

MEMORIAL APORTANDO COMITE DE CONCILIACION P. ORDINARIO RAD: 54518311200120230006400 DTE: LIGIA TERESA PARADA CARVAJAL

katerine castilla ruiz <katecastilla27@gmail.com>

Lun 29/01/2024 14:10

Para: Juzgado 01 Civil Circuito - N. De Santander - Pamplona <j01cctopam@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 2 archivos adjuntos (1 MB)

MEMORIAL COMITE DE CONCILIACION LIGIA TERESA PARADA CARVAJAL .pdf; comite ligia.pdf;

Buenas Tardes

Señores

JUZGADO PRIMERO CIVIL – LABORAL DEL CIRCUITO DE PAMPLONA

E. S. D.

REFERENCIA: ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LIGIA TERESA PARADA CARVAJAL

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

RADICADO: 54518311200120230006400

ASUNTO: MEMORIAL APORTANDO COMITÉ N° 173872023 DEL 18 DE OCTUBRE DE 2023

KATHERINE PAOLA CASTILLA RUIZ, abogado(a) en ejercicio con T.P. No. 222.102 del C.S. de la J., actuando como Apoderada Sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, tal como consta en el poder que se aporta, me permito aportar CERTIFICACIÓN No. 173872023 DEL 18 DE OCTUBRE DE 2023, emitido por la SECRETARIA TÉCNICA DEL COMITÉ DE CONCILIACIÓN Y DEFENSA JUDICIAL, dentro del proceso de referencia, en el cual la entidad demandada, manifiesta NO PROPONER FORMULA CONCILIATORIA ALGUNA.

ANEXOS

- Certificación No. 173872023 DEL 18 DE OCTUBRE DE 2023, de la Secretaria Técnica del Comité de Conciliación y Defensa Judicial.

Atentamente,

KATHERINE PAOLA CASTILLA RUIZ
CC. 1102830168 de Sincelejo
T.P N° 222.102 del C.S.J
ABOGADA

Señores

JUZGADO PRIMERO CIVIL – LABORAL DEL CIRCUITO DE PAMPLONA

E. S. D.

REFERENCIA: ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LIGIA TERESA PARADA CARVAJAL

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

RADICADO: 54518311200120230006400

ASUNTO: MEMORIAL APORTANDO COMITÉ N° 173872023 DEL 18 DE OCTUBRE DE 2023

KATHERINE PAOLA CASTILLA RUIZ, abogado(a) en ejercicio con T.P. No. 222.102 del C.S. de la J., actuando como Apoderada Sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, tal como consta en el poder que se aporta, me permito aportar CERTIFICACIÓN No. 173872023 DEL 18 DE OCTUBRE DE 2023, emitido por la SECRETARIA TÉCNICA DEL COMITÉ DE CONCILIACIÓN Y DEFENSA JUDICIAL, dentro del proceso de referencia, en el cual la entidad demandada, manifiesta NO PROPONER FORMULA CONCILIATORIA ALGUNA.

ANEXOS

- Certificación No. 173872023 DEL 18 DE OCTUBRE DE 2023, de la Secretaria Técnica del Comité de Conciliación y Defensa Judicial.

Atentamente,



KATHERINE PAOLA CASTILLA RUIZ
C.C N° 1.102.830.168 de Sincelejo
T.P N° 222.102 del C.S. de la J.

Calle 53 No. 35-32/36 Local 04, Cabecera del Llano.
Barrio el Laguito.

Bucaramanga, Santander.

www.colpensiones.gov.co

notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co

Diagonal 1B N° 1ª – 872, Local 1, Edificio Laura,

Cartagena de Indias D. T. y C.

www.mvorganizacion.com

info@mvorganización.com



Calle 53 No. 35-32/36 Local 04, Cabecera del Llano.
Barrio el Laguito.

Bucaramanga, Santander.

www.colpensiones.gov.co

notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co

Diagonal 1B N° 1ª – 872, Local 1, Edificio Laura,

Cartagena de Indias D. T. y C.

www.mvorganizacion.com

info@mvorganización.com

CERTIFICACIÓN NO. 173872023

La Secretaria Técnica del Comité de Conciliación y Defensa Judicial

CERTIFICA

Que tal y como consta en el Acta No. 174-2023 del 17 de octubre del 2023 del Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, respecto del caso **LIGIA TERESA PARADA CARVAJAL** identificado(a) con cédula de ciudadanía No **27788212**, en proceso bajo radicado No **54518311200120230006400**, quien pretende; PRIMERO: DECLARAR la ineficacia y se deje-sin efectos el traslado y afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad realizada por la señora LIGIA TERESA PARADA CARVAJAL, efectuado el mes de marzo del 2008 a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. daño el incumplimiento de suministrar, información suficiente, clara y precisa, viciando de esta manera el consentimiento de mi representada. SEGUNDO DECLARAR que en el mes de marzo del 2008. mi poderdante la señora LIGIA TERESA PARADA CARVAJAL, no fue asesorada correctamente por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, al desinformar a mi representado sobre los supuestos beneficios que obtendría, lo cual contraria el principio de la condición más beneficiosa. dado que en la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES el monto pensional será mayor. TERCERO: SE ORDENE realizar de manera pronta y efectiva, el traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad, junto con los dineros depositados desde el mes de marzo del 2008 en la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA, y cualquier aporte anterior o bono pensional que este a su nombre, al régimen de prima media con prestación definido de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, en razón a la inadecuada asesoría, que sufrió mi representada la señora LIGIA TERESA PARADA CARVAJAL por Información errónea y viciado, por parte de SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA CUARTO: SE ORDENE a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANÍAS PROTECCIÓN SA, alocar aka ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES todos los aportes personales provenientes de las colecciones al sistema general de pensiones, junto con los rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante afiliada LIGIA TERESA PARADA CARVAJAL QUINTO: SE ORDENE a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, activo en el régimen de prima medio con prestación definida a la señora LIGIA TERESA PARADA CARVAJAL, una vez cause ejecutoria la sentencia. SEXTO: De conformidad con las atribuciones conferidas al Señor Juez. por el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, al momento de dictar decisión de fondo se utilicen en todo aquello que resulte probado las facultades Ultra y Extra Petita. SEPTIMO: Que se condene a la parte demandada al pago de las costas y costos del presente proceso., dicho órgano decidió:

NO proponer fórmula conciliatoria, en consideración a lo siguiente:

Algunas consideraciones de defensa judicial que se deben tener en cuenta son las siguientes:

CONCEPTOS:

Ineficacia:

De acuerdo con la definición general de este concepto según la RAE, proviene de la falta de eficacia, que a su vez se traduce en la “Capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera”.

En materia legal y jurisprudencial dicho concepto se encuentra relacionado con los efectos jurídicos de existencia y validez que pueda generar un acto o negocio jurídico previamente establecido, por tanto, se manejan dos definiciones en sentido estricto e ineficacia en sentido amplio:

“La ineficacia en sentido estricto se presenta en aquellos casos en los cuales la ley, por razones de diferente naturaleza, ha previsto que el acto no debe producir efectos de ninguna naturaleza sin que sea necesario la existencia de una declaración judicial en ese sentido.”

“Bajo el concepto de ineficacia en sentido amplio suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad” **(C-345/2017)**.

Traído a nuestro caso específico de traslado de régimen pensional, la ineficacia se encuentra ligada a la validez y el efecto jurídico que produce la aceptación del afiliado de pasar de un régimen pensional a otro, y las consecuencias jurídicas que se desprenden hacia el futuro una vez se dé la declaratoria de inexistencia de vínculo entre ellos, dentro de las cuales se encuentra incluida la nulidad.

Al respecto la **CSJ en sentencia SL 1421-2019**, señaló respecto a la ineficacia que “existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información afecte los intereses del afiliado en procura de reivindicar su derecho o el acceso al mismo; 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 fondos de pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, (...)*”

- Nulidad:

Por su parte la nulidad en materia de traslado de régimen pensional ha venido siendo materializada como el efecto o consecuencia jurídica que genera la declaratoria de ineficacia de la vinculación o traslado de régimen pensional principalmente del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, generando como consecuencia la conservación de los derechos de acceder a la prestación pensional por ser un derecho de rango constitucional, cuyo objetivo principal consiste en el “*retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social (...)*”. **(CSJ. SL 31989 de 2008)**.

Partiendo de la base que los anteriores argumentos son los fundamentos legales para permitir el traslado de régimen de seguridad social, veremos si el desarrollo jurisprudencial de dichas figuras son interpretaciones garantistas que afectan los intereses de la entidad y se encuentran en contravía del ordenamiento, el principio de legalidad, seguridad jurídica y sostenibilidad fiscal del fondo de pensión bajo la excusa de garantías de derechos fundamentales del acceso al sistema de seguridad social de los afiliados.

Como conclusión sobre estos conceptos, se evidencia que por su naturaleza no son equiparables entre sí; por cuanto el primero hace referencia a la legalidad del acto de la vinculación y sus efectos hacia el futuro una vez sea declarada y por otra parte la nulidad se traduce simplemente en que el vínculo jurídico nunca nació a la vida jurídica.

- Traslado de régimen pensional:

La facultad de migrar de un régimen pensional a otro surge por disposición del artículo 13 ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003 donde señaló *“Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; (aparte subrayado condicionado bajo el entendido que “ las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste -en cualquier tiempo-, conforme a los términos señalados en la **sentencia C-789 de 2002**).*

Los conceptos y demás formalidades relacionadas con la afiliación y el traslado de régimen pensional ya han sido abordados por parte de esta Dirección, acerca del impacto patrimonial y fiscal que se ocasiona al régimen de prima media por lo cual no se entrará a profundizar, ya que el objetivo central es analizar la defensa técnica que corresponde ejercer actualmente.

POSTURA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA FRENTE AL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL:

En materia de traslado de régimen pensional el precedente jurisprudencial ha mantenido una posición garantista en favor de los afiliados, que reúne los siguientes escenarios:

Respecto al consentimiento informado del afiliado

Al momento de aceptar su ingreso al fondo la jurisprudencia ha definido que las administradoras de pensiones tienen la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de información suficiente y transparente que le permita al afiliado elegir entre las diferentes opciones, la que mejor se ajuste a sus intereses; por cuanto, 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).

Así mismo la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 1688-2019, luego de realizar un recuento normativo, concluyó que *“las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional”*

Respecto a la carga de la prueba

En materia probatoria, por regla general corresponde a cada parte probar el supuesto de hecho que exhibe y **atendiendo las situaciones particulares del caso**, el juez puede invertir la carga de la prueba exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias.

En los eventos de traslado de Régimen, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia **sin atender las situaciones particulares de cada caso** invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y exime al demandante de probar la existencia de un vicio del consentimiento al momento de afiliarse al RAIS, obligando a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en una de las partes, sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante.

Así las cosas, en aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba, se ha invertido la carga probatoria, quedando en cabeza de los fondos de pensiones, la obligación de desvirtuar los supuestos alegados por los demandantes acerca de la suficiencia de la información suministrada al momento del traslado; exigencia probatoria que no ha podido ser acreditada por los fondos puesto que cuentan únicamente con los formularios de afiliación, conllevando que los fallos judiciales en la actualidad se expidan en contra de dichas entidades y de manera colateral afecten los intereses de Colpensiones.

Por consiguiente, la posición jurisprudencial creó una situación ventajosa que favorece a los afiliados, puesto que su simple afirmación respecto a que el fondo no les brindó información precisa, clara y exacta, plasmada en una demanda interpuesta en cualquier tiempo, les viene permitiendo obtener el traslado al Régimen de Prima Media, sin que sea necesario que allegue el más mínimo elemento probatorio al interior del proceso.

Interpretación del artículo 1604 del Código Civil:

El artículo 1604 del Código Civil señala que “El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. (...) La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo;”

La Corte Suprema dentro de la jurisprudencia objeto de análisis, invierte de manera irracional y no ponderada la carga de la prueba, suscitando que la responsabilidad en cabeza de los fondos se convierta en objetiva, toda vez que no exige al demandante aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS; y obliga a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo, sin que exista el menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante.

Respecto a la naturaleza de los demandantes (parte débil y afiliado lego)

Dentro de las providencias relacionadas con traslado de régimen, la Corte Suprema desconoció el precedente constitucional al valerse de manera generalizada de la presunta ignorancia de la ley por parte de los afiliados, para considerarlos como parte débil y en consecuencia legos o inexpertos, desconociendo adicionalmente que el error de derecho no es justificable en los negocios jurídicos, menos para buscar un aprovechamiento pensional.

Sin embargo, la anterior posición no es de recibo de la totalidad de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, por cuanto en reciente pronunciamiento dentro del radicado 68852, el Magistrado Jorge Luis Quiroz aclaró su voto, señalando:

“...el acto de traslado, si bien impone un deber de información suficiente de parte de las administradoras, ello, per se, no exonera al afiliado del deber de concurrir suficientemente ilustrado a la escogencia de su régimen pensional, de la cual dependerán sus expectativas económicas y de plazo para acceder a la prestación por vejez; como tampoco lo sustraen de la aplicación de la ley, para darle un tratamiento desigual, como si su capacidad para celebrar actos y contratos estuviera menguada frente a la definición de un acto de la mayor importancia, en la medida en que de su elección dependerán las condiciones de cubrimiento de las contingencias, amparadas por el sistema de seguridad social y en particular la de vejez.

Agregó el magistrado Quiroz que la condición del promotor de la acción de nulidad merece una especial atención, pues “...no es lo mismo que el ex ministro de hacienda que participó en la construcción de las reglas acuda a solicitar la nulidad, frente a la solicitud que haga un iletrado campesino cuya imposibilidad de leer lo haya llevado a un traslado de régimen y pretenda su nulidad por vicio del consentimiento.

Respecto al traslado de recursos.

La Corte Suprema dentro de los aludidos fallos ordena trasladar a la administradora del régimen de prima media, los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, pertenecientes a la cuenta individual del actor, en muchos casos debidamente indexados.

Respecto a la prescripción de la acción.

Dicho fenómeno extintivo está regulado en los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y 488 del Código Sustantivo del Trabajo, estableciendo un término trienal para el efecto.

En razón a lo anterior, señala la Corte que la positivización de dicha figura jurídica no significa que su aplicación opere de manera automática, en perjuicio de la posibilidad de acceder a derechos laborales o pensionales que gozan del carácter de imprescriptibles, indicando que:

“...la exigibilidad judicial del derecho a la pensión o a obtener su valor real es imprescriptible (CSJ SL8544-2016); por tanto, puede reclamarse en cualquier tiempo, siempre que se llenen los requisitos legales establecidos. Tal carácter deriva de la protección de los derechos adquiridos, la irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social consignado en el artículo 48 de la Constitución Política, y de los mandatos de protección especial y solidaria hacia los sujetos en circunstancias de debilidad manifiesta”, así concluyó erradamente la Corte que “...quien no pone en funcionamiento el aparato judicial para reclamar un derecho fundamental e indisponible como la pensión, así como los elementos indisolubles de su estructuración dentro de los tres años siguientes a su exigibilidad, se encuentra habilitado para requerirlo en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción”.

En los eventos de traslado de Régimen, la Corte Suprema sin atender las situaciones particulares de cada caso, invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y exige al demandante de aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS, obligando a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en una de las partes, sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante.

La carga dinámica e inversión de la prueba al interior de un proceso judicial exige la igualdad entre las partes con parámetros de buena fe y lealtad procesal. Bajo estas circunstancias el principio “quien alega debe probar” cede su lugar al principio “quien puede debe probar”. Para determinar QUIEN es el que puede probar dentro de un proceso judicial la Corte Constitucional ha señalado que depende de cada situación particular.

Así la **sentencia C 086 de 2016** que analizó la constitucionalidad del art. 167 del Código General del Proceso, indicó:

“7.4.- En lo concerniente a la configuración de la carga dinámica de la prueba debe decirse que atiende su inspiración teórica, fundada en los pilares de solidaridad, equidad (igualdad real entre las partes), lealtad y buena fe procesal, todos ellos reconocidos en la Carta Política de 1991, donde el principio “quien alega debe probar” cede su lugar al principio “quien puede debe probar”. Su ejercicio por parte del juez es, en consecuencia, manifestación de una competencia plenamente legítima bajo el prisma de un Estado Social de Derecho.

En la regulación aprobada por el Legislador este decidió -también de manera deliberada y consciente- no fijar un catálogo cerrado de episodios en las cuales puede tener cabida la carga dinámica de la prueba. Por el contrario, dejó abierta esa posibilidad al juez, “según las particularidades del caso”, para lo cual mencionó solo algunas hipótesis: (i) la posesión de la prueba

en una de las partes, (ii) la existencia de circunstancias técnicas especiales, (iii) la previa y directa intervención en los hechos, (iv) el estado de indefensión o de incapacidad de una de las partes, “entre otras circunstancias similares”.

Obligaciones Legales del demandante según el Decreto 2241 de 2010 y en virtud de las obligaciones recíprocas del contrato de afiliación.

En este sentido el **Decreto 2241 de 2010** que establece el Régimen de Protección al Consumidor Financiero determina las obligaciones en cabeza de los afiliados que pertenecen al Sistema General de Pensiones:

Artículo 4º. Deberes. *Los consumidores financieros del Sistema General de Pensiones **tendrán los siguientes deberes**, en lo que les sea pertinente:*

1. **Informarse adecuadamente de las condiciones del Sistema General de Pensiones**, del nuevo sistema de administración de multifondos y de las diferentes modalidades de pensión.
2. *Aprovechar los mecanismos de divulgación de información y de capacitación para conocer el funcionamiento del Sistema General de Pensiones y los derechos y obligaciones que les corresponden.*
3. **Emplear la adecuada atención y cuidado al momento de tomar decisiones, como son entre otras, la afiliación, el traslado de administradora o de régimen, la selección de modalidad de pensión y de entidad aseguradora que le otorgue la renta vitalicia o la elección de tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos", según sea el caso.**

En todo caso, toda decisión por parte del consumidor financiero deberá contener la manifestación expresa de haber recibido la capacitación e información requerida para entender las consecuencias de la misma o en su defecto la manifestación de haberse negado a recibirla.

4. **Leer y revisar los términos y condiciones de los formatos de afiliación, así como diligenciar y firmar los mismos y cualquier otro documento que se requiera dentro del Sistema General de Pensiones**, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 25 del Decreto 692 de 1994 y las normas que lo modifiquen o sustituyan.
5. *Las decisiones que se tomen dentro del Sistema General de Pensiones, manifestadas a través de documentos firmados o de otros medios idóneos autorizados para ello, implicarán la aceptación de los efectos legales, costos, restricciones y demás consecuencias derivadas de las mismas. En tal sentido, cuando de conformidad con la normatividad aplicable **el silencio** o la no toma de decisión por parte de los consumidores financieros de lugar a la aplicación de reglas supletivas establecidas en ella con impacto en sus cuentas de ahorro pensional, **se entenderá dicho silencio como la toma de una decisión consciente con los efectos legales, costos, restricciones y demás consecuencias que ello conlleve.***

6. *Mantener actualizada la información que requieren las administradoras del Sistema General de Pensiones de conformidad con la normatividad aplicable.*
7. *Informarse sobre los órganos y medios que la administradora ha puesto a su disposición para la presentación de peticiones, solicitudes, quejas o reclamos.*
8. *Propender por el uso de los mecanismos que las administradoras del Sistema General de Pensiones pongan a disposición de los consumidores financieros para la educación financiera y previsional, **así como para el suministro de información.***

De conformidad con la anterior normatividad existen unos deberes mínimos en cabeza de los afiliados al sistema general de pensiones, destacándose que el SILENCIO en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente de permanecer en el Régimen seleccionado. La única manera de desvirtuar esta regla legal es demostrando la preexistencia de una fuerza que hubiere viciado el consentimiento.

Frente al caso que nos ocupa, se encuentra que la actora **LIGIA TERESA PARADA CARVAJAL C.C. 27.788.212 DE PAMPLONA**, nació el **08-MAY-1954**, teniendo actualmente a la fecha **69 años** de edad cumplidos, donde cotizó inicialmente al RPMPD, desde **1996 hasta el año de 1999** habiendo aportado **40.14 semanas** cotizadas, posteriormente, al RAIS se trasladó a diversos fondos del REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL de ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS, cotizando en diversos fondos **602.43 semanas** cotizadas; hasta finalmente quedar en **PROTECCIÓN S.A. en 2008 a la actualidad**, cotizando al fondo **745.71 semanas** cotizadas, y con un total de **1388.28 semanas cotizadas** en aportes al sistema de pensiones; ahora, en este proceso pretende que se declare la NULIDAD E INEFICACIA DEL TRASLADO que realizó del RPMPD, argumentando que los Fondos Privados, no le suministró la información suficiente, clara, precisa, las ventajas y desventajas de los dos sistemas de pensiones, ni las explicaciones necesarias, para la toma de una decisión tan importante que incidiría directamente con su derecho fundamental a la pensión y por ende con su mínimo vital, haciendo incurrir en error a la demandante al tomar la decisión de trasladarse.

En los hechos expuestos por la parte actora, referente a la falta de información suministrada por las AFP a la que ha pertenecido, pero no se puede demostrar la falta de error e información suministrada por la AFP del RAIS, toda vez que no aporta la documentación al proceso, pues nada le consta, por lo tanto, es un litigio que se debe superar por las partes en sede judicial sin perjuicio de la entidad a la que represento.

Como consecuencia de ello pretende que se ordene el reconocimiento como elección a la RPMPD de COLPENSIONES y no a la AFP **PROTECCIÓN S.A.**, solicitando conservar su afiliación al régimen de prima media administrado hoy por LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

Revisando y analizando los hechos y fundamentos de la demanda, se encuentra que existe una alta probabilidad de que sea procedente el reconocimiento del régimen pensional, por cuanto existe una continuidad de aportes al fondo de la RPMPD de COLPENSIONES al suministrar información de la historia laboral.

En los hechos expuestos por la parte actora, referente a la falta de información suministrada por las AFP a la que ha pertenecido, nada puede aportarse por parte de esta entidad, pues nada le consta, por lo tanto, es un litigio que se debe superar por las partes en sede judicial sin perjuicio de la entidad a la que represento.

Al hablar de la total validez del traslado efectuado, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES se cobija bajo el derecho a la libre elección de régimen que le asiste a la parte demandante y que se encuentra consagrado en el artículo 13, literal B de la Ley 100 de 1993, puesto que se debe probar que el traslado se efectuó, bajo algún vicio del consentimiento del demandante.

Al presente caso se aplicará la figura de La legitimación en la causa por pasiva, puesto que es un presupuesto procesal derivado de la capacidad para ser parte, dicha facultad permite contradecir el dicho del demandante y actuar dentro del proceso.

La Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES cuenta con legitimación en la causa, porque la prestación pensional reclamada por el demandante está a cargo de las administradoras de fondo de pensiones **PROTECCIÓN S.A.** que es LA ADMINISTRADORA la cual se encontraba afiliada la parte demandante y es quien debe hacer el respectivo estudio de la solicitud de nulidad e ineficacia del traslado, puesto que la demandante se trasladó al **RAIS desde el momento que fue afiliado.**

En vigencia del art. 97, inciso final, del CPC, modificado por el art. 6 de la Ley 1395 de 2010, la falta de legitimación en la causa se podía proponer como excepción previa y declararse mediante sentencia anticipada. Sin embargo, este punto fue modificado por el art. 100 del CGP, que regula el régimen de excepciones previas, suprimiéndose la posibilidad de proponer la falta de legitimación en la causa como excepción mixta.

En vigencia del CGP, solo puede proponerse como excepción de mérito dando lugar, si queda probada, a una sentencia anticipada adversa al demandante, según el art. 278, núm. 3, del CGP.

Finalmente, al no tener parte, ni responsabilidad directa COLPENSIONES en el proceso debe determinarse la desvinculación del mismo, solicitando la FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, toda vez que, al caso concreto se evidencia que la Litis se centra en la solicitud de la Nulidad e ineficacia del traslado, reclamada a la AFP **PROTECCIÓN S.A.** administradora en la que ha estado afiliada la demandante, sin tener ni siquiera, un vínculo actual con LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, en ningún periodo de tiempo, desde que inicio sus aportes o cotizaciones a la seguridad Social, lo anterior en virtud a lo que arroja la Historia laboral y el aplicativo de afiliaciones, ya que la demandante así como lo menciona en los hechos de la demanda estuvo primeramente afiliada a la caja de previsión social.

Es de destacar también sobre este proceso, respecto que, el reconocer la nulidad o ineficacia del traslado solicitada y trasladar la totalidad de los aportes a Colpensiones, atenta de igual forma contra la estabilidad del sistema pensional colombiano administrado por esta, pues al permitírsele dicho traslado al demandante después de vencida la oportunidad legal para ello (esto es, los 10 años), transgrede la finalidad constitucional del término establecido en la precitada norma.

En palabras de la Corte Constitucional, este artículo tiene como fin “(...) *evitar la descapitalización del sistema general de pensiones y asegurar de este modo el pago futuro de las pensiones de los afiliados y el reajuste económico de las mismas.*” Sentencia T-427 de 2010. Con el traslado de afiliados se pone en grave peligro el patrimonio económico de todos los cotizantes al Régimen de prima Media, con lo que la contestación estará dirigida a proteger y salvaguardar los derechos e intereses de la entidad.

Respecto a la declaración de nulidad del traslado de afiliación la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluye:

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del

C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio

de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

De esta forma, le corresponde a LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS **PROTECCIÓN S.A.**, probar que la información que brindó al actor al momento de afiliarlo y del cambio de régimen, fue idónea y la suficiente para que la decisión de traslado fuera libre de vicios.

En cuanto al precedente de la Corte Constitucional

Dentro del fallo demandado, la Corte Suprema de Justicia desconoció decisiones proferidas por la Corte Constitucional en sede abstracta de constitucionalidad, que generan precedente vinculante para todos los operadores judiciales, incluso si estos son órganos de cierre de su jurisdicción, estas providencias son:

En la Sentencia **C-596 de 1997** la Corte Constitucional estudió una demanda dirigida contra la expresión "*al cual se encuentran afiliados*" contenida en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la cual se acusó de desconocer el principio de favorabilidad en materia laboral, colocar en situación desventajosa a las personas que se encontraban en el régimen de transición y violar el principio de irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales, al respecto la Corte expresó:

*"Justamente por cuanto los derechos a la seguridad social no se tienen por el simple hecho de ser persona humana, como si sucede con los derechos fundamentales o derechos de primera generación, para ser titular de ellos es necesario acreditar el cumplimiento de los requisitos que la ley, de manera general, impone para adquirirlos. Cuando, en vigencia de la ley que señala tales requisitos, estos llegan a cumplirse, se habla de derecho adquirido en materia de seguridad social. **Cuando, por el contrario, durante el término de vigencia de la ley que prescribe tales condiciones, la persona que aspira a la titularidad de ellos está en vía de cumplirlas, se habla de expectativa de derecho. (...) Las consecuencias jurídicas en uno y otro supuesto son bien distintas: los derechos adquiridos, al tenor del artículo 58 la Carta Política, no pueden ser desconocidos por leyes posteriores; no así las simples expectativas de derecho.**"* (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

Posteriormente, a través de la **providencia C-789 de 2002**, la Corte Constitucional resolvió la demanda presentada por un ciudadano contra los incisos 4 y 5 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En la sentencia, la Corte precisó el alcance de derechos adquiridos y meras expectativas en materia pensional, indicando lo siguiente:

*"La Sala Plena consideró que las disposiciones demandadas se ajustaban a la Constitución puesto que, en primer lugar, el derecho a obtener una pensión de acuerdo con el régimen de transición **no es un derecho adquirido sino "apenas una expectativa legítima**, a la cual decidieron renunciar voluntaria y autónomamente, para trasladarse al sistema de ahorro individual con solidaridad".*

En segundo lugar, indicó que ni siquiera puede afirmarse que las normas acusadas frustren tal expectativa ya que sólo "se podría hablar de una frustración de la expectativa a pensionarse en determinadas condiciones y de un desconocimiento del trabajo de quienes se trasladaron al sistema

de ahorro individual, si la condición no se hubiera impuesto en la Ley 100 de 1993, sino en un tránsito legislativo posterior, y tales personas se hubieran trasladado antes del tránsito legislativo”.

Por último, precisó que “la protección constitucional a favor del trabajador, que le impide al legislador expedir normas que les permitan renunciar a ciertos beneficios considerados como mínimos no se refiere a las expectativas legítimas, sino a aquellos derechos que hayan sido adquiridos por sus titulares o a aquellas situaciones que se hayan consolidado definitivamente en cabeza de sus titulares”, razón por la cual tal prohibición no aplica en este caso al tratarse de expectativas legítimas y no de derechos adquiridos”.

Sentencias C 1024 de 2004, C 625 de 2007 y SU-062 de 2010 y C 789 de 2002

La providencia objeto de la presente acción desconoció sentencias de la Corte Constitucional en materia de traslado, como las C 1024 de 2004 y C 625 de 2007, entre otras, donde indicó el máximo tribunal que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema dado que el período de permanencia obligatoria contribuye al logro de los principios de universalidad y eficiencia y asegura la intangibilidad y sostenibilidad del sistema al preservar los recursos dispuestos para garantizar el pago futuro de mesadas y el reajuste periódico de las mismas. Según la Corte, el fondo del régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría.

Así, respecto al derecho a la libre elección entre regímenes pensionales y los límites para hacer efectivo el derecho, la Sentencia C-1024 de 2004, expresó:

9.2.3.2. Al resolver sobre el citado problema jurídico, en la Sentencia C-1024 de 2004, la Corte concluyó que el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 era exequible, en consideración a que el período de carencia o de permanencia obligatoria allí previsto, conduce a la obtención de un beneficio directo en favor de los sujetos a quienes se les aplica, pues además de contribuir al logro de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia, asegura la intangibilidad y sostenibilidad del sistema pensional, preservando los recursos económicos que han de garantizar el pago futuro de las pensiones y el reajuste periódico de las mismas.

9.2.3.3. De manera puntual, en la aludida providencia la Corte recordó que “el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones que, por su misma esencia, pueden conducir al establecimiento de una diversidad de trato entre sujetos puestos aparentemente en igualdad de condiciones, tales como, el señalamiento de límites para hacer efectivo el derecho legal de traslado entre regímenes pensionales. Ahora bien, la Corte ha sostenido que dicha diversidad de trato no puede considerarse per se contraria al Texto Superior, pues es indispensable demostrar la irrazonabilidad del tratamiento diferente y, más concretamente, la falta de adecuación, necesidad y proporcionalidad de la medida en el logro de un fin constitucionalmente admisible”9.

9.2.3.4. Desde esta perspectiva, explicó 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”10.(...)

Como se observa, la Corte Constitucional destacó que el derecho a trasladarse NO es absoluto y debe atender criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales.

Ahora bien, no solo la jurisprudencia nacional ha destacado el deber Estatal de protección al derecho a la seguridad social, desde la perspectiva del principio de sostenibilidad fiscal y de estabilidad financiera, sin que ello implique su regresividad, con miras a mejorar la eficiencia en el manejo de los recursos y fortalecer el sistema, pues, sobre el punto resulta pertinente recordar la providencia No 12.670 del 27 de marzo de 2009 emitida por la Comisión Interamericana de Derechos humanos, sobre el caso de la Asociación Nacional de ex servidores del Instituto Peruano de la Seguridad Social y otras contra Perú, respecto de las pensiones excesivamente altas en comparación con la situación de los demás pensionados, donde indicó lo siguiente:

“106. Tal como se deriva del texto mismo del artículo 21 de la Convención Americana, el derecho a la propiedad no es absoluto pues su uso y goce puede ser subordinado al interés social [29]. La Corte Interamericana ha señalado que el derecho a la propiedad debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales [30]. En palabras de la Corte, “la función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional” [31].

107. Sobre el concepto de interés social consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana, la Corte ha señalado que “comprende todos aquellos bienes que por el uso a que serán destinados, permitan el mejor desarrollo de una sociedad democrática. Para tal efecto, los Estados deberán emplear todos los medios a su alcance para afectar en menor medida otros derechos, y por tanto asumir las obligaciones que esto conlleve de acuerdo a la Convención” [32].

108. Específicamente, en el caso Cinco Pensionistas, la Corte reiteró que los Estados pueden poner limitaciones al goce del derecho de propiedad por razones de utilidad pública o interés social y señaló que en el caso de los efectos patrimoniales de las pensiones (monto de las pensiones), los Estados pueden reducirlos únicamente por la vía legal adecuada y por los motivos ya indicados [33]”.

En la Sentencia SU-062 de 2010 la Corte destacó:

“Por lo anterior, resulta imperativo ajustar la jurisprudencia constitucional a la normatividad vigente y reiterar lo indicado por esta corporación en las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004”.

En concordancia con lo dicho, y aun cuando el punto no era la materia propia de decisión, la citada sentencia de unificación también retomó el tema referente a la posibilidad de retornar en “cualquier tiempo” al régimen de prima media con el fin de pensionarse de acuerdo con las normas anteriores a la Ley 100/93, destacando que tal retorno no opera para todos los sujetos del régimen de transición indistintamente, sino para una categoría de ellos, es decir, para quienes a 1° de abril de 1994 contaban con 15 años o más de servicios cotizados. Bajo este criterio, se acoge nuevamente lo expuesto en las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, en las que se interpretó el alcance de los artículos 13 y 36 de la Ley 100/93.”

En consecuencia, de conformidad con la ley y la jurisprudencia Constitucional solo quienes tienen 15 años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, pueden trasladarse “en cualquier tiempo” del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, con el fin de hacer efectivos los beneficios del régimen de transición. Para tal efecto, deberán trasladar a éste todo el ahorro que hayan efectuado al régimen de ahorro individual, el cual no podrá ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.

De esta forma la Corte Constitucional solo ha permitido el traslado en cualquier tiempo en los eventos que un afiliado que inicialmente pertenecía al RPM, se afilia al RAIS y desea volver al primero. Podrá hacerlo siempre y cuando conserve el régimen de transición y adicionalmente acredite 15 años de cotización al 1 de abril de 1994.

Adicionalmente, las sentencias **C-1024 de 2004, y SU-062 de 2010, de la Corte Constitucional en materia de traslados**, indican que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida **se descapitalizaría**.

Así mismo, dentro de la aludida jurisprudencia la Corte recordó que *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, **no constituye un derecho absoluto**, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones que, por su misma esencia, pueden conducir al establecimiento de una diversidad de trato”.*

Como se observa, la Corte Constitucional destacó que el derecho a trasladarse NO es absoluto y debe atender criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales.

En **Sentencia de unificación SU130/13**, la Corte se ocupó del tratamiento dado por la jurisprudencia constitucional a la problemática que surge en torno a quienes se trasladaron al régimen de ahorro individual y unificó su jurisprudencia advirtiendo que, de conformidad con lo previsto en los artículos 13, literal e) y 36, incisos 4° y 5° de la Ley 100 de 1993, tal y como fueron interpretados por la Corte Constitucional en las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, únicamente los afiliados con quince (15) años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, pueden trasladarse “en cualquier tiempo” del régimen de ahorro

individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, conservando los beneficios del régimen de transición.

Sentencia C 086 de 2016

En esta providencia la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 167 del CGP en relación a la carga dinámica de la prueba, precisando que esta figura jurídica puede ser aplicada por el juez, luego de examinar las particularidades de cada caso, sin invertir la lógica probatoria prevista por el Legislador ni alterar las reglas generales en lo concerniente a la distribución de la carga de la prueba, dentro del fallo señaló la Corte:

“7.4.- En lo concerniente a la configuración de la carga dinámica de la prueba debe decirse que atiende su inspiración teórica, fundada en los pilares de solidaridad, equidad (igualdad real entre las partes), lealtad y buena fe procesal, todos ellos reconocidos en la Carta Política de 1991, donde el principio “quien alega debe probar” cede su lugar al principio “quien puede debe probar”. Su ejercicio por parte del juez es, en consecuencia, manifestación de una competencia plenamente legítima bajo el prisma de un Estado Social de Derecho. En la regulación aprobada por el Legislador este decidió - también de manera deliberada y consciente- no fijar un catálogo cerrado de episodios en las cuales puede tener cabida la carga dinámica de la prueba. Por el contrario, dejó abierta esa posibilidad al juez, “según las particularidades del caso”, para lo cual mencionó solo algunas hipótesis: (i) la posesión de la prueba en una de las partes, (ii) la existencia de circunstancias técnicas especiales, (iii) la previa y directa intervención en los hechos, (iv) el estado de indefensión o de incapacidad de una de las partes, “entre otras circunstancias similares”. Los eventos mencionados recogen en buena medida las reglas trazadas por la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la propia Corte Constitucional. Sin embargo, el Legislador facultó a los jueces para evaluar las circunstancias de cada caso y definir si se dan o no los supuestos genéricos para recurrir en ciertos casos a la carga dinámica de la prueba. Esta decisión resulta comprensible y completamente válida, no solo ante la dificultad para anticiparse a nuevas situaciones en una sociedad que presenta vertiginosos cambios –algunos tal vez inimaginables-, sino porque son los contornos de cada situación los que permiten evaluar si la igualdad entre las partes se ha visto o no comprometida y se requiere de la “longa manus” del juez para restablecerla. De esta manera, para la Corte es claro que en algunos casos el decreto oficioso de pruebas o la distribución de su carga probatoria dejan de ser una potestad del juez y se erige en un verdadero deber funcional. No obstante, ello debe ser examinado de acuerdo con las particularidades de cada caso, sin invertir la lógica probatoria prevista por el Legislador ni alterar las reglas generales en lo concerniente a la distribución de la carga de la prueba. De hecho, para tal fin también se han diseñado diversos recursos y mecanismos de control al interior de cada proceso, e incluso excepcionalmente podrá hacerse uso de mecanismos extraordinarios como la acción de tutela, lo cual ha sido avalado en numerosas ocasiones por la jurisprudencia constitucional [114]”.

DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES - ART. 48 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, ADICIONADO POR EL ARTÍCULO 1 DEL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005.

En desarrollo de los fines esenciales del Estado Colombiano, las instituciones que lo conforman deben propender hacia la salvaguarda de los principios y valores constitucionales conforme a lo dispuesto en la Carta Política, la Ley y los Convenios Internacionales suscritos por aquel.

El Artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, señala:

“El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas.” (Cursiva, Negrilla y Subrayado fuera del texto original)

Por consiguiente, el artículo 48 de la Constitución Política, estableció dos dimensiones de la seguridad social; por un lado, la concibió como un derecho constitucional fundamental; y, por el otro, como un servicio público de carácter obligatorio el cual se debe prestar bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en aras a la materialización de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, entre otros.

El artículo 334 de la Constitución Política, señala que “La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica”, en ese orden de ideas, es necesario que, dando prevalencia al interés general sobre el particular, se tomen las medidas pertinentes en búsqueda de la protección de los recursos que soportan el sistema pensional, conforme a los principios que rigen la Constitución Política, en la medida que el derecho a la seguridad social se encuentra atado al principio de sostenibilidad fiscal y estabilidad financiera del Estado.

En consecuencia, la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

En esta misma línea se pronuncia la Corte Constitucional en **sentencia T- 489 de 2010**, al expresar:

(...) la Sala se permite destacar dos ideas, relacionadas ambas con la sostenibilidad económica del sistema pensional. Ellas son: a-- La primera tiene que ver con la protección del capital pensional. No se puede permitir “la descapitalización del fondo”, si personas que no contribuyeron a su formación, vienen a último momento, cuando les faltan ya menos de 10 años para concretar su pensión de vejez, a beneficiarse de un ahorro comunitario accediendo a una pensión, cuyo pago desfinancia el sistema. b- En segundo término, desde una perspectiva social se contraría la equidad y se abandona el valor de la justicia material, al permitir a personas que no han contribuido a los rendimientos de los fondos pensionales, entren a beneficiarse y a subsidiarse a costa de las cotizaciones y los riesgos asumidos por otras y no por ellas mismas” (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

Debe resaltarse la importancia que en este tema concede la Corte Constitucional a las consecuencias económicas de las diferentes posiciones sobre la sostenibilidad financiera del Sistema y planeación de la reserva pensional.

Así las cosas el principio de sostenibilidad financiera representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de los Colombianos de manera sostenida e indefinida y la posición asumida por la Corte en los fallos relacionados con nulidad o inexistencia del traslado entre regímenes pensionales, quebranta el principio de sostenibilidad financiera, en tanto genera una situación caótica que desvertebra la debida planeación en la asignación y distribución de los recursos del Sistema Pensional, al desconocer la irreductible necesidad de que dichas condenas se cumplan previa la ordenada gestión de los recursos que en la mayoría de los casos no están presupuestados en la medida en que surgen, de manera contingente de la declaración judicial respectiva.

Además, solicito que no se condene en costas o intereses moratorios a COLPENSIONES toda vez que no participó en el acto que se declara nulo y/o ineficaz, y el sustento de la decisión guarda relación con una conducta desplegada por un tercero ajeno a la Administradora del Régimen de Prima Media.

INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE.

Solicito que se tenga en cuenta que la consecuencia presentada sobre la ineficacia o nulidad del traslado es inoponible frente a tercero de buena fe en el caso de mi representado COLPENSIONES, toda vez que, a la luz de la existencia del traslado de la afiliación al RAIS es válido y cualquier afectación en la validez del traslado presenta un detrimento patrimonial de la reserva pensional RPM en caso de que resultase oponible la ineficacia del traslado al RAIS.

Ciertamente en caso de invalidarse el traslado de la misma tampoco puede condenársele a COLPENSIONES en costas e intereses moratorios en razón de que en esta relación jurídica no ha actuado en el hecho ni emitió acto administrativo alguno declarando la nulidad o ineficacia del traslado y cuyas decisiones se resguardan en relación a conductas desplegadas por terceros ajenas a la Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN

La ineficacia o nulidad, resultaría inoponible frente a terceros de buena fe como en este caso Colpensiones, a la par que la figura de la inoponibilidad constituye un mecanismo protector del derecho a la seguridad jurídica, que en el caso de Colpensiones se consolida por el tiempo en que aquellos afiliados permanecieron en el RAIS, aunado a que la seguridad jurídica que se deriva de la inoponibilidad pretende proteger intereses patrimoniales de terceros, que en este caso, tienen alcance frente al principio de sostenibilidad financiera del sistema y planeación de la reserva pensional.

Es decir, que la inoponibilidad en este caso frente a un negocio jurídico ineficaz, permite que sus efectos se mantengan ante un tercero de buena fe, o en otras palabras para el caso concreto, que se mantengan los efectos de la afiliación al RAIS frente a Colpensiones, para lo cual, se probará el desmedro patrimonial que sufre la reserva pensional del RPM en caso de resultarle oponible la ineficacia de los traslados irregulares al RAIS.

RESPECTO DEL COMPORTAMIENTO DEL AFILIADO EN EL SISTEMA:

La Corte también ha indicado que existen ciertos comportamientos y actividades que demuestran el compromiso de un afiliado de permanecer en un régimen pensional.

Al respecto en la **sentencia SL413-2018**, expresó: “Desde luego que, para la tesis que ahora sostiene la Sala, la presencia o no de cotizaciones consistente con el formato de vinculación no es la única expresión de esa voluntad, pueden existir otras, tales como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, por mencionar algunos actos de relacionamiento con la entidad que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer a ella. Lo importante es que exista correspondencia entre voluntad y acción, es decir, que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado, de modo tal que no quede duda del deseo del trabajador de pertenecer a un régimen pensional determinado”.

Por lo cual, no puede predicarse ausencia absoluta de información al afiliado cuando ha recibido información acerca de su saldo en su cuenta de ahorro individual, modalidades de pensión y/o cualquier tipo de notificación a través de los canales de servicios de las Administradoras de Fondos de Pensiones y con todo esto, permanecer un número de años considerables al Fondo Privado, demostrando el deseo de seguir perteneciendo al mismo.

PERJUICIO A LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA DEL SISTEMA PENSIONAL:

A este respecto, es importante traer a colación los argumentos de la Corte Constitucional en su **sentencia C-1024/2004** de la Corte Constitucional, “(..) la medida prevista en la norma acusada, conforme a la cual el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, resulta razonable y proporcional, a partir de la existencia de un objetivo adecuado y necesario, cuya validez constitucional no admite duda alguna. En efecto, el objetivo perseguido por la disposición demandada consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, y simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues se aparta del valor material de la justicia, 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.

A juicio de esta Corporación, el período de carencia previsto en la norma demandada no vulnera el derecho a la igualdad, ni ningún otro principio o derecho fundamental que emane de las relaciones de trabajo, básicamente por las siguientes consideraciones.

Para esta Corporación, el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones que, por su misma esencia, pueden conducir al establecimiento de una diversidad de trato entre sujetos puestos aparentemente en igualdad de condiciones, tales como, el señalamiento de límites para hacer efectivo el derecho legal de traslado entre regímenes pensionales. Ahora bien, la Corte ha sostenido que dicha diversidad de trato no puede considerarse per se contraria al Texto Superior, pues es indispensable demostrar la irracionalidad del tratamiento diferente y, más concretamente, la falta de adecuación, necesidad y proporcionalidad de la medida en el logro de un fin constitucionalmente admisible.

Desde esta perspectiva, 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. No sobra mencionar en este punto, que el sustento actuarial es el que permite asumir los riesgos que se encuentran involucrados con el sistema y que, en ese orden de ideas, su falta de ajuste con la realidad económica del país simplemente podría llegar a poner en riesgo la garantía del derecho pensional para los actuales y futuros pensionados.

Así las cosas, el período de carencia o de permanencia obligatoria, permite, en general, una menor tasa de cotización o restringe la urgencia de su incremento, al compensar esta necesidad por el mayor tiempo que la persona permanecerá afiliado a un régimen, sin generar los desgastes administrativos derivados de un traslado frecuente y garantizando una mayor utilidad financiera de las inversiones, puesto que éstas pueden realizarse a un largo plazo y, por ello, hacer presumir una creciente rentabilidad del portafolio conformado por la mutualidad del fondo común que financia las pensiones en el régimen de prima media con prestación definida”.

Pudiéndose concluir que, a pesar de que los fondos privados trasladen a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES – la totalidad de Cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, pertenecientes a la cuenta individual del actor, debidamente indexados por el periodo en que el actor permaneció afiliado al mismo, se genera una afectación al sistema pensional por cuanto nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema dado que el período de permanencia obligatoria contribuye al logro de los principios de universalidad y eficiencia y asegura la intangibilidad y sostenibilidad del sistema al preservar los recursos dispuestos para garantizar el pago futuro de mesadas y el reajuste periódico de las mismas. Según la Corte, el fondo del régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría.

Adicionalmente, las **sentencia SU-062 de 2010**, de la Corte Constitucional en materia de traslados, indica que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría.

Así mismo, dentro de la aludida jurisprudencia la Corte recordó que “el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones que, por su misma esencia, pueden conducir al establecimiento de una diversidad de trato”.

Como se observa, la Corte Constitucional destacó que el derecho a trasladarse NO es absoluto y debe atender criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales.

La Corte Constitucional, en la **sentencia T-422/11** describió la decisión libre y voluntaria del egresado como aquella en la cual “no puede mediar acto de imposición o apremio por parte de autoridad alguna”.

Así mismo, valoró las particularidades del caso concreto y el contexto en el cual se desarrollaron los hechos, así: *“Teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos objeto de esta controversia, la afirmación del actor resulta creíble; en efecto, que los aportes objeto del traslado fueran posteriormente devueltos por parte de Skandia al ISS, sin conocimiento ni autorización del actor, es un hecho que no contrasta con el hallazgo de esta Sala, consistente en considerar que para el afiliado era muy difícil comprender las implicaciones del documento que firmaba, “Afiliación Fondo de Pensiones Obligatorias”, debido a sus bajos conocimientos educativos y al nivel de pensamiento concreto a que se refirió el diagnóstico psicológico.*

La Sala considera procedente la presente acción de tutela con base en las siguientes consideraciones: el ciudadano Luis Ernesto Hernández tiene 63 años de edad, es campesino, dedicado a las labores agrícolas desde los 8 años; cuenta con muy bajo grado de escolaridad y no sabe leer ni escribir. Está a cargo de su señora esposa de 58 años, carente de ingresos a quien siempre ha sostenido con su salario y presenta una discapacidad por pérdida de dedos en su mano izquierda. Según el informe psicológico allegado al proceso por su apoderada (Ver hecho 11), “También, durante la entrevista, su relato, lenguaje utilizado, comportamiento y actitudes, sugieren un nivel muy bajo de conocimientos educativos elementales, manejando un pensamiento concreto lo que sugiere un bajo nivel cognitivo, por la cual sería importante evaluar su verdadero coeficiente intelectual”.

En presencia de lo señalado es claro que no puede la Corte Suprema establecer una regla general y con ello presumir una responsabilidad objetiva para todos los casos de personas que se han afiliado al Régimen de Ahorro Individual y que después, persiguen volver al Régimen de Prima Media.

Sin embargo, la Corte Suprema desconoce el contenido y validez del documento exigido por la ley para el momento histórico y exige al fondo evidencias adicionales no estipuladas para la fecha del traslado.

ASPECTO CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA Y EFICIENCIA PENSIONAL:

Al respecto, la C. Const., en sentencia de constitucionalidad C- 1024 de 2004, sostuvo:

“sí las cosas, el período de carencia o de permanencia obligatoria, permite, en general, una menor tasa de cotización o restringe la urgencia de su incremento, al compensar esta necesidad por el mayor tiempo que la persona permanecerá afiliado a un régimen, sin generar los desgastes administrativos derivados de un traslado frecuente y garantizando una mayor utilidad financiera de las inversiones, puesto que éstas pueden realizarse a un largo plazo y, por ello, hacer presumir una creciente rentabilidad del portafolio conformado por la mutualidad del fondo común que financia las pensiones en el régimen de prima media con prestación definida.

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. Este principio en materia pensional se manifiesta en el logro de la sostenibilidad financiera autónoma del sistema integral de seguridad social en pensiones, en aras de garantizar ‘el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales’, en los términos previstos en el artículo 53 del Texto Superior”.

Por otra parte, el período de permanencia previsto en la ley, de igual manera permite defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues como previamente se expuso, se aparta del valor material de la justicia que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad a partir de los rendimientos producidos por la administración de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiados del riesgo asumido por otros (C.P. preámbulo y art. 1°), o eventualmente, subsidiados a costa de los recursos ahorrados con fundamento en el aporte obligatorio que deben realizar los afiliados al Régimen de Ahorro Individual, para garantizar el pago de la garantía de la pensión mínima de vejez cuando no alcanzan el monto de capitalización requerida[8], poniendo en riesgo la cobertura universal del sistema para los ahorradores de cuentas individuales.

La validez de dicha herramienta legal se encuentra en la imperiosa necesidad de asegurar la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social en materia pensional a todos los habitantes del territorio colombiano, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia (C.P. art. 48)”.

Por consiguiente, la carga dinámica de la prueba es una excepción y no una generalidad, cuya aplicación está supeditada al análisis de las particularidades del caso por parte del juez, aspectos que fueron desconocidos en el caso sub lite, en la medida que la Corte invirtió la carga de la prueba en cabeza del fondo, atendiendo a la simple manifestación del demandante y sin realizar el menor análisis en relación a las circunstancias específicas en que se surtió el traslado de régimen.

De igual manera es de resaltar que, el acto lo realizó la parte actora en forma libre y voluntaria y cumpliendo con los requisitos legales, capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita, además la carga de la prueba radica en cabeza de la parte actora, y COLPENSIONES por vía de jurisprudencia no puede otorgar Prestaciones económicas que no estén expresamente consagradas en la ley, razón por la cual negó el traslado, solicitado por la actora, toda vez que se encontraba a menos de 10 años para pensionarse.

De acuerdo a lo anterior, el traslado efectuado por el demandante a la **AFP PROTECCION S.A.**, tienen plena validez y la afirmación de vicio de consentimiento en el contrato suscrito con las AFP del RAIS, y cualquier alegado por el demandante deberá probarlo en el desarrollo del proceso judicial.

Para el proceso se procederá a negar las pretensiones de la demanda, solicitar que no se condene en costas e intereses moratorios a la entidad COLPENSIONES por un hecho que no participó ni emitió acto administrativo alguno declarando la nulidad o ineficacia del traslado y cuyas decisiones se resguardan en relación a conductas desplegadas por terceros ajenas a la Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y se exceptuaron por Buena fe, Inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, Cobro de lo no debido, Legalidad de los actos administrativos, Inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, Inoponibilidad por ser tercero de buena fe, Responsabilidad Sui Generis de las entidades de la seguridad social, Proporcionalidad y ponderación, Imposibilidad de



Certificación de la Secretaria Técnica del Comité de Conciliación y Defensa Judicial

condena en costas, Prescripción, Imposibilidad de volver al estado mismos de las cosas, e innominada o genérica.

La presente certificación se emite en la ciudad de Bogotá a los 18 días del mes de octubre de 2023.

MARIA ISABEL CAMPO MARTINEZ
Secretaria Técnica de Comité de Conciliación y
Defensa Judicial de Colpensiones
Proyecto: MJUS