
Doctora

GILMA LETICIA PARADA PULIDO

Magistrada Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva (H)

Sala CIVIL FAMILIA LABORAL

E. S. D.

**REF: PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PATRICIA CRUZ PEÑA
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES -.**

RAD: 2019 - 274 - 01.

OSCAR LEONARDO POLANIA SANCHEZ, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No 12.198.305 expedida en Garzón (H), abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No 178.787 expedida en el Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderado judicial del señor **PATRICIA CRUZ PEÑA**, identificado con la cedula de ciudadanía No. 36.184.773 de Neiva (H), estando dentro del término hábil para ello, me permito presentar mis alegatos finales solicitando respetuosamente a la Honorable Magistrada ponente, se sirva confirmar en su totalidad el auto proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito, en audiencia de fecha 16 de julio de 2021.

Inicialmente, es importante precisar que desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el literal B del artículo 13, estableció la libertad de escogencia de cada régimen por parte del afiliado.

Al respecto se dijo:

"Ley 100 de 1993

Artículo 13:

*b. 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 1o. del artículo 271 de la presente ley".*

En ese sentido, la Honorable Corte Suprema de Justicia, a partir del año 2008, desarrolló jurisprudencia respecto del traslado de régimen pensional de los afiliados, realizando las siguientes precisiones:

"La Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral del 09 de septiembre de 2008, con Radicado No. 31989 y ponencia del Magistrado EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS, se expresó:

CENTRO COMERCIAL METROPOLITANO TORRE A OFICINA 608

TELEFONO 8670714 - CELULAR 3168741061,

EMAIL yolegalsas@gmail.com NEIVA - HUILA

"Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

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

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada".

Así mismo, la Honorable Corte Suprema de Justicia, siguió desarrollando la Jurisprudencia respecto de la Ineficacia del traslado de Régimen Pensional y en el año 2014, indicó lo siguiente:

"La Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral Radicado 46292 (SL12136-2014) del 3 de septiembre de 2014, M.P: ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERON, expresó:

"la afiliación al Sistema General de Pensiones, debe ser libre y Voluntaria, las entidades que dirigen y administran el S.G.P, deben garantizar que "existió una decisión informada... verdaderamente autónoma y consiente.... Objetivamente verificable, donde el afiliado sabe y reconoce los riesgos y los beneficios que obtendría de este, este sería una consideración clave donde se justifica un cambio de régimen pensional".

La H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral, en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa y veraz, so pena de declararse la NULIDAD de su afiliación por vicios en el consentimiento, ENGAÑO, ha reiterado en varias

oportunidades, entre ellas en las sentencias con Radicado No. 31989 del 09/09/08, No. 31314 del 06/12/11 y 33083 del 22/11/11, lo siguientes:

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

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

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

"Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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

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

CENTRO COMERCIAL METROPOLITANO TORRE A OFICINA 608
TELÉFONO 8670714 - CELULAR 3168741061,
EMAIL yolegalsas@gmail.com NEIVA - HUILA

"Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad".

De igual manera, en Sentencia del año 2017, la Corte Suprema de Justicia, indicó:

"SENTENCIA SL 19447 DE 2017 GERARDO BOTERO ZULUAGA: Indicó que el nuevo sistema pensional con la creación de dos regímenes buscaba ampliar la cobertura y reforzar la protección Social, buscando amparar a los ciudadanos de las contingencias derivadas de los riesgos de la vejez, invalidez y muerte, Pero, determina que la misma ley estableció que la elección a los regímenes pensionales debía ser libre y voluntaria, lo que exige no cualquier tipo de asesoría sino una que permita tomar decisiones informadas, por eso decreta la nulidad al establecer que la información dada por el fondo pensional, no se puede entender con la simple cláusula genérica, sino que el afiliado tuvo que haber obtenido los elementos de juicio suficiente para advertir la trascendencia de la decisión tomada al momento del traslado y no debe importar si la persona se encuentra en transición o no".

Así mismo, en ese mismo año se profirió la SENTENCIA SL 17595 DE 2017 M.P FERNANDO CASTILLO CADENA, en donde se indicó:

"SENTENCIA SL 17595 DE 2017 M.P FERNANDO CASTILLO CADENA: En esta sentencia se precisó que de acuerdo a la jurisprudencia que sobre el tema que atañe a la nulidad del traslado, se han fijado los deberes y las obligaciones de los fondos pensiones, los cuales consisten en: que la información que debe brindar la entidad pensional comprende desde la antesala de la afiliación hasta el momento del disfrute pensional, el deber de dar una información comprensible a un afiliado lego por parte de un administrador experto (AFP) Y por último manifiesta que las administradoras tienen el deber del buen consejo, por ello deben proporcionar una información activa e ilustrativa de los beneficios y desventajas del traslado, sin importar si la misma puede desestimar la decisión del interesado en trasladarse.

"No es dable argüir 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 el tránsito"

Indudablemente la Honorable Corte Suprema de Justicia, ha sido uniforme en su jurisprudencia y desde el año 2008 y hasta la fecha, ha sido enfática en determinar que las AFP tienen la obligación del deber

de informar a los afiliados de los beneficios y las consecuencias negativas de los traslados de régimen así:

SENTENCIA SL4964-2018 GERARDO BOTERO ZULUAGA: la Corte reitera los pronunciamientos de sentencias anteriores, haciendo hincapié en que, de conformidad a lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la elección de cualquiera de los dos regímenes impartidos por la citada ley, debe ser libre y voluntaria, lo que no permite cualquier tipo de asesoría, sino aquella que pueda generar decisiones informadas bajo la óptica del que la brinda tiene el deber del buen consejo y sabe la importancia y el valor de la misma, al igual que conoce las consecuencias que puede acarrear el cambio de un régimen, por ello esta exigencia no se entiende satisfecha con una simple información o el diligenciamiento de un formulario de vinculación.

En la mentada sentencia, también se establecen las reglas que dan lugar a la declaratoria de ineficacia de la afiliación, determinando también quien es el encargo de proporcionar la información al implementar las siguientes pautas:

i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho;

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 Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados.

SL037 DE 2019 ERNESTO FORERO VARGAS: En esta sentencia se declara la nulidad del traslado de una persona, que pese haber podido volver a vincularse con Colpensiones, antes de que le faltaren 10 años o menos para la pensión, su traslado al Régimen de ahorro individual **le había hecho perder los beneficios de la transición, por lo que su pensión había sido reconocida en un monto inferior.** El alto tribunal decreta la nulidad al considerar que al afiliado no se le dio una información suficiente, clara y calificada, pues no se le indicó que con el traslado perdía el régimen de transición.

SL1452-2019 M.P CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO: En esta sentencia la corte estudia el tema de la nulidad del traslado, desde tres aspectos: **el deber que tienen los fondos de suministrar información, sobre quién recae la carga de la prueba de que se brindó una asesoría integral** y si la nulidad del traslado solo es procedente para aquellos afiliados beneficiarios de la transición o con un derecho pensional ya causado al momento del traslado, sobre este último punto esta Corporación indicó que la ineficacia y/o nulidad opera solo por la falta del deber de información en la que incurrió el fondo, sin importar las expectativas legítimas que pueda tener del afiliado.

SL 1421-2019 M.P GERARDO BOTERO ZULUAGA: *se hace alusión que no puede entenderse que el afiliado al momento del traslado tomo una decisión libre y voluntaria al haber plasmado su firma en el formato de afiliación, por lo que no puede en juicio indicarse que la exhibición de tal documento es prueba de la información brindada, pues no es suficiente toda vez que la información suministrada debe corresponder a la realidad.*

Respecto de la **CARGA DE LA PRUEBA**, la honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1452 de 2019, SL 1688 de 2019 y SL 1689 de 2019, se ha expresada de la siguiente manera:

"SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019:

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones

mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

Respecto a los vicios del consentimiento, tal como se indicó anteriormente, la Corte Suprema de Justicia viene profiriendo una línea jurisprudencial marcada e uniforme, y al respecto reitero en sentencia SL1688 de 2019, lo siguiente:

"En la sentencia CSJ SL1688-2019 esta Corporación indicó que la reacción del ordenamiento jurídico (artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales. Luego resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada".

De igual manera, respecto del argumento expuesto en muchas situaciones homologas a la que nos ocupa el día de hoy, en el entendido en que con la suscripción del contrato se acredita el deber de información, la Corte Suprema de Justicia indicó:

"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.

Así, en sentencia **CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, reiterada en CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL19447-2017 y SL4964-2018, la Corte adoctrinó:**

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que **"se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones"**, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña".

A su vez, en sentencia **CSJ SL12136-2014, reiterada en CSJ SL19447-2017 y CSJ SL4964-2018** señaló:

"A juicio de esta Sala no podría argüirse 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."

En idéntica dirección, en fallo **CSJ SL19447-2017** refirió

"De manera que, conforme lo discurrido queda claro que existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que

- i) **la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho;**
- 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 Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional".**

En sentencia **CSJ SL1452-2019**, se consolidó que:

"[...] el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna".

Fíjese de igual forma su señoría, que la Corte Suprema de Justicia en sede de **TUTELA**, en sentencias con **radicación 593790 y 59356 del 06 de mayo del año 2020**, exhortó al Tribunal Superior de Bogotá, para que acatare el Precedente Judicial expedido por el Órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria y en su parte resolutive indicó:

"TERCERO: EXHORTAR a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que, en lo sucesivo, acate el precedente judicial emanado de esta Corporación y, de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente".

En los anteriores términos dejo sustentados mis alegatos de conclusión, indicándole a la Honorable Magistrada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, que la honorable Corte Suprema de Justicia ha sido uniforme desde el año 2008 en su Línea Jurisprudencial, en los casos como el de mi prohijada **PATRICIA CRUZ PEÑA** y conforme a lo anteriormente expuesto, me permito solicitar de la manera más respetuosa, se sirva confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Neiva (H).

Renuncio a los términos de Notificación y ejecutoria de su auto favorable.



Del Señor Juez, atentamente.

OSCAR LEONARDO POLANIA SANCHEZ
C.C. 12.198.305 de Garzón (H)
T.P. 178.787 del C.S. de la J.

CENTRO COMERCIAL METROPOLITANO TORRE A OFICINA 608
TELÉFONO 8670714 - CELULAR 3168741061,
EMAIL yolegalsas@gmail.com NEIVA - HUILA