



MONICA PATRICIA COSSIO RENTERIA

ABOGADA:

ESPECIALISTA EN DERECHO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

INSTITUCIONES JURÍDICO-PROCESALES "PROCESAL GENERAL

ASESORÍAS Y REPRESENTACIÓN EN ASUNTOS JURÍDICOS-LEGALES Y JUDICIALES

Doctora

LUZ EDITH DIAZ URRUTIA

Magistrado Tribunal Superior de Distrito Judicial de Quibdó

Despacho.

REFERENCIA: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: NESICA EMILDA PANDALES MORENO
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICADO: 27001-31-05-002-2018-000178-00

ASUNTO: ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEDE DE GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA.

Con el respeto que acostumbro en todos mis actos y estando dentro del término procesal concedido dentro del trámite de grado jurisdiccional de consulta, me presento ante su despacho respetados Magistrados, con el fin de exponer brevemente los argumentos de conclusión en los términos que se indican a continuación:

En lo que a la carga de la prueba respecta, se tiene que por regla general 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 evidencias¹.

“ARTÍCULO 167. 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

¹ Artículo 167 de la ley 1564 de 2012



MONICA PATRICIA COSSIO RENTERIA

ABOGADA:

ESPECIALISTA EN DERECHO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

INSTITUCIONES JURÍDICO-PROCESALES "PROCESAL GENERAL

ASESORÍAS Y REPRESENTACIÓN EN ASUNTOS JURÍDICOS-LEGALES Y JUDICIALES

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

*"7.4.- 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, 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. Además, como veremos más adelante para que la "voluntad" se vea afectada debe demostrarse la existencia de un vicio o fuerza capaz de anular el acto jurídico. 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. Sin embargo, esta regla no puede interpretarse como una situación universal que desplace las situaciones de cada caso particular y que además invierta la carga de la prueba sin mayor análisis que la naturaleza experta que tiene la administradora de pensiones.

Este contexto tampoco puede desconocer escenarios donde la expectativa pensional, la permanencia en el sistema, el silencio, la aceptación en el tiempo, la calidad del demandante y otros relacionados con las actividades financieras que ejecuta un usuario durante su vida laboral, le permitía escoger acertadamente el



MONICA PATRICIA COSSIO RENTERIA

ABOGADA:

ESPECIALISTA EN DERECHO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

INSTITUCIONES JURÍDICO-PROCESALES "PROCESAL GENERAL

ASESORÍAS Y REPRESENTACIÓN EN ASUNTOS JURÍDICOS-LEGALES Y JUDICIALES

régimen pensional. Este último aspecto ha sido por ejemplo evaluado por la Corte Suprema tratándose de afiliaciones tacitas donde prevalecen las actividades, cotizaciones y movimientos financieros a lo largo de la vida laboral.

iii) La previa y directa intervención en los hechos:

Igualmente, si bien existe una intervención de asesoría de la administradora de pensiones que podría generar un vicio en la voluntad del traslado, ello debe demostrarse pues de lo contrario predominarían las conjeturas y suposiciones, y no los hechos debidamente demostrados en el proceso en los que intervino directamente el demandante.

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 legislación².”

En materia penal la Corte Suprema de Justicia en sentencia SP-12912018 (49680), respecto a las acciones a propio riesgo o ‘autopuestas’ en peligro, indicó que de acuerdo con la teoría de la imputación objetiva, para que un resultado pueda ser atribuido a un agente este ha debido crear o incrementar un riesgo jurídicamente desaprobado que finalmente se concretó en la producción de la consecuencia típica (relación entre infracción al deber de cuidado y resultado), de modo que la autoría no se funda únicamente en criterios causales (relación de causalidad entre acción y resultado). También precisó que si la infracción a ese deber se concreta en el desconocimiento de la norma de cuidado generando riesgos o puesta en peligro de bienes jurídicamente tutelados es preciso establecer el marco en el cual se realizó la conducta e identificar las disposiciones que la gobernaban. Ello con el propósito de develar si mediante la valoración ex ante y ex post el resultado que se produjo puede ser imputado al comportamiento del procesado.

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:

² Sentencia T-122/17



MONICA PATRICIA COSSIO RENTERIA

ABOGADA:

ESPECIALISTA EN DERECHO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

INSTITUCIONES JURÍDICO-PROCESALES "PROCESAL GENERAL

ASESORÍAS Y REPRESENTACIÓN EN ASUNTOS JURÍDICOS-LEGALES Y JUDICIALES

“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.”

ERRONEA INTERPRETACIÓN E INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1604 DEL CÓDIGO CIVIL.

El artículo 1604 del Código Civil, señala:

“ARTICULO 1604. <RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR>. 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 levísima 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 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



MONICA PATRICIA COSSIO RENTERIA

ABOGADA:

ESPECIALISTA EN DERECHO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

INSTITUCIONES JURÍDICO-PROCESALES "PROCESAL GENERAL

ASESORÍAS Y REPRESENTACIÓN EN ASUNTOS JURÍDICOS-LEGALES Y JUDICIALES

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 recíprocas 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



MONICA PATRICIA COSSIO RENTERIA

ABOGADA:

ESPECIALISTA EN DERECHO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

INSTITUCIONES JURÍDICO-PROCESALES "PROCESAL GENERAL

ASESORÍAS Y REPRESENTACIÓN EN ASUNTOS JURÍDICOS-LEGALES Y JUDICIALES

transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente de permanecer en el Régimen seleccionado. La única manera de desvirtuar esta regla legal es demostrando la preexistencia de una fuerza que hubiere viciado el consentimiento.

La Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 17595 de 2017, señaló que existe un deber de entregar información a la medida de la asimetría entre un administrador experto y un afiliado lego. Es decir que, entre más experto el afiliado menos asimetría con la información del mercado.

Por lo tanto, existen diferencias entre los afiliados al sistema de pensiones y no todos pueden ser considerados como inexpertos o incapaces de tomar una decisión acertada. Según la Corte existen actividades que dan cuenta de un verdadero entendimiento del afiliado, que, en sí, obedecen a las obligaciones de todo vinculado al sistema pensional (SL 413-2018 C.S.J.), como son:

- Solicitar información de saldos.
- Actualizar datos.
- Asignar y cambiar claves.
- Por mencionar algunos actos de relacionamiento con la entidad que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer a ella. Existen otros adicionales como:
- Traslados entre fondos privados
- Negociaciones bonos pensionales

En este sentido, es importante traer a colación el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira Sala Laboral, en grado Jurisdiccional de Consulta, dentro del proceso 66001310500120170008501, demandante María Victoria Calle Correa, demandados Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A., en el cual se resolvió revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar absolver a las demandadas.

Dentro del fallo referido consideró el Tribunal lo siguiente:

“Puestas de ese modo las cosas, resulta imprescindible mencionar lo dispuesto en el art. 1604 del C.C. que exige que “la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”, no obstante lo anterior, dicha obligación probatoria aparece como respuesta inmediata a alguien que previamente ha alegado el incumplimiento de una obligación por parte de su deudor, en esa medida, quien alega un incumplimiento obligacional deberá probar el supuesto de hecho de la norma que consagra el efecto jurídico perseguido (art. 167 CGP), o en otras palabras, deberá probar la obligación incumplida para que se presuma que ello se dio por culpa de la contraparte, quien en respuesta de tal cuestionamiento tendrá la carga de demostrar la diligencia o cuidado en la obligación pactada.

En conclusión en los procesos tendientes a dejar sin efectos una afiliación hecha a cualquiera de los dos regímenes, con el propósito de volver a elegir el que desee, esta vez de forma libre y espontánea, deberá acreditar imperiosamente que la AFP a la que se afilio incumplió en la etapa precontractual con su obligación principal, esto es, brindarle la información adecuada, completa y veraz para tomar una decisión bajo el principio de libertad informada y en esa medida poder dar rienda suelta al art. 1604 del C.C., pues la presunción allí establecida no es el cumplimiento de la obligación sino la culpa en tal incumplimiento, iterase, una vez probado este.”

(...)

*Dicho de otra forma, la asesoría brindada por la AFP debe restringirse a informar al afiliado de todas y cada una de las características del RAIS frente al RPM, además de su solidez financiera (art. 97 del Decreto 663/1993 y sus modificaciones), sin que **dicha información pueda analizarse desde la óptica de un buen o mal consejo, pues ello implicaría usurpar la voluntad del afiliado**, única persona que después de conocer las características del régimen podrá sopesar si la escogencia del RAIS resulta adecuada y atractiva para el fortalecimiento de su vida, pues al gozar de capacidad de ejercicio, quien*



MONICA PATRICIA COSSIO RENTERIA

ABOGADA:

ESPECIALISTA EN DERECHO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

INSTITUCIONES JURÍDICO-PROCESALES "PROCESAL GENERAL

ASESORÍAS Y REPRESENTACIÓN EN ASUNTOS JURÍDICOS-LEGALES Y JUDICIALES

celebra el contrato de afiliación está en condiciones de entender las incidencias de la escogencia a partir de la información que ha recibido.

A tono con lo anterior, se concluye que María Victoria Calle Correa no solo suscribió el formulario de vinculación al RAIS a través de Protección S.A., que cumplió los lineamientos fijados en la ley, sino que reiteró su voluntad de permanencia en dicho régimen, al trasladarse a Porvenir S.A. lo que supone que estaba conforme con los beneficios que venía disfrutando desde 1995 cuando ingresó a él". (Subrayado fuera de texto original).

Es importante precisar que la Corte Suprema, dentro de los fallos relativos a nulidad o inexistencia del traslado de régimen, fundamenta parte de su decisión en el código Civil (artículo 1604) pero desconoce otras normas del mismo estatuto que establecen correlativamente obligaciones en relación con el demandante. Así pues, en lo que atañe al vínculo que genera el contrato de afiliación el Art. 1495 del aludido código civil dispone:

"Artículo 1495. Definición de contrato o convención. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas".

Así pues, es claro que la afiliación a cualquiera de los Regímenes comprende un acuerdo de voluntades que lo convierte en un contrato que reúne las siguientes particularidades:

- Por sus características comprende obligaciones de tipo contractual. (Art. 1495 del C.C.).
- Tiene un carácter formal, pues es obligatoria y solemne (Afiliación y desafiliación tácita)
- Es libre y voluntaria (Lit. b. del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.)
- Es bilateral, por lo tanto, existen obligaciones reciprocas (Decreto 2241 de 2010)
- De adhesión, en tanto el afiliado se acoge a las condiciones propias del régimen seleccionado, siendo que estas emanan de la ley.
- Aleatorio, ya que el hecho de que eventualmente algunas prestaciones de una de las partes pueden depender de un acontecimiento futuro e incierto. (Invalidez, vejez o sobrevivientes).

De esta manera no es dable que, atendiendo exclusivamente a las obligaciones de la AFP, se invierta la carga de la prueba bajo un criterio de responsabilidad objetiva, desconociendo con ello las obligaciones paralelas en cabeza del cotizante, y desplazando las propias circunstancias del caso.

Respecto a la presunción legal *juris ignorantia non prodest* consagrada en el artículo 1509 del C.C. y el artículo 9 ibídem, relativa a que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, la Corte Constitucional en la sentencia C 993 de 2006, señaló **"...que el error de derecho no da lugar a la declaración judicial de nulidad del negocio jurídico y que, por tanto, la parte de éste que lo cometió debe asumir todas las consecuencias de su celebración**, precisamente porque el artículo 36 de la ley 100 de 1993, es claro en señalar que el traslado al RPM ocasiona la pérdida del régimen de transición.

Dentro de los fallos analizados, la Corte Suprema otorga un alcance que no corresponde al contenido de los Decretos 663 de 1993 y 692 de 1994, en cuanto a la voluntad vertida en el formulario de afiliación.

Según la primera definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua RAE, la palabra libre es un adjetivo que significa: **"Que tiene facultad para obrar o no obrar"**; y la palabra **"voluntario"** la define así: **"Dicho de un acto: Que nace de la voluntad, y no por fuerza o necesidad extrañas a aquella"**.

La Corte Constitucional, en la sentencia T-422/11 describió la decisión libre y voluntaria del egresado como aquella en la cual **"no puede mediar acto de imposición o apremio por parte de autoridad alguna"**.



MONICA PATRICIA COSSIO RENTERIA

ABOGADA:

ESPECIALISTA EN DERECHO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

INSTITUCIONES JURÍDICO-PROCESALES "PROCESAL GENERAL

ASESORÍAS Y REPRESENTACIÓN EN ASUNTOS JURÍDICOS-LEGALES Y JUDICIALES

Así mismo, valoró las particularidades del caso concreto y el contexto en el cual se desarrollaron los hechos, así:

“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.

La Sala considera procedente la presente acción de tutela con base en las siguientes consideraciones: el ciudadano Luis Ernesto Hernández tiene 63 años de edad, es campesino, dedicado a las labores agrícolas desde los 8 años; cuenta con muy bajo grado de escolaridad y no sabe leer ni escribir. Está a cargo de su señora esposa de 58 años, carente de ingresos a quien siempre ha sostenido con su salario y presenta una discapacidad por pérdida de dedos en su mano izquierda. Según el informe psicológico allegado al proceso por su apoderada (Ver hecho 11), “También, durante la entrevista, su relato, lenguaje utilizado, comportamiento y actitudes, sugieren un nivel muy bajo de conocimientos educativos elementales, manejando un pensamiento concreto lo que sugiere un bajo nivel cognitivo, por la cual sería importante evaluar su verdadero coeficiente intelectual”.

En presencia de lo señalado es claro que no puede la Corte Suprema establecer una regla general y con ello presumir una responsabilidad objetiva para todos los casos de personas que se han afiliado al Régimen de Ahorro Individual y que después, persiguen volver al Régimen de Prima Media.

Sin embargo, la Corte Suprema desconoce el contenido y validez del documento exigido por la ley para el momento histórico y exige al fondo evidencias adicionales no estipuladas para la fecha del traslado.

Contrario sensu, en cuanto al demandante, basta con su simple manifestación respecto a la insuficiencia de la información suministrada por el fondo, sin realizar un análisis mínimo respecto a la condición académica, social y cultural del individuo que permita soportar su veracidad.

INDEBIDA IAPLICACIÓN DE LA NORMA RELATIVA AL RETORNO AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA EN CUALQUIER TIEMPO.

En la Sentencia **C-596 de 1997** la Corte Constitucional estudió una demanda dirigida contra la expresión “*al cual se encuentran afiliados*” contenida en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la cual se acusó de desconocer el principio de favorabilidad en materia laboral, colocar en situación desventajosa a las personas que se encontraban en el régimen de transición y violar el principio de irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales, al respecto la Corte expresó:

*“Justamente por cuanto los derechos a la seguridad social no se tienen por el simple hecho de ser persona humana, como si sucede con los derechos fundamentales o derechos de primera generación, para ser titular de ellos es necesario acreditar el cumplimiento de los requisitos que la ley, de manera general, impone para adquirirlos. Cuando, en vigencia de la ley que señala tales requisitos, estos llegan a cumplirse, se habla de derecho adquirido en materia de seguridad social. **Cuando, por el contrario, durante el término de vigencia de la ley que prescribe tales condiciones, la persona que aspira a la titularidad de ellos está en vía de cumplirlas, se habla de expectativa de derecho. (...) Las consecuencias jurídicas en uno y otro supuesto son bien distintas: los derechos adquiridos, al tenor del artículo 58 la Carta Política, no pueden ser desconocidos por leyes posteriores; no así las simples expectativas de derecho.**”* (Subrayado y negrilla fuera de texto original)



MONICA PATRICIA COSSIO RENTERIA

ABOGADA:

ESPECIALISTA EN DERECHO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

INSTITUCIONES JURÍDICO-PROCESALES "PROCESAL GENERAL

ASESORÍAS Y REPRESENTACIÓN EN ASUNTOS JURÍDICOS-LEGALES Y JUDICIALES

Posteriormente, a través de la **providencia C-789 de 2002**, la Corte Constitucional resolvió la demanda presentada por un ciudadano contra los incisos 4 y 5 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En la sentencia, la Corte precisó el alcance de derechos adquiridos y meras expectativas en materia pensional, indicando lo siguiente:

*“La Sala Plena consideró que las disposiciones demandadas se ajustaban a la Constitución puesto que, en primer lugar, el derecho a obtener una pensión de acuerdo con el régimen de transición **no es un derecho adquirido sino “apenas una expectativa legítima**, a la cual decidieron renunciar voluntaria y autónomamente, para trasladarse al sistema de ahorro individual con solidaridad”.*

En segundo lugar, indicó que ni siquiera puede afirmarse que las normas acusadas frustren tal expectativa ya que sólo “se podría hablar de una frustración de la expectativa a pensionarse en determinadas condiciones y de un desconocimiento del trabajo de quienes se trasladaron al sistema de ahorro individual, si la condición no se hubiera impuesto en la Ley 100 de 1993, sino en un tránsito legislativo posterior, y tales personas se hubieran trasladado antes del tránsito legislativo”.

Por último, precisó que “la protección constitucional a favor del trabajador, que le impide al legislador expedir normas que les permitan renunciar a ciertos beneficios considerados como mínimos no se refiere a las expectativas legítimas, sino a aquellos derechos que hayan sido adquiridos por sus titulares o a aquellas situaciones que se hayan consolidado definitivamente en cabeza de sus titulares”, razón por la cual tal prohibición no aplica en este caso al tratarse de expectativas legítimas y no de derechos adquiridos”.

Adicionalmente, 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 a este esquema, 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”³.

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.

La jurisprudencia analizada desconoce el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones contenido en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el art. 1º del Acto Legislativo 01 de 2005. Al respecto se tiene que, 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.”* (Cursiva, Negrilla y Subrayado fuera del texto original).

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;

³ C 1024 de 2004 y SU 062 de 2010



MONICA PATRICIA COSSIO RENTERIA

ABOGADA:

ESPECIALISTA EN DERECHO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

INSTITUCIONES JURÍDICO-PROCESALES "PROCESAL GENERAL

ASESORÍAS Y REPRESENTACIÓN EN ASUNTOS JURÍDICOS-LEGALES Y JUDICIALES

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. Así lo reconoció la Corte Constitucional en la sentencia T-489 de 2010 donde señaló:

Existe plena libertad para que los afiliados se inscriban en cualquiera de los dos regímenes y para trasladarse del uno al otro. La única restricción acatada por la jurisprudencia constitucional, que se desprende del artículo 48 de la Constitución Nacional en el cual está sólidamente afincada, obliga al Estado a “garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional”. En virtud de esta disposición se explica la presencia de los incisos 4º y 5º del artículo 36 cuando establecen como excepción que: “Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen. Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida. Restricción que, como se vio, persigue evitar el detrimento económico a que, en particular, se ve sujeto el régimen de prima media. En este contexto económico financiero la Sala rescata y apoya las medidas de orden legal avaladas por la Corte Constitucional para garantizar la solidez financiera del sistema pensional como son: El cumplimiento en un 75% de las cotizaciones, hasta completar los 15 años. La posibilidad de retornar al régimen de Prima Media con Prestación Definida, pero con la obligación de llevar a él la totalidad del ahorro realizado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), sin que este ahorro sea inferior al que se hubiera alcanzado al permanecer en el de Prima Media con Prestación Definida. La prohibición de cambiarse de régimen para personas a quienes les falten diez (10) años o menos para alcanzar la edad de pensión de vejez. La obligación de permanecer en el régimen que se escoja, durante cinco (5) años y no tres (3), como lo autorizaba el artículo 13 de la Ley 100, antes de cambiarse de régimen, por una sola vez. (Ley 797-03, art. 2º).

(...)

Además, en estas condiciones por razones de equidad, para que no se beneficie de un fondo constituido por aportes de otras personas, y al cual ella misma no ha aportado la totalidad de las cotizaciones requeridas, entonces, se le negará su traslado al mismo. Pero especialmente se encuentra esta Sala de la Corte ante las serias motivaciones establecidas por la jurisprudencia constitucional (sentencias C-1024-04 y C-789-02), asentadas sobre la sólida base del inciso 7º del artículo 48 de la Carta Suprema donde se ordena al Estado “garantizar...la sostenibilidad financiera del sistema pensional...”. Motivaciones que se verían afectadas, si se concediera a la actora, contrariando elementales criterios de equidad, su traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS - al de Prima Media con Prestación Definida.” (Subrayado y negrilla fuera de texto original).

En Sentencia de unificación SU130/13, la Corte se ocupó del tratamiento dado por la jurisprudencia constitucional a la problemática que surge en torno a quienes se trasladaron al régimen de ahorro individual y unificó su jurisprudencia advirtiendo que, de



MONICA PATRICIA COSSIO RENTERIA

ABOGADA:

ESPECIALISTA EN DERECHO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

INSTITUCIONES JURÍDICO-PROCESALES "PROCESAL GENERAL

ASESORÍAS Y REPRESENTACIÓN EN ASUNTOS JURÍDICOS-LEGALES Y JUDICIALES

conformidad con lo previsto en los artículos 13, literal e) y 36, incisos 4° y 5° de la Ley 100 de 1993, tal y como fueron interpretados por la Corte Constitucional en las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, únicamente los afiliados con quince (15) años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, pueden trasladarse "en cualquier tiempo" del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, conservando los beneficios del régimen de transición.

En esta misma línea se pronuncia la Corte Constitucional en sentencia T- 489 de 2010, al expresar:

*(...) la Sala se permite destacar dos ideas, relacionadas ambas con la **sostenibilidad económica del sistema pensional**. Ellas son: a-- La primera tiene que ver con la protección del capital pensional. No se puede permitir "la descapitalización del fondo", **si personas que no contribuyeron a su formación, vienen a último momento, cuando les faltan ya menos de 10 años para concretar su pensión de vejez, a beneficiarse de un ahorro comunitario accediendo a una pensión, cuyo pago desfinancia el sistema.** b- En segundo término, desde una perspectiva social se contraría la equidad y se abandona el valor de la justicia material, al permitir a personas que no han contribuido a los rendimientos de los fondos pensionales, entren a beneficiarse y a subsidiarse a costa de las cotizaciones y los riesgos asumidos por otras y no por ellas mismas"* (Subrayado y negrilla fuera de texto original).

Debe resaltarse la importancia que en este tema concede la Corte Constitucional a las consecuencias económicas de las diferentes posiciones sobre la sostenibilidad financiera del Sistema. Así las cosas el principio de sostenibilidad financiera representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de los Colombianos de manera sostenida e indefinida y la posición asumida por la Corte en los fallos relacionados con nulidad o inexistencia del traslado entre regímenes pensionales, quebranta el principio de sostenibilidad financiera, en tanto genera una situación caótica que desvertebra la debida planeación en la asignación y distribución de los recursos del Sistema Pensional, al desconocer la irreductible necesidad de que dichas condenas se cumplan previa la ordenada gestión de los recursos que en la mayoría de los casos no están presupuestados en la medida en que surgen, de manera contingente de la declaración judicial respectiva.

La estabilidad financiera se garantiza en la medida en que el sistema general de pensiones percibe y mantiene, a través de medios jurídicos y financieros, los fondos económicos adecuados que le permitan pagar mes a mes a una mayor cantidad de pensionados y obtener un ahorro para precaver la satisfacción de las pensiones futuras, bajo la permanente orientación de subsanar con urgencia cualquier desventaja contra el bienestar general.

De conformidad con todo lo expuesto, es necesario concluir que en los eventos de traslado de Régimen, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sin atender las situaciones particulares de cada caso, invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y exime al demandante de probar la existencia de un vicio del consentimiento 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. Así las cosas, en aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba, se ha invertido la carga probatoria, quedando en cabeza de los fondos de pensiones, la obligación de desvirtuar los supuestos alegados por los demandantes acerca de la suficiencia de la información suministrada al momento del traslado; exigencia probatoria que no ha podido ser acreditada por los fondos puesto que cuentan únicamente con los formularios de afiliación, conllevando que los fallos judiciales en la actualidad se expidan en contra de dichas entidades y de manera colateral afecten los intereses de Colpensiones.



MONICA PATRICIA COSSIO RENTERIA

ABOGADA:

ESPECIALISTA EN DERECHO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

INSTITUCIONES JURÍDICO-PROCESALES "PROCESAL GENERAL

ASESORÍAS Y REPRESENTACIÓN EN ASUNTOS JURÍDICOS-LEGALES Y JUDICIALES

Por su parte el artículo 1604 del Código Civil señala que *"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 levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. (...) La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo;"*.

La Corte Suprema de Justicia, en criterio de este extremo del proceso invierte de manera irracional y no ponderada la carga de la prueba, dando lugar a 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; y obliga a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo, sin que exista el menor esfuerzo procesal probatorio en cabeza del demandante.

Así pues, la Corte le imprime a los demandantes una naturaleza de ser la parte débil o afiliado lego, esa es la postura evidente en todos los casos de traslado de régimen que ha resuelto ese cuerpo colegiado, desconociendo el precedente constitucional al valerse de manera generalizada de la presunta ignorancia de la ley por parte de los afiliados, para considerarlos como parte débil y en consecuencia legos o inexpertos, desconociendo adicionalmente que el error de derecho no es justificable en los negocios jurídicos, menos para buscar un aprovechamiento pensional.

Sin embargo, la anterior posición no es de recibo de la totalidad de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, por cuanto en reciente pronunciamiento dentro del radicado 68852, el Magistrado Jorge Luis Quiroz aclaró su voto, señalando:

"...el acto de traslado, si bien impone un deber de información suficiente de parte de las administradoras, ello, per se, no exonera al afiliado del deber de concurrir suficientemente ilustrado a la escogencia de su régimen pensional, de la cual dependerán sus expectativas económicas y de plazo para acceder a la prestación por vejez; como tampoco lo sustraen de la aplicación de la ley, para darle un tratamiento desigual, como si su capacidad para celebrar actos y contratos estuviera menguada frente a la definición de un acto de la mayor importancia, en la medida en que de su elección dependerán las condiciones de cubrimiento de las contingencias, amparadas por el sistema de seguridad social y en particular la de vejez.

Por consiguiente, la posición jurisprudencial creó una situación ventajosa que favorece a los afiliados - demandantes, puesto que su simple afirmación respecto a que el fondo no les brindó información precisa, clara y exacta, plasmada en una demanda interpuesta en cualquier tiempo, les viene permitiendo obtener el traslado al Régimen de Prima Media, sin que sea necesario que allegue el más mínimo elemento probatorio al interior del proceso.

Por supuesto que la Corte Suprema dentro de los aludidos fallos en consecuencia de la declarada ineficacia o nulidad del traslado, ordena trasladar a la administradora del régimen de prima media, los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, pertenecientes a la cuenta individual del actor, en muchos casos debidamente indexados. No obstante esos recursos al momento de realizar el reconocimiento, liquidación y pago de la prestación no es suficiente, puesto que los rendimientos financieros de los aportes en uno y otro régimen varía, viéndose clara y negativamente afecto el equilibrio financiero de Colpensiones, y con ello necesariamente los afiliados a este.



MONICA PATRICIA COSSIO RENTERIA

ABOGADA:

ESPECIALISTA EN DERECHO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

INSTITUCIONES JURÍDICO-PROCESALES "PROCESAL GENERAL

ASESORÍAS Y REPRESENTACIÓN EN ASUNTOS JURÍDICOS-LEGALES Y JUDICIALES

Se debe mirar la prescripción de una manera diferente en estos casos de ineficacia de traslado, puesto que en criterio de este extremo procesal si bien el derecho a trasladarse de régimen guarda relación con el derecho a la pensión en sí, deben tenerse en cuenta de forma más rigurosa los límites puesto que la misma ley dispone que cuando le falten menos de 10 años para completar los requisitos para pensionarse el afiliado no podrá trasladarse, y ese límite hace referencia precisamente al principio de la sostenibilidad financiera del sistema administrado por COLPENSIONES, el cual se viene viendo gravemente golpeado por el sin fin de sentencias que ordenan el traslado de personas a poco tiempo de acceder a la pensión, so pretexto del engaño de que declaran víctimas al acceder a la afiliación al fondo privado

Dicho fenómeno extintivo está regulado en los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y 488 del Código Sustantivo del Trabajo, estableciendo un término trienal para el efecto.

En razón a lo anterior, señala la Corte que la positivización de dicha figura jurídica no significa que su aplicación opere de manera automática, en perjuicio de la posibilidad de acceder a derechos laborales o pensionales que gozan del carácter de imprescriptibles, indicando que:

“...la exigibilidad judicial del derecho a la pensión o a obtener su valor real es imprescriptible (CSJ SL8544-2016); por tanto, puede reclamarse en cualquier tiempo, siempre que se llenen los requisitos legales establecidos. Tal carácter deriva de la protección de los derechos adquiridos, la irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social consignado en el artículo 48 de la Constitución Política, y de los mandatos de protección especial y solidaria hacia los sujetos en circunstancias de debilidad manifiesta”, así concluyó erradamente la Corte que “...quien no pone en funcionamiento el aparato judicial para reclamar un derecho fundamental e indisponible como la pensión, así como los elementos indisolubles de su estructuración dentro de los tres años siguientes a su exigibilidad, se encuentra habilitado para requerirlo en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción”.

Al acceder a las pretensiones de demandas de ineficacia / nulidad del traslado de régimen como la presente, no se aborda con el detenimiento merecido el comportamiento del afiliado ante la toma de una decisión tan trascendental como lo es, el traslado de régimen pensional, pues se traslada la totalidad de la carga probatoria sobre la forma en que se realizó dicho traslado, así mismo se minimiza la actitud del afiliado ante tal situación. En criterio de este extremo del proceso, ello no se compadece con el criterio de igual de partes, máxime cuando hay casos en que el afiliado tiene un grado de escolaridad que le permite tener un campo de acción más enérgico y participativo en la escogencia del régimen pensional que le conviene.

Los ciudadanos no pueden alegar la ignorancia o desconocimiento de la ley para exonerarse de responsabilidad frente a las consecuencias que la aplicación, omisión o incorrecta interpretación de ellas traiga consigo, así por ejemplo al comprar o adquirir un bien o servicio, lo mínimo que se espera del comprador es que indague sobre los pormenores que rodean el negocio de compraventa, exigencia que se hace mucho más apremiante si se trata de una persona letrada o



MONICA PATRICIA COSSIO RENTERIA

ABOGADA:

ESPECIALISTA EN DERECHO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

INSTITUCIONES JURÍDICO-PROCESALES "PROCESAL GENERAL

ASESORÍAS Y REPRESENTACIÓN EN ASUNTOS JURÍDICOS-LEGALES Y JUDICIALES

con un óptimo nivel de escolaridad. En ninguna medida se pretende que todos sean abogados o que se sepan las normas al pie de la letra, pero lo normal es que siempre que una persona va a tomar una decisión importante mire con lupa todos los ángulos de la misma, esto es, mirar los beneficios, los perjuicios, la conveniencia, etc, nadie v por el mundo comprando, vendiendo, haciendo negocios sin valorar todo lo que deba tener en cuenta.

Si la administración de justicia aborda el estudio de las demandas de ineficacia / nulidad del traslado de régimen, desde la perspectiva que arriba se indica, estamos convencidos que los resultados serían diferentes, máxime si se tiene en cuenta que la jurisprudencia en la que se invierte la totalidad de la carga de la prueba en cabeza del fondo privado correspondía a una persona cuyo nivel de escolaridad podría llevarlo bajo el convencimiento de la confianza legítima que le imprimía el asesor del fondo a tomar la decisión que avocó el proceso, pero ello no implica que todos los casos deban medirse con el mismo rasero, puesto que hay muchas demandas como la presente en las que el actor es un abogado especialista, congresista, magistrado, jueces, empleado judicial, enfermeras, contadores, economistas, ingenieros, etc, que afirman haber sido engañados por asesores comerciales de los fondos privados, que nunca sintieron desconfianza de la información brindada, no la cotejaron, no investigaron, ni pidieron otras opiniones, en fin, no trataron de determinar realmente si algo tan bueno era cierto, si esa decisión realmente era acertada.

Ahora bien, si a pesar de lo dicho el Juez llega al convencimiento que el fondo privado debían cumplir el deber de doble información, darle una información integral a la actora, se tiene que al condenar a Colpensiones a recibir las cotizaciones realizadas por la demandante en el fondo privado y sus rendimientos financieros, consideramos que ha de imprimirse mayor claridad en cuanto a la condena impuesta, ello por cuanto no basta con que se trasladen los aportes con los respectivos rendimientos financieros, puesto que la forma en la que se manejan los aportes en el RPM y el RAIS son totalmente diferentes, y en tal sentido los rendimientos también lo son, por ello en estos casos al momento de trasladar pasar a reconocer la pensión al afiliado recientemente trasladado se ve afectado el equilibrio financiero y fiscal de COLPENSIONES, puesto que los recursos faltantes una vez se realiza el cálculo actuarial de la pensión desbordan o sobre pasan el total de aporte para tal efecto del pensional, situación que no ha sido tenida en cuenta por los jueces de la república en los innumerables fallos que le son notificados a la entidad demandada.

Lo anterior no se compadece con el espíritu del artículo 48 de la Carta Política, que contiene el principio de sostenibilidad financiera del sistema del cual se habló ampliamente anteriormente, de igual manera se solicita no imponer condena en costas a cargo de Colpensiones en esta instancia y exonerarla de cualquiera cargo que comprometa su patrimonio.

No siendo otro el objeto del presente, le estoy altamente agradecida por la atención brindada.



MONICA PATRICIA COSSIO RENTERIA

ABOGADA:

ESPECIALISTA EN DERECHO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

INSTITUCIONES JURÍDICO-PROCESALES "PROCESAL GENERAL

ASESORÍAS Y REPRESENTACIÓN EN ASUNTOS JURÍDICOS-LEGALES Y JUDICIALES

De usted señoría con todo respeto,

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Mónica Patricia Cossio Rentería". The signature is fluid and cursive, with a large, stylized initial "M".

MÓNICA PATRICIA COSSIO RENTERIA

C. C. No. 35.893.984 de Quibdó

T. P. No. 149359 del C. S. de la J.

Abogada externa MUÑOZ Y ESCRUCERIA S.A.S.