punto (0.5%) en el año 2006. A partir del 1o. de enero del año 2008, el Gobierno Nacional podrá incrementar en un (1%) punto adicional la cotización por una sola vez, siempre y cuando el crecimiento del producto interno bruto sea igual o superior al 4% en promedio durante los dos (2) años anteriores.

(...) Los afiliados que tengan un ingreso mensual igual o superior a cuatro (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes, tendrán a su cargo un aporte adicional de un uno por ciento (1%) sobre el ingreso base de cotización, destinado al fondo de solidaridad pensional, de conformidad con lo previsto en la presente ley en los artículos 25 y siguientes de la Ley 100 de 1993.”

De allí, que el 3% de la cotización de los aportantes se destina a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafin, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

Ahora bien, en cuanto al funcionamiento de los recursos pensionales en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS-el literal d) del artículo 60 de la mencionada Ley 100, se establece que el conjunto de las cuentas individuales de ahorro pensional



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

constituye un patrimonio autónomo de propiedad de los afiliados, denominado fondo de pensiones, el cual es independiente del patrimonio de la Administradora.

De la misma manera, en el artículo 100 de la Ley 1003 se establece que, con el fin de garantizar la seguridad, rentabilidad y liquidez de los recursos del sistema, las administradoras invertirán los recursos de los fondos en las condiciones y con sujeción a los límites que para el efecto establezca el Gobierno Nacional, que hoy se encuentra recogido en el Decreto 2555 de 2010.

Corresponde en este punto precisar que, en el Régimen de Ahorro Individual, los aportes de los afiliados que ingresan al fondo deben cumplir con los requisitos mínimos e invertirse en papeles y activos permitidos, tales como TES, bonos, CDT y acciones, entre otros. Es decir, el dinero que aporta un afiliado para su cuenta individual se encuentra representado en las inversiones que realiza el fondo, donde cada afiliado tiene una cuenta de ahorro individual que se ve representada en unidades de participación del fondo. Dichas inversiones deben ser valoradas diariamente por los Fondos de Pensiones y de Cesantía, en cumplimiento de lo establecido en el Capítulo I de la Circular Externa 100 de 1995 expedida por esta Superintendencia.

Por lo tanto, las cuentas individuales de los afiliados varían no solo con los aportes y retiros que estos realizan, sino también, por las variaciones en el valor de mercado de las inversiones que conforman los portafolios, las cuales cambian de forma diaria como consecuencia de los cambios en las tasas de interés y de los precios de los diferentes títulos que conforman los citados portafolios; situaciones propias del mercado de valores que fluctúan por factores tanto internos como externos que originan caídas o subidas en los precios de los títulos y demás inversiones y que no dependen del control y gestión de las Administradoras de los Fondos de Pensiones y de Cesantía.

Ahora bien, tal y como se observa en el artículo 101 de la Ley 100 de 1993, las Sociedades Administradoras deben garantizar a los afiliados una rentabilidad mínima en el manejo de los fondos que administran y, en caso de haber un incumplimiento a esta rentabilidad, la misma se garantiza con el patrimonio de dichas sociedades y con la reserva de estabilización. Esta reserva corresponde al 1% del valor del fondo administrado (pensiones obligatorias o cesantías) y debe estar invertida en las mismas condiciones que el correspondiente fondo.

Así mismo, en relación con el porcentaje destinado las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, se encuentra que dichos recursos son sufragados mensualmente, y destinados como lo ordena la norma a la aseguradora contratada, de esta forma el citado porcentaje como bien lo menciona en su oficio, permite a la aseguradora mantener la cobertura respecto del afiliado en relación con los riesgos asegurados (invalidez y muerte) durante la vigencia del seguro.

b. Traslado de recursos entre regímenes del Sistema General de Pensiones SGP

Vale la pena resaltar lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 en el cual, respecto del traslado de recursos entre regímenes del SGP, se establece lo siguiente:

“Artículo 7°. Traslado de recursos. El traslado de recursos pensionales entre regímenes, incluyendo los contemplados en este decreto, así como de la historia laboral en estos casos, deberá realizarse en los términos señalados a continuación y en el artículo siguiente:

Cuando se trate de una administradora del RAIS, deberá trasladar el saldo en unidades de los aportes efectuados a nombre del trabajador, destinados a la respectiva cuenta individual y al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, multiplicado por el valor de la unidad vigente para las operaciones del día en que se efectúe el traslado.

Para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS.

Tratándose del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, RPM, la devolución se efectuará por el valor equivalente a las cotizaciones para financiar la pensión de vejez, que se hubieren efectuado actualizadas con la rentabilidad acumulada durante el



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

respectivo período de las reservas para pensión de vejez del ISS, o en su defecto la informada por la Superintendencia Financiera para los períodos respectivos.

Parágrafo. Con ocasión de la definición de la múltiple vinculación de sus afiliados y la determinación de las sumas a trasladar, las entidades administradoras del Sistema General de Pensiones quedan facultadas para compensar, total o parcialmente, los saldos respectivos" (Subraya fuera de texto).

De esta manera, la normatividad existente permite inferir, que, en caso de resultar necesario un traslado de recursos del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media, lo procedente, además del traslado de la información correspondiente a la historia laboral del afiliado, es el traslado del valor de la cuenta de ahorro individual, sus rendimientos y lo correspondiente a la garantía de pensión mínima con sus rendimientos.

Conforme con lo expuesto, de decretarse la ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen pensional y/o la nulidad de la afiliación alguno de los regímenes pensionales del SGP, lo que implica el traslado de recursos y de información de un régimen a otro, debe darse la aplicación de lo dispuesto en la norma atrás citada, respetando la destinación de los aportes pensionales realizados y la gestión de administración desarrollada por la administradora que genera los rendimientos que se trasladan a la administradora de destino.

En ese orden de ideas, frente a los interrogantes tenemos:

1. ***¿Al decretarse la nulidad de la afiliación o ineficacia del traslado y ordenar la devolución de recursos, se deben respetar las restituciones mutuas y reconocer los gastos de administración a la administradora de pensiones, tal como establece el artículo 1746 del Código Civil, y solo se debe girar el valor de la cuenta de ahorro individual, con sus rendimientos y lo correspondiente a la garantía de pensión mínima con sus rendimientos?***

Teniendo en cuenta los argumentos atrás planteados, y sin perjuicio de lo que se haya ordenado en algunos de los fallos judiciales correspondientes, este Despacho considera que, al decretarse la nulidad e ineficacia de la afiliación procede el traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual del afiliado, que incluye lo correspondiente a los rendimientos generados como consecuencia de la administración de los recursos efectuada por la administradora, así como los porcentajes destinados a la garantía de la pensión mínima y sus respectivos rendimientos.

2. ***¿Al decretarse la nulidad de la afiliación o ineficacia del traslado y ordenar la devolución de recursos, se deben respetar las restituciones mutuas y excluir las sumas que por concepto de prima de seguro previsional fueron sufragadas a favor del afiliado mientras estuvo vigente su afiliación, dado que la compañía aseguradora mantuvo la cobertura de los riesgos de invalidez y muerte de su asegurado durante la vigencia del seguro, y además por cuanto operó la figura de la prima devengada?***

En igual sentido, en atención a que el porcentaje de la prima del seguro previsional ya fue sufragado y la compañía aseguradora cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, este Despacho no considera viable el traslado de dichos recursos en el caso consultado; sin perjuicio de la vinculación que a este tipo de procesos se haga a las aseguradoras que han sido contratadas para dichos fines, para que puedan ejercer la defensa de sus intereses.

3. ***Conforme al marco normativo vigente, ¿sería válido el siguiente tratamiento legal que han de recibir los aportes recibidos, cuando por virtud de la declaratoria judicial de nulidad de la afiliación o ineficacia del traslado, el afiliado debe retornar al RPM?***

Concepto	Devolución
Cuenta de Ahorro Individual (Aportes y Rendimientos)	Si
FGPM (aportes y rendimientos)	Si
Prima de Seguro Previsional	No
Comisión Administración	No

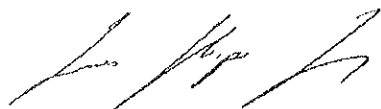


SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Este Despacho estima válido el tratamiento legal que se plantea en este interrogante, lo anterior, sin perjuicio de las decisiones adoptadas por los tribunales e inclusive por la Corte Suprema de Justicia como órgano de cierre judicial, quienes cuentan las facultades legales para adoptar la posición que en derecho encuentren pertinente.

De esta manera dejamos atendido el objeto de su consulta, con el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,



LUIS FELIPE JIMENEZ SALAZAR
410000-DELEGADO PARA PENSIONES
DELEGATURA PARA PENSIONES

Copia a:

Elaboró:
JULIANA SIERRA MORALES

Revisó y aprobó:
--JULIANA SIERRA MORALES
DERLY JULIET ALARCON PARRA
DERLY JULIET ALARCON PARRA



