

Concepto Ministerio Público - Radicado 2023-00306

Cristian Mauricio Gallego Soto <cmgallego@procuraduria.gov.co>

Vie 29/09/2023 4:02 PM

Para: Juzgado 02 Laboral - N. De Santander - Cúcuta <jlabccu2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 1 archivos adjuntos (230 KB)

2023-00306.pdf;

Señores:

Juzgado Segundo Laboral del Circuito

Cúcuta - Norte de Santander

Cordial saludo.

En atención a la vinculación del Ministerio Público dentro del proceso ordinario radicado con el número 2023-00306, siendo demandante la señora MARLENI RINCON GARCÍA y demandados COLPENSIONES y otros, de manera respetuosa me permito allegar adjunto el concepto del Ministerio Público.



Cristian Mauricio Gallego Soto

Procurador Judicial I

Procuraduría 10 Judicial I Asuntos Del Trabajo Y Seguridad Social Cucuta

cmgallego@procuraduria.gov.co

PBX: +57 601 587-8750 Ext IP: 73139

Línea Nacional Gratuita: 01 8000 940 808

Av. 4 # 10-42 . C. C. Plaza Piso 6, Cucuta, Cód. postal 540006



PROCURADURÍA 10 JUDICIAL I PARA ASUNTOS DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL

Doctor:

DIEGO FERNANDO GOMEZ OLACHICA

Juez Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta
Ciudad.

Radicado Juzgado: 2023-00306
Demandante: MARLENI RINCON GARCÍA
Demandado: COLPENSIONES Y OTRO
Proceso: ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA

En calidad de Procurador 10 Judicial I para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social, de conformidad con las facultades otorgadas en el artículo 277-7 de la Constitución Política y el artículo 48 del Decreto 262 de 2000, y en atención a la notificación que se me hiciera dentro del presente proceso, me permito presentar concepto en los siguientes términos:

1. LA DEMANDA.

La señora MARLENI RINCON GARCÍA, identificada con cédula de ciudadanía número 60.307.058 expedida en Cúcuta, manifiesta que, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se encontraba cotizando al sistema pensiones afilada en el régimen de prima media con prestación definida.

Indica igualmente que, en el mes de enero de 1995, efectuó el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, afiliándose a la Administradora de Fondo de Pensiones COLFONDOS SA, sin que se le hubiere suministrado la asesoría suficiente para tomar esa decisión con un consentimiento debidamente informado.

En consideración a lo anterior, mediante escrito del 26 de abril de 2023, solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen pensional, la cual fue resuelta de forma negativa.



PROCURADURÍA 10 JUDICIAL I PARA ASUNTOS DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL

Con fundamento en lo anterior, pretende que el señor juez declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional y que, como consecuencia, se ordene su retorno al régimen de prima media con prestación definida, con el correspondiente traslado de todas las cotizaciones y sus rendimientos financieros.

2. PROBLEMA JURÍDICO.

El problema jurídico a resolver consiste en determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la señora MARLENI RINCON GARCÍA.

Para lo anterior, se deben analizar los siguientes aspectos:

1. ¿Cuáles son los requisitos que, al mes de enero de 1995, establecía el ordenamiento jurídico para la validez del traslado de régimen pensional?
2. ¿En el caso de la señora MARLENI RINCON GARCÍA, se cumplieron con los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico para la validez del traslado de régimen de pensiones?

3. CONSIDERACIONES JURÍDICAS RELEVANTES.

3.1. Normatividad que regula el traslado de régimen pensional y el deber de información a cargo del fondo de pensiones.

Recientemente la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se ha encargado de realizar el estudio de la normatividad que, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, regulaba los requisitos que debían reunirse para la validez de la decisión del afiliado de trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, concluyendo que, con base en lo establecido en el Decreto 663 de 1993, desde el inicio de operaciones de fondos privados de pensiones, a estos les

PROCURADURÍA 10 JUDICIAL I PARA ASUNTOS DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL

era exigible el cumplimiento de un deber de información para con el afiliado, de manera tal que corresponde a estos dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente al afiliado de los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito:

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el

PROCURADURÍA 10 JUDICIAL I PARA ASUNTOS DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL

numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».



PROCURADURÍA 10 JUDICIAL I PARA ASUNTOS DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acaree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.¹

En esta misma providencia, señala la Corte que la simple expresión impresa en el formulario de tratarse de una afiliación "*libre*", "*voluntaria*" y "*sin presiones*", no es suficiente para acreditar el cumplimiento del deber de información por parte del

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia SL 1452 del 3 de abril de 2019. MP: Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

PROCURADURÍA 10 JUDICIAL I PARA ASUNTOS DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL

fondo de pensiones, como quiera que es deber del juez verificar que el consentimiento allí expresado fue realmente informado:

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado



PROCURADURÍA 10 JUDICIAL I PARA ASUNTOS DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL

antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al dar por satisfecho el deber de información con el simple diligenciamiento del formulario de afiliación, sin averiguar si en verdad el consentimiento allí expresado fue informado.²

Ahora, en cuanto a la carga de la prueba, señala la Corte que, ante la manifestación del accionante de no haber recibido la debida información por parte del fondo de pensiones, por tratarse de una negación indefinida, se invierte la carga de la prueba y, en consecuencia, corresponde a la entidad demandada probar que sí suministro esta información, para lo cual, debe aportar al proceso las pruebas suficientes para generar este convencimiento en el juez:

Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

² Ibidem.

PROCURADURÍA 10 JUDICIAL I PARA ASUNTOS DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.³

Finalmente, ha señalado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, que la información que proporcione el fondo de pensiones al afiliado debe ser oportuna, esto es, con anterioridad a tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional, pues de lo contrario, está ya no tendrá efecto alguno para determinar su validez:

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.⁴

³ Ibidem.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia SL1688 del 8 de mayo de 2019. MP: Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

PROCURADURÍA 10 JUDICIAL I PARA ASUNTOS DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL

3.2. El cumplimiento del deber de información es exigible respecto de todos los afiliados al régimen de pensiones.

De igual manera, señala la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que el cumplimiento del deber de información para el traslado de régimen pensional es exigible respecto de todos los afiliados, independientemente que se trate de personas que, al momento del traslado, cuentan con una expectativa pensional (beneficiarios del régimen de transición) o que hubieren causado el derecho a pensionarse, de tal manera que la consecuencia de su omisión, esto es, la ineficacia del traslado de régimen pensional, se causa en todos aquellos casos donde el fondo de pensiones hubiere omitido cumplir con ese deber:

La Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual no hubo ninguna omisión por parte del fondo de pensiones accionado, puesto que la demandante no contaba con una expectativa pensional en atención al número de semanas cotizadas.

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.⁵

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia SL 1452 del 3 de abril de 2019. MP: Clara Cecilia Dueñas Quevedo.



PROCURADURÍA 10 JUDICIAL I PARA ASUNTOS DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL

3.3. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen de pensiones.

Al respecto, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado, desde el año 2008, que el fondo privado de pensiones tiene el deber de devolver a la administradora del régimen de prima media con prestación definida, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, debiendo asumir, con cargo a su propio patrimonio, los deterioros que hubiere sufrido el bien administrado, tales como los gastos de administración descontados de las cotizaciones:

La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.⁶

El anterior criterio, fue reiterado recientemente por la Corporación, en los siguientes términos:

Está probado que la AFP accionada consignó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos (f.º 98 a 101), sin embargo, no existe constancia de que hubiese devuelto también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos.

En tal sentido, se ordenará a la AFP accionada la devolución de esos dineros, debidamente indexados.⁷

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 9 de septiembre de 2008, Radicado Número 31989. MP: Eduardo López Villegas.

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia SL1688 del 8 de mayo de 2019. MP: Clara Cecilia Dueñas Quevedo.



PROCURADURÍA 10 JUDICIAL I PARA ASUNTOS DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL

De lo anterior, se desprende claramente la preocupación por parte de la jurisprudencia de mantener indemne el capital acumulado por concepto de las cotizaciones del afiliado; sin embargo, a consideración de este agente del Ministerio Público, la orden por parte del juez no debe limitarse a los gastos de administración, como quiera que el ordenamiento jurídico prevé otros descuentos de las cotizaciones que también implican una merma en el capital y que, en la misma línea de pensamiento, deben ser asumidas por parte del fondo de pensiones con cargo a su propio patrimonio.

En efecto, el inciso 3º del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, señala:

ARTÍCULO 20. MONTO DE LAS COTIZACIONES. Artículo modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003. La tasa de cotización continuará en el 13.5% del ingreso base de cotización.

(...)

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 Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.**

Así mismo, el literal b del artículo 60 de ese cuerpo normativo señala:

ARTÍCULO 60. CARACTERÍSTICAS. El Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrá las siguientes características:

(...)

b. Una parte de los aportes mencionados en el literal anterior, se capitalizará en la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado. **Otra parte se destinará al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes y la asesoría para la contratación de la renta vitalicia, financiar el Fondo de Solidaridad Pensional y cubrir el costo de administración del Régimen.**

Conforme a lo anterior, se evidencia que el capital acumulado por concepto de cotizaciones del afiliado no sólo se ve mermado por concepto de los descuentos



PROCURADURÍA 10 JUDICIAL I PARA ASUNTOS DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL

realizados a título de gastos de administración, sino que el ordenamiento jurídico prevé, en el régimen de ahorro individual con solidaridad, otros descuentos a realizarse de las cotizaciones y que también deben ser asumidas por el fondo de pensiones con cargo a su propio patrimonio a fin de garantizar la indemnidad del bien administrado.

4. PETICIÓN

En consideración a lo anterior, se solicita al señor juez que, en caso de proferir sentencia accediendo a las pretensiones de la demanda, se condene al fondo de pensiones COLFONDOS S.A, a asumir con cargo a su propio patrimonio la totalidad de las mermas sufridas por las cotizaciones efectuadas por la señora MARLENI RINCON GARCÍA al régimen ahorro individual con solidaridad.

Atentamente,

CRISTIAN MAURICIO GALLEGO SOTO

Procurador 10 Judicial I para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social