

[← Responder a todos](#) [✕](#) [🗑 Eliminar](#) [🚫 No deseado](#) [🔒 Bloquear remitente](#) [⋮](#)

RV: ALEGATOS 2DA INSTANCIA RAD. 545183112001202000042-02 LIGIA YAMEL RANGEL MORA

Atentamente,

ENGELBERTH ROLANDO FLECHAS
SECRETARÍA GENERAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE PAMPLONA
Tel 5680530 – Fax 5683199 - cel 3213732744
Calle 4 6-76 Palacio de Justicia “ALVARO LUNA GOMEZ” Of. A-402

“Al recibir el contenido de este mensaje por parte de esta dependencia se entenderá como aceptado y se recepcionará como documento prueba de la entrega del usuario. (Ley 527 del 18 Agosto de 1999) Reconocimiento Jurídicos de los Mensajes de Datos en Forma Electrónica a Través de las Redes Telemáticas”

Por favor URGENTE CONFIRMAR POR CORREO ELECTRÓNICO EL RECIBIDO DEL PRESENTE MENSAJE, indicando el nombre del funcionario que recibe por este medio.



De: navi lamk <navilamk@yahoo.com>

Enviado el: viernes, 13 de mayo de 2022 8:44 a. m.

Para: Secretaria Tribunal Superior - Pamplona - Seccional Cucuta <stsuppam@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: ALEGATOS 2DA INSTANCIA RAD. 545183112001202000042-02 LIGIA YAMEL RANGEL MORA

Buenos días,

Adjunto archivo de **ALEGATOS 2DA INSTANCIA RAD. 545183112001202000042-02 LIGIA YAMEL RANGEL MORA**

anexo: 2 archivos.

solicito amablemente acuso de recibido.

NAVI GUILLERMO LAMK CASTRO
LAMK Abogados
Tel. (097) 5717948
Cel. 3132109751

[Responder](#) | [Responder a todos](#) | [Reenviar](#)

NAVI GUILLERMO LAMK CASTRO

ABOGADO

H. Magistrado

JAIME ANDRES MEJIA GOMEZ

Sala Única área Laboral

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona

E.S.D.

Ref. Alegatos 2ª Instancia

Proceso Ordinario Rad. No 54-518-31-12-002-2020-00042-02

Demandante: LIGIA YAMEL RANGEL MORA

Demandado: COLPENSIONES - PORVENIR S.A.

En mi condición de apoderado de PORVENIR S.A procedo a rendir alegatos de 2ª instancia con el fin de solicitarle muy respetuosamente a esa H. Corporación, se sirva REVOCAR la sentencia de 1ª instancia y ABSOLVER a mi representada, por las siguientes razones:

- 1. Respecto al traslado** Se debe tener en cuenta que para la fecha que fue realizado el traslado, no existía disposición legal que estableciera de manera clara y precisa el mínimo y/o máximo de información que debía ser suministrada para considerarse que se brindó una debida asesoría; La cual efectivamente se brindó, pero de forma verbal.
 - Por tal razón PORVENIR S.A. NO incurrió en la omisión de dar una debida asesoría, pues no existía norma que taxativamente indicara que información se debida brindar para considerarse cumplido ese requisito. La normativa vigente para la época, contenía conceptos amplios sobre que era una debida asesoría, quedando al arbitrio de las partes estimar si hubo o no una debida asesoría, lo que resulta caprichoso.
 - La línea jurisprudencial que sirve de sustento al fallo, surgió después del año de afiliación o traslado, e impuso a las AFP cumplir con una serie de requisitos “determinados o concretos” que debían satisfacerse para considerarse que se había dado una debida asesoría, lo que contraviene toda lógica jurídica, pues nadie está obligado a cumplir con lo imposible, es decir, cumplir una serie de requisitos específicos que, para el año de celebración de la afiliación o traslado, no existían. Esto en cuanto al contenido de la información.

Motivos suficientes para que el Tribunal se aparte de esa línea jurisprudencial y se revoque la totalidad de la sentencia.

- 2. Sobre la forma de la asesoría** se deja constancia de la información brindada, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, establece la forma como las AFP deben acreditar que dieron una debida asesoría, que consiste en suscribir un formulario con el afiliado cuyo contenido es dado por ley y que es pre aprobado por un ente de control y vigilancia-Súper-Financiera, dejando constancia, de que el traslado se realizó de manera libre, espontánea y sin precisiones.

Calle 11 No. 2E-75 Oficinas 1 y 2 Hotel Casino Internacional
Tel. 5717948 E-mail: navilamk@yahoo.com
Cúcuta - Colombia

NAVI GUILLERMO LAMK CASTRO

ABOGADO

Para este caso en particular, así se hizo, la demandante suscribió el formulario exigido, luego la AFP cumplió con la carga de dejar la evidencia de que el traslado fue conforme a la ley.

Ahora bien, en la línea jurisprudencial de la CSJ-Sala Laboral que sirve de sustento al fallo, que surgió después del año de celebración de la afiliación o traslado, se dice que tal prueba NO es suficiente para acreditar un debido traslado y se exigen pruebas adicionales para ello, que no eran necesarias en la época del traslado, lo que choca contra toda lógica jurídica. Por tal motivo, solicito se revoque la sentencia.

- Revisadas las pruebas documentales allegadas por la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas, desacreditan que se brindó una debida asesoría, conforme con las disposiciones y jurisprudencia de la época de suscripción del formulario de afiliación.
- En la sentencia de la CSJ-Sala Laboral, SL19447-2017 de fecha 27 de septiembre de 2017, Radicado No 47125, MP Gerardo Botero Zuluaga, donde se establece como uno de los requisitos de procedencia para declarar ineficaz la afiliación; que la insuficiencia de información impida el acceso al derecho a pensión.

En efecto, nos dice la Corte:

*“De manera que, conforme lo discurrido queda claro que existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, **impidiéndole su acceso al derecho**; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.”*

Para este caso, el acceso al derecho a pensión en el régimen de ahorro individual se tiene garantizado como lo evidencian las liquidaciones pensionales allegadas. En tal sentido debe revocarse la sentencia.

3. Sobre la información a sus afiliados la AFP PORVENIR S.A., expresa de manera clara a sus afiliados sobre las características del régimen de ahorro individual, sus aportes, rendimientos y de las posibilidades de traslado de régimen.

- De hecho, además de los canales dispuestos por la Administradora y el envío de la información junto con los extractos trimestrales, en el año 2004, PORVENIR S.A. junto con los demás fondos de pensiones realizó campañas a través del envío de comunicaciones masivas a sus afiliados, de medios de comunicación (publicación realizada en el Diario El Tiempo), informándoles a

Calle 11 No. 2E-75 Oficinas 1 y 2 Hotel Casino Internacional

Tel. 5717948 E-mail: navilamk@yahoo.com

Cúcuta - Colombia

NAVI GUILLERMO LAMK CASTRO

ABOGADO

todos los afiliados la posibilidad de retornar al RPM de acreditar con los requisitos establecidos en dichas normas y el demandante no hizo uso de esa legítimo derecho. Nadie puede alegar su propia torpeza.

- Lo anterior queda en evidencia que PORVENIR S.A. si informo a sus afiliados la posibilidad que les da la LEY 100/1993 sobre el cambio del REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD al REGIMEN DE PRIMA MEDIA y estos no realizaron tales cambios en el tiempo reglamentario.

4. Respecto a la condena de GASTOS DE ADMINISTRACION, de que se restituyan con cargo al patrimonio propio de PORVENIR S.A los gastos de administración descontados durante el tiempo que permaneció en el RAIS, no se comparte esta condena, pues al declararse la ineficacia del traslado, se ordena como consecuencia de ello, una seria de restituciones, entre ellas los frutos o rentabilidades generadas por el capital pensional, por lo tanto, se debe acudir al Código Civil, como referente normativo en este asunto.

En tal sentido, el artículo 964 del CC, inciso final, claramente establece que toda restitución de frutos se abonará al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producir los frutos.

Los gastos de administración y otras erogaciones realizadas por la AFP, se relacionan con gastos ordinarios en la producción de la rentabilidad del capital.

- En efecto, los gastos de administración por definición legal guardan relación con la retribución por las labores desplegadas por la AFP para administrar el capital pensional, lo que implica cubrir gastos de operación de la AFP, por lo tanto, se debe ordenar revocar esta condena, en el remoto evento de no acceder a revocar íntegramente la sentencia.
- Adicionalmente, se debe considerar que el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, establece que el 3% de la cotización realizada al Sistema General de Pensiones se destinará a financiar los gastos de administración.
- Ordenar devolver a COLPENSIONES, las sumas percibidas por gastos de administración, por el periodo en que el actor permaneció afiliado a la administradora, resulta inequitativo con el Fondo, toda vez que lo despoja de unas sumas causadas por su actividad administradora durante el tiempo en que el accionante estuvo afiliado al Fondo, tales como la remisión de extractos, la disposición de canales de atención de los afiliados, la inversión de los recursos, cuya diligencia es precisamente el origen de los rendimientos de sus aportes generados en ese espacio de tiempo.

La consecuencia de la ineficacia del acto de traslado trae la exclusión de TODO efecto jurídico. Por lo que el afiliado debe trasladarse a Colpensiones como si nunca se

Calle 11 No. 2E-75 Oficinas 1 y 2 Hotel Casino Internacional
Tel. 5717948 E-mail: navilamk@yahoo.com
Cúcuta - Colombia

NAVI GUILLERMO LAMK CASTRO

ABOGADO

hubiera afiliado a Porvenir y siempre hubiera permanecido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida RPM.

Una de las principales diferencias entre los dos regímenes son los rendimientos generados sobre los aportes, mientras en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida los rendimientos que se generan, en teoría, son del Fondo Común, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad pertenecen a la cuenta de ahorro individual y hacen parte de la conformación necesaria para obtener una pensión de vejez.

- La rentabilidad generada en la cuenta de ahorro individual se debe a la buena administración efectuada por la entidad administradora, es decir gracias a la gestión de la administradora la cuenta de ahorro individual se incrementa, lo que no hubiera sucedido en el RPM , primero, porque la ley establece que los rendimientos pertenecen al fondo de reparto común y segundo, porque en la práctica en Colpensiones los aportes efectuados por los afiliados de hoy financian las pensiones actuales y la diferencia se financia con los aportes de la Nación, es decir, en el caso particular del accionante, si se hubiere afiliado a Colpensiones hoy sus aportes no tendrían rendimientos y si se generaran los establecidos en la ley, a lo sumo serían equivalentes a los rendimientos en TES.
- Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que, en el Régimen de Ahorro Individual, las entidades administradoras de fondos de pensiones deben garantizar una rentabilidad mínima de conformidad con el artículo 101 de la Ley 100 de 1993, y si ella no se genera debe responder con sus propios recursos.

De acuerdo con un reciente ejercicio efectuado por Asofondos los rendimientos en el RAIS corresponden aproximadamente al 74% del capital acumulado por un afiliado.

Es por lo anterior, que al operar la declaración de nulidad y/o ineficacia del traslado, no habría lugar a restituir los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, pues consecuencia de la nulidad declarada, se debe presumir que nunca existió afiliación, y al no existir afiliación al RAIS, tales rendimientos no se hubieran generado.

- No obstante, lo anterior, la sociedad administradora de pensiones entiende que dichos rendimientos son un beneficio obtenido por el afiliado y hacen parte de su cuenta individual, lo que no se entiende es que se ordene devolver los gastos de administración que remuneran la gestión del Fondo de Pensiones, toda vez que, gracias a la buena administración, el afiliado ha incrementado el capital de su cuenta de ahorro individual. Además, debe tenerse en cuenta que la administradora del RPM no efectuó ninguna gestión de administración en ese mismo período y podría constituirse en un enriquecimiento sin justa causa. Razón por la cual, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en el artículo 1746 del Código Civil, considera que

Calle 11 No. 2E-75 Oficinas 1 y 2 Hotel Casino Internacional
Tel. 5717948 E-mail: navilamk@yahoo.com
Cúcuta - Colombia

NAVI GUILLERMO LAMK CASTRO

ABOGADO

frente a los gastos de administración debe operar las restituciones mutuas, y/o en su defecto, abstenerse de ordenar su devolución.

En concordancia con lo anterior, la Superintendencia Financiera de Colombia en concepto 2019152169-003-000, resalta que en el evento de declararse la nulidad o ineficacia del traslado debe darse aplicación al artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, el cual establece:

ARTÍCULO 7o. TRASLADO DE RECURSOS. *<Artículo compilado en el artículo 2.2.2.4.7 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1833 de 2016> 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 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.

Lo anterior sin perjuicio de la facultad que tiene la Superintendencia Financiera de precisar otros aspectos referentes a la materia.”

- Con base en este concepto la Superintendencia concluye que en el evento en el que se declare la ineficacia o nulidad de la afiliación procede el traslado de los saldos de la cuenta individual que incluye los rendimientos generados por la administración de los recursos por parte de la administradora junto con los porcentajes destinados a garantía de pensión mínima y rendimientos y no los gastos de administración, primas u otros conceptos.

NAVI GUILLERMO LAMK CASTRO

ABOGADO

Es de resaltar que la Superintendencia, órgano de vigilancia de los fondos administradores de pensiones, llega a esta conclusión no solo fundamentándose en la norma legal transcrita con anterioridad sino que considera que cualquier operador administrativo o judicial debe tener en cuenta criterios tales como : “ *el objetivo constitucional de estabilidad y sostenibilidad del sistema pensional el que con miras de 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.*”

Aunado a todo lo anterior, las obligaciones que se generan como consecuencia del acuerdo de voluntades plasmado en el acto de afiliación al régimen de ahorro individual, se pueden asemejar con los efectos que produce un contrato de mandato, pues a través de dicho acto, se confía en la sociedad administradora de pensiones, la administración de los aportes realizados por el afiliado a cambio de garantizar entre otras cosas, una rentabilidad mínima sobre los aportes efectuados, artículo 60 Ley 100 de 1993, y en la otra, la obligación de realizar aportes para obtener tal resultado.

- Sin embargo, dicho contrato no tiene el carácter de gratuidad, pues de conformidad con las previsiones contenidas en los artículos 2142 y 2143 del Código Civil, encontramos que el mandato es un contrato oneroso y que su remuneración la determinan las partes, la Ley o el Juez.

En el caso que nos ocupa, encontramos que dicha remuneración fue establecida por el artículo 20 de Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, al establecer que el 3% del ingreso base de cotización se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafin, y las primas de invalidez y sobrevivientes.

Es claro, entonces, que una fracción de la cotización ha sido destinada por la ley para remunerar conjuntamente los servicios que proveen tres agentes económicos diferentes: a) La administradora de fondos de pensiones, que es un ente de naturaleza fiduciaria y objeto social exclusivo, elegido por cada afiliado para la gestión de su ahorro pensional; b) El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, el cual actúa como garante de última instancia, en representación del Estado, de los saldos acumulados en las cuentas de ahorro pensional; c) La compañía de seguros que otorga los amparos de invalidez y muerte.

En consecuencia, tal como se evidencia, fue la misma Ley la que concedió la posibilidad de destinar del total del monto de aportes realizados al sistema el 3% para gastos de administración, y por ser estos, su remuneración, no puede ordenarse el reintegro de los mismos, pues de admitirse tal posibilidad sin ninguna compensación al respecto, se estaría avalando un enriquecimiento sin justa causa en favor del sistema, quien es el que se ve beneficiado con tal situación, pues además de los

NAVI GUILLERMO LAMK CASTRO

ABOGADO

rendimientos generados por la administradora, se están reintegrando con el patrimonio de la sociedad administradora de pensiones del régimen de ahorro individual los gastos de administración, dineros estos que fueron invertidos por la sociedad para garantizar la rentabilidad de los aportes que realizó el afiliado durante el lapso que estuvo en el régimen de ahorro individual.

En efecto, se predica la existencia de un enriquecimiento sin justa causa cuando (i) ha existido un aumento en el patrimonio de una persona y un empobrecimiento de otra, (ii) una relación de causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento y (iii) una ausencia de causa, es decir, sin fundamento jurídico.

Ahora, si bien es cierto, en el caso en particular no se evidencia la existencia de un enriquecimiento en favor de una persona, el mismo si se puede predicar en favor del sistema general de pensiones. En efecto, tal circunstancia sucede cuando además de ser declarada la nulidad de afiliación al RAIS se ordena reintegrar los gastos de administración, ya que tal orden, desconoce que por imperio de la Ley, el 3% de los aportes a pensión, está destinado a cubrir los gastos de administración tanto en el RAIS como en el RPM, de modo tal, que al reintegrarse los mismos, se desconoce dicha obligación, toda vez que durante el termino en el que el afiliado estuvo afiliado al RAIS, no se cobraría los gastos de administración aquí discutidos, pero el sistema si se beneficiaria de los mismos, toda vez que es con destino al mismo a quien se gira dichos conceptos.

- En relación con el segundo de los requisitos, esto es, que el enriquecimiento del uno tenga que ver con el empobrecimiento del otro, no es necesario realizar un gran esfuerzo para acreditar su nexo de causalidad, pues al ordenarse reintegrar los gastos de administración, y teniendo en cuenta que la administradora de pensiones del RPM no tiene la posibilidad de descontar de los aportes transferidos los gastos de administración, toda vez que la misma no los administro durante el termino en que el afiliado estuvo vinculado al RAIS, es el sistema el que se ve beneficiado con el reembolso de dichos dineros. En otras palabras, la obligación del afiliado la está soportando la administradora de pensiones del RAIS, y el sistema se está beneficiando de recursos, que por disposición legal no le corresponderían.

Finalmente, en relación con el requisito de no existencia de causa o fundamento jurídico, por lo expuesto a lo largo del presente documento se considera que la administradora de pensiones del RAIS no tiene la obligación jurídica de tener que restituir con sus propios recursos los gastos de administración, toda vez que por imperio de la Ley, esta es una obligación que tanto en el RAIS como en el RPM se ha impuesto al afiliado, y que como quedo visto en el párrafo anterior, al realizarse el traslado, la administradora de pensiones del RPM, tampoco puede descontar por no haber administrado dichos recursos durante el termino en que el ciudadano estuvo afiliado al RAIS. En consecuencia, como quiera que la administradora de pensiones del RPM no puede beneficiarse de los gastos de administración restituidos por la

NAVI GUILLERMO LAMK CASTRO

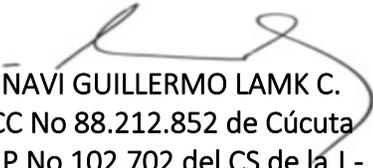
ABOGADO

administradora del RAIS, el sistema general de pensiones se estaría enriqueciendo sin causa jurídica válida por el aprovechamiento de dichos recursos.

Razones suficientes para revocar el fallo en ese sentido. Para mayor ilustración me permito allegar el Concepto 2019152169-003-000 de la Super-Financiera de Colombia.

5. Respecto a la condena en costas y agencias en derecho, se considera que la misma no se ajusta a derecho en cuanto se refiere a PORVENIR S.A., pues se reitera que no incurrió en falta alguna.

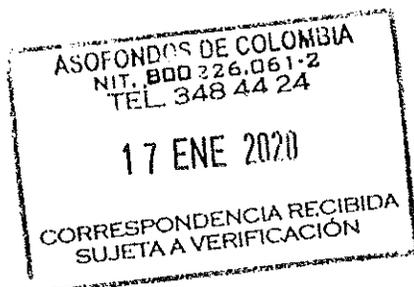
Atentamente,



NAVI GUILLERMO LAMK C.
CC No 88.212.852 de Cúcuta
T.P No 102.702 del CS de la J.-

mx.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA



Radicación: 2019152169-003-000

Fecha: 2020-01-15 15:28 Sec.día722

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:

"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

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
de todos

Miñacelanda

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 7º. 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



