

MAGISTRADO(a)
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE CALI – SALA LABORAL
E. S. D

REFERENCIA: Alegatos de conclusión
DEMANDANTE: RODRIGO ADOLFO ALBAN JIMENEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICADO: 76001310500420160056100

ALVARO JAVIER SALAZAR CASTAÑO, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.068.662.457, con domicilio y residencia en Cali, abogado en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No. 283.097 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderado judicial de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, por medio del presente escrito me permito presentar alegatos de conclusión respecto de la pretensión de la nulidad de afiliación que solicita el actor.

De acuerdo a la definición general de este concepto según la RAE, proviene de la *falta de eficacia*, que a su vez se traduce en la *“Capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera”*.

En materia legal y jurisprudencial dicho concepto se encuentra relacionado con los efectos jurídicos de existencia y validez que pueda generar un acto o negocio jurídico previamente establecido, por tanto, se manejan dos definiciones en sentido estricto e ineficacia en sentido amplio:

“La ineficacia en sentido estricto se presenta en aquellos casos en los cuales la ley, por razones de diferente naturaleza, ha previsto que el acto no debe producir efectos de ninguna naturaleza sin que sea necesario la existencia de una declaración judicial en ese sentido.”

“Bajo el concepto de ineficacia en sentido amplio suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad” (C-345/2017).

Traído a nuestro caso específico de traslado de régimen pensional, la ineficacia se encuentra ligada a la validez y el efecto jurídico que produce la aceptación del afiliado de pasar de un régimen pensional a otro, y las consecuencias jurídicas que se desprenden hacia el futuro una vez se dé la declaratoria de inexistencia de vínculo entre ellos, dentro de las cuales se encuentra incluida la nulidad.

Al respecto la CSJ en sentencia SL 1421-2019, señaló respecto a la ineficacia que *“existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información afecte los intereses del afiliado en procura de reivindicar su derecho o el acceso al mismo;*

ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de fondos de pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, (...)”

Por su parte la nulidad en materia de traslado de régimen pensional ha venido siendo materializada como el efecto o consecuencia jurídica que genera la declaratoria de ineficacia de la vinculación o traslado de régimen pensional principalmente del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, generando como consecuencia la conservación de los derechos de acceder a la prestación pensional por ser un derecho de rango constitucional, cuyo objetivo principal consiste en el *“retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social (...)*. (CSJ. SL 31989 de 2008).

Partiendo de la base que los anteriores argumentos son los fundamentos legales para permitir el traslado de régimen de seguridad social, veremos si el desarrollo jurisprudencial de dichas figuras son interpretaciones garantistas que afectan los intereses de la entidad y se encuentran en contravía del ordenamiento, el principio de legalidad, seguridad jurídica y sostenibilidad fiscal del fondo de pensión bajo la excusa de garantías de derechos fundamentales del acceso al sistema de seguridad social de los afiliados.

Como conclusión sobre estos conceptos, se evidencia que por su naturaleza no son equiparables entre sí; por cuanto el primero hace referencia a la legalidad del acto de la vinculación y sus efectos hacia el futuro una vez sea declarada y por otra parte la nulidad se traduce simplemente en que el vínculo jurídico nunca nació a la vida jurídica.

La facultad de migrar de un régimen pensional a otro surge por disposición del artículo 13 ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003 donde señaló *“Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; (aparte subrayado condicionado bajo el entendido que “ las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste -en cualquier tiempo-, conforme a los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002).*

En materia de traslado de régimen pensional el precedente jurisprudencial ha mantenido una posición garantista en favor de los afiliados, que reúne los siguientes escenarios:

- **Respecto al consentimiento informado del afiliado**

Al momento de aceptar su ingreso al fondo la jurisprudencia ha definido que las administradoras de pensiones tienen la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de información suficiente y transparente que le permita al afiliado elegir entre las diferentes opciones, la

que mejor se ajuste a sus intereses; por cuanto, no puede alegarse *«que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos previsionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014). Así mismo la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 1688-2019, luego de realizar un recuento normativo, concluyó que *“las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.*

- **Respecto a la carga de la prueba**

En materia probatoria, 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 evidencias.

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 probarla 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.

- **Interpretación del artículo 1604 del Código Civil:**

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 dentro de la jurisprudencia objeto de análisis, invierte de manera irracional y no ponderada la carga de la prueba, suscitando 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 en cabeza del demandante.

- **Respecto a la naturaleza de los demandantes (parte débil y afiliado lego)**

Dentro de las providencias relacionadas con traslado de régimen, la Corte Suprema desconoció 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. Agregó el magistrado Quiroz que la condición del promotor de la acción de nulidad merece una especial atención, pues “...no es lo mismo que el ex ministro de hacienda que participó en la construcción de las reglas acuda a solicitar la nulidad, frente a la solicitud que haga un iletrado campesino cuya imposibilidad de leer lo haya llevado a un traslado de régimen y pretenda su nulidad por vicio del consentimiento.

El asunto que hoy se pone de presente fue expuesto en la reciente Sentencia de Unificación SU-130 de 2013, de la cual se transcribirán los apartes relevantes, con el fin de hacer claridad en lo que respecta a la aplicación de los regímenes pensionales que aún subsisten por aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Se tiene entonces que los beneficiarios del régimen de transición pueden encontrarse en una de las siguientes hipótesis: i) aquellas personas con más de 15 años de servicios cotizados al 1° de abril de 1994, independientemente de que se hubieran o no trasladado de régimen; ii) aquellas personas beneficiarias de la transición por cuanto cumplen con el requisito de edad (35 años mujeres, 40 años hombres), pero que en algún momento de su vida laboral se trasladaron al régimen de ahorro individual con solidaridad; y iii) aquellos beneficiarios de la transición por edad que nunca se cambiaron de régimen pensional.

En el primer evento no hay duda de que estas personas al tener cotizado más del 75% del tiempo requerido para causar su pensión, bajo ninguna circunstancia pierden el régimen de transición.

Ahora, no sucede lo mismo con el segundo grupo, es decir, cuando el trabajador decide trasladarse de nuevo al régimen de prima media, luego de haber escogido el régimen de ahorro individual, o cuando escogió un fondo privado como primera opción de afiliación al sistema, toda vez que en este caso, tal decisión tiene importantes repercusiones en las aspiraciones

pensionales de dichos trabajadores, ya que, como se dijo anteriormente, ello acarrea la pérdida del régimen de transición. Desde esa perspectiva, el traslado deja de ser un asunto de simple connotación legal y adquiere una indudable relevancia constitucional, por comprometer derechos fundamentales como la seguridad social y el mínimo vital.

Bajo esa orientación, en la Sentencia C-789 de 2002, se declaró la exequibilidad condicionada de los incisos 4° y 5° de la Ley 100/93, en cuanto se entienda que su contenido no aplica para las personas que tenían 15 años o más de servicios cotizados para la fecha en que entró en vigencia en SGP. Es decir, que únicamente esta categoría de trabajadores no pierde el régimen de transición por el hecho de trasladarse al régimen de ahorro individual, pudiendo hacerlo efectivo una vez retornen al régimen de prima media con prestación definida. Para tal efecto, se fijaron dos importantes condiciones, a saber: (i) que al regresar nuevamente a al régimen de prima media se traslade a él todo el ahorro efectuado en el régimen de ahorro individual y (ii) que dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el régimen de prima media.

En cuanto a la oportunidad para realizar el traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, a partir de la Sentencia C-1024 de 2004, se entendió que la prohibición contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100/93, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, en el sentido que no podrán trasladarse entre regímenes quienes les falte diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, no aplica para los sujetos del régimen de transición por tiempo de servicios cotizados, quienes podrán hacerlo “en cualquier tiempo”, conforme a los términos señalados en la Sentencia C-789 de 2002. La referencia hecha a este último fallo, por parte de la Sentencia C-1024 de 2004, no significa cosa distinta a que solo quienes cumplen con el requisito de tiempo de servicios cotizados (15 años o más) pueden retornar sin límite temporal alguno al régimen de prima media, pues son los únicos afiliados que no pierden el derecho al régimen de transición por efecto del traslado.

No sucede lo mismo, en cambio, con quienes son beneficiarios del régimen de transición por edad, pues como quiera que el traslado genera en esta categoría de afiliados la pérdida automática del régimen de transición, en el evento de querer retornar nuevamente al régimen de prima media, por considerar que les resulta más favorable a sus expectativas de pensión, no podrán hacerlo si les faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, dada la exequibilidad condicionada del artículo 13 de la Ley 100/93, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, declarada en la Sentencia C-1024 de 2004.

Así las cosas, más allá de la tesis jurisprudencial adoptada en algunas decisiones de tutela, que consideran la posibilidad de traslado “en cualquier tiempo”, del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, con beneficio del régimen de transición para todos los beneficiarios de régimen, por edad y por tiempo de servicios, la Corte se aparta de dichos pronunciamientos y se reafirma en el alcance fijado en las sentencias de constitucionalidad, en el sentido de que sólo pueden trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, en cualquier tiempo, conservando los beneficios del régimen de transición, los afiliados con 15 años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994.

Ello, por cuanto, se reitera, las normas que consagran el régimen de transición, así como la pérdida del mismo, y la posibilidad de traslado entre regímenes pensionales con sus correspondientes restricciones, fueron objeto de control constitucional por parte de esta corporación, a través de las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, analizadas con detalle en el acápite precedente, que definieron su verdadero sentido y alcance, considerándolas acordes con la Constitución, y al tratarse de decisiones con efectos de cosa juzgada, adquieren un carácter definitivo, incontrovertible e inmutable, de tal manera que sobre ellas no cabe discusión alguna.

Bajo ese contexto, y con el propósito de aclarar y unificar la jurisprudencia Constitucional en torno a este asunto, la Sala Plena de la Corte Constitucional concluye que 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 SGP, 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. Para tal efecto, deberán trasladar a él la totalidad del ahorro depositado en la respectiva cuenta individual, el cual no podrá ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el régimen de prima media. De no ser posible tal equivalencia, conforme quedó definido en la Sentencia C-062 de 2010, el afiliado tiene la opción de aportar el dinero que haga falta para completar dicha exigencia, lo cual debe hacer dentro de un plazo razonable.

En el presente caso tenemos varias situaciones que aplica el juez de primer grado sin siquiera realizar un ejercicio hermenéutico juicioso a saber;

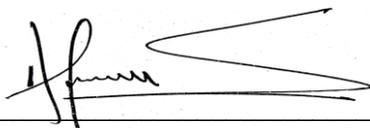
- ✓ Lo primero es de conocimiento que existe un pronunciamiento de una Corte de cierre por lo cual no hay lugar a espetarnos en citar los pronunciamientos
- ✓ Que dicho pronunciamiento lo aplican los Tribunales Superiores y los Jueces dando aplicación a la obligatoriedad del precedente
- ✓ Si bien en los procesos de nulidad se invierte la carga de la prueba ello **per se** no implica una verdad absoluta.
- ✓ Los traslados efectuados en los años 90 la norma que regulaba era el estatuto financiero el cual **NO** contemplaba que el asesoramiento se realizará de manera escrita **situación que no ha refutado ni los tribunales ni juzgados.**
- ✓ Si observamos el artículo 29 de la CP el cual prevé como garantía del debido proceso que nadie puede ser condenado sino por norma previamente existente al acto que se le imputa, luego entonces **como se exige y es el fundamento para acceder a las pretensiones que la AFP demuestre que asesoró. (no se está erosionando el principio de legalidad al exigir un documento)**
- ✓ En los interrogatorios de parte que buscan con ello obtener una confesión los deponentes siempre indican que no le dijeron **nada y que no se acuerdan**, luego entonces como se toma credibilidad a un interrogatorio en donde manifiesta que no fue informada y a la vez que no se acuerda de pormenores (**donde está la sana crítica y las reglas de la experiencia**)
- ✓ Si bien la ratio deciden di es de obligatorio cumplimiento no es menos cierto que los Jueces se pueden apartar de la misma, puesto no en todo los casos nos encontramos frente a afiliados legos.

- ✓ Como sabemos, no hay norma que indique al momento que se celebró el acto jurídico que indique que la asesoría debía ser por escrito, no obstante, la Corte Suprema adscribe un alcance e indica que se invierte la carga de la prueba a fin de establecer si hubo o no asesoría.
- ✓ La inversión se hace normalmente con un interrogatorio de parte, pero solo se toma del demandante en cuando indica que no le dijeron nada, pero no se tiene presente cuando indica que no se acuerda.
- ✓ El artículo 230 superior indica que los jueces están sujetos al imperio de ley, no obstante dicho artículo fue modulado por la Corte Constitucional al realizar un análisis de constitucionalidad en abstracto en donde indicó que la ley se debe entender en su sentido material, luego entonces la jurisprudencia que emitió la Corte Suprema en el caso de nulidad, es una ley, puesto impuso una obligación que no está en la ley, demostrar que si hubo asesoría y pese a que no manifiesta que medio de prueba utilizar para ello, inexorablemente en la práctica se traduce en un documento, mismo que para la época de celebración del acto jurídico no existía ni era obligación.
- ✓ Teniendo entonces claro que la sentencias sobre nulidad soy una ley y el artículo 4 superior indica que en cualquier caso de incompatibilidad de ley y la constitución aplica ésta, hay suficiente ilustración para indicar que la providencia de la Corte Suprema en **algunos casos** no es dable la declaratorio de nulidad y/u ineficacia.
- ✓ Para ello, se debe analizar las particularidades del caso a fin de establecer con **todos los medios de convicción** incluidos la confesión a través del principio de concentración de la prueba.

Por las anteriores razones solicito absolver a mi representada de las pretensiones incoadas.

De los señores Magistrados

Cordialmente,



ALVARO JAVIER SALAZAR CASTAÑO
C.C No. 1.068.662.457
T.P No. 283.097 DEL CSJ