

RV: CONTESTACION LLAMAMIENTO EN GARANTIA PROCESO 2023-363

Juzgado 12 Laboral Circuito - Valle del Cauca - Cali <j12lccali@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 24/11/2023 13:00

Para:Diana Sofia Lasso Ramos <dlassor@cendoj.ramajudicial.gov.co>

📎 1 archivos adjuntos (508 KB)
CONTESTACIÓN LLAMAMIENTO EN GARANTIA FABIOLA GARZON BUSTOS.pdf;



Dirección: Carrera 10 No 12-15 piso 9 Palacio de Justicia Pedro Elías Serrano Abadía de Cali
Teléfono: 8986868 ext. 3122
Horario de Atención: lunes a viernes 8 am a 12m y 1pm a 5 pm.
Micrositio Web: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-12-laboral-del-circuito-de-cali>



Por favor no imprima este correo a menos que lo necesite, contribuyamos con nuestro planeta.



De: Ana Ortegón Fajardo <aleja_94_03@hotmail.com>
Enviado: viernes, 24 de noviembre de 2023 12:09
Para: Juzgado 12 Laboral Circuito - Valle del Cauca - Cali <j12lccali@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Asunto: CONTESTACION LLAMAMIENTO EN GARANTIA PROCESO 2023-363

Doctora:
FRANCIA YOVANNA PALACIOS DOSSMAN
JUEZ DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI
E.S.D.

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
RADICACIÓN: 76001310501220230036300
DEMANDANTE: NURY FABIOLA GARZON BUSTOS C.C. 16683229
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES –
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
ASUNTO: CONTESTACIÓN LLAMAMIENTO EN GARANTIA

De la manera más respetuosa y dentro de los términos procesales oportunos me permito remitir la contestación al llamamiento en garantía presentado dentro del proceso de la referencia.

ANA ALEJANDRA ORTEGÓN FAJARDO
C.C. No. 1.144.070.546 de Cali
T.P. No. 280.620 del C. S. J.
ELAB/A.A.O. F



Abogados
& Consultores
Group S.A.S.



Doctora:
FRANCIA YOVANNA PALACIOS DOSSMAN
JUEZ DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI
E.S.D.

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA

RADICACIÓN: 76001310501220230036300

DEMANDANTE: NURY FABIOLA GARZON BUSTOS C.C. 16683229

DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES –
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

ASUNTO: CONTESTACIÓN LLAMAMIENTO EN GARANTIA

ANA ALEJANDRA ORTEGÓN FAJARDO, mayor de edad, vecina de la ciudad de Cali, abogada en ejercicio, identificada con C.C No 1.144.070.546 de Cali y T.P. 280.620 del C.S de la J., obrando en calidad de abogada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, de acuerdo con la sustitución a mi realizada por el doctor CARLOS ALBERTO VELEZ ALEGRIA, identificado con cédula de ciudadanía No. 76.328.346, quien obra como representante legal de la UNIÓN TEMPORAL DEFENSA COLPENSIONES 2023, identificado comercialmente bajo el Nit. No. 901.712.891-1 persona jurídica que actúa como apoderada judicial de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, conforme poder general que fue conferido por la entidad mencionada mediante escritura pública No. 0959 del 19 de mayo de 2023 en la Notaria Sesenta y tres (63) del Círculo de Bogotá, con el acostumbrado respeto concurro ante su despacho con el fin de CONTESTAR LA DEMANDA, bajo los siguientes reparos:

1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ENTIDAD DEMANDADA, REPRESENTACIÓN LEGAL Y DOMICILIO

La Administradora Colombiana de Pensiones –**COLPENSIONES**- es una Empresa Industrial y Comercial Del Estado del orden nacional, organizada como entidad financiera de carácter especial, vinculada al Ministerio de Trabajo con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, cuyo objeto consiste en la administración estatal del Régimen de Prima Media con Prestación Definida incluyendo la administración de los beneficios económicos periódicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005 modificadorio del Artículo 48 de la Constitución Política, de acuerdo con lo que establezca la ley que los desarrolle. La representación legal la ejerce el Doctor **JAIME DUSSAN CALDERON** quien obra en su calidad de presidente de la entidad. El domicilio principal es la ciudad de Bogotá D.C., en la Carrera 10 No. 72-33 Torre B Piso 11, número telefónico 2170100.

2. A LAS PRETENSIONES

Me opongo a todas y a cada una de las pretensiones por las cuales propende la parte accionante ya que ellas carecen de asidero no solo Jurídico sino fáctico, afirmaciones que quedarán plenamente probadas dentro del desarrollo del proceso que aquí ocupa nuestra atención y por lo tanto nos referiremos a cada una de ellas así:

A LA PRIMERA: me opongo a Que en el remoto e hipotético evento que sobre la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., sea impuesta algún tipo de condena relativa al pago de perjuicios al interior del presente proceso, dicha condena sea imputable en su totalidad a mi representada, por ser responsable de la información que debió proporcionarse a la señora NURY FABIOLA GARZON BUSTOS con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, toda vez que



Abogados
& Consultores
Group S.A.S.



ANGEL
ASESORES
ASOCIADOS

no recae responsabilidad alguna sobre Colpensiones respecto a las pretensiones de la demanda pues si bien la actora estuvo vinculada al ISS en un primer momento la actora por su voluntad tomó la decisión de trasladarse de régimen encontrando que no hay responsabilidad sobre Colpensiones, resultaría inoponible frente a terceros de buena fe como en este caso lo es mi representada, pues 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 la afiliada permaneció 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, quedando sin sustento alguno el fundamento que emplea PORVENIR al realizar el presente llamamiento en garantía, pues a todas luces resulta improcedente lo solicitado por el fondo privado.

3. A LOS HECHOS QUE SIRVEN DE FUNDAMENTO DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

AL PRIMERO: Es cierto que la demandante NURY FABIOLA GARZON BUSTOS se afilió al Instituto de Seguros Sociales hoy Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, como se verifica en el expediente.

AL SEGUNDO: No me consta que el día 23 de enero de 1997, la señora NURY FABIOLA GARZON BUSTOS, suscribe formulario de afiliación con PORVENIR, el cual se hizo efectivo el día 01 de marzo de 1997, de acuerdo con el reporte del Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión (SIAFP), por cuanto la afiliación del demandante es en el régimen de ahorro individual y no en el régimen de prima media que administra Colpensiones, y en atención a ello lo indicado lo desconoce mi representada, por lo tanto, tendrá que probarse dentro del transcurso del proceso, y resultaría inoponible frente a terceros de buena fe como en este caso lo es mi representada, pues 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 la afiliada permaneció 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.

AL TERCERO: No me consta que la demandante actualmente se encuentra pensionado por la AFP PORVENIR, aclarando que la pensión de vejez reconocida a la demandante en su inicio fue aprobada a partir del 14 de febrero del 2017, bajo la modalidad inicial de Retiro programado, por cuanto la afiliación del demandante es en el régimen de ahorro individual y no en el régimen de prima media que administra Colpensiones, y en atención a ello lo indicado lo desconoce mi representada, por lo tanto, tendrá que probarse dentro del transcurso del proceso, y resultaría inoponible frente a terceros de buena fe como en este caso lo es mi representada, pues 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 la afiliada permaneció 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.

A LA CUARTA: No me consta que la demandante actualmente se encuentra pensionado por la AFP PORVENIR bajo la modalidad de Retiro programado, por cuanto la afiliación del demandante es en el régimen



Abogados
& Consultores
Group S.A.S.



ANGEL
ASESORES
ASOCIADOS

de ahorro individual y no en el régimen de prima media que administra Colpensiones, y en atención a ello lo indicado lo desconoce mi representada, por lo tanto, tendrá que probarse dentro del transcurso del proceso, y resultaría inoponible frente a terceros de buena fe como en este caso lo es mi representada, pues 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 la afiliada permaneció 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.

A LA QUINTA: No es cierto que teniendo en cuenta que el demandante busca el reconocimiento de perjuicios se hace necesario llamar en garantía a la entidad referida para que, responda por las sumas de dinero que en virtud de una posible condena sean impuestas a mi representada, por cuanto conforme el artículo 13 de la ley 100 de 1993 dicha entidad también estaba obligada a proporcionar información suficiente y comprensible sobre las implicaciones de la selección y/o traslado de régimen pensional, por cuanto la afiliación del demandante es en el régimen de ahorro individual y no en el régimen de prima media que administra Colpensiones, y en atención a ello lo indicado lo desconoce mi representada, por lo tanto, tendrá que probarse dentro del transcurso del proceso, y resultaría inoponible frente a terceros de buena fe como en este caso lo es mi representada, pues 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 la afiliada permaneció 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.

4. FUNDAMENTOS Y RAZONES DE DERECHO

El traslado como acto jurídico en general, conlleva el presupuesto de que el fondo respectivo debe brindar la información adecuada, completa y veraz de las consecuencias del acto.

De conformidad con el artículo 12 de la ley 100 de 1993, el Sistema de Seguridad Social en Pensiones está compuesto por dos regímenes, excluyentes, los cuales coexisten, a saber: Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad.

El artículo 13 literal b) ibíd., prescribe que la selección de los dos regímenes es libre y voluntaria por parte del afiliado, y para tal efecto debe manifestar su elección al momento de la vinculación o traslado; estos se pueden dar cada cinco (5) años contados a partir de la selección inicial, pero en todo caso existe la prohibición de que no puede existir traslado cuando al afiliado, le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Para Colpensiones no es posible conceder el traslado de régimen pensional de personas que, sin ser del régimen de transición y faltándoles menos de 10 años para cumplir el requisito de la edad necesaria para tener derecho a la pensión de vejez, puedan trasladarse de régimen simplemente porque consideran que estar en el régimen de prima media les resulta más beneficioso. De acuerdo con lo anterior, el interviniente concluye que lo manifestado por los accionantes, “no debe tomarse como un argumento constitucional suficiente para que se abra un dique que permita, sin ningún tipo de exigencia legal, autorizar los traslados de manera discriminada” generando un perjuicio en la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Colombia,



Abogados
& Consultores
Group S.A.S.



ANGEL
ASESORES
ASOCIADOS

En consecuencia, la modificación hecha al literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 estableció los siguientes cambios en materia de traslado de régimen: por un lado, i) amplió el término para trasladarse de régimen pensional de 3 a 5 años y por otro lado, ii) incorporó la prohibición de traslado cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para cumplir el requisito de la edad exigido para acceder al derecho a la pensión. Dicha prohibición se implementó con el objetivo de mantener la sostenibilidad financiera del sistema y evitar que personas que estando en el régimen de ahorro individual con solidaridad próximos a pensionarse, decidieran trasladarse al régimen de prima media para acceder a la pensión conforme a las reglas propias de este régimen.

Igualmente, el artículo 48 de la Ley 1328 de 2009 se señala en el literal c): Que los afiliados al sistema podrán escoger y trasladarse libremente entre entidades administradoras y entre los Fondos de Pensiones gestionados por ellas según la regulación aplicable para el efecto, así como seleccionar la aseguradora con la cual contraten las rentas o pensiones (...).

La prohibición de traslado cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para cumplir el requisito de la edad exigido para acceder al derecho a la pensión, contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, fue objeto de estudio por parte de la corte constitucional, a través de la Sentencia C- 1024 de 2004, a propósito de una demanda de inconstitucionalidad formulada en su contra, en la que se cuestionaba que la restricción temporal de traslado de régimen pensional, vulneraba el derecho a la libre escogencia. En dicho fallo, la Corte sostuvo que “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. 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). Así mismo, el objetivo de la norma se adecua al logro de un fin constitucional válido, pues permite asegurar la intangibilidad de los recursos pensionales en ambos regímenes, cuando se aproxima la edad para obtener el reconocimiento del derecho irrenunciable a la pensión, en beneficio de la estabilidad y sostenibilidad del sistema pensional”.

No obstante lo anterior, y en consonancia con lo establecido en la Sentencia C-789 de 2002, la Corte consideró que la restricción de la disposición demandada no podía ser aplicable para las personas beneficiarias del régimen de transición por tiempo de servicio, es decir, aquellos que hubieren cotizado por 15 años o más para el 1 de abril de 1994, dado que a estas, “no puede desconocerse la potestad reconocida a las personas previstas en las hipótesis normativas de los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de retornar en cualquier tiempo al régimen de prima media con prestación definida y, por lo mismo, hacer efectivo su derecho pensional con fundamento en las disposiciones que le resulten más benéficas”. En consecuencia, los beneficiarios del régimen de transición por tiempo de servicio cotizado podrán trasladarse de régimen en cualquier momento, incluso cuando le faltaren menos de 10 años o menos para alcanzar su pensión de vejez, manteniendo los beneficios del régimen de transición, solo en este puntual caso, atendiendo la normatividad vigente aplicable NO es posible inaplicar de otra forma el mandato legal, criterio retirado en la jurisprudencia SU 062 DE 2010.



Abogados
& Consultores
Group S.A.S.



ANGEL
ASESORES
ASOCIADOS

Del anterior recuento, se puede concluir que, según la jurisprudencia constitucional, algunas de las personas amparadas por el régimen de transición pueden regresar, al régimen de prima media cuando previamente hayan elegido el régimen de ahorro individual o se hayan trasladado a él, con el fin de pensionarse de acuerdo a las normas anteriores a la ley 100 de 1993. Estas personas son las que cumplan los requisitos anteriormente señalados.

Así las cosas y analizando lo manifestado por la demandante ante el deber de información que deben brindar las administradoras de fondos de pensiones, se debe indicar que La norma hace énfasis en que la decisión debe ser libre y voluntaria, y es sobre este punto en que las administradoras de fondos de pensiones tienen una obligación con el afiliado, y es ayudarles a resolver todas esas dudas que sirven de antesala a una selección de régimen, esto es en últimas un deber de asesoría.

A su turno, el Decreto 2241 de 2010, fue específico en reglamentar el Régimen de Protección al Consumidor Financiero del Sistema General de Pensiones; consagró como derecho de los consumidores financieros, el derecho a ser informado de “manera cierta, suficiente, clara y oportuna de las condiciones del Sistema General de Pensiones, del nuevo sistema de administración de multifondos, de las diferentes modalidades de pensión y de los efectos y consecuencias de la no toma de decisiones”.

En este orden de ideas, se tiene que las administradoras siempre están dispuestas a brindar información a sus afiliados, y que su conducta obedeció a una decisión libre y voluntaria, pues la misma se ve manifestada en señal de aceptación con la suscripción del formulario de vinculación, en razón de lo anterior y de conformidad con la información que reposa en el expediente no se evidencia que la actora haya sufrido engaño, por el contrario indica en el formulario de afiliación que la escogencia del régimen pensional es libre y voluntaria.

Queda claro entonces que aún impera la regla general “aquellos que les hiciera falta 10 años o menos para adquirir la pensión no podrán trasladarse de régimen” debiendo por tanto sujetarse a las normas que gobiernan lo relativo al régimen de ahorro individual.

Desde la afiliación y/o traslado de régimen la demandante no ha manifestado inconformidad alguna respecto de la información brindada, dando a entender que las mismas se cumplieron a cabalidad, generando así expectativas referentes a que la afiliación se ejecutó conforme a la ley, por tal razón no puede aceptarse que después de tanto tiempo se alegue nulidad de afiliación, desconociéndose principios rectores de la buena fe y de que nadie puede ir en contra de sus propios actos.

Ahora bien, descendiendo al caso en concreto, se evidencia que no es posible declarar el traslado de régimen, de conformidad con las consideraciones expuestas, pues del material probatorio allegado en la demanda, se tiene que la señora NURY FABIOLA GARZON BUSTOS, ya se encuentra pensionada por parte de PORVENIR, y adicional a ello NO cuenta con 15 años de servicio o su equivalente en semanas a la fecha de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, al 1º de abril de 1994, por no ser beneficiaria del régimen de transición, razón por la cual no existen razones de hecho y de derecho que permitan acceder a las pretensiones de la demandante.

Así las cosas, se evidencia que la demandante presenta un traslado al Régimen de Ahorro Individual administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., entidad que es la actual administradora de los fondos de pensiones de la actora, lo que significa que, a la fecha, el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual tiene plena validez, máxime cuando ha permanecido afiliada desde hace más de 20 años, sin que hubiera ejercido dentro del término legal el traslado de régimen a Colpensiones, dicho silencio conlleva a manifestar que la demandante conocía las consecuencias



Abogados
& Consultores
Group S.A.S.



ANGEL
ASESORES
ASOCIADOS

generadas con el traslado de régimen y aun así permaneció en él, dicha permanencia es una señal de aceptación que impide alegar que se encuentra viciado de nulidad por falta de información veraz, real y completa.

Al respecto tenemos que en la sentencia SL 373-2021, 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.

En la sentencia SL 373-2021, la cual 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.

Para soportar su tesis, la mencionada Corporación 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.

Además se tiene que la Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante) 1, lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar 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. Basta con relevar algunas situaciones:

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.



Abogados
& Consultores
Group S.A.S.



ANGEL
ASESORES
ASOCIADOS

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requeriría la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defiendan los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

Se debe tener en cuenta que la carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica, sin ninguna ponderación, y en desigualdad de las partes involucradas en un proceso. El artículo 167 de la ley 1564 de 2012, precisa:

ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.



Abogados
& Consultores
Group S.A.S.



ANGEL
ASESORES
ASOCIADOS

Así las cosas, la regla general es que 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 Corte Suprema sin atender las situaciones particulares de cada caso, invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y exime 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 de la 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”.

Igualmente destaca la Corte constitucional que 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”. Además, agrega con nitidez que “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.”

En conclusión, con lo señalado hasta ahora, la carga dinámica de la prueba no puede invertirse de una forma arbitraria y sin considerar los aspectos particulares de cada caso debidamente individualizado, tal y como lo precisó la Corte Constitucional en la citada providencia C 086 de 2016:

Imponer al juez la obligación de acudir en todos los eventos a la institución de la carga dinámica de la prueba, y no de manera ponderada de acuerdo con las particularidades de cada caso y los principios generales de la Ley 1564 de 2012, significaría alterar la lógica probatoria prevista en el estatuto procesal diseñado por el Legislador, para en su lugar prescindir de las cargas procesales razonables que pueden imponerse a las partes y trasladar esa tarea únicamente al juez.

Respecto del comportamiento del afiliado en el sistema

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

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

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.

Respecto al retorno en cualquier tiempo al RPM, faltando menos de 10 años para la edad de pensión debe realizarse atendiendo: (i) las expectativas pensionales del afiliado y (ii) la sostenibilidad financiera

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



Abogados
& Consultores
Group S.A.S.



ANGEL
ASESORES
ASOCIADOS

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.”

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”

Finalmente respecto a las Sentencias C 258 de 2013 y SU 230 de 2015:

La Corte Suprema desconoció sentencias como la C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, en cuanto a la sostenibilidad financiera del sistema pensional y las relativas a que el derecho pensional NO es absoluto y debe compadecerse con el interés público.

En primer término, distingue el método de financiación de los dos sistemas:

“5.15. A manera de conclusión, puede afirmarse que el sistema general de pensiones establecido en la Ley 100 de 1993, y en las correspondientes disposiciones que la modifican o adicionan, se estructura y organiza bajo dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten: (i) el régimen de prima media con prestación definida y (ii) el régimen de ahorro individual con solidaridad, cada uno de los cuales presenta particulares característicos. El primero de ellos, hace referencia al sistema de financiación de pensiones administrado por el ISS, en el que los aportes de cada afiliado integran un fondo común con el cual se financian todas las pensiones. En este régimen el derecho a la pensión se obtiene únicamente cuando el afiliado cumple los requisitos de edad y tiempo de cotizaciones previsto en la ley. El segundo, a diferencia del anterior, corresponde a un sistema en el que las pensiones se financian a través de una cuenta de ahorro individual, administrada por la AFP a la cual se encuentre afiliado el usuario, y el derecho a dicha prestación se obtiene con base en el capital depositado en la respectiva cuenta, sin que para ello sea exigible el requisito de edad o determinado número de semanas de cotización. Cabe destacar que, hecha la selección inicial a cualquiera de estos regímenes, los afiliados tienen la posibilidad de trasladarse de uno a otro, en los términos del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.”

Sobre la problemática relacionada con el traslado de régimen pensional la Corte expresa:



Abogados
& Consultores
Group S.A.S.



ANGEL
ASESORES
ASOCIADOS

“8.1. Retomando lo expuesto en el numeral 7.2 de esta sentencia, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición por cumplir el requisito de edad, la escogencia del régimen de ahorro individual o el traslado que hagan al mismo, trae como consecuencia inexorable la pérdida del régimen de transición.

8.2. El evento en el cual el trabajador decide acogerse definitivamente al régimen de ahorro individual no presenta mayores implicaciones, pues resulta apenas lógico que si un sujeto del régimen de transición, voluntariamente, decide que su pensión se rija no por los requisitos legales de edad y semanas de cotización, sino de acuerdo al capital acumulado en una cuenta individual, le sea aplicable forzosamente las disposiciones de la Ley 100/93.

8.3. Sin embargo, no sucede lo mismo en el segundo evento, es decir, cuando el trabajador decide trasladarse al régimen de prima media luego de haber escogido al régimen de ahorro individual, pues en este caso, tal decisión tiene importantes repercusiones en las aspiraciones pensionales de estos trabajadores, pues, como se dijo anteriormente, ello acarrea la pérdida del régimen de transición. Desde esa perspectiva, el traslado deja de ser un asunto de simple connotación legal y adquiere una indudable relevancia constitucional, por comprometer derechos fundamentales como la seguridad social y el mínimo vital.”

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 vigor de este acto legislativo deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas.”

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”.

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.

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.

En atención a lo indicado, cuando se declara la nulidad y/o ineficacia del traslado (según se advierte en las sentencias CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL17595-2017, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, rad. 56174) hay lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, es decir: i) Recursos cuenta individual de ahorro, ii) Cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, iii) Rendimientos, iv) Anulación de Bonos Pensionales v). Porcentaje destinado al pago de Seguros Previsionales y gastos de administración, de conformidad con el principio de sostenibilidad financiera: la financiación y la fiscalidad de la seguridad social, la gestión de la seguridad social impone el que deba realizarse a través de una institucionalidad compleja, ordenada como sistema, entre cuyos elementos estructurales está el de los fondos económicos, con lo que se han de proveer los recursos indispensables para cubrir el costo de las prestaciones de protección a los afiliado.

INEFICACIA: De acuerdo a 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



Abogados
& Consultores
Group S.A.S.



ANGEL
ASESORES
ASOCIADOS

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.

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).



Abogados
& Consultores
Group S.A.S.



ANGEL
ASESORES
ASOCIADOS

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 exige 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.

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”.

INOPONIBILIDAD POR SER COLPENSIONES UN TERCERO DE BUENA FE: Entendida la inoponibilidad (mecanismo protector), como la ineficacia de un acto o la ineficacia de una nulidad frente a terceros. Es decir, que 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.

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



Abogados
& Consultores
Group S.A.S.



ANGEL
ASESORES
ASOCIADOS

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, 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”

PROCEDENCIA DE LA FIGURA DE PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LA ACCIÓN LABORAL

El fenómeno extintivo de la prescripción se encuentra regulado expresamente 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, así:

“ARTÍCULO 151. PRESCRIPCIÓN. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible...”

“PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES ARTÍCULO 488. REGLA GENERAL. Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.”

En tal sentido, la prescripción radica en la tardanza en el ejercicio de la acción durante el lapso consagrado en las leyes para tal efecto, lo que hace presumir el abandono del derecho, cuyo efecto no es otro que la improductividad de la acción tendiente a reclamar el derecho.

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la sentencia SL8544- 2016, señaló respecto a la imprescriptibilidad lo siguiente: “Por lo demás, esta visión del salario y su papel en la consolidación de la pensión empalma perfectamente con el pensamiento de la Sala en el sentido que los elementos consustanciales a la prestación pensional no prescriben y, por este motivo, pueden ser revisados judicialmente en cualquier momento.

Así, se ha dicho jurisprudencialmente que aspectos tales como el porcentaje de la pensión, los topes máximos pensionales, los linderos temporales para determinar el IBL y la actualización de la pensión, no se extinguen por el paso del tiempo, pues constituyen aspectos ínsitos al derecho pensional (CSJ SL, 19 may. 2005, rad. 23120; CSJ SL, 5 dic. 2006, rad. 28552; CSJ SL, 22 ene. 2013, rad. 40993; CSJ SL6154-2015)”.

Tesis que en criterio de Colpensiones no tiene relación con el caso en debate, pues el problema jurídico que lo originó se relaciona con el acto de afiliación o traslado entre regímenes pensionales, que no es un aspecto consustancial a la prestación pensional y por lo mismo, no goza del carácter de imprescriptible.

Por las razones anteriores, no se cumplen con los preceptos normativos para acceder a lo que hoy se deprecia

5. EXCEPCIONES DE FONDO

PRIMERA. AUSENCIA DE LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR LA LEY PARA OBTENER LA INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN.



Abogados
& Consultores
Group S.A.S.



ANGEL
ASESORES
ASOCIADOS

Esta excepción se funda en que no es posible acceder a la nulidad de traslado del régimen solicitada, por cuanto, con los documentos aportados con la demanda, la parte activa no logro demostrar que se haya originado un vicio o error del consentimiento, según lo establecido en el artículo 1502 del Código Civil. Ahora bien, es preciso indicar que la demandante encuentra a menos de 10 años de cumplir la edad de pensión, debiendo atenerse a lo establecido en los artículos 2 de la Ley 797 de 2003 y artículo 1 del Decreto 3800 de 2003.

SEGUNDA. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO:

La selección de uno cualquiera de los regímenes existentes sea Régimen de Ahorro individual con Solidaridad o Régimen de Prima Media con Prestación Definida es una potestad única y exclusiva del afiliado quien de manera libre y voluntaria escoge el fondo de su elección, por ello la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES no está obligada a realizar el traslado del RAIS al RPM.

Además de lo anterior, en ninguna circunstancia es el empleador o la empleadora, y menos de consuno los fondos de pensiones, el o la que pueda direccionar la voluntad de un trabajador o una trabajadora para que se acoja a uno u otro de los regímenes de pensiones que permite el SGSS, pues esa escogencia reitero inequívocamente es del fuero del servidor o la servidora.

En el presente caso adicionalmente tenemos que la demandante ya se encuentra pensionada por parte de PORVENIR, por lo que de conformidad con lo indicado en la sentencia SL 373-2021, que 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.

En la sentencia SL 373-2021, la cual 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.

Para soportar su tesis, la mencionada Corporación 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.



Abogados
& Consultores
Group S.A.S.



ANGEL
ASESORES
ASOCIADOS

Además se tiene que la Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante) 1, lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar 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. Basta con relevar algunas situaciones:

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requeriría la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.



Abogados
& Consultores
Group S.A.S.



ANGEL
ASESORES
ASOCIADOS

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

En ese orden de ideas, COLPENSIONES únicamente debe ajustarse plenamente a la Ley, en todas y cada una de sus actuaciones administrativas, tal y como lo dispuso en el caso particular que se ciñó de manera rigurosa, exacta y correcta a las disposiciones constitucionales, legales y a los reglamentos de la Institución, razón por la cual no es dable desconocer por vía de Jurisprudencia, las tan claras reglas legales sobre prestaciones y obligaciones de las Entidades de seguridad social, que todos los juzgadores están obligados a acatar.

TERCERA. CARENIA PROBATORIA

La demandante no allega al plenario medio de prueba que pueda dar certeza sobre el engaño alegado por la parte actora respecto a la vinculación suscrita con los fondos privados.

CUARTA. PRESCRIPCIÓN GENÉRICA.

Sin implicar confesión o reconocimiento de derecho alguno, propongo en esta excepción por tratarse de un derecho laboral y de seguridad social.

CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO. Artículo 488. REGLA GENERAL. Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO LABORAL

Artículo 151. PRESCRIPCIÓN. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

QUINTA. BUENA FE

De conformidad con el artículo 83 de la Constitución Política las actuaciones de todos los conciudadanos y entidades públicas debe entenderse bajo la premisa de realizarse con este principio, donde se señala “las actuaciones de los particulares y de las autoridades deberán ceñirse a los postulados de la buena fe la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas”.

SEXTA. EXCEPCIÓN GENÉRICA

De conformidad con el artículo 282 del Código General del Proceso que señala:



Abogados
& Consultores
Group S.A.S.



ANGEL
ASESORES
ASOCIADOS

ARTÍCULO 282. RESOLUCIÓN SOBRE EXCEPCIONES. En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda. Cuando no se proponga oportunamente la excepción de prescripción extintiva, se entenderá renunciada.

Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, debe abstenerse de examinar las restantes. En este caso si el superior considera infundada aquella excepción resolverá sobre las otras, aunque quien la alegó no haya apelado de la sentencia.

Cuando se proponga la excepción de nulidad o la de simulación del acto o contrato del cual se pretende derivar la relación debatida en el proceso, el juez se pronunciará expresamente en la sentencia sobre tales figuras, siempre que en el proceso sean parte quienes lo fueron en dicho acto o contrato; en caso contrario se limitará a declarar si es o no fundada la excepción.

Solicito a su señoría declarar la excepción que encuentre probada en el interior del proceso que ocupa nuestra atención, ya sea con las pruebas aportadas por el demandante o las demás arrimadas al plenario.

6. PRUEBAS

Solicito al Señor Juez se tengan como tales las siguientes:

DOCUMENTALES Que se tengan como pruebas los documentos aportados en el escrito de la contestación.

7. NOTIFICACIONES

Recibiré notificaciones en la Oficina UT DEFENSA COLPENSIONES 2023, ubicada en la Carrera 1 B Oeste # 6 - 38 en la ciudad de Cali, así como a través del siguiente correo electrónico aleja_94_03@hotmail.com, número telefónico 3006736035

De la Señora Jueza;

Atentamente

ANA ALEJANDRA ORTEGÓN FAJARDO
C.C. No. 1.144.070.546 de Cali
T.P. No. 280.620 del C. S. J.
ELAB/A.A.O. F
REP/ LLAMAMIENTO EN GARANTIA
Correo electrónico: aleja_94_03@hotmail.com