

**CERTIFICADO COMITE DE CONCILIACION PROCESO ORDINARIO LABORAL RADICADO
08001310500320230028100 DEMANDANTE GRACIELA REBECA GUTIERREZ CASAS DEMANDADA
COLPENSIONES - OTROS**

Carmen Cecilia Rivero <carmencrivero@gmail.com>

Lun 15/04/2024 8:01

Para: Juzgado 03 Laboral Circuito - Atlántico - Barranquilla <lcto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co>

📎 1 archivos adjuntos (358 KB)

CERTIFICACIÓN GRACIELA REBECA GUTIERREZ CASAS .pdf;

Doctor:

**SERGIO LEONARDO SÁNCHEZ HERRÁN
JUZGADO TERCERO LABORAL DE BARRANQUILLA
BARRANQUILLA – ATLÁNTICO**

DEMANDANTE: GRACIELA REBECA GUTIERREZ CASAS C.C 32.608.582

DEMANDADA: COLPENSIONES NIT. 900.336.004-7

DEMANDADA: PROTECCIÓN S.A. – NIT. 800.138.188-1

DEMANDADA: COLFONDOS S.A. – NIT. 800.149.496-2

MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO NIT. 899.999.090-2

RADICACIÓN No 08001310500320230028100

ASUNTO: CERTIFICADO COMITE DE CONCILIACION

CARMEN CECILIA RIVERO RASGO, en mi calidad de Apoderada Externo de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES- debidamente facultada para actuar mediante Escritura Pública No. 3.460 de fecha 12 de septiembre de 2019 dentro de este proceso, con el presente escrito se está aportando Certificado No. 067092024 expedida por la Secretaria Técnica del Comité de Conciliación y Defensa Judicial de Colpensiones donde deciden NO proponer fórmula conciliatoria lo anterior para los fines legales pertinentes.

Anexo: Certificado del Comité de Conciliación (18) folios

Honorable Juez

Cordialmente,

CARMEN CECILIA RIVERO RASGO

Apoderada Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES

Regional Caribe

CERTIFICACIÓN NO. 067092024

La secretaria técnica del Comité de Conciliación y Defensa Judicial

CERTIFICA

Que tal y como consta en el Acta No. 064-2024 del 10 de abril de 2024 del Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, respecto del proceso bajo radicado No **08001310500320230028100** instaurado por el (la) ciudadano(a) **GRACIELA REBECA GUTIERREZ CASAS** identificado(a) con cédula de ciudadanía No **32608582**, en, quien pretende: PRIMERO: Decretar la INEFICACIA del primer acto de traslado que realizó la Señora GRACIELA REBECA GUTIERREZ CASAS, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 32.608.582 del ISS hoy Colpensiones administrado por el Régimen de Prima Media al Fondo Privado PROTECCIÓN S.A SEGUNDO: Decretar la INEFICACIA de los subsiguientes actos de traslados que realizó la Señora GRACIELA REBECA GUTIERREZ CASAS, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 32.608.582 de la hoy PROTECCIÓN administrado por el RAIS al Fondo Privado PROTECCIÓN S.A TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES, que proceda a RECIBIR al demandante GRACIELA REBECA GUTIERREZ CASAS, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No 32.608.582 como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida CUARTO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. que, de manera inmediata, proceda a realizar la devolución de los aportes, rendimientos, bonos pensionales y demás emolumentos inherentes a la cuenta de ahorro individual del demandante GRACIELA REBECA GUTIERREZ CASAS, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No 32.608.582, a COLPENSIONES. QUINTO: Se ordene al MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO, que una vez se conceda el traslado de mi apadrinado a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, se realice a su vez, el traslado del bono pensional a que tiene derecho el demandante GRACIELA REBECA GUTIERREZ CASAS, identificado con la cédula de ciudadanía No. 32.608.582 SEXTO: Que se condene a las demandadas al pago de las costas del proceso incluidas las agencias en derecho SÉPTIMO: Fallar Extra y Ultra Petita , dicho órgano decidió:

NO proponer fórmula conciliatoria, en consideración a lo siguiente:

Del relato de los hechos se puede sintetizar

HECHOS NO ACREDITADOS POR LA PARTE ACTORA

CONSULTA HISTORIA LABORAL UNIFICADA que la demandante señora GRACIELA REBECA GUTIERREZ CASAS se encuentra en la base de datos de Afiliados de Colpensiones y que cotizo al Régimen de Prima media.

Dentro de los documentos aportados por la coodemandada PROTECCION S, A se evidencia la fecha de nacimiento de la demandante GRACIELA REBECA GUTIERREZ CASAS 10 de noviembre de 1968

HECHOS PROBADOS

Se vinculó PROTECCIÓN S.A en junio de 1995 y a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLPATRIA (HOY EN DÍA COLFONDOS) en septiembre de 1998.

Al momento del presente estudio se verificó en el Registro Único de Afiliados -RUAF- que la demandante no ostenta la calidad de pensionado, lo que en todo caso deberá constatarse por medio de las pruebas solicitadas, decretadas y practicadas al interior de la litis.

DESARROLLO DE LA LITIS.

Del contenido del libelo introductor, la súplica de la parte actora va encaminada a que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, basada en la omisión de información clara y precisa que ha debido brindarle la A.F.P., en punto a las condiciones y consecuencias del cambio de régimen.

De otra parte, se encuentra probado la afiliación al régimen de ahorro individual, pues tras la vigencia del sistema general de pensiones, la demandante no hizo ninguna cotización al ISS hoy Colpensiones y por tal razón lo apreciable es una selección inicial y no un traslado de régimen el suscitado en junio de 1995 , cuando se vinculó a PROTECCION S.A.

En el caso concreto, se considera que las pretensiones esbozadas en el escrito de demanda no se encuentran llamadas a prosperar toda vez que revisados los aplicativos de la entidad como los documentos dentro del plenario, no existen registros de vinculación de la demandante señora GRACIELA REBECA GUTIERREZ CASAS con COLPENSIONES que la actora nunca ha estado afiliada con el RPM,

Así mismo, se destaca en el caso que nos ocupa que, en relación a la afiliación al R.A.I.S., no existe dentro del expediente, material probatorio que haga inferir que el mismo estuvo viciado en forma alguna, razón por la cual se presume que aquélla se efectuó contándose desde un principio, con la decisión libre y voluntaria por parte de la demandante señora GRACIELA REBECA GUTIERREZ CASAS tal cual, lo exige la Ley 100 de 1993 en su artículo 13 literal B. y al ser el traslado de régimen completamente válido, no hay lugar a acceder a tal pretensión, máxime cuando no se demostró la

causal de nulidad o ineficacia que invalide la afiliación voluntaria de la demandante en el R.A.I.S. Resulta evidenciado que la demandante se afilia en junio 1995 a PROTECCION S.A Y en septiembre de 1998 A COLFONDOS actualmente afiliada, de lo que se infiere su vocación de permanencia en el régimen de ahorro Individual con solidaridad por más de dos décadas, se concluye la voluntad de la demandante de continuar en dicho régimen, se reitera de ahí su permanencia en ese régimen y que a su vez refleja que contaba con todos los elementos para forjar su elección, por lo cual al analizar el material probatorio se puede colegir su vocación de permanencia en el régimen de ahorro individual y, no existiendo soporte probatorio para obligar a la codemandada Colpensiones a recibir a la actora como afiliada.

EL MARCO NORMATIVO Y LOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES

Al respecto debe tenerse en cuenta lo siguiente:

El artículo 2º Numeral e de la ley 797 de 2003, que modifica el artículo 13 de ley 100 de 1993 establece que 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; De lo anterior se puede concluir que:

El afiliado se puede pasar de un régimen a otro siempre que haya permanecido como mínimo 5 años en el régimen del cual quiere huir.

El afiliado no podrá cambiar de régimen cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad que le da derecho a la pensión.

Sin embargo, conforme precedente judicial establecido por C – 789 del 2002, C – 754 del 2004, C – 1024 del 2004, SU – 062 del 2010, SU – 130 del 2013 y SU – 856 del 2013, la Ley 797 del 2003, los Decretos 3800 del 2003 y 3995 del 2000

Solo se exceptúan de estos requisitos las personas que se trasladaron en el periodo de gracia establecido en la Ley 797 del 2003 entre el 29 de Enero del 2003 y el 28 de Enero del 2004, periodo que corresponde al periodo de gracia que dio la Ley 797 del 2003 para que las personas pudieran recuperar el régimen de transición, por lo cual éstas personas NO requieren que se les solicite a la Gerencia de Ingresos y Egresos de la Vicepresidencia de Financiamiento e Inversiones de COLPENSIONES, el cálculo de rentabilidad para recuperar el régimen de transición, ni los 15 años de servicio a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.”

Sin embargo la Corte Constitucional mediante sentencia SU -130 de 2013, unificó su jurisprudencia frente a los requisitos exigidos para la procedencia del traslado entre regímenes rechazando la tesis que permite el cambio de régimen en cualquier tiempo de todos los beneficiarios del régimen de transición, ya sea por edad o tiempo de servicios y acogió el pronunciamiento de las sentencias C-789 del 2002 y C-1024 del 2004, que declararon inexequibles las disposiciones de la Ley 100 de 1993 que regulan este asunto.

Según los fallos de constitucionalidad, solo los afiliados con 15 años o más de servicios cotizados al 01 de abril de 1994 puede realizar ese traslado en cualquier momento sin que pierdan los beneficios del régimen de transición, de forma que no les aplica la prohibición literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 del 2003.

Conforme a lo anterior para la fecha en que el demandante presenta la petición de nulidad e ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual y el regreso al Régimen de Prima Media con prestación definida, le faltaba menos de 10 años para llegar a la edad mínima para pensionarse, por lo cual se encontraba inmerso en la prohibición establecida por la ley para trasladarse de régimen pensional, razón por la cual no podría aceptarse la afiliación al Régimen de Prima Media

con Prestación Definida que administra COLPENSIONES, en virtud del Artículo 2º Numeral E de la ley 797 de 2003

De acuerdo al FÓRMULARIO de afiliación al Régimen de Ahorro Individual, el traslado de régimen pensional se realizó en forma libre y voluntaria, cumpliendo con los requisitos legales, capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita, además la carga de la prueba radica en cabeza de la parte demandante y COLPENSIONES por vía de jurisprudencia no puede otorgar la nulidad de un acto o contrato en el que no es parte.

La eventual afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media y el traslado de los aportes al régimen en mención, depende solamente de la decisión del Juez de instancia, toda vez que es a quien le compete declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual que administra en el presente caso PROTECCION S.AM /COLFONDOS S.A

COLPENSIONES no tiene competencia legal para declarar una nulidad de traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, por cuanto es ajena a los hechos que llevaron al demandante a cambiarse de régimen pensional afiliándose a las Sociedades Administradoras de Pensiones y Cesantías y además a permanecer en el Régimen de Ahorro Individual por más de 20 años.

La Corte Suprema de Justicia ha establecido que, en materia de procedimiento laboral, la parte demandante tiene la carga de probar la culpa o negligencia del empleador, así lo expreso en sentencia SL2799- 2014:

«En efecto, en primer lugar, esta Sala de la Corte ha dicho insistentemente que "...la parte demandante tiene la carga de probar la culpa o negligencia del empleador que da origen a la indemnización contemplada en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, además de que el empleador puede desligarse de ella demostrando diligencia y cuidado en realización del trabajo..."

En consecuencia, para beneficiarse el trabajador de los efectos del artículo 1604 del Código Civil, primero debe probarse el incumplimiento. Una vez surtida esta carga, podrá posteriormente, trasladar al empleador la carga de probar que sí actuó con la diligencia y cuidado para exonerarse de la responsabilidad. Agrega la Corte que en este tipo de «...culpa por abstención...», el trabajador no queda relevado totalmente de sus cargas probatorias.

En igual dirección, en la sentencia CSJ SL4350-2015, la Sala precisó: La censura se duele de que, según su decir, el ad quem no aplicó el artículo 1604 del CC que establece que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe a quien ha debido emplearla, esto es a la empresa; reproche jurídico que no se aviene a la situación del sublite, puesto que, para beneficiarse el trabajador de los efectos de esta norma del Código Civil, primero él debe probar el incumplimiento de parte del empleador de su deber de protección y seguridad del trabajador, en cuyo evento le traslada a aquel la carga de probar que sí actuó con diligencia y cuidado para exonerarse de la responsabilidad por la culpa leve que aplica en asuntos laborales como el presente.

De acuerdo con las anteriores consideraciones, se repite, el Tribunal no incurrió en error jurídico alguno, al concluir que aún en los eventos en los que se plantea una «...culpa por ausencia...», el trabajador no queda relevado totalmente de sus cargas probatorias, pues «...es su deber demostrar el incumplimiento patronal y el nexo de causalidad del mismo con la ocurrencia del accidente.»

La misma corporación en la sentencia CSJ SL, 2005, rad. 23656, señaló:

“Lo anterior no implica, no obstante, como lo plantea la censura, que le baste al trabajador plantear el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección, para desligarse de cualquier carga probatoria, porque, como lo dijo el Tribunal y lo ha precisado la Sala, teniendo en cuenta que no se trata de una especie de responsabilidad objetiva como la del sistema de riesgos laborales, para que opere la inversión de la carga de la prueba que se reclama, primero deben estar demostradas las circunstancias concretas en las que ocurrió el accidente y "...que la causa eficiente del infortunio fue la falta de previsión por parte de la persona encargada de prevenir cualquier accidente..." (CSJ SL, 10 mar. 2005, rad. 23656.).

Por consiguiente, la Corte desconoció su propio precedente en el que establece que en materia laboral no basta con que el trabajador plantee el incumplimiento de las obligaciones a cargo del empleador, para que opere la inversión de la prueba, deben estar probadas las circunstancias del hecho.

Respecto del comportamiento del afiliado en el sistema.

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

Al respecto en la sentencia SL413-2018, expresó:

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

Este aspecto no fue analizado en la providencia demandada, existiendo elementos notorios que exponían la intención del demandante de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como fue el hecho de permanecer más de 9 años afiliado al mismo; afiliación tácita.

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

Sentencia C 086 de 2016. En esta providencia la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 167 del CGP en relación a la carga dinámica de la prueba, precisando que esta figura jurídica puede ser aplicada por el juez, luego de examinar las particularidades de cada caso, sin invertir la lógica probatoria prevista por el Legislador ni alterar las reglas generales en lo concerniente a la distribución de la carga de la prueba, dentro del fallo señaló la Corte:

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

En la regulación aprobada por el Legislador este decidió -también de manera deliberada y consciente- no fijar un catálogo cerrado de episodios en las cuales puede tener cabida la carga dinámica de la prueba. Por el contrario, dejó abierta esa posibilidad al juez, “según las particularidades del caso”, para lo cual mencionó solo algunas hipótesis: (i) la posesión de la prueba en una de las partes, (ii) la existencia de circunstancias técnicas especiales, (iii) la previa y directa intervención en los hechos, (iv) el estado de indefensión o de incapacidad de una de las partes, “entre otras circunstancias similares”.

Los eventos mencionados recogen en buena medida las reglas trazadas por la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la propia Corte Constitucional. Sin embargo, el Legislador facultó a los jueces para evaluar las circunstancias de cada caso y definir si se dan o no los supuestos genéricos para recurrir en ciertos casos a la carga dinámica de la prueba. Esta decisión resulta comprensible y completamente válida, no solo ante la dificultad para anticiparse a nuevas situaciones en una sociedad que presenta vertiginosos cambios –algunos tal vez inimaginables-, sino porque son los contornos de cada situación los que permiten evaluar si la igualdad entre las partes se ha visto o no comprometida y se requiere de la “longa manus” del juez para restablecerla.

De esta manera, para la Corte es claro que en algunos casos el decreto oficioso de pruebas o la distribución de su carga probatoria dejan de ser una potestad del juez y se erige en un verdadero deber funcional. No obstante, ello debe ser examinado de acuerdo con las particularidades de cada caso, sin invertir la lógica probatoria prevista por el Legislador ni alterar las reglas generales en lo concerniente a la distribución de la carga de la prueba. De hecho, para tal fin también se han diseñado diversos recursos y mecanismos de control al interior de cada proceso, e incluso excepcionalmente podrá hacerse uso de mecanismos extraordinarios como la acción de tutela, lo cual ha sido avalado en numerosas ocasiones por la jurisprudencia constitucional”.

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

Sentencia C 993 de 2006. En esta sentencia la Corte analizó la Constitucionalidad de los artículos 1509, 1510 (parcial) y 1511 (parcial) del Código Civil, estableciendo lo siguiente:

“Esta corporación ha manifestado en múltiples ocasiones que el legislador goza de potestad de configuración normativa, en ejercicio de la competencia general para hacer, interpretar, reformar y derogar las leyes, que le atribuyen los Arts. 114 y 150 superiores, siempre y cuando respete los límites representados por los valores, principios y derechos consagrados en la misma Constitución y por el principio de razonabilidad.

En el asunto que se examina, la previsión del error de hecho como vicio del consentimiento en la celebración de los negocios jurídicos, y la exclusión, con tal carácter, del error de derecho, es una expresión del ejercicio de dicha potestad de configuración normativa que respeta los mencionados límites, en particular los principios de autonomía de la voluntad privada y de igualdad invocados en los cargos de la demanda. En desarrollo del principio de seguridad jurídica, el ordenamiento civil colombiano 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. 9º del Código Civil, en virtud del cual “la ignorancia de las leyes no sirve de excusa” y en el Art. 1509 *ibidem*, una de las normas objeto de la demanda que se estudia, que dispone que “el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento”. Esto último 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. (...)

Las normas acusadas no vulneran el principio de la autonomía de la voluntad privada, puesto que la ausencia de reconocimiento del error de derecho como vicio del consentimiento no priva a las personas de la facultad de celebrar negocios jurídicos y de definir las condiciones y términos de los mismos, con efecto vinculante, para alcanzar los fines de aquella, siempre y cuando respeten las normas imperativas y el orden público. Sin embargo, puede advertirse que, como es lógico, dicha circunstancia exige lógicamente una mayor carga de claridad y diligencia de las partes del negocio en su celebración, para evitar las consecuencias adversas del negocio celebrado con ese tipo de vicio. (...)

La Corte Constitucional ha expuesto numerosas veces que desde su origen histórico el principio de igualdad implica un trato igual para quienes se encuentran en situaciones iguales, y un trato desigual para quienes se encuentran en situaciones desiguales. En consecuencia, si se plantea que se viola dicho principio.

En el presente caso la Corte Suprema desconoció el precedente Constitucional al valerse de la presunta ignorancia de la ley del afiliado para considerarlo lego o inexperto. El error de derecho no es justificable en los negocios jurídicos menos para buscar un aprovechamiento pensional.

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

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

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

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

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

9.2.3.4. Desde esta perspectiva, explicó que “ el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes”(…)

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

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

“106. Tal como se deriva del texto mismo del artículo 21 de la Convención Americana, el derecho a la propiedad no es absoluto pues su uso y goce puede ser subordinado al interés social.

La Corte Interamericana ha señalado que el derecho a la propiedad debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales [30]. En palabras de la Corte, “la función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional

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

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

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

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

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

En consecuencia, de conformidad con la ley y la jurisprudencia Constitucional solo quienes tienen 15 años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, pueden trasladarse “en cualquier tiempo” del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, con el fin de hacer efectivos los beneficios del régimen de transición. Para tal efecto, deberán trasladar a éste todo el ahorro que hayan efectuado al régimen de ahorro individual, el cual no podrá ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media. De esta forma la Corte Constitucional solo ha permitido el traslado en cualquier tiempo en los eventos que un afiliado que inicialmente pertenecía al RPM, se afilia al RAIS y desea volver al primero. Podrá hacerlo siempre y cuando conserve el régimen de transición y adicionalmente acredite 15 años de cotización al 1 de abril de 1994.

Sobre la Sentencia C-789 de 2002, la Corte expresa:

“9.1.7. Bajo esas premisas, se reitera, encontró justificado la Corte que el legislador, a través de los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100/93, solo haya decidido excluir del régimen de transición a sus beneficiarios por edad, cuando éstos tomen la decisión de cambiarse del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad. Acorde con esa lectura, puntualizó la Corte que únicamente quienes cumplan con el requisito de tiempo de servicio, no pierden los beneficios del régimen de transición por el hecho de trasladarse de régimen pensional. (...)9.2. La Ley 797 de 2003 y sus efectos

9.2.2.1. Dentro del propósito de darle mayor estabilidad y sostenibilidad al sistema pensional, con posterioridad a la Sentencia C-789 de 2002, el Congreso de la República expidió la Ley 797 de 2003, “por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales Excepcionales y especiales”.

9.2.2.2. En lo que interesa a la presente causa, el artículo 2° del citado ordenamiento modificó el literal e) del artículo 13 de Ley 100/93, norma que se ocupa de las características del SGP. Dentro de ese contexto, el referido literal e) regula lo relacionado con el traslado de régimen pensional y en su versión original, establecía que los afiliados al SGP solo podían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial. Precisamente, en procura de un mayor nivel de estabilidad y sostenibilidad del sistema, con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, se extendió el término de traslado de tres (3) a cinco (5) años y, adicionalmente, se fijó un límite para el ejercicio de tal prerrogativa, en el sentido de que no podrán trasladarse de régimen quienes les falte diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Con el fin de que las personas que para ese momento se encontraban dentro de la hipótesis normativa, no se vieran sorprendidas con la nueva regulación, el legislador estableció una medida de transición o período de gracia, consistente en permitirle a todos los afiliados, en el término de un (1) año, contado a partir de la entrada en vigencia de la ley, trasladarse de régimen en cualquier tiempo.”,

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 características. 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:

“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.”

Sentencia SL-1120 del 2020 Corte Suprema de Justicia -Sala Laboral:

Se resuelve negar la nulidad del Traslado y afiliación al Régimen de Ahorro Individual y establece que es necesario demostrar en el proceso judicial que efectivamente el traslado de régimen pensional ocurrió como consecuencia del engaño y asalto en la buena fe por falta de una información veraz de parte de los fondos de pensiones.

“Conviene recordar que a la luz del artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en los juicios del trabajo, los jueces pueden formar libremente su convencimiento, «[...]inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes» (CSJ SL-15058-2017).

En este orden de ideas, si bien el artículo 60 de la misma norma impone la obligación de analizar todas las pruebas oportunamente allegadas, también están facultados a darle mayor valor a cualquiera de ellas sin sujetarse a una tarifa legal, salvo cuando la ley exija determinada solemnidad ad substantiam actus, pues en esa eventualidad «[...] no se podrá admitir su prueba por otro medio».

Haciendo uso de esta facultad, el juez colegiado declaró que no existieron suficientes medios probatorios que dieran certeza del engaño planteado por la impugnante, toda vez que los testigos traídos al proceso simplemente trasmitieron el querer del accionante quedando desvirtuados en consecuencia el engaño, la presión y el que la actora haya sido asaltada en su buena fe que en definitiva constituyen vicios del consentimiento, pues como ya se dijo falsear la realidad es engañar y ejercer presión equivale a la fuerza, aunque no hay duda que si en gracia de discusión se aceptara como demostrada esa presión no es posible otorgarle la entidad suficiente para enervar la libertad de la señora Luna Álvarez al momento de inclinarse por suscribir su traslado al RAIS concretamente.

Como se indicó anteriormente, únicamente son pruebas hábiles en la casación del trabajo las indicadas en el artículo 7° de la Ley 16 de 1969. En esta medida, las declaraciones Extrajuicio, acusadas por la censura como erróneamente apreciadas, no pueden fundar el error necesario para quebrar el fallo de segunda instancia. Así lo ha expresado esta Corte, entre otras, en la sentencia CSJ SL1744-2018 que estimó:

En efecto, la Corporación ya había sentado en relación con las declaraciones extraprocesales, como la discutida en juicio, que éstas no son prueba apta para FÓRMULAR ataque en casación, pues su naturaleza es testimonial y su estudio sólo es posible si previamente se demuestra error manifiesto con base en alguna prueba calificada; conforme a la limitación legal contemplada en el Artículo 7° de la Ley 16 de 1969 (CSJ SL-20745 / 2017), todo lo cual se aleja de lo visto en el sub lite.

En este sentido, teniendo en cuenta que tampoco fue posible demostrar el error del Tribunal mediante las pruebas anteriormente señaladas, no será viable su estudio en casación y, por ende, no fueron demostrados los errores de hecho atribuidos al Tribunal.

El traslado efectuado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual de la demandante, conserva incólume su presunción de validez y surte plenamente sus efectos en el mundo jurídico, ya que fue expedido por la autoridad competente, observando la ritualidad exigida para su creación y ejecutor, y tanto Los motivos en los que se fue , como la motivación que contiene son conscientes y congruentes con las normas superiores que regulan lo concerniente al traslado de régimen pensional. Adicionalmente no se ha acreditado efectivamente alguna causal de nulidad, haciendo improcedente su declaratoria.

Dentro del acervo probatorio y teniendo la demanda cómo eje central se debe demostrar que la Administradora del Fondo de Pensiones Privado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, NO otorgó la información correcta, suficiente y oportuna para realizar el cambio de régimen, dichos argumentos deben ser controvertidos de acuerdo a la Sentencia de la Honorable Corte

Suprema de Justicia SL-413 /2018, que expresó:

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

De conformidad a lo expuesto, resulta claro que la parte demandante siempre tuvo la intención de permanecer vinculado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - R.A.I.S. – y ello es así, tanto que teniendo la oportunidad de cambiar de régimen pensional y solicitar traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, optó por seguir voluntariamente efectuando aportes ante la A.F.P. PROTECCION S.A – COLFONDOA S.A actualmente afiliada.

Como quiera que, la parte demandante, no logra acreditar con las documentales obrantes en el expediente, que su consentimiento hubiere sido viciado en los términos del artículo 1508 del Código Civil Colombiano, a través del error, la fuerza o el dolo, se considera que la nulidad de traslado de régimen pensional solicitada no se encuentra llamada a prosperar. Por lo anterior, esa falta de consentimiento informado como elemento esencial hace inexistente el negocio jurídico llámese afiliación o traslado de régimen, para lo cual, la falta de esta exigencia legal permite que el negocio jurídico al ser ineficaz no genere efecto jurídico alguno.

Ahora bien, no se requiere además que la ineficacia del traslado de régimen pensional sea exclusivamente aplicable a aquellos afiliados que pertenezcan al régimen de transición, dicha consecuencia jurídica es aplicable a todos los afiliados sin exclusión, que en sus traslados se demuestre sin duda alguna que no tuvo un consentimiento informado; no obstante a lo anterior, según reciente pronunciamiento del Tribunal Superior de Medellín- Sala Especializada Laboral, se reitera que la declaratoria de ineficacia del traslado de Régimen pensional solo es aplicable a los afiliados y no a aquellas personas que ya se encuentran pensionadas (Radicado: 05001-31-05-

0072015-01295-01) con miras a la protección tanto de la seguridad social como derecho fundamental pero también de la estabilidad financiera del Sistema y seguridad jurídica.

Respecto de legitimación en la causa por pasiva, la Corte Constitucional, ha manifestado que:

“La legitimación en la causa es una calidad subjetiva de las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso. Por tanto, cuando una de las partes carece de dicha calidad o atributo, no puede el juez adoptar una decisión de mérito y debe entonces simplemente declararse inhibido para fallar el caso de fondo. La legitimación pasiva se consagra como la facultad procesal que le atribuye al demandado la posibilidad de desconocer o controvertir la reclamación que el actor le dirige mediante la demanda sobre una pretensión de contenido material “

Al respecto la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado de manera reiterada, la importancia que se acredite el presupuesto de legitimación en la causa para que las partes puedan actuar dentro de un proceso, en este sentido está el pronunciamiento realizado mediante Sentencia del 25 de mayo de 2011, expediente: 20146 del 19 de octubre de 2011, expediente 19630 en los siguientes términos:

La legitimación en la causa por pasiva.

Con relación con la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, en sentido amplio, la jurisprudencia constitucional se ha referido a ella, como la "calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso", (Corte Constitucional. Sentencia C- 965 de 2003.) de forma tal, que cuando una de las partes carece de dicha calidad o condición, no puede el juez adoptar una decisión favorable a las pretensiones demandadas. Consejo de Estado, sentencia de 25 de julio de 2011, expediente: 20.146.

Entendido así el concepto de legitimación en la causa, es evidente que cuando ella falte, bien en el demandante o bien en el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria, sino desestimatoria de las pretensiones aducidas, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra las que se adujeron no eran las titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada.

Al respecto, no sobra recordar lo dicho por la Sala en tal sentido, a saber:

"(...) La legitimación en la causa consiste en la identidad de las personas que figuran como sujetos (por activa o por pasiva) de la pretensión procesal, con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones. Cuando ella falte bien en el demandante o bien en el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria sino desestimatoria de las pretensiones aducidas, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra las que se adujeron no eran las titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada (...)" Consejo de Estado Sentencia de 23 de octubre de 1990.

De conformidad con lo anterior, en virtud al presupuesto procesal de legitimación en la causa, y como quiera que la pretensión está encaminada a declarar la ineficacia del traslado al RAIS y

Colpensiones no tuvo injerencia alguna en la decisión de la actora de trasladarse, en consecuencia, la entidad carece de legitimación en la causa por pasiva.

Ahora bien, en aras de prestar una información completa, se hace necesario mencionar lo establecido en la Ley 797 de 2003 que a la letra dice:

“ARTÍCULO 2o. 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.

(...)

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; (...)”

Dentro del expediente no se ha demostrado que las afiliaciones a los Fondos Privado administrado por PROTECCION S.A. Y/O COLFONDOS S.A se hicieran de manera irregular como para declarar que no fue válida y de hecho los actos jurídicos se presumen válidos hasta que sean declarados nulos y / o ineficaces por vicios en el consentimiento.

En el caso bajo estudio se evidencia que al momento de trasladarse y afiliarse la accionante señora GRACIELA REBECA GUTIERREZ CASAS era una persona capaz y sigue siéndolo, pues en el anexo a la demanda no existe declaratoria por entidad competente declarándolo un incapaz en los términos establecidos en el artículo 34, Sentencia C-534 del 2005 (Respecto a la minoría de edad), 1504 del Código Civil (Incapacidad Absoluta o Relativa) y 1527 del Código Civil (Obligaciones civiles y naturales).

Por lo anterior no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso, no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Carta, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga.

RAZON DE SER DE LA LIMITACIÓN DE TRASLADO CUANDO FALTEN MENOS DE 10 AÑOS. SENTENCIA C-1024 DE 2004

La Corte Constitucional fue clara en explicar que para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema de prima media es necesario que los aportes de los afiliados estén a su disposición, de manera tal que se permita que la administradora haga las inversiones necesarias para obtener altas tasas de rentabilidad. En efecto se dijo en la sentencia C-1024 de 2004 que:

“Desde esta perspectiva, el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes. No sobra mencionar en este punto, que el sustento actuarial es el que permite asumir los riesgos que se encuentran involucrados con el sistema y que, en ese orden de ideas, su falta de ajuste con la realidad económica del país, simplemente podría llegar a poner en riesgo la garantía del derecho pensional para los actuales y futuros pensionados. Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional

Permitir entonces, la declaración de ineficacia de traslados de personas que, sin pertenecer al régimen de transición, han estado largos años en el RAIS y a última hora perciben que, gracias a los subsidios del Régimen de Prima Media, su pensión podría ser superior en este a la que obtendrían en aquel, no solo es desconocer que la coexistencia de regímenes implica que ninguno

de los dos es mejor o peor que el otro, sino también cohonestar con que algunas personas obtengan beneficios que se derivan de esfuerzos en los que no participaron, y cuyo otorgamiento –dada esa circunstancia- puede llegar a poner en riesgo la garantía del derecho pensional para los actuales y futuros pensionados que si lo hicieron.

Ahora bien, en decisión más recientemente la misma Alta Corporación en sentencia SL2753 del 15 de junio de 2021, con Radicación 8510418, indicó que existen otros mecanismos que permiten colegir la vocación del afiliado de permanecer en el régimen y que a su vez cuenta con todos los elementos para realizar su elección, con base en las nuevas directrices que se transcriben a continuación:

“Dicho lo anterior, no se busca crear reglas de pensamiento generales e inamovibles, tales como creer que siempre el Régimen de Prima Media será más favorable para los afiliados en contraposición al de Ahorro Individual, o presumir que siempre hubo engaño por no mediar documentación dentro del expediente que acredite la información suministrada.”

(...) Lo anterior, puesto que a través de los actos de relacionamiento que quedaron acreditados dentro del proceso, esto es, el traslado horizontal que hizo desde Protección S.A. a Porvenir S.A., se puede colegir que cada uno de los fondos brindó algún tipo de información que fue reforzada con los movimientos, para que el demandante tuviera la vocación de permanecer vinculado en el Régimen de Ahorro Individual y, sobre todo, de no retornar a Colpensiones

Se insiste, tales comportamientos tácitos del accionante no conducen a entender que hubiera existido una perpetuidad en la asimetría de la información, sino que, por el contrario, un interés de permanecer en este Régimen, asumiendo los beneficios y consecuencias que su decisión traía consigo. Así mismo, tal conclusión se acompasa con lo que el Tribunal encontró probado mediante la valoración del interrogatorio de parte rendido por el afiliado y que en modo alguno fue controvertido por el casacionista. Se recuerda que, en el fallo atacado, quedó consignado que el señor Sánchez Gutiérrez aceptó haber escuchado la información suministrada por el asesor de Protección S.A. y, con base en ella, tomar su decisión de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual.

En consecuencia, ello permite evidenciar y sin que se considere como error protuberante, que el afiliado tuvo elementos suficientes para decidir lo que quería hacer de cara a su situación pensional. Además, se insiste en que no necesariamente la información podía ser brindada de forma escrita tal y como le pretende hacer valer el recurrente, pues se estiman válidos otros mecanismos para proveer de contenido a los afiliados.” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Porque la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen afecta gravemente el principio de sostenibilidad del sistema pensional.

De otro lado, es importante tener en cuenta el tema referente a la sostenibilidad financiera del sistema Pensional, del cual la CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-242 de 2009. Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo, expresó: “Las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema (artículo 48 CP, adicionado por el Acto Legislativo No. 1 de 2005). Ello explica que esta Corte haya puesto de presente que el Legislador no está obligado a sostener en el tiempo las expectativas que tienen las personas, conforme a las Leyes vigentes, en un momento determinado. Su potestad de configuración legislativa le habilita a modificar los regímenes jurídicos en función de nuevas variables, razones de oportunidad o conveniencia, y a otros intereses y circunstancias contingentes que deba priorizar para lograr los fines del Estado Social de Derecho, desde luego, consultando parámetros de justicia y equidad, y con sujeción a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.”

En igual sentido la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 del 2004 cuyo contenido reprodujo en lo pertinente en la sentencia C-062 del año 2010; en esta sentencia la corte claramente dijo lo siguiente: (...)el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes

(...) Desde esta perspectiva si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que, una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)"

Aunado a lo anterior, se debe partir de que el traslado de régimen pensional pretendido no resulta procedente, por cuanto el mismo persigue como fin que sea la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES-, la encargada de reconocer a la parte actora la pensión de vejez, que en parte sería subsidiada con aportes del Estado, lo que a su vez conllevaría a la afectación del principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, que acceder a las exigencias de las personas que pretenden el retorno al régimen de prima media, acrecienta la proporción entre pensionados y afiliados, lo que deviene en un impacto fiscal de más de 30 billones de pesos que colapsaría el sistema pensional. que los aportes a trasladar no son equivalentes frente a aquellos a los que les faltan menos de diez años para acceder a las prestaciones del sistema, pues no se acata el periodo de carencia de 10 años previos al cumplimiento de la edad para pensionarse. el retorno al régimen de prima media implica para Colpensiones reconocer una futura prestación en el corto plazo, que debe ser subsidiada y afecta la prestación de los afiliados activos en edad productiva, que para determinar el interés jurídico no basta con la remisión literal y gramatical al resuelve de las sentencias

Adicional a lo anterior, al haber fundado la demandante su pretensión en el hecho de haber sido engañada por los asesores de la A.F.P. del Fondo Privado al cual ha estado afiliado, de conformidad con lo expuesto en artículo 1516 del C.C. y el 167 del C.G.P., le correspondía la carga de probar dicha afirmación, lo que brilla por su ausencia en el presente caso. Pero en el presente caso pese a que no existen registros de vinculación de la demandante señora GRACIELA REBECA GUTIERREZ CASAS con COLPENSIONES pero sin menciona a que fondo estuvo vinculado

La presente certificación se emite en la ciudad de Bogotá a los 11 días del mes de abril de 2024.



MARIA ISABEL CAMPO MARTINEZ
Secretaria Técnica
Comité de Conciliación y Defensa Judicial
Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
Proyecto: LCRC