

Neiva, junio 8 de 2021

Honorables Magistrados

TRIBUNAL SUPERIOR DE NEIVA

SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL

E. S. D.

Referencia: Proceso ordinario laboral de MARÍA NIEVES PUENTES HURTADO contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Protección S. A. y Colpensiones

Radicación: 41001 31 05 002 2018-00292-01

Alegato de conclusión de segunda instancia.

NEFTALÍ VÁSQUEZ VARGAS, abogado, identificado con la cédula de ciudadanía número 12.106.814 y portador de la tarjeta profesional 21.035 del C. S. de la J., en mi calidad de apoderado de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., dentro del término señalado por su Despacho, en virtud de la apelación presentada contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Neiva, en audiencia celebrada el 18 de junio de 2019 con el fin de que sea revocada, respetuosamente presento alegato de conclusión de segunda instancia, en los siguientes términos:

En primer lugar, procede solicitar respetuosamente al H. Tribunal que, al momento de proferir fallo de segunda instancia, sean tenidas en cuenta las argumentaciones presentadas tanto en la contestación de la demanda como en

el alegato de conclusión y lo expuesto para sustentar el recurso de apelación ante el Juzgado, una vez se produjo la sentencia objeto de la alzada.

Dicho lo anterior, se reitera lo expresado en nombre de PORVENIR S.A. en cuanto no se comparte la postura consignada en la sentencia para declarar la ineficacia de la afiliación por traslado de régimen, bajo el amparo de una carga de la prueba que considera el juzgado le es atribuible a las administradoras de fondos de pensiones, como si a la parte actora le bastara sentirse insatisfecha con las explicaciones dadas hace más de 20 años, para deprecar la nulidad o ineficacia de un acto de voluntad que tuvo todas las características de libertad y consensualidad, en acatamiento de lo reglado por el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993. No es de recibo que después de tantos años se traiga como argumento una mala información o insuficiencia de esta, habiendo tenido la demandante la oportunidad, no solo de retractarse en tiempo respecto de la decisión inicialmente tomada y de las varias que efectuó con posterioridad, sino indagar sobre su estado pensional y tomar las decisiones que la misma ley le permitía. Por eso la interposición del recurso de apelación se dirigió a cuestionar la actitud de la demandante, durante toda su permanencia en el RAIS, porque, en efecto, fueron varias las oportunidades en que quiso mantener su pertenencia el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, veamos:

El traslado inicial de régimen del ISS a COLMENA HOY PROTECCIÓN del 01 de Diciembre de 1999, el cual fue efectivo desde el 01 de febrero de 2000 y los traslados posteriores de AFP de ING A HORIZONTE el 31 de Octubre de 2001, de HORIZONTE A OLD MUTUAL el 28 de diciembre de 2006 y de OLD MUTUAL A PORVENIR S.A. el 11 de Junio de 2010, solicitados todos por la señora MARÍA NIEVES PUENTES HURTADO, fueron actos voluntarios de la accionante, voluntad que ratificó en la solicitud de vinculación N.º 13857470 donde la demandante solicita el traslado de AFP de OLD MUTAL A PORVENIR

S.A. en el año 2010, con su firma manifiesta y ratifica su voluntad en los siguientes términos: *“DECLARO QUE SELECCIONO A PORVENIR PARA QUE SEA LA UNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES, HABIENDO SIDO INFORMADO TAMBIÉN, EN FORMA PREVIA, DEL DERECHO QUE ME ASISTE DE RETRACTARME DE MI DECISION DENTRO DE LOS CINCO (5) DÍAS HÁBILES SIGUIENTES A LA FECHA DE LA PRESENTE SOLICITUD. DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS, Y EN CONSECUENCIA AUTORIZO EXPRESA E IRREVOCABLEMENTE A PORVENIR PARA QUE VERIFIQUE LA EXACTITUD Y VERACIDAD DE LA INFORMACIÓN. CERTIFICO QUE HE SIDO VISITADO POR ASESOR/ CORREDOR DE PORVENIR S.A Y HE RECIBIDO INFORMACIÓN AMPLIA Y SUFICIENTE SOBRE LOS SIGUIENTES TÉRMINOS Y REFERENCIAS, CÓMO SE EFECTÚAN APORTES AL FONDO DE PENSIONES Y EXPLICACIÓN DEL PRODUCTO Y PROMESA DEL SERVICIO”*, voluntad que fue manifestada desde el traslado de régimen en el año 1999 y que finalmente ratifica el 11 de junio de 2010 al trasladarse desde OLD MUTUAL A PORVENIR S.A., donde actualmente se encuentra vinculada. Entonces la voluntariedad del traslado de régimen y sus posteriores traslados de AFP dentro del RAIS, fueron actos netamente discrecionales y así quedaron consignados en los formularios que fueron diligenciados por la afiliada peticionante, como es el caso cuando así lo ratificó con su firma en el texto de la solicitud de vinculación a PORVENIR que obra en el CD que se aportó como anexo de la contestación de la demanda, bajo el título de *“SOLICITUD DE AFILIACIÓN O TRASLADO”*. No pudo haber error en el consentimiento ni engaño, porque las selecciones hechas fueron voluntarias de conformidad con lo establecido en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 y siempre dispuso de 5 días para retractarse de estos traslados que ella misma solicitó. Se debe destacar que la demandante tiene como fundamento de la nulidad un presunto engaño o error en el consentimiento, por falta de información, de unos actos de voluntad celebrados el primero hace más de 20 años y el último efectuado a PORVENIR S.A. hace un poco más de 10 años. A estas alturas, es inaceptable que 20 años después de haberse cambiado del régimen de prima media al RAIS y de 10 años de haber continuado en el mismo régimen migrando a PORVENIR S.A.,

pretenda discutir la nulidad, cuando es claro que la señora MARÍA NIEVES PUENTES HURTADO ratificó con su firma en los formularios de afiliación estar segura y consiente de lo que hacía, primero en el año 1999 al afiliarse al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD EN COLMENA HOY PROTECCIÓN S.A. y en los años 2001, 2006 y 2010 confirmar su interés de permanecer en el mismo régimen pero trasladándose a la AFP PORVENIR donde actualmente está vinculada.

Nótese que la parte resolutive de la sentencia objeto de la alzada, tan solo decreta la ineficacia del traslado de régimen hecho a COLMENA HOY PROTECCIÓN, a lo cual nos opusimos en nombre de PORVENIR S.A. al contestar la demanda; entonces, al no haber pronunciamiento sobre los traslados posteriores, hasta el último de OLD MUTUAL a PORVENIR del 11 de Junio de 2010, ello genera un limbo jurídico que haría nugatoria la orden de trasladar los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante a COLPENSIONES, circunstancia que debe ser objeto de análisis por parte de esa Honorable Sala del Tribunal.

Pero lo más importante para ser tenido en cuenta, en el caso de la señora MARÍA NIEVES PUENTES HURTADO, es la nueva postura de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, para los casos en que el demandante de nulidad o ineficacia del traslado de régimen, lo hace en varias ocasiones dentro del mismo RAIS, con lo cual descarta la causal invocada para el primer traslado y que se conoce como traslados horizontales dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Hago referencia al último y novedoso pronunciamiento hecho por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia de la doctora Ana María Muñoz Segura, **sentencia SL 1061-2021 del 22 de febrero de 2021, con radicado 82136, en proceso promovido por JORGE EDUARDO CORREA**

ROBLEDO contra PORVENIR S.A. COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, donde el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D. C. mediante fallo del 10 de mayo de 2018 decretó la nulidad del traslado de régimen y la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá D. C., por medio de la sentencia del 6 de junio de 2018 revocó la decisión del juzgado y absolvió a las demandadas, al considerar que resultaban válidos los traslados hechos por el accionante al régimen de ahorro individual con solidaridad y su posterior traslado horizontal de Colfondos a Porvenir S. A., argumento que fue avalado por la Sala de casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, al no casar la sentencia del Tribunal, dentro del siguiente contexto, el cual transcribo para ser fiel a lo dicho por esa alta Corporación. Veamos entonces, lo pertinente de la sentencia:

“...V. De los actos de relacionamiento y su rol en los traslados horizontales dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad

Dada la importancia constitucional y legal que tiene el derecho a la seguridad social, se ha procurado que las discusiones que surgen bajo su contexto se resuelvan con menos arraigo a las formalidades o protocolos, y más con apego a la intención real que despliegan los afiliados a través de sus actuaciones.

Por ejemplo, en lo concerniente a situaciones como el reporte de novedad de retiro del Sistema, se ha legitimado que, aun cuando no figure la misma dentro de la historia laboral, se entienda que ésta ya se produjo cuando el afiliado dejó de cotizar por un período considerable, por ejemplo. Tal situación supone que de manera tácita la persona se quiso desvincular a través del cese en el pago de aportes (CSJ SL5541-2019).

Análogo escenario se presenta con las afiliaciones tácticas en las administradoras de fondos de pensiones, en donde el afiliado realiza aportes por un interregno significativo a pesar de no haber diligenciado previamente un formulario de afiliación. En estos casos, se estima que la persona manifestó indirectamente su intención de estar vinculado en dicha sociedad y, en tal sentido, no puede verse truncado su derecho prestacional por la falta del formalismo como lo es el correspondiente formulario (SL14263-2015).

Así pues, se advierte que tales condiciones fácticas y que configuran verdaderas expresiones de voluntad de los afiliados, no pueden ser ajenas al contexto propio de las discusiones sobre la nulidad de traslado.

Conviene recordar que, más allá de los posibles debates dirigidos a evidenciar un engaño de las administradoras de pensiones respecto de los afiliados con el fin de conseguir un traslado de régimen, lo que aquí realmente tiene importancia y se convierte en el eje central de la controversia es la asimetría de la información.

Las disquisiciones realizadas en precedente y que versan sobre el rol de los fondos de pensiones, así como del sentido y alcance que tienen frente al deber de información, cobran relevancia justamente cuando se pretende esclarecer si, al momento de tomar el afiliado la decisión de trasladarse contaba con todos los elementos suficientes para tomar la decisión que a su juicio le conviniera.

Por lo tanto, lo que define que un caso se resuelva declarando o no la nulidad, depende del ejercicio probatorio que hayan hecho las partes dentro del proceso a fin de esclarecer si la persona estaba o no debidamente informada.

Ello conlleva a sostener, que se trata de discusiones eminentemente casuísticas que no pueden convertirse en reglas generales de criterio, sino en consideraciones intrínsecamente atadas a lo que se ponga de manifiesto dentro del litigio.

En ese orden de ideas, es posible concluir que, aun cuando no haya certeza de si el afiliado recibió al momento de su traslado toda la información requerida, existen otros mecanismos que permiten colegir que la persona tenía vocación de permanecer en el régimen y que contaba con todos los elementos para forjar con plena convicción su elección. (negrillas fuera del texto de la sentencia)

Dichos comportamientos o actos de relacionamiento, en los casos de afiliación, pueden verse traducidos en acciones concretas de los afiliados tales como presentar solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros. Así lo ha establecido esta Corporación en el fallo CSJ SL413-2018, en donde dijo que,

Por esta misma razón, en casos como el presente, donde se discute la materialización del acto jurídico de la afiliación o traslado, es relevante tener en cuenta los aportes al sistema, no como un requisito *ad substantiam actus* de la afiliación, como lo sostuvo el Tribunal, sino como una señal nítida de la voluntad del trabajador cuando existen dudas razonables sobre su genuino deseo de cambiarse de régimen.

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

A partir de lo expuesto en precedente, se tiene que los traslados horizontales dentro del Régimen de Ahorro Individual, es decir los cambios entre administradoras de fondos privados de pensiones, pueden considerarse como actos de relacionamiento, lo cual permite suponer que el afiliado desea continuar en dicho régimen. Incluso, tales actuaciones presuponen cierto conocimiento de la persona respecto al funcionamiento del régimen, sus beneficios y desventajas y su modo de operar, de ahí que su intención sea continuar en él, aún teniendo la posibilidad eventual de retornar a Colpensiones.
(negrillas y subrayas fuera del texto de la sentencia)

VI. Caso concreto

Del análisis del cargo presentado, y a partir de los hechos, las conclusiones emitidas por el Tribunal, el criterio jurisprudencial reseñado y las pruebas acusadas como mal valoradas o inapreciadas por el casacionista, es posible llegar a las siguientes conclusiones:

1. La línea de criterio de la Sala ha sido mucho más extensa, en el sentido de buscar que exista simetría de la información, es decir, que la persona cuente con todos los elementos necesarios y suficientes para que, en su caso concreto, tome la decisión que considere más beneficiosa.

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

En su lugar, por lo que se propende es porque el juez forje de manera libre su convencimiento a partir de ciertas directrices claras, a saber, que la asesoría prestada por los fondos de pensiones -así sea verbal o escrita-, sea focalizada y dirigida a las condiciones particulares de cada uno de los afiliados.

No se trata solo de elaborar un discurso abstracto que explique en qué consiste uno y otro régimen, sino que, por el contrario, contenga las implicaciones concretas (por ejemplo, mediante proyecciones), de lo que sería la causación de su derecho pensional en uno u otro escenario.

Se recuerda que la importancia del derecho a la seguridad social amerita que, por un lado, las administradoras de pensiones en su rol de conocedoras del funcionamiento del Sistema contribuyan de manera directa a la decisión de las personas y, a que aconsejen bajo parámetros legales sin que estén de por medio intereses de ningún otro tipo.

2. En ese orden de ideas, se advierte que, si bien las conclusiones del Tribunal fueron inicialmente desacertadas, en el sentido de dar plena y única validez a los formularios de afiliación para acreditar que sí se le brindó la información necesaria al afiliado para que se trasladara entre regímenes pensionales, lo cierto es que tal desatino no sería relevante teniendo en cuenta la situación jurídica concreta del señor Correa Robledo.

Lo anterior, puesto que a través de los actos de relacionamiento que quedaron acreditados dentro del proceso, esto es, el traslado horizontal que hizo desde Colfondos S.A. a Porvenir S.A., se puede colegir que cada uno de los fondos brindó información suficiente para que el actor tuviera la vocación de permanecer vinculado en el Régimen de Ahorro Individual y, sobre todo, de no retornar a Colpensiones. (negrillas y subrayas fuera del texto de la sentencia)

Se insiste, tales comportamientos tácitos del accionante no conducen a entender que hubiera existido una perpetuidad en la asimetría de la información, sino que, por el contrario, un objetivo claro de continuar en este Régimen, asumiendo los beneficios y consecuencias que su decisión traía consigo. (negrillas y subrayas fuera del texto de la sentencia)

Así pues, el cargo no prospera en los términos en que fue presentado.

(...)

IX. DECISIÓN

*En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá el seis (6) de junio de dos mil dieciocho (2018), dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **JORGE EDUARDO CORREA ROBLEDO**, contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.** “*

Veamos cómo, en el caso que nos ocupa, no se trató solo de un traslado horizontal, como el avalado por la Corte en la sentencia SL 1061-2021, sino de varios de esos mismos: Primero del ISS a COLMENA HOY PROTECCIÓN el 01 de Diciembre de 1999, el cual fue efectivo desde el 01 de febrero de 2000 y los traslados posteriores de AFP de ING A HORIZONTE el 31 de Octubre de 2001, de HORIZONTE A OLD MUTUAL el 28 de diciembre de 2006 y de OLD MUTUAL A PORVENIR S.A. el 11 de Junio de 2010, todos solicitados expresamente por la señora MARÍA NIEVES PUENTES HURTADO. Entonces, con mayores veras puede y procede atenderse el principio según el cual, **“donde existe la misma razón debe existir la misma disposición”**, porque efectivamente se da eso que la Sala Laboral describe como **“...actos de relacionamiento, lo cual permite suponer que el afiliado desea continuar en dicho régimen. Incluso, tales actuaciones presuponen cierto conocimiento de la persona respecto al funcionamiento del régimen, sus beneficios y desventajas y su modo de operar, de ahí que su intención sea continuar en él, aún teniendo la posibilidad eventual de retornar a Colpensiones”**. y, bajo tales consideraciones produjo el respaldo a lo decidido por el Tribunal de Bogotá en el caso del señor Jorge Eduardo Correa Robledo.

Entonces, en esta sustentación del recurso de apelación, se pone de presente que decisiones como la adoptada, de alguna manera menoscaban la seguridad jurídica que debe existir dentro de un Estado Social de Derecho; y precisa traer a colación lo expuesto en esta materia por la H. Corte Constitucional al referirse al *DEBER GENERAL DE OBEDIENCIA DEL DERECHO / IGNORANCIA DE LA LEY NO SIRVE DE EXCUSA*-, cuando en sentencia C-651 del 3 de diciembre de 1997, con ponencia del doctor Carlos Gaviria Díaz (q.e.p.d.), así se pronunció:

“Puede afirmarse con certeza que no hay siquiera un jurista especializado en una disciplina jurídica particular que pueda responder por el conocimiento cabal de las que constituyen el área de su especialidad. Mucho menos puede esperarse que un ciudadano corriente conozca todas las normas que se refieren a su conducta”. No obstante “...es necesario exigir de cada uno de los miembros de la comunidad que se comporte como si conociera las leyes que tienen que ver con su conducta. La obediencia al derecho no puede dejarse a merced de la voluntad de cada uno, pues si así ocurriera, al mínimo de orden que es presupuesto de la convivencia comunitaria, se sustituiría la anarquía que la imposibilita”.

La cita de este pasaje jurisprudencial tiene como propósito precaver que se entronice la costumbre de suscribir acuerdos, contratos, documentos o convenir acogerse a reglamentos, para luego, después de muchos años de ejercicio de lo pactado, indicar que no se tuvo la suficiente ilustración sobre aspectos consagrados en la ley y bajo el pretexto, hoy tan de moda, de acogerse a la figura de las negaciones o afirmaciones indefinidas, para atribuirle a la otra parte la obligación de demostrar que explicó el contenido de la ley. Con esta práctica, bien podría cualquiera negarse a pagar un crédito o reconocer un compromiso como trabajador, advirtiéndose parte débil de la contratación y decir que su contraparte no le explicó el texto de lo que firmó voluntariamente, dando al traste con la seguridad jurídica que debe estar presente en toda sociedad moderna que se precie de profesar los más elementales principios de la concepción de estado, que no es otra cosa que la nación jurídicamente organizada.

De otra parte, **se tiene especial inconformidad**, en cuanto que, al hacer el pronunciamiento final, la sentencia decide que PORVENIR S.A. debe “...trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los ahorros de la demandante de su cuenta pensional, junto con sus rendimientos debidamente indexados e información, como si nunca hubiera estado desafiliada del Régimen de Prima Media con prestación de finida” (negrilla y subrayas fuera de texto), sin advertir que en la demanda no se pide esa indexación, seguramente a sabiendas que en los fondos de pensiones toda cuenta de ahorro individual produce unos rendimientos financieros e intereses, gracias a la gestión de administración que de esos recursos hacen las AFP; entonces mal puede ordenarse simultáneamente devolver rendimientos e intereses, más la indexación de esas sumas. Ello no implica reconocimiento de las pretensiones.

Con base en lo anteriormente expuesto y lo ya señalado al sustentar el recurso de apelación interpuesto ante el A quo, comedidamente solicito al Honorable Tribunal se sirva REVOCAR la sentencia proferida el 18 de junio de 2019 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Neiva y, en su lugar, ABSOLVER a mi representada de todas las pretensiones incoadas en su contra y declarar probadas las excepciones propuestas por PORVENIR S.A.

Atentamente,



NEFTALÍ VÁSQUEZ VARGAS

C.C. 12.106.814 de Neiva

T.P. 21.035 del C. S. de la J.