

Neiva, 13 de Enero de 2021.

Doctora

**GILMA LETICIA PARADA PULIDA**

M.P. TRIBUNAL SUPERIOR DE NEIVA – SALA CIVIL FAMILIA LABORAL

E.

S.

D.

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL DE SEGUNDA INSTANCIA

DEMANDANTE: **HUGO CASTAÑO PAREJA**

DEMANDADO: **COLPENSIONES Y COLFONDOS**

**RADICADO:** 41001-31-05-001-2018-00290-01

ASUNTO: **SUSTENTACIÓN DE RECURSO DE APELACION Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**ANDRES AUGUSTO GARCIA MONTEALEGRE** abogado en ejercicio, identificado con la cédula de ciudadanía No. 12.210.476 de Gigante (H), con Tarjeta Profesional Nro. 204.177 del C.S.J de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderado judicial del señor **HUGO CASTAÑO PAREJA**, cedulado bajo el número 96.328.033 respetuosamente me dirijo con la finalidad de presentar mis alegaciones finales para efectos de que sean tenidos en cuenta al momento de dictar Sentencia los cuales sustento de la siguiente manera:

Se encuentra probado dentro de la demanda y así mismo no se logró por parte del AFP COLFONDOS demostrar que la afiliación del señor **HUGO CASTAÑO PAREJA**, se realizó de manera detallada, clara y suficiente sobre las consecuencias del traslado, lo que nos muestra que dicha afiliación fue ineficaz, pues bien es cierto que en el literal b, art 13 de la ley 100 de 1993 nos indica que la selección de cualquiera de los regímenes se debe hacer de manera libre y voluntaria.

Igualmente en el decreto 663 de 1993, Estatuto orgánico del sistema financiero, numeral 1, artículo 97, indica; la obligación de las Entidades de suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita a través de elementos juicio, claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado, lo que conlleva a que las Administradoras de Fondos de Pensiones tienen la obligación de garantizar una afiliación voluntaria y libre otorgando la información suficiente y transparente, es decir, la descripción de las características, condiciones, acceso, y servicios de cada uno de los regímenes pensionales de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas pensionales, conociendo las ventajas y desventajas objetivas de cada régimen al igual como las consecuencias del traslado, y así poder elegir la opción que se ajustare a su interés, sin embargo en el presente caso, no se evidencia el cumplimiento o acatamiento de esta norma por parte de COLFONDOS, pues no hay prueba conducente, pertinente ni útil que pueda aseverar que COLFONDOS obtuvo de mi prohijado un consentimiento informado al momento en que este se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Ahora bien, en relación a lo expuesto por el señor Juez, cuando hace alusión al tiempo transcurrido desde la afiliación del traslado, esto es desde el 18 de octubre de 1995, es decir 22 años, tiempo en el que se mantuvo activo en el RAIS, no es menos cierto que únicamente vio afectado su futuro pensional cuando se acercó al fondo de pensiones a ver cómo le quedaría la mesada pensional, haciendo esto cuando se aproximaba su edad pensional, pues claro es que a la edad de 35 – 40 años nadie piensa que va a llegar su momento de retirarse.

En ese orden, es evidente que el traslado afectó enormemente el derecho pensional del señor **HUGO CASTAÑO**, pues la mesada pensional que recibe por parte de la Administradora de pensiones a la cual se encuentra afiliado es por un valor de \$2.180.000, contando con un capital de \$561.043.701, a diferencia, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, según el cálculo realizado por el suscrito abogado; la pensión oscilaría de acuerdo al capital ahorrado por un valor de \$ 4.659.229, es decir se tendría una diferencia de mesada equivalente a \$ 2.479.229.

**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:**

*“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”.*

En el presente caso, COLFONDOS al guardar silencio a mi representado respecto a la información sobre la forma de calcular las mesadas pensionales existentes entre el RAIS y el Régimen Prima Media con Prestación Definida, fue lo que afectó los derechos pensionales de mi prohijado a una vida digna.

**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.



“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.

**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.

**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”

**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.

**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

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.

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 desvirtuarse 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.

Por último, esta honorable TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA, ha seguido la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y en casos como en el presente asunto, esta corporación ha concedido la ineficacia o nulidad de los traslados de régimen, incluso a pesar que el demandante ya estuviera gozando de pensión de vejez con COLFONDOS, incluso tengase de presente

la Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia N° 59412 del 13 de mayo del 2020, Magistrado Ponente LUIS BENEDICTO HERRERA DIAZ.

Que conforme a las razones expuestas, y la situación fáctica y jurídica que gobierna la Litis solicito se REVOQUE en su totalidad la sentencia emitida por el Juez Primero Laboral del Circuito de Neiva y en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda laboral del presente asunto.

En los anteriores términos me permito presentar la sustentación del Recurso de Apelación y Alegaciones Finales.

De la Señora Magistrada atentamente y con mi respeto acostumbrado,

Atentamente,



**ANDRÉS AUGUSTO GARCÍA MONTEALEGRE**  
C.C. No. 12.210.476 de Gigante (H)  
T.P. Nro.204.177 del C.S. de la J.  
Proyecto. D. V