

	Certificación de la Secretaria Técnica del Comité de Conciliación y Defensa Judicial		CÓDIGO:	
			VERSIÓN:	
			FECHA:	

CERTIFICACIÓN NO. 131262022

La Secretaria Técnica del Comité de Conciliación y Defensa Judicial

CERTIFICA

Que tal y como consta en el Acta No. 127-2022 del 14 de julio de 2022 del Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, respecto del caso **MARJORIE ZULUAGA ACOSTA** identificado(a) con cédula de ciudadanía No **42775815**, en proceso bajo radicado No **05001310501120220009400**, quien pretende; determinar si el traslado que efectuó la demandante inicialmente a la AFP PROTECCIÓN S.A. es ineficaz por falta de información la cual fue incompleta, engañosa, omisiva e insuficiente, induciendo a el error por crear falsas expectativas y si por lo anterior es viable el traslado a Colpensiones; además de determinar si le asiste derecho que se declare sin solución de continuidad su afiliación al RPMPD., dicho órgano decidió de manera unánime:

NO proponer fórmula conciliatoria, en consideración a lo siguiente:


La señora MARJORIE ZULUAGA ACOSTA, fue trasladada del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, Administrada por el Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES, a la AFP PROTECCIÓN S.A., desde el 01 de mayo de 1998, se suscribió voluntariamente el contrato, manifiesta que se omitió la obligación del buen consejo por parte del RAIS, al no brindarle una información clara y completa de los beneficios y desventajas como consecuencia del traslado.

Con posterioridad cuando inicio su vida laboral se encontraba afiliada al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones.

Cuando la señora ZULUAGA ACOSTA, se da cuenta de las condiciones que tendría pensionarse con el fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A. solicita trasladarse nuevamente al ISS hoy Colpensiones, como administrador de régimen de prima media con prestación definida, cual fue negada por Colpensiones.

Se debe entender que la ineficacia es la falta de “eficacia y actividad”, es decir, ausencia de los efectos del mismo, acordes con lo querido por los contratantes, ya sea porque el contrato no produjo ningún efecto, o bien porque los produce menores o distintos de los que las partes quisieron. Los negocios inválidos son ineficaces por tener anomalías en su eficacia, pero en cambio hay contratos ineficaces, es decir, que no producen sus efectos normales, pero son plenamente válidos, (Carbonier, 1992).

Por lo anterior y teniendo en cuenta que el demandante no se encuentra afiliado a COLPENSIONES, no es procedente el reconocimiento del traslado e inclusión en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. No le es dable a la actora la alegación de vicio del consentimiento alguno en el

	Certificación de la Secretaria Técnica del Comité de Conciliación y Defensa Judicial		CÓDIGO:	
			VERSIÓN:	
			FECHA:	

traslado al Régimen de Ahorro Individual, el mismo se hizo efectivo y surtió las consecuencias propias de la afiliación al nuevo régimen.


El acto por medio del cual se produjo el traslado de régimen se encuentra ajustado a derecho, es válido y actualmente surte plenos efectos jurídicos, razones que conllevan a concluir que la afiliación al régimen de prima media con prestación definida cesó desde su traslado voluntario al de ahorro individual, motivos por los cuales la Administradora Colombiana de Pensiones no está llamada a resistir a las pretensiones esgrimidas por el demandante; adicionalmente, se hace notar que el traslado de la parte actora se produjo acudiendo estrictamente a la autonomía de su voluntad, siendo la demandante plenamente capaz.

El artículo 2 de la ley 797 del 2003 la cual modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993 en su literal B preceptúa lo siguiente: “La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1 del artículo 271 de la presente ley”. En su literal “e” del artículo enunciado anteriormente preceptúa: “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”.

El artículo 11 del decreto 692 de 1994 el cual hace referencia al “El diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia y las demás prestaciones económicas a que haya lugar”. “La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar”. “Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de Vincularse a una determinada administradora”.

Se debe tener en cuenta que la Corte Constitucional para la conservación del régimen en los casos de traslado del régimen de Ahorro Individual con solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación definida ha establecido en las sentencias C-789 del 2002, C-1024 del 2004, el decreto 692 de 1994, el decreto 3995 del 2008 y la sentencia SU-062 del 2010 y la sentencia SU 130 del 13 de marzo del 2013. La sentencia C-1024 de 2004 a letra dice lo siguiente:

“En el presente caso, 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

	Certificación de la Secretaria Técnica del Comité de Conciliación y Defensa Judicial		CÓDIGO:	
			VERSIÓN:	
			FECHA:	

objetivo perseguido por la disposición demandada consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, y simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues se aparta del valor material de la justicia, que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros.


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

Para esta Corporación, el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones que, por su misma esencia, pueden conducir al establecimiento de una diversidad de trato entre sujetos puestos aparentemente en igualdad de condiciones, tales como, el señalamiento de límites para hacer efectivo el derecho legal de traslado entre regímenes pensionales. Ahora bien, la Corte ha sostenido que dicha diversidad de trato no puede considerarse per se contraria al Texto Superior, pues es indispensable demostrar la 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, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que, una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en: “obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social. Este principio en materia pensional se manifiesta en el logro de la sostenibilidad financiera autónoma del sistema integral de seguridad social en pensiones, en aras de garantizar ‘el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales’, en los términos previstos en el artículo 53 del Texto Superior”.


Por lo tanto, se presume válida la vinculación solicitada por el actor ante la AFP y no es procedente anular la afiliación, por cuanto el traslado efectuado de Colpensiones a Protección, realizado por el demandante ejerciendo el derecho a la libre elección de régimen, de conformidad con lo establecido en la ley 100 de 1993, artículo 13 Literal B.

Ahora, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen; 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, resultaría inoponible frente a terceros de buena fe -como en este caso Colpensiones-, a la par que 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.

	Certificación de la Secretaria Técnica del Comité de Conciliación y Defensa Judicial		CÓDIGO:	
			VERSIÓN:	
			FECHA:	

Lo anterior, aunado a que la seguridad jurídica que se deriva de la inoponibilidad pretende proteger intereses patrimoniales de terceros que tienen alcance frente al principio de sostenibilidad financiera del sistema y planeación de la reserva pensional. 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; y COLPENSIONES no participó de dicho acto jurídico, luego no tiene por qué motivo alcanzarlo, ni mucho menos, afectarlo. 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 (en este caso la afiliación al RAIS), se tenga como eficaz frente al tercero de buena fe (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 frente a un negocio jurídico ineficaz, permite que sus efectos se mantengan ante un tercero de buena fe o, en otras palabras, 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. B) Responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social Resulta también relevante indicar, que las entidades de Seguridad Social no solo se sujetan a la responsabilidad propia de los contratos de aseguramiento, sino que se ciñen a obligaciones de índole constitucional que trascienden como administradoras de un servicio público de seguridad social. En este caso, la responsabilidad de las AFP por la ineficacia de un traslado, no sólo se deben enmarcar a reparar el daño individualmente sometido a consideración de un Juez, sino que debe tener alcance frente a los daños indirectos que irradian o comprometen los derechos constitucionales de terceros, en razón de la reserva patrimonial de los pensionados y afiliados del RPM que se ven comprometidos con el desmedro que sufre la reserva pensional, y que si bien es cierto, la jurisprudencia ha indicado que al afiliado no le es atribuible y por ende no se le exige la equivalencia económica de los aportes que se devuelven del RAIS al RPM, no es menos cierto, que tal reparo económico lo debe asumir quien ha causado el daño y por virtud de la operancia de la inoponibilidad. C) Realizar un juicio de proporcionalidad y ponderación Toda vez que toda decisión judicial de declarar la ineficacia de traslado, repercute, en que se crea de manera injustificada y desproporcionada una obligación (con efectos patrimoniales) en cabeza de Colpensiones, quien administra los aportes de millones de pensionados y afiliados, y dicha medida para restablecer los derechos del afiliado, no pasaría el segundo criterio de la “necesidad”, toda vez que si existen otros medios menos lesivos para mantener los derechos del afiliado, y es que quien se deba hacer cargo de las prestaciones económicas que se deriven de la ineficacia sea la AFP, quien ha administrado dichos recursos y ha generado los respectivos rendimientos, así mismo, al ponderar los bienes jurídicos en tensión. De ahí que, poner en cabeza de COLPENSIONES dicha responsabilidad, tiene un impacto más lesivo para la sostenibilidad financiera del sistema, evaluando diferentes variables, tales como:

i) Que Colpensiones, siendo pública, es la única administradora del RPM, que alberga un mayor número de pensionados cuyas pensiones se reconocen con subsidio de las arcas del Estado, de forma tal, que se estaría solventado con estos recursos, el desmedro económico ocasionado por particulares (AFP privadas).

	Certificación de la Secretaria Técnica del Comité de Conciliación y Defensa Judicial		CÓDIGO:	
			VERSIÓN:	
			FECHA:	

Finalmente., en caso de no aceptarse la tesis de la inoponibilidad frente al tercero de Buena Fe (COLPENSIONES), se debe evaluar por los jueces la proporcionalidad de la medida que se adopta con la ineficacia del traslado, y ponderar los bienes jurídicos en tensión, para adoptar otra medida, consistente en que sea la AFP quien asuma las cargas económicas, o que los dineros que se trasladen al RAIS, los devuelva conforme a un estudio actuarial que determine que con ellos se cubre en su integridad la prestación en los términos actuariales previstos para el RPM.

La institución que represento, NO PUEDE argumentar motivos de equidad y desconocer la LEGISLACIÓN VIGENTE ni la propia voluntad y decisión de la afiliada.

Como institución de carácter público, tiene que someterse al imperio de la Ley, pues los servidores públicos no pueden, según la Constitución Política de Colombia, hacer sino lo que les está expresamente permitido, y entre esas cosas no está tomar decisiones en equidad. Lo contrario sería prevaricar.

Por último, la eventual afiliación de la parte actora al RPMPD y el traslado de los aportes al régimen en mención, dependerá de la decisión favorable que previamente obtenga respecto de la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS. Así las cosas, se observa que Colpensiones no cuenta con competencia ni administrativa ni jurídica para resolver de fondo lo pretendido por el demandante.

Conforme a lo anterior, no es procedente proponer formula conciliatoria.

La presente certificación se emite en la ciudad de Bogotá a los 15 días del mes de Julio de 2022.



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