



28Años

Al servicio de la Seguridad Social

Doctora

LUZ DARY ORTEGA ORTIZ

MAGISTRADA PONENTE

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA

SALA CIVIL FAMILIA LABORAL

E.S.D.

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL DE SEGUNDA INSTANCIA
DEMANDANTE: MARTHA CECILIA ACOSTA DIAZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES

SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICACIÓN: COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS
41001310500320190032401
ASUNTO: ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

CARLOS ALBERTO POLANIA PENAGOS, identificado civil y profesionalmente como aparece en mi correspondiente firma, actuando en calidad de apoderado especial de la parte demandante dentro del proceso de la referencia, de manera respetuosa acudo ante esta Honorable Sala con el fin de interponer nuestras alegaciones finales, lo cual nos permitimos efectuar en los siguientes términos:

Que por medio de sentencia dictada por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Neiva, dentro de la audiencia celebrada el día 25 de junio de 2020, resolvió el Despacho lo siguiente:

"PRIMERO: ACEPTASE: el allanamiento de la demanda que presente que presentó COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, en el proceso que en contra de esta Administradora de Fondo de Pensiones y de otras, que promovió la señora MARTHA CECILIA ACOSTA DIAZ, en los términos establecidos en el artículo 98 CGP que se aplica por remisión al artículo 145 CPTSS.

SEGUNDO: ORDÉNASE a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, que en caso de declararse la ineficacia del respectivo traslado que hiciera la señora MARTHA CECILIA ACOSTA DIAZ, desde el régimen de

Calle 9 No. 5-92 Oficina 208 Centro Comercial Santa Ana; Teléfonos: 8711197
Celular: 3143983696

sac@pensionescarlospolania.com / www.pensionescarlospolania.com
Neiva - Huila



28Años

Al servicio de la Seguridad Social

prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad proceda a remitir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, el saldo total que tiene la señora MARTHA CECILIA ACOSTA DIAZ, en la eventual cuenta de ahorro individual que pueda tener en esa Administradora de Fondo de Pensiones, junto con las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales y sus respectivos frutos e intereses a COLPENSIONES, tal como pretendió en la demanda.

TERCERA: SIN CONDENA EN COSTAS a cargo de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS conforme se argumentó en las motivaciones de esta decisión.

Que una vez notificada por estrado la anterior decisión, si bien no se interpuso recurso alguno en contra de lo fallado por el juzgador de instancia, deviene apropiado expresar a la señora Magistrada que la alzada se circunscribe exclusivamente en lo referente al engaño por parte de los asesores de **BBVA HORIZONTE S.A.**, hoy la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, inicialmente, donde en el año 2001 se afilió a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, por supuestas mejoras y beneficios, en donde no manifestaron de manera verbal o escrita la probabilidad de pensionarse en cada régimen, la proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente, la proyección del valor de la pensión en cada régimen y requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen, adicional a esto, dichos funcionarios de la AFP en mención, se apropiaron y tomaron ventaja de la culminación del régimen de prima media con prestación definida, que para en ese entonces era administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES ISS, la eventual liquidación del instituto, tendría como consecuencia la pérdida de los aportes pensionales y el tiempo cotizado, usando esta información falsa y fraudulenta para captar la atención de los clientes.

De esta forma, resulta pertinente referenciar ante esta Honorable Sala la sentencia **SL 1452 – 2019 radicación No. 68852 de 03 de abril de 2019 dictada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo**, providencia en la que se concluyó con respecto a la información brindada por parte de las AFP al afiliado sobre las características, riesgos y consecuencias del traslado, lo que me permito citar a continuación:

Calle 9 No. 5-92 Oficina 208 Centro Comercial Santa Ana; Teléfonos: 8711197
Celular: 3143983696

sac@pensionescarlospolania.com / www.pensionescarlospolania.com

Neiva - Huila

(...)

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir "un juicio claro y objetivo" de "las mejores opciones del mercado".

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y "formadas en la ética del servicio público" (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, 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", premisa que implica dar a conocer "las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes", como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la

Calle 9 No. 5-92 Oficina 208 Centro Comercial Santa Ana; Teléfonos: 8711197
Celular: 3143983696

sac@pensionescarlospolania.com / www.pensionescarlospolania.com

Neiva - Huila

toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acarree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, "Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones" recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de "poder tomar decisiones informadas".

De esta manera, 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 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 SL 19447-2017), 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.

Conforme al precedente jurisprudencial referenciado, es apropiado mencionarle a su señoría los argumentos en procura de sustentar lo adoptado por el juzgador de instancia y de la misma forma la apreciación que tiene la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia respecto a la debida información que deben suministrar las AFP con los afiliados con relación a los trámites de cambio de régimen pensional.

Calle 9 No. 5-92 Oficina 208 Centro Comercial Santa Ana; Teléfonos: 8711197
Celular: 3143983696

sac@pensionescarlospolania.com / www.pensionescarlospolania.com

Neiva - Huila



28Años

Al servicio de la Seguridad Social

En ese orden de ideas muy respetuosamente me permito solicitarle a la señora Magistrada y a esta Honorable Sala, se sirva confirmar la decisión tomada por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Neiva, en donde declaró la ineficacia del traslado que la señora **MARTHA CECILIA ACOSTA DIAZ**, efectuó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida que administraba el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – ISS (liquidado)**, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para el 17 de abril del año 1995 administrado por **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**.

De la señora Magistrada, con mi respeto acostumbrado

CARLOS ALBERTO POLANIA PENAGOS
C.C. 12.193.696 de Garzón (H)
T.P. 119.731 del C.S. de la J.

Señores:

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA
SALA CIVIL FAMILIA LABORAL

MP. Dra. LUZ DARY ORTEGA ORTIZ

E. S. D.

Ref.: ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA

De: **MARTHA CECILIA ACOSTA DÍAZ**

Contra: COLFONDOS S.A.

Radicado: 2019-00324

YEUDI VALLEJO SANCHEZ, mayor de edad, vecino y residente en la ciudad de Ibagué, abogado en ejercicio, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 79.963.537 de Ibagué, portador de la T.P. No. 124.221 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi condición de apoderado especial de **COLFONDOS S.A.**, de conformidad al poder general por medio del presente escrito manifiesto a usted que, encontrándome dentro del término legal, procedo a presentar alegaciones previas a que se tome decisión de segunda instancia dentro del asunto de la referencia, en los siguientes términos:

Honorables magistrados, ruego respetuosamente sea confirmada la decisión adoptada por el fallador de primera instancia, considerando el allanamiento a las pretensiones de la demanda elevada por mi representada.

De los señores magistrados,



YEUDI VALLEJO SANCHEZ
C.C. No. 79.963.537 de Bogotá
T.P. No. 124.221 del C.S.J.

Señores:

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA

SALA CIVIL FAMILIA LABORAL

MP. Dra. LUZ DARY ORTEGA ORTIZ

E.

S.

D.

Ref.: Ordinario Laboral de MARTHA CECILIA ACOSTA DÍAZ contra PORVENIR S.A.
Rad. 2019-324

YEUDI VALLEJO SANCHEZ, mayor de edad, vecino y residente en la ciudad de Ibagué, abogado en ejercicio, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 79.963.537 de Ibagué, portador de la T.P. No. 124.221 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi condición de apoderado especial de PORVENIR S.A., de conformidad al poder general que allego con el presente escrito manifiesto a usted que, encontrándome dentro del término legal, procedo a interponer alegaciones previas a que se tome decisión de segunda instancia dentro del asunto de la referencia, en los siguientes términos:

SOLICITO RESPETUOSAMENTE SE PROCESA A REVOCAR DECISION DE PRIMERA INSTANCIA DENTRO DEL PROCESO REFERIDO POR LAS SIGUIENTES RAZONES:

La **DEMANDANTE** al suscribir de forma libre, espontánea y sin presiones de ninguna naturaleza el formulario de afiliación, ratificó su traslado de régimen y es así como el mismo no presentó nunca reclamación alguna conforme lo reglado en el artículo tercero del decreto 1161 de 1994 que establece un plazo de cinco (5) días siguientes a la fecha de vinculación para presentar retracto al cambio de régimen.

Por otro lado, el demandante está sujeto a la prohibición señalada en el literal e. del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, por el cual se prohíbe expresamente el traslado de régimen pensional de personas a las que le faltasen 10 años o menos para llegar a la edad pensional, como es el caso del demandante, quien a la fecha de la presente demanda cuenta con la edad dentro de la cual se le prohíbe el traslado de régimen pensional.

Así mismo también se encontraba inmerso en esta prohibición al momento de presentar solicitud a la entidad Colpensiones, es menester el indicar que se debe de realizar solicitud de traslado ante la entidad a la cual pretende El afiliado pertenecer, situación que ha ocurrido en el presente asunto y fue así como Colpensiones, negó el traslado por encontrarse en curso en la prohibición arriba descrita.

Es de resaltar que, para poder retornar al régimen de prima media administrado por **COLPENSIONES**, el demandante deberá cumplir con los requisitos señalados en las sentencias C 789 de 2002, C 1024 de 2004, T 168 de 2009 y SU 062 de 2010 y la más reciente **SU -130 de 2013**, que permiten el traslado de régimen solamente a personas de cualquier edad en cualquier tiempo, siempre que a 1º de abril de 1994 tengan 15 años o más de cotizaciones.

Igualmente, es menester indicar, que no es posible declarar la nulidad de la afiliación del demandante a este fondo, por cuanto el consentimiento del demandante no se vio afectado ni por error ni por dolo; no hay error de derecho, porque claramente señala el Artículo 1509 del Código Civil que “... el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento”; y no puede haber vicio por dolo, ya que éste deriva “... de la intención positiva de inferir injuria a la persona o patrimonio de otro” (Artículo 63 del Código Civil), como expondré a profundidad en el capítulo de hechos, razones y fundamentos de derecho de la contestación de la demanda.

Adicional a esto, dentro de las actuaciones desplegadas por esta administradora, se cumplió a cabalidad con el deber de información, como se deja ver de las documentales allegadas donde se le manifiesta al afiliado toda la información que este requiere sobre su situación pensional.

Ahora bien, un asunto de vital importancia es el que se refiere a la prescripción de la acción, pues si tenemos en cuenta que la nulidad de los actos debe demandarse dentro de un término expresamente señalado por la ley, encontraremos que en el presente caso, no fue tenido en cuenta por la hoy demandante lo que conduce a que no pueda ser declarada la nulidad pretendida.

Así, si en gracia de discusión si se llegara a la conclusión de que la vinculación de la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad se encuentra viciada de nulidad relativa por vicios del consentimiento, es imperioso

anotar al despacho que cualquier declaración de nulidad de dicho acto jurídico estaría actualmente **prescrita** conforme lo dispone el Artículo 1750 del Código de Civil, que reza en lo pertinente: “El plazo para pedir la rescisión durará cuatro años.

Este cuatrienio se contará, en el caso de violencia, desde el día en que ésta hubiera cesado; en el caso de error o de dolo, desde el día de la celebración del acto o contrato.” (Negrillas y subrayas fuera de texto). Es así como, si el contrato de vinculación al fondo obligatorio de pensiones administrado por **PORVENIR S.A.**, se celebró en hace más de 10 años, para el momento de presentar la demanda, se encontraba agotado dicho plazo y por ende acaecido el fenómeno de la prescripción de la acción rescisoria.

En efecto, la posibilidad de declarar la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se encuentra sencillamente prescrita: así se desprende de la circunstancia de que se ha superado con creces o bien el plazo de tres años previsto en el artículo 151 del CPTSS; o bien el de cuatro años previsto en el artículo 1750 del Código Civil en el caso de las nulidades relativas de los actos jurídicos – circunstancia a la que sin ninguna duda se asimilaría el consentimiento viciado - cuya aplicabilidad al menos en los asuntos laborales ha sido admitida por la jurisprudencia nacional:

“La nulidad absoluta se reduce a las causales contenidas en el artículo 1741 ibídem, esto es, el objeto ilícito, la causa ilícita, la omisión de ciertos actos o actos o contratos en consideración de la naturaleza de ellos y la incapacidad absoluta, mientras que en relación con la nulidad relativa esa misma disposición dispuso en su inciso final cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa y da derecho a la rescisión del acto o contrato”, lo que se predica como derivados de una incapacidad relativa o incapacidades particulares como por ejemplo, las que impone la ley a ciertas personas para ejecutar algunos actos, los emanados del consentimiento, valga decir, el error, el dolo y la fuerza, la lesión enorme en ciertos casos, etc.

Es del caso agregar, que de haber existido un vicio que diera lugar a la única nulidad posible para el caso particular, esto es, la relativa, estaría vencido el plazo de cuatro años para pedir la rescisión o nulidad de contrato previsto en el artículo 1750 ibídem...” (CSJ, Sala de Casación Laboral, sentencia de julio 14 de 2004, radicación 22.125, ponente Luis Javier Osorio López).

Por último, frente al tema de la libre elección de régimen y la prescripción del acto de afiliación o traslado, recientemente la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL, Magistrado Ponente, doctor JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ, Sentencia de Tutela Laboral 4593-2015, radicación No. 39718 del quince (15) de abril de dos mil quince (2015), a propósito de la acción de tutela interpuesta contra la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA, trámite al cual se vinculó al JUZGADO DE DESCONGESTIÓN LABORAL DEL CIRCUITO DE APARTADÓ, a PORVENIR S.A., y a COLPENSIONES, recalcó en sus consideraciones, los argumentos expuestos por Tribunal atacado, respecto a su decisión de revocar la improperidad de la excepción previa de prescripción propuesta por PORVENIR S.A. y considerar que si hay lugar a extinguir la acción, cuando manifestó lo siguiente:

“En ese orden de ideas, la Sala encuentra que no puede identificarse el derecho pensional mismo con el acto jurídico de afiliación o traslado a un Régimen, porque es que la afiliación o traslado es el ejercicio de libertad de elección que hace el trabajador bien de pertenecer al régimen e prima media o bien de pertenecer al RAIS, regímenes legalmente reconocidos en nuestra legislación laboral y que si bien en un momento dado para determinados trabajadores afiliarse al RAIS puede ser económicamente desfavorable, no viola, no afecta el núcleo esencial del derecho pensional. Esta sala encuentra desacertada la conclusión a la que llegó la A quo, pues el sistema general de seguridad social integral lo conforman varios subsistemas, el subsistema general de pensiones, el subsistema de salud, el subsistema de riesgos laborales y otros beneficios complementarios. Y es que la seguridad social se rige por principios de universalidad, solidaridad e irrenunciabilidad, pero la imprescriptibilidad es un principio aplicable sólo al derecho pensional propiamente dicho”

PETICIÓN

En conclusión, señores magistrados ruego a ustedes se sirva emitir sentencia donde se revoque la decisión del juez de primera instancia y en su lugar se sirva denegar las pretensiones de demanda.



DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL

YEUDI VALLEJO SANCHEZ

De los señores magistrados,

YEUDI VALLEJO SANCHEZ
C.C. No. 79.963.537 de Bogotá
T.P. No. 124.221 del C.S.J.



Señores
TRIBUNAL SUPERIOR DE NEIVA
SALA CIVIL FAMILIA- LABORAL
M.P. Dra. LUZ DARY ORTEGA ORTÍZ
E. S. D.

REF. Ordinario de MARTHA CECILIA ACOSTA DIAZ contra
COLPENSIONES Y OTROS
RAD. 41001310500320190032401
ASUNTO: ALEGATOS DE CONCLUSION

CLAUDIA MARCELA CLAVIJO RICO, mayor y vecina de la ciudad de Neiva, identificada con la cédula de ciudadanía No. 65.760.578 de Ibagué, abogada en ejercicio con T.P. No. 159.366 del C.S. de la J., actuando en calidad de **ABOGADA EXTERNA DE LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES"**, por poder a mi sustituido por la Dra. **YOLANDA HERRERA MURGUEITIO**, igualmente mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Cali, identificada con la cédula de ciudadanía No. 31.271.414 de Cali y la T.P. No. 180.706 del C.S. de la J. en calidad de **APODERADA EXTERNA DE LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES"**, por poder especial, amplio y suficiente otorgado por la Gerencia Nacional de Defensa Judicial de COLPENSIONES, con el debido respeto, y estando dentro de la oportunidad procesal, allego al proceso de la referencia los alegatos de conclusión, los cuales fundamento de conformidad con los siguientes:

1. INDEBIDA APLICACIÓN DE LAS NORMAS EN MATERIA DE ASESORÍA DE TRASLADO PENSIONAL.

Se ha evidenciado que, en los fallos relacionados con la nulidad o ineficacia de traslado entre regímenes pensionales, se censura que la administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, no proporcionó al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las implicaciones del traslado, desconociendo que el deber de información que tienen las administradoras de pensiones, ha tenido varias etapas:

- 1) Primera Etapa: el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, estableció en el numeral 1. ° del artículo 97, 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 de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado".
- 2) Segunda etapa: La ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, reglamentaron los derechos de los consumidores (precisando los principios y el contenido básico de la información) y establecieron el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones.
- 3) Tercera etapa: la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa N.°016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, establecieron que los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a la doble asesoría, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes, esto es, a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, con el fin de que se formen un juicio imparcial y objetivo sobre las características, fortalezas y debilidades de cada uno, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

Así las cosas, el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, deben ser

NUESTRA FIRMA ES GARANTÍA



valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado.

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.

El juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes, no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de Colpensiones, quien sin haber participado en el trámite de traslado es quien debe afrontar la carga de las condenas impuestas con la presente sentencia.

2. INDEBIDA INTERPRETACION DEL ARTÍCULO 167 DEL C.G.P

CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos.

La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Así las cosas, la regla general es que corresponde a cada parte probar el supuesto de hecho que exhibe y atendiendo las situaciones particulares del caso, el juez puede invertir la carga de la prueba exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias.

En los eventos de traslado de Régimen, la Corte Suprema sin atender las situaciones particulares de cada caso, invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y exime al demandante de aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS, obligando a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en una de las partes, sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante.

La carga dinámica e inversión de la prueba al interior de un proceso judicial exige la igualdad entre las partes con parámetros de buena fe y lealtad procesal. Bajo estas circunstancias el principio “quien alega debe probar” cede su lugar al principio “quien puede debe probar”. Para determinar QUIEN es el que puede probar dentro de un proceso judicial la Corte Constitucional ha señalado que depende de cada situación particular.

Así la sentencia C 086 de 2016 que analizó la constitucionalidad del art. 167 del Código General del Proceso, indicó: “ 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,

NUESTRA FIRMA ES GARANTÍA



donde el principio “quien alega debe probar” cede su lugar al principio “quien puede debe probar”. Su ejercicio por parte del juez es, en consecuencia, manifestación de una competencia plenamente legítima bajo el prisma de un Estado Social de Derecho.

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

Igualmente destaca la Corte constitucional que los eventos mencionados “recogen en buena medida las reglas trazadas por la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la propia Corte Constitucional”. Además, agrega con nitidez que “el Legislador facultó a los jueces para evaluar las circunstancias de cada caso y definir si se dan o no los supuestos genéricos para recurrir en ciertos casos a la carga dinámica de la prueba. Esta decisión resulta comprensible y completamente válida, no solo ante la dificultad para anticiparse a nuevas situaciones en una sociedad que presenta vertiginosos cambios –algunos tal vez inimaginables-, sino porque son los contornos de cada situación los que permiten evaluar si la igualdad entre las partes se ha visto o no comprometida y se requiere de la “longa manus” del juez para restablecerla.” Al transpolar lo arriba señalado por la Corte a este tipo de decisiones encontramos lo siguiente: i) La posesión de la prueba en una de las partes: Hasta el año 2016, los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación, para probar el conocimiento y asentimiento del afiliado respecto del traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994 y 2016 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al Régimen de ahorro individual con solidaridad. Imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituye en una situación de carácter imposible.

Estos elementos evidentemente solo los puede aportar el demandante. ii) La existencia de circunstancias técnicas especiales Es claro que el entendimiento entre el RPM y el RAIS sugiere que los afiliados sean debidamente asesorados dado que hay aspectos técnicos que los diferencian.

No pueden considerarse a todos los afiliados como una parte débil e indefensa, la misma ley previó distintos deberes en cabeza de los mismos con el fin de que por interés propio se asesoren de la mejor manera. Adicionalmente NO pueden desconocerse las situaciones que rodean cada caso y que de alguna manera le permitían al demandante obtener información mínima durante el paso del tiempo. La Corte Constitucional ha indicado, en este sentido y en diversas providencias que nadie puede alegar su propia culpa a favor.

“Una persona no es digna de ser oída ni menos pretender el reconocimiento de un bien jurídico a partir de su conducta reprochable. Para la Corte, nadie puede presentarse a la justicia para pedir la protección de los derechos bajo la conciencia de que su comportamiento no está conforme al derecho y los fines que persigue la misma norma. Este principio no tiene una formulación explícita en el ordenamiento jurídico. No obstante, lo anterior, la Corte Constitucional ha hecho alusión a su naturaleza de regla general del derecho, al derivarse de la aplicación de la analogía iuris. Por ello, cuando el juez aplica dicha regla, se ha señalado que el mismo no hace otra cosa que actuar con fundamento en la legislación.”



Ahora bien, la parte débil en el caso sub examine debe ser considerada como quien carece de capacidades para ilustrarse y asesorarse de la menor manera y no como una persona per se vulnerable que está imposibilitada de tener un entendimiento mínimo del sistema, incapaz de realizar actividades orientadas a instruirse mejor e incompetente para aportar pruebas que expongan la existencia de un vicio en el consentimiento.

La corte Constitucional en tal sentido (sentencia T 422 de 2011) indicó que en materia de traslado la libertad de escoger el régimen pensional debe verse menguada o adolecer de algún vicio en el consentimiento, y solamente cuando los hechos de la controversia permitan dilucidar que la persona era una parte débil debido a su calidad y escasos conocimientos puede procederse con un regreso automático.

Así pues, dicha providencia amparó los derechos de un ciudadano campesino analfabeta: “Teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos objeto de esta controversia, la afirmación del actor resulta creíble; en efecto, que los aportes objeto del traslado fueran posteriormente devueltos por parte de Skandia al ISS, sin conocimiento ni autorización del actor, es un hecho que no contrasta con el hallazgo de esta Sala, consistente en considerar que para el afiliado era muy difícil comprender las implicaciones del documento que firmaba, “Afiliación Fondo de Pensiones Obligatorias”, debido a sus bajos conocimientos educativos y al nivel de pensamiento concreto a que se refirió el diagnóstico psicológico.

Con fundamento en lo anterior agrega la Corte que en ese caso específico no será necesario examinar si se presentó un vicio del consentimiento o al menos fuerza con capacidad de viciarlo: Por considerar suficiente la razón anterior, la Sala no encuentra necesario dilucidar si al momento de firmar el formulario de afiliación con la AFP Skandia al régimen de ahorro individual con solidaridad, se presentó algún vicio del consentimiento o al menos fuerza moral que haya podido viciarlo; lo anterior se afirma por la sensación que puede tener un campesino sin mayor preparación académica, al momento de celebrar un contrato de trabajo, de lo que podría ocurrir si no llegara a firmar la documentación que le presentan y por la ausencia de espontaneidad en la suscripción del formulario.

Estas advertencias de la Corte indican la necesidad probatoria de establecer la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de trasladar a un afiliado, de inclusive analizar la calidad del demandante y de analizar cada caso particular según los hechos y circunstancias.

En conclusión, con lo señalado hasta ahora, la carga dinámica de la prueba no puede invertirse de una forma arbitraria y sin considerar los aspectos particulares de cada caso debidamente individualizado, tal y como lo precisó la Corte Constitucional en la citada providencia C 086 de 2016: Imponer al juez la obligación de acudir en todos los eventos a la institución de la carga dinámica de la prueba, y no de manera ponderada de acuerdo con las particularidades de cada caso y los principios generales de la Ley 1564 de 2012, significaría alterar la lógica probatoria prevista en el estatuto procesal diseñado por el Legislador, para en su lugar prescindir de las cargas procesales razonables que pueden imponerse a las partes y trasladar esa tarea únicamente al juez.

3. INDEBIDA INTERPRETACION DEL ARTICULO 1604 del Código Civil,

Señala el art. 1604: El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levisima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito

NUESTRA FIRMA ES GARANTÍA



de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega. Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.

” Dentro de los fallos relacionados con traslado de Régimen, la interpretación del artículo 1604 del Código Civil que realiza la Corte hace que la responsabilidad en cabeza de los fondos se convierta en objetiva, toda vez que no exige al demandante aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS; pero si obliga a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo, sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante.

Dicha apreciación quiebra la lógica de las cargas probatorias en este tipo de procesos, toda vez, que la responsabilidad objetiva exige que la esfera de control sea exclusiva de quien causa el daño. Este aspecto no aplica en casos de traslado de régimen, dado que los potenciales pensionados, cuentan con el deber de asesorarse.

Veámoslo: i). Obligaciones Legales del demandante según el Decreto 2241 de 2010 y en virtud de las obligaciones reciprocas del contrato de afiliación. En este sentido el Decreto 2241 de 2010 que establece el Régimen de Protección al Consumidor Financiero determina las obligaciones en cabeza de los afiliados que pertenecen al Sistema General de Pensiones: Artículo 4º. Deberes. Los consumidores financieros del Sistema General de Pensiones tendrán los siguientes deberes, en lo que les sea pertinente: 1. Informarse adecuadamente de las condiciones del Sistema General de Pensiones, del nuevo sistema de administración de multifondos y de las diferentes modalidades de pensión. 2. Aprovechar los mecanismos de divulgación de información y de capacitación para conocer el funcionamiento del Sistema General de Pensiones y los derechos y obligaciones que les corresponden. 3. Emplear la adecuada atención y cuidado al momento de tomar decisiones, como son entre otras, la afiliación, el traslado de administradora o de régimen, la selección de modalidad de pensión y de entidad aseguradora que le otorgue la renta vitalicia o la elección de tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos", según sea el caso. En todo caso, toda decisión por parte del consumidor financiero deberá contener la manifestación expresa de haber recibido la capacitación e información requerida para entender las consecuencias de la misma o en su defecto la manifestación de haberse negado a recibirla. 4. Leer y revisar los términos y condiciones de los formatos de afiliación, así como diligenciar y firmar los mismos y cualquier otro documento que se requiera dentro del Sistema General de Pensiones, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 25 del Decreto 692 de 1994 y las normas que lo modifiquen o sustituyan. 5. Las decisiones que se tomen dentro del Sistema General de Pensiones, manifestadas a través de documentos firmados o de otros medios idóneos autorizados para ello, implicarán la aceptación de los efectos legales, costos, restricciones y demás consecuencias derivadas de las mismas.

En tal sentido, cuando de conformidad con la normatividad aplicable el silencio o la no toma de decisión por parte de los consumidores financieros de lugar a la aplicación de reglas supletivas establecidas en ella con impacto en sus cuentas de ahorro pensional, se entenderá dicho silencio como la toma de una decisión consciente con los efectos legales, costos,



restricciones y demás consecuencias que ello conlleve. 6. Mantener actualizada la información que requieren las administradoras del Sistema General de Pensiones de conformidad con la normatividad aplicable. 7. Informarse sobre los órganos y medios que la administradora ha puesto a su disposición para la presentación de peticiones, solicitudes, quejas o reclamos. 8. Propender por el uso de los mecanismos que las administradoras del Sistema General de Pensiones pongan a disposición de los consumidores financieros para la educación financiera y previsional, así como para el suministro de información.

De conformidad con la anterior normatividad existen unos deberes mínimos en cabeza de los afiliados al sistema general de pensiones, destacándose que el SILENCIO en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente de permanecer en el Régimen seleccionado.

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

Las sentencias C-1024 de 2004, y SU-062 de 2010, de la Corte Constitucional en materia de traslados, indican que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría.

Así mismo, dentro de la aludida jurisprudencia 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”

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.

5. Desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

Art. 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005. En desarrollo de los fines esenciales del Estado Colombiano, las instituciones que lo conforman deben propender hacia la salvaguarda de los principios y valores constitucionales conforme a lo dispuesto en la Carta Política, la Ley y los Convenios Internacionales suscritos por aquel. El Artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, señala: “El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas.”

Por consiguiente, el artículo 48 de la Constitución Política, estableció dos dimensiones de la seguridad social; por un lado, la concibió como un derecho constitucional fundamental; y, por el otro, como un servicio público de carácter obligatorio el cual se debe prestar bajo la dirección,



coordinación y control del Estado, en aras a la materialización de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, entre otros.

El artículo 334 de la Constitución Política, señala que “La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica”, en ese orden de ideas, es necesario que, dando prevalencia al interés general sobre el particular, se tomen las medidas pertinentes en búsqueda de la protección de los recursos que soportan el sistema pensional, conforme a los principios que rigen la Constitución Política, en la medida que el derecho a la seguridad social se encuentra atado al principio de sostenibilidad fiscal y estabilidad financiera del Estado.

En consecuencia, la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

En estos términos dejo rendidos los alegatos de conclusión solicitando a la Honorable Sala se revoque la sentencia de primera instancia y por consiguiente se absuelva a COLPENSIONES de las condenas impuestas.

Atentamente

CLAUDIA MARCELA CLAVIJO RICO

C.C. 65.760.578 de Ibagué

T.P. No. 159.366 del C.S de la J.

E-mail: claudiaclavijorico@gmail.com

claudiaclavijocolpensiones@gmail.com

Número de contacto: 3158896965