

HONORABLES MAGISTRADOS
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL
ATN. DRA. MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MAGISTRADA
E. S. D.

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MARGARITA ARDILA FLOREZ
CÉDULA: 29329035
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO
RADICADO: 760013105008-2021-00222-01

VIVIAN JOHANNA ROSALES CARVAJAL, identificada con Cedula de Ciudadanía N.º 67.045.662 expedida en Cali, abogada titulada en ejercicio, portadora de la tarjeta profesional N.º 189.666 del C. S. de la J. obrando en calidad de apoderada judicial externa de la Administradora Colombiana de Pensiones en adelante COLPENSIONES en el proceso de la referencia; por medio del presente escrito pongo de presente al Despacho los ALEGATOS DE CONCLUSIÓN, dentro del término otorgado mediante Auto No. 110 proferido el 08 de Abril de 2022 y notificado el 17 de abril de los corrientes, así:

La señora Juez Octava (8) Laboral del Circuito de Cali a través de sentencia No. 228 proferida el 01 de septiembre de 2021 declaró ineficaz el traslado de la señora MARGARITA ARDILA FLOREZ desde el ISS, hoy COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad Administrado por la AFP HORIZONTE Pensiones y Cesantías S.A., hoy PORVENIR S.A. y posteriormente de PROTECCIÓN S.A., y que la demandante regresa al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES sin solución de continuidad.

Lo anterior pese a que la demandante nació el **24 de Julio de 1963**, razón por la cual a la fecha de presentación de la demanda contaba con **57** años de edad, es decir ya cumplió la edad requisito para tener derecho a la pensión de vejez RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES.

Por lo anterior la decisión del *a quo* desobedece lo dispuesto por el Artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modifica el literal e) del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en virtud del cual no es posible realizar traslado de régimen cuando, según la citada norma falten diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

La Juez censura que la administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, no proporcionó al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las implicaciones del traslado, y pese a que hace alusión en la parte considerativa de la providencia a las etapas del deber de información que tienen las administradoras de pensiones, pasa por alto la fecha en que la demandante realizó el traslado de régimen.

Como bien ha reconocido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde la Sentencia SL 1452-2019 que estableció las reglas actuales en materia de ineficacia del traslado, el grado de intensidad del deber de asesoría ha cambiado con lo cual, los jueces deben evaluar el cumplimiento de este deber con base la vigencia de las normas.

Exigir una carga en el deber de asesoría desproporcionada a la administradora de fondos de pensiones implica desconocer lo señalado por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte

Suprema de Justicia, y una vulneración al principio de confianza legítima, debido proceso y seguridad jurídica.

Cabe resaltar el uso del formato de reasesoría por parte de las administradoras, el cual permite confirmar que el afiliado conoce las condiciones del régimen pensional en que se encuentra así como su situación y expectativa pensional, lo cual se ajusta al deber de información que existía antes de la Ley 1748 de 2014 que creó el deber de doble asesoría solo hasta la vigencia de esta norma.

En los casos de traslados entre administradoras del RAIS, pueden ser utilizado los formatos correspondientes para demostrar que el trabajador conoce las condiciones del RAIS y su expectativa pensional en el mismo, prueba que evidencia que el trabajador ya conocía las condiciones y tenía la posibilidad de adoptar una decisión de trasladarse a RPM, sin que tenga la posibilidad después de aducir que no se trasladó ya que sería aprovecharse de su propia culpa.

Así las cosas, el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario, **en este caso la demandante se afilió a HORIZONTE Pensiones y Cesantías S.A., hoy PORVENIR S.A. el 05 de junio de 1995 y posteriormente a PROTECCIÓN S.A. en el mes de enero de 2000**, es decir, se encontraba vigente el **Decreto 663 de 1993**.

No es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso, no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Carta, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga. Precisamente 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.

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, lo cual no fue demostrado por la parte demandante el trámite procesal.

Igualmente, la posición asumida por el Despacho 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; el principio de sostenibilidad

financiera representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de los Colombianos de manera sostenida e indefinida.

La providencia objeto de la presente acción desconoció sentencias de la Corte Constitucional en materia de traslado, como las C-1024 de 2004 y C-625 de 2007, entre otras, donde indicó el máximo tribunal que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema dado que el período de permanencia obligatoria contribuye al logro de los principios de universalidad y eficiencia y asegura la intangibilidad y sostenibilidad del sistema al preservar los recursos dispuestos para garantizar el pago futuro de mesadas y el reajuste periódico de las mismas. Según la Corte, por decisiones como la del caso de autos, el fondo del régimen solidario de prima media con prestación definida **se descapitalizaría**, posición reiterada por la Corte en sentencias **SU-062 de 2010 y C-789 de 2002**.

Asimismo, en el caso *sub judice* no se cumplen con los requisitos establecidos por la Corte para el regreso al RPMPD en cualquier tiempo, ya que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el 1° de abril de 1994 la demandante no **acreditaba 15 años de servicio o su equivalente en semanas cotizadas, al acreditar 59.86 semanas cotizadas**.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha dado entender con su jurisprudencia que en todos los casos de ineficacia de traslado la carga de la prueba recae en las administradoras de fondos de pensiones, cuando lo cierto es que, la carga dinámica de la prueba debe analizarse en cada caso en concreto dependiendo de las particularidades del demandante y del proceso. Así lo reconoció la Corte Constitucional en la Sentencia C-086 de 2016.

En línea con lo anterior, existe una indebida aplicación del artículo 1601 del Código Civil en la medida que, se aduce por la jurisprudencia que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, con lo cual se realiza un traslado de la carga de la prueba a la administradora, pero se olvida que en los términos del Decreto 2241 de 2010 el afiliado también tiene la obligación de asesorarse con lo cual, también le es aplicable el artículo 1601 del Código Civil.

Cabe resaltar que, en el marco de estas obligaciones, el silencio se entiende como una ratificación de la decisión de permanecer en un régimen y que ciertas actuaciones del afiliado denotan que efectivamente se encuentra informado tales como solicitudes de extractos, solicitudes de traslados entre AFP o liquidaciones de bonos pensionales entre otros actos, que impiden al afiliado después aducir que no estaba informado.

Adicionalmente, al momento de determinar la carga de la prueba, el juzgador debe tener en cuenta la condición del demandante y su conocimiento acerca de las condiciones del sistema. Al respecto, cabe resaltar lo señalado en Sentencia T-422 de 2011 donde para determinar la validez de un traslado la Corte Constitucional, tuvo en cuenta el nivel educativo del afiliado (Sentencia de tutela, 2011):

“Con base en lo anterior la Sala deduce que el actor nunca fue desafiliado materialmente del régimen de prima media administrado por el Instituto de Seguros Sociales y por ello acogerá la pretensión del actor, pero no en el sentido de declarar la nulidad de la afiliación porque ésta nunca existió, sino declarando que la única afiliación válida al régimen de pensiones ha sido la efectuada al régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales. 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. Seguridad Social del accionante.”

La jurisprudencia ha desarrollado la tesis de la afiliación tácita bajo la cual, con independencia del diligenciamiento del formulario y las formalidades de la afiliación, si la Administradora de Pensiones ha recibido los aportes a pensión por un tiempo significativo, se entiende que se ratifica la afiliación y se sana cualquier vicio en el proceso.

Recientemente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, puso de presente la aplicación de la afiliación tácita de la siguiente manera en la Sentencia SL-757 de 2021 (Sentencia, 2021):

“Así, ha dicho que la afiliación tácita opera cuando hay silencio de la administradora con relación a las posibles deficiencias o a la falta de la afiliación, pero se recibe el pago de aportes por un período significativo. En la sentencia CSJ SL 2810-2019, menciona otras anteriores y expresa:

Para dar solución a este aspecto, resulta suficiente mencionar que cuando la entidad de pensiones guarda silencio frente a deficiencias en la afiliación del trabajador y recibe aportes sin cuestionamiento alguno, tal como ocurrió en el sub lite, se configura una “aceptación tácita de la afiliación”, tal como lo sostuvo la Corte en la sentencia de radicación nº. 46106 del 04 de julio de 2012, en la que reiteró lo adocinado en la nº. 40531 del 19 de julio de 2011, en la siguiente forma:

Adicionalmente, es de resaltar que la solución dada por el ad quem al caso particular del sub lite, justamente, responde al mandato constitucional contenido en el artículo 48 que garantiza el derecho irrenunciable a la seguridad social y la reconoce como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Es evidente que sería letra muerta el principio de eficiencia si se permitiera que el fondo se exonerara del reconocimiento de la pensión de invalidez pese a que el beneficiario ha cotizado el tiempo requerido para tener el derecho y reúna los demás requisitos (como en el sub lite) solo porque faltó el diligenciamiento del formulario, y el fondo solo se lo vino a decir justo cuando reclama la prestación a que tiene derecho. Tampoco, se le estaría garantizando el derecho constitucional a la seguridad social.

No sobra precisar que, conforme al artículo 333 superior, las empresas tienen una función social, función que debe ser más exigente cuando se trata de personas jurídicas encargadas de administrar el sistema de seguridad social en pensiones como ocurre con la recurrente; importa también señalar que el inciso 5º del artículo 48 de la Carta Política señala que “no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella”; lo anterior impone interpretar que sería contraria a los principios que informan a la seguridad social que cotizaciones realizadas por el trabajador y por el empleador destinadas a financiar los riesgos de la seguridad social, fueran desviados a cuentas neutras y amorfas, y no a realizar los fines superiores perseguidos por la seguridad social que por esencia les corresponde.

En el presente caso, se reitera, el fondo omitió dar información al trabajador y al empleador, oportunamente, sobre la falta de afiliación, y no es para nada razonable que resulte favorecida de su propia omisión, máxime que el trabajador

efectivamente realizó los aportes al sistema contribuyendo así a la sostenibilidad financiera del sistema.

Por último, la Sala advierte que, en el caso del sub lite, el ex empleador acudió al fondo de pensiones y consignó los aportes a nombre del causante, los cuales fueron recibidos por este sin que diera a conocer reparo alguno; por lo que no es el típico caso de incumplimiento de la obligación de afiliación al sistema de pensiones por parte del empleador, como lo pretende hacer ver el fondo demandado, para trasladarle, sin razón, toda la responsabilidad al empleador.”

En los procesos de nulidad de afiliación es plenamente aplicable la tesis de la afiliación tácita en la medida que, la indebida asesoría en el traslado pensional se sana por la aceptación de los aportes al Sistema General de Pensiones por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones.

Asimismo, no se cumplen con los requisitos establecidos en el Código Civil para que exista un vicio del consentimiento y por ende la nulidad.

Para que exista Nulidad en un acto jurídico, en este caso el traslado, de acuerdo con lo establecido en el Código Civil debe existir error, fuerza o dolo, presupuestos que no se generan en ningún escenario de ineficacia en la afiliación, en la medida que al momento de adoptar una decisión de traslado el trabajador adopta una decisión libre de todo vicio.

Cabe resaltar que el error en derecho que sería aplicable en un caso de traslado por indebida asesoría no vicia el consentimiento, en virtud de la presunción legal “*la ignorancia de la ley no exime su cumplimiento*” consagrada en el artículo 9 y 1509 del C.C., relativa a que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, tal y como reconoció la Corte Constitucional en Sentencia C-993 de 2006, en la que señaló:

“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, (...)”

Bien lo acotó en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sentencia SL 1452-2019 Radicación 68852 del 03 de Abril de 2019, en ACLARACIÓN DE VOTO el Magistrado Jorge Luis Quiroz, precisando que:

“...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.

En cuanto a la prescripción de las acciones, (...)

El escenario de las obligaciones pensionales no tiene porqué sustraerse a esa regla de oro, por el contrario, en aras de cumplir el mandato constitucional de su sostenibilidad financiera, impone que en algún momento el reconocimiento de los derechos pensionales, adquieran firmeza y ofrezcan certeza al deudor de que su

obligación está satisfecha, sobre todo cuando de por medio está un interés superior y colectivo, representado en el cumplimiento del principio antes enunciado, que se constituye en un factor que permite los fines de la seguridad social y los nobles objetivos de cobertura y mejoramiento de las condiciones de quienes salen del mercado laboral por su edad, ya que de nada serviría su implementación en el papel, sin una fuente que permita su sostenibilidad económica.

Estas razones, también serán determinantes al momento de definir pretensiones de nulidad de traslado, pues habrá de tenerse en cuenta de qué forma se afectan los plazos previstos por el legislador y en cada caso en particular, si operó o no la prescripción y desde que momento debe contarse”.

Sin reconocimiento de derecho alguno, se resalta que debe declararse probada la excepción de prescripción por cuanto el problema jurídico que originó el presente proceso se relaciona con el acto de afiliación o traslado entre regímenes pensionales, que no es un aspecto consustancial a la prestación pensional y por lo mismo, no goza del carácter de imprescriptible. Máxime si en cuenta se tiene que el traslado de la demandante se efectuó a el traslado a HORIZONTE Pensiones y Cesantías S.A., hoy PORVENIR S.A. el **05 de junio de 1995** y fue hasta el **23 DE FEBRERO DEL AÑO 2021** que solicitó a COLPENSIONES la afiliación o traslado y al fondo de pensiones del RAIS la información y la declaratoria de ineficacia de dicho traslado, habiendo transcurrido más de veinticinco (**25 años**).

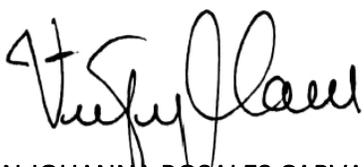
Conforme lo explicado, no resulta consecuente que los afiliados al sistema general de pensiones puedan solicitar en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Por todo lo anterior, solicito a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali se sirva REVOCAR la sentencia apelada y consultada, absolviendo a la demandada COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

De ustedes,

Con todo respeto,

Atentamente,



VIVIAN JOHANNA ROSALES CARVAJAL

C.C. N.º 67.045.662 de Cali

T.P. de A. N.º 189.666 del H. C.S. de la J.

Apoderada Judicial Externa

Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES

Correo: vivian.rosalescarvajal@gmail.com

Celular: 311-3083719