

|   |   |  |          |  |
|---|---|--|----------|--|
|  | <b>Certificación de la Secretaria Técnica del<br/>Comité de Conciliación y Defensa Judicial</b> |  | CÓDIGO:  |  |
|   |   |  | VERSIÓN: |  |
|   |   |  | FECHA:   |  |

## CERTIFICACIÓN NO. 060172023

### La Secretaria Técnica del Comité de Conciliación y Defensa Judicial

#### CERTIFICA

Que tal y como consta en el Acta No. 071-2023 del 02 de mayo de 2023 del Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, respecto del caso **EDUARDO FRANCISCO Menco Puerta** identificado(a) con cédula de ciudadanía No **92225790**, en proceso bajo radicado No **19001310500220230001900**, quien pretende; declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual Administrado por el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. administradora a la que se encuentra afiliado el demandante EDUARD FRANCISCO Menco Puerta?, dicho órgano decidió de manera unánime:

NO proponer fórmula conciliatoria, en consideración a lo siguiente:

El señor EDUARD FRANCISCO Menco Puerta nació el 09 de febrero de 1962 y en la actualidad cuenta con 61 años de edad.

En el mes de marzo de 1999, el señor EDUARD FRANCISCO Menco Puerta suscribió formulario de inscripción al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS, de manera que desde aquel momento quedó afiliado inicialmente a COLFONDOS S.A. hasta el 31 de marzo de 2012 cuando se traslada a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR.

El actor realizó petición a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A., mediante la cual, manifiesta su deseo de retirarse de dicho fondo y trasladarse a COLPENSIONES EICE., solicitando así mismo la declaración de ineficacia de su afiliación, la cual es desfavorable.

Que el actor solicita así mismo el traslado a Colpensiones, petición que es rechazada.

El actor no cuenta con semanas cotizadas a colpensiones Cuenta con 1147 semanas en toda su vida laboral cotizadas ante porvenir (501.4) y COLFONDOS (645.5)

Teniendo en cuenta lo anterior, una vez revisada la Historia Laboral del demandante, la misma certifica que el interesado presenta una afiliación valida en el Fondo de Pensión y Cesantías COLFONDOS y actualmente PORVENIR S.A. desde el año 1999.

Es de resaltar que el actor no se encontraba afiliado a colpensiones previo a su afiliación al RAIS, por lo que no se puede hablar de un regreso al RPMPD; por lo que las pretensiones de la demanda, en nada se encuentra relacionadas con las actuaciones administrativas emitidas por Colpensiones, teniendo en cuenta que COLPENSIONES en estos asuntos es un tercero de buena fe que no participó

|   |   |  |          |  |
|---|---|--|----------|--|
|  | <b>Certificación de la Secretaria Técnica del<br/>Comité de Conciliación y Defensa Judicial</b> |  | CÓDIGO:  |  |
|   |   |  | VERSIÓN: |  |
|   |   |  | FECHA:   |  |

en el acto jurídico de traslado o afiliación que en su momento efectuó el demandante, máxime cuando la obligación para la entidad surge en el año 2014, con la Ley 1748 de ese mismo año, siendo en todo caso INOPONIBLES los efectos jurídicos y adversos del traslado que celebró la demandante y la AFP para la administradora

1. A la fecha, el traslado efectuado al RAIS tiene plena validez y la afirmación de vicio del consentimiento o supuestos engaños al momento de realizar la afiliación en el contrato suscrito con la AFP del RAIS alegado por el interesado, deberá probarse en el desarrollo del proceso judicial.
2. Conforme al Artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, “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”.
3. Por último, la eventual afiliación del demandante al Régimen de Prima Media y el traslado de los aportes al régimen en mención, depende de la decisión favorable que previamente obtenga el accionante respecto de la pretensión de declaratoria de ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual.

El actor por intermedio de su apoderado sostiene que existe nulidad o ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, aduciendo una omisión en el deber de información por parte de Colfondos S.A. y PORVENIR S.A., quien lo indujo en error, en atención a que la AFP demandada no suministró la totalidad de la información requerida para que la demandante tomara una decisión consiente y libre.

De conformidad con el art. 1509 del C.C. los supuestos “errores” que la parte actora enuncia como sustento de la solicitud de ineficacia, se traducen en ERRORES DE DERECHO, los cuales, en virtud de los artículos 9° y 1509 no vician el consentimiento, como quiera que la ley, y por ende sus efectos, se presumen conocidos por todos, sin que le sea dable años después sustraerse de las consecuencias de sus propios actos.


En efecto, en el ordenamiento civil colombiano con fundamento en el principio de seguridad jurídica se adoptó el principio general del Derecho Romano, según el cual la ignorancia del Derecho no sirve de excusa (iuris ignorantia non excusat), con la consecuencia de que el error de derecho perjudica (iuris error nocet). Así lo estableció en el Art. 9° del Código Civil, en virtud del cual “la ignorancia de las leyes no sirve de excusa” y en el Art. 1509 ibidem, que dispone que “el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento”, lo que en los términos de la jurisprudencia constitucional significa que el error de derecho no da lugar a la declaración judicial de nulidad del negocio jurídico y que, por tanto, la parte de éste que lo cometió debe asumir todas las consecuencias de su celebración.

El artículo 2° de la Ley 797 de 2003 modificó las condiciones para trasladarse de régimen, en los siguientes términos:

“Artículo 2°. Se modifican los literales a), e), i), del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y se adiciona dicho artículo con los literales l), m), n), o) y p), todos los cuales quedarán así:

Artículo 13. Características del Sistema General de Pensiones.

a) La afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes;

|   |   |  |          |  |
|---|---|--|----------|--|
|  | <b>Certificación de la Secretaria Técnica del<br/>Comité de Conciliación y Defensa Judicial</b> |  | CÓDIGO:  |  |
|   |   |  | VERSIÓN: |  |
|   |   |  | FECHA:   |  |

e) 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; Texto subrayado declarado

EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1024 de 2004, exclusivamente por el cargo analizado en esta oportunidad y 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.

(...)”

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 ley 100/93, 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.

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).

La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones. Primero, porque reglamentaron ampliamente los derechos de los consumidores, con precisión de los principios y el contenido básico de la información y, segundo, porque establecieron expresamente el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones, aspecto que redimensionó el alcance de esta obligación.

|   |   |  |          |  |
|---|---|--|----------|--|
|  | <b>Certificación de la Secretaría Técnica del<br/>Comité de Conciliación y Defensa Judicial</b> |  | CÓDIGO:  |  |
|   |   |  | VERSIÓN: |  |
|   |   |  | FECHA:   |  |

En concordancia con lo anterior, el Decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 del mismo año en el artículo 2.6.10.1.1 y siguientes, estableció en su artículo 2. ° los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

1. Debida Diligencia. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos


reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión. En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.

2. Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones,

3. Manejo adecuado de los conflictos de interés. Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tienen autorizado el ramo de rentas vitalicias deberán velar porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros, las administradoras de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán privilegiar los intereses de los consumidores financieros frente a los de sus accionistas o aportantes de capital, sus entidades vinculadas, y los de las compañías aseguradoras con las que se contrate la póliza previsional y la renta vitalicia.

En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3. ° elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras» (art. 3). Así mismo, en el artículo 5. °, reiteró el deber de las administradoras de actuar con profesionalismo y «con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

Ley 1748 de 2014, Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, y la Circular Externa n. 016 de 2016 establecieron el deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría, lo que lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales, deber de información este que es ineludible.

|   |   |  |          |  |
|---|---|--|----------|--|
|  | <b>Certificación de la Secretaria Técnica del<br/>Comité de Conciliación y Defensa Judicial</b> |  | CÓDIGO:  |  |
|   |   |  | VERSIÓN: |  |
|   |   |  | FECHA:   |  |

La H. Corte Suprema de Justicia mediante la Sentencia SL 1452 de 2019 del 03 de abril de 2019 radicado 68852 MP. Clara Cecilia Dueñas manifestó respecto de la necesidad de un consentimiento informado para la validez del traslado.

En este sentido expreso: “(...) 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 [...].

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.

|   |   |  |          |  |
|---|---|--|----------|--|
|  | <b>Certificación de la Secretaria Técnica del<br/>Comité de Conciliación y Defensa Judicial</b> |  | CÓDIGO:  |  |
|   |   |  | VERSIÓN: |  |
|   |   |  | FECHA:   |  |

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

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.

Las administradoras de pensiones 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.

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.

Mediante la Sentencia SL 1421-2019 radicado 56174 MP Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia manifestó que:

“Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha

|   |   |  |          |  |
|---|---|--|----------|--|
|  | <b>Certificación de la Secretaria Técnica del<br/>Comité de Conciliación y Defensa Judicial</b> |  | CÓDIGO:  |  |
|   |   |  | VERSIÓN: |  |
|   |   |  | FECHA:   |  |

dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adocrinó:

[...]

“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.

Así mismo, la declaratoria de ineficacia de cambio de régimen pensional, conlleva a que sea la Administradora de Pensiones – Colpensiones, la obligada a reconocer y pagar a la señora Garcés de Bernal, la pensión de vejez prevista en el Acuerdo 049 de 1990 (...)”

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta la parte actora tiene su fuente en la presunta falta al deber de información en que incurrió la administradora del régimen de ahorro individual; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue.

En Sentencia SL 1688-2019 radicación 68838 MP. Clara Cecilia Dueñas Quevedo establece el deber de las AFP 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, en los siguientes términos:

“(…) En el caso bajo examen, si bien obra el formulario de afiliación al RAIS suscrito el 1. ° de marzo de 1999, no hay constancia de que Protección S.A. hubiese suministrado a la afiliada información clara y precisa sobre las características, condiciones, consecuencias y riesgos del cambio de régimen, a pesar de que esa carga le correspondía a la administradora. Tampoco es admisible el argumento de que el afiliado firmó libre y voluntariamente el formulario de afiliación, pues como se explicó, la libertad presupone conocimiento pleno de las consecuencias de una decisión; sin información suficiente no hay autodeterminación.

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este



|   |   |  |          |  |
|---|---|--|----------|--|
|  | <b>Certificación de la Secretaria Técnica del<br/>Comité de Conciliación y Defensa Judicial</b> |  | CÓDIGO:  |  |
|   |   |  | VERSIÓN: |  |
|   |   |  | FECHA:   |  |

servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. ° de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas, ya había perdido la transición.

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.

(...)

En conclusión, la AFP incumplió su deber de información y, por consiguiente, se declarará la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, determinación que implica privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida y, por tanto, no perdió los beneficios del régimen de transición” (negrilla fuera del texto original)

Otro aspecto importante a considerar es que el Estado Colombiano, en desarrollo de sus fines esenciales, se establece que 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.

Así mismo 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



|   |   |  |          |  |
|---|---|--|----------|--|
|  | <b>Certificación de la Secretaria Técnica del<br/>Comité de Conciliación y Defensa Judicial</b> |  | CÓDIGO:  |  |
|   |   |  | VERSIÓN: |  |
|   |   |  | FECHA:   |  |

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.

Así lo reconoció la Corte Constitucional en la sentencia T-489 de 2010 donde señaló:

“Existe plena libertad para que los afiliados se inscriban en cualquiera de los dos regímenes y para trasladarse del uno al otro. La única restricción acatada por la jurisprudencia constitucional, que se desprende del artículo 48 de la Constitución Nacional en el cual está sólidamente afincada, obliga al Estado a “garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional”. En virtud de esta disposición se explica la presencia de los incisos 4º y 5º del artículo 36 cuando establecen como excepción que: “Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen. Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida. Restricción que, como se vio, persigue evitar el detrimento económico a que, en particular, se ve sujeto el régimen de prima media. En este contexto económico financiero la Sala rescata y apoya las medidas de orden legal avaladas por la Corte Constitucional para garantizar la solidez financiera del sistema pensional como son: El cumplimiento en un 75% de las cotizaciones, hasta completar los 15 años. La posibilidad de retornar al régimen de Prima Media con Prestación Definida, pero con la obligación de llevar a él la totalidad del ahorro realizado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), sin que este ahorro sea inferior al que se hubiera alcanzado al permanecer en el de Prima Media con Prestación Definida. La prohibición de cambiarse de régimen para personas a quienes les falten diez (10) años o menos para alcanzar la edad de pensión de vejez. La obligación de permanecer en el régimen que se escoja, durante cinco (5) años y no tres (3), como lo autorizaba el artículo 13 de la Ley 100, antes de cambiarse de régimen, por una sola vez. (Ley 797-03, art. 2º). (...)

Además, en estas condiciones por razones de equidad, para que no se beneficie de un fondo constituido por aportes de otras personas, y al cual ella misma no ha aportado la totalidad de las cotizaciones requeridas, entonces, se le negará su traslado al mismo. Pero especialmente se encuentra esta Sala de la Corte ante las serias motivaciones establecidas por la jurisprudencia constitucional (sentencias C1024-04 y C-789-02), asentadas sobre la sólida base del inciso 7º del artículo 48 de la Carta Suprema donde se ordena al Estado “garantizar...la sostenibilidad financiera del sistema pensional...”. Motivaciones que se verían afectadas, si se concediera a la actora, contrariando elementales criterios de equidad, su traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS - al de Prima Media con Prestación Definida.”

|   |   |  |          |  |
|---|---|--|----------|--|
|  | <b>Certificación de la Secretaria Técnica del<br/>Comité de Conciliación y Defensa Judicial</b> |  | CÓDIGO:  |  |
|   |   |  | VERSIÓN: |  |
|   |   |  | FECHA:   |  |

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.

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.


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.

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.

La estabilidad financiera se garantiza en la medida en que el sistema general de pensiones percibe y mantiene, a través de medios jurídicos y financieros, los fondos económicos adecuados que le permitan pagar mes a mes a una mayor cantidad de pensionados y obtener un ahorro para precaver la satisfacción de las pensiones futuras, bajo la permanente orientación de subsanar con urgencia cualquier desventaja contra el bienestar general.

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

|   |   |  |          |  |
|---|---|--|----------|--|
|  | <b>Certificación de la Secretaria Técnica del<br/>Comité de Conciliación y Defensa Judicial</b> |  | CÓDIGO:  |  |
|   |   |  | VERSIÓN: |  |
|   |   |  | FECHA:   |  |

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. 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]. 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”

Adicionalmente a lo manifestado debe destacarse que estos procesos que persiguen la ineficacia o nulidad de la afiliación o traslado del RAIS al RPMPD no le son oponibles a COLPENSIONES, toda vez que es un tercero de buena fe, 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.

De la misma manera, la Sala de Casación Civil, ha definido la inoponibilidad como aquella que “valora la confianza razonable de los terceros de buena fe en aquellos negocios que se presentan objetivamente como válidamente celebrados”, raciocinio, que a su vez se deriva del principio de relatividad de los negocios jurídicos, es decir, que solo se producen efectos respecto de quienes voluntariamente participan de aquél.

Precisamente, la jurisprudencia en la especialidad civil, indica que la inoponibilidad no requiere de la validez del negocio jurídico, muy por el contrario, algo que es ineficaz entre las partes (como en este caso la afiliación al RAIS), si se tenga como eficaz frente al tercero de buena fe (en este caso Colpensiones). Así se ha dicho que: “cuyo caso no le interesa que no lo alcancen los efectos de un negocio válido e incontrovertible entre las partes, sino todo lo contrario, esto es que se tenga como válido frente a su calidad de tercero un negocio jurídico que carece de eficacia entre los celebrantes”. 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.

La sentencia SL 373-2021 radicación 84475 del 10 de febrero de 2021, M.P. Dra. CLARA INES DUÑAS QUEVEDO, en la cual la H. Corte Suprema de Justicia moderó el precedente respecto a la posibilidad de materializar los efectos de la ineficacia, esto es, retrotraer las cosas al estado anterior, tratándose de demandantes que ya tienen una situación jurídica consolidada o adquirieron el estatus de pensionados en el régimen de ahorro individual.

|   |   |  |          |  |
|---|---|--|----------|--|
|  | <b>Certificación de la Secretaria Técnica del<br/>Comité de Conciliación y Defensa Judicial</b> |  | CÓDIGO:  |  |
|   |   |  | VERSIÓN: |  |
|   |   |  | FECHA:   |  |

Al haberse adquirido la calidad de pensionado, se produce la imposibilidad de retornar al estatu quo ante, es decir, tal condición no puede deshacerse o desaparecerse del plano jurídico, pues ello conllevaría a “disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto.” La Corte razonó que no es posible revertir ciertos efectos económicos como el deterioro que sufre el capital que ya ha sido objeto de pago a través de mecanismos de financiación como los bonos pensionales y las cuotas partes de entidades contribuyentes, como consecuencia ineludible del pago de mesadas pensionales. En efecto, es irreparable la pérdida de integridad del músculo financiero con que se respalda el pago de la prestación, por lo que forzar a través de una ficción jurídica la vuelta al estado anterior en que se encontraba las cosas, va en detrimento de los recursos de la Seguridad Social, bien sea que provengan de la Nación y/o demás entidades que deben contribuir al financiamiento del pasivo pensional.

Sumado a lo anterior, se torna inviable la realización de los efectos de la ineficacia, por cuanto no es posible cesar los efectos jurídicos de las operaciones, contratos y actos que involucran a terceros como aseguradoras, entidades oficiales e inversiones, que según la modalidad pensional en que se encuentre el actual pensionado, hayan concurrido en la administración y gestión del riesgo financiero, entre otras muchas problemáticas de orden financiero, que ocasionarían un déficit económico entre los actores del Sistema que han confluído en la gestión de los recursos a través de relaciones jurídicas válidamente suscitadas en el mundo jurídico del Sistema General de Pensiones, en cumplimiento de obligaciones y deberes contractuales que ya se encuentran consumados y perfeccionados con las consecuencias de orden legal y financiero que ello acarrea.

De esta forma, le corresponde a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., probar que la información que brindaron a la demandante al momento de afiliarla y de realizar el cambio de régimen fue idónea y la suficiente para que la decisión de traslado fuera libre de vicios, además de probar que a la parte actora le fue explicado que si faltaban menos de 10 años para pensionarse no se podría lograr el traslado de régimen, así como si le informaron respecto de las consecuencias del cambio de régimen, las formas como se accedía a la pensión, las características, condiciones de acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales (entiéndase como las ventajas y desventajas de cada régimen pensional).

Por todo lo anterior SE RECOMIENDA NO CONCILIAR

La presente certificación se emite en la ciudad de Bogotá a los 03 días del mes de mayo de 2023.



**MARIA ISABEL CAMPO MARTINEZ**  
**Secretaria Técnica de Comité de Conciliación y**  
**Defensa Judicial de Colpensiones**