

Doctora.

**MARIA NANCY GARCIA GARCIA**

**MAGISTRADA TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**

**SALA LABORAL**

E. S. D.

**Radicación** 76001310500420180053801  
**Demandante:** ESNEDA MOSQUERA MOSQUERA C.C 31384736  
**Demandado:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES  
**Proceso:** ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA  
**Asunto.** ALEGATOS DE CONCLUSION

**DIANA MARIA BEDON CHICA**, abogado en ejercicio, mayor de edad, de esta vecindad , identificado con la cedula de ciudadanía No 38.551.759 de Cali – Valle , con Tarjeta Profesional No 129434 del C.S.J, en calidad de apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES- conforme al Memorial de Sustitución otorgado por el **Dr. LUIS EDUARDO ARELLANO JARAMILLO** identificado con la cedula de ciudadanía No 16736240, con Tarjeta Profesional No 56392 del C.S.J, facultado para actuar mediante Escritura Publica en nombre y representación de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, estando en el término legal correspondiente presento **ALEGATOS DE CONCLUSION**, en el proceso de referencia para que puedan tenerse en cuenta al momento de proferir la sentencia definitiva.

#### **ALEGATOS DE CONCLUSION**

La señora ESNEDA MOSQUERA MOSQUERA identificado con cédula de ciudadanía No 31384736, pretende se declare judicialmente la nulidad y/o ineficacia de la afiliación a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A y del traslado del régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad

La demandante ESNEDA MOSQUERA MOSQUERA nació el día 01 de Octubre de 1962, por lo cual a la fecha tendría 59 años de edad, su traslado al Régimen de Ahorro Individual administrado por COLFONDOS S.A se efectuó en el año 2000 conforme al Registro Unico de Afiliados al Sistema General de Pensiones.

Teniendo en cuenta que en el mes de Octubre del 2018, la demandante solicito la nulidad e ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual y su afiliación a COLPENSIONES y para esta fecha la señora ESNEDA MOSQUERA MOSQUERA contaba con 56 años de edad, deviene entonces la imposibilidad de trasladarse de régimen pensional conforme al Artículo 2º Numeral e de la ley 797 de 2003.

Al respecto debe tenerse en cuenta lo siguiente;

El Artículo 2º Numeral e de la ley 797 de 2003, que modifica el artículo 13 de ley 100 de 1993 establece que 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;

De lo anterior se puede concluir que:

El afiliado se puede pasar de un régimen a otro siempre que haya permanecido como mínimo 5 años en el régimen del cual quiere huir.

El afiliado no podrá cambiar de régimen cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad que le da derecho a la pensión.

**Sin embargo conforme precedente judicial establecido por C – 789 del 2002, C – 754 del 2004, C – 1024 del 2004, SU – 062 del 2010, SU – 130 del 2013 y SU – 856 del 2013, la Ley 797 del 2003, los Decretos 3800 del 2003 y 3995 del 200.**

Las personas que se trasladaron al Régimen de Ahorro Individual y que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir al 01 de Abril de 1994 o al 30 de Junio del 1995 para servidores públicos de orden territorial, ostenten 15 años de servicio y/o cotizaciones, no pierden el Régimen de Transición pudiendo retornar en cualquier tiempo, siempre y cuando reúnan los siguientes requisitos:

- a) Al cambiarse nuevamente al régimen de prima media, se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y
- b) Dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.

Solo se exceptúan de estos requisitos las personas que se trasladaron en el periodo de gracia establecido en la Ley 797 del 2003 entre el 29 de Enero del 2003 y el 28 de Enero del 2004, periodo que corresponde al periodo de gracia que dio la Ley 797 del 2003 para que las personas pudieran recuperar el régimen de transición, por lo cual éstas personas NO requieren que se les solicite a la Gerencia de Ingresos y Egresos de la Vicepresidencia de Financiamiento e Inversiones de COLPENSIONES, el cálculo de rentabilidad para recuperar el régimen de transición, ni los 15 años de servicio a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.”

Sin embargo la Corte Constitucional mediante sentencia **SU -130 de 2013**, unificó su jurisprudencia frente a los requisitos exigidos para la procedencia del traslado entre regímenes rechazando la tesis que permite el cambio de régimen en cualquier tiempo de todos los beneficiarios del régimen de transición, ya sea por edad o tiempo de servicios y acogió el pronunciamiento de las sentencias **C-789 DEL 2002 y C-1024 DEL 2004**, que declararon exequibles las disposiciones de la Ley 100 de 1993 que regulan este asunto.

Según los fallos de constitucionalidad, solo los afiliados con 15 años o más de servicios cotizados al 01 de Abril de 1994 puede realizar ese traslado en cualquier momento sin que pierdan los beneficios del régimen de transición, de forma que no les aplica la prohibición literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 del 2003

Conforme a lo anterior para la fecha en que el demandante presento la petición de nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual y el regreso al Régimen de Prima Media con prestación definida, contaba con menos de 10 años para llegar a la edad mínima para pensionarse, requisito legalmente exigido para trasladarse de régimen pensional, razón por la cual no podría aceptarse el regreso al Régimen de Prima Media con Prestación Definida que administra COLPENSIONES, en virtud del Artículo 2º Numeral E de la ley 797 de 2003

De acuerdo al formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual, el traslado de régimen pensional se realizó en forma libre y voluntaria, cumpliendo con los requisitos legales, capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita, además la carga de la prueba radica en cabeza de la parte actora y COLPENSIONES por vía de jurisprudencia no puede otorgar la nulidad de un acto o contrato en el que no es parte.

El eventual retorno o afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media y el traslado de los aportes al régimen en mención, depende solamente de la decisión del Juez de instancia toda vez que es a quien le compete declarar la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual administrado por la PORVENIR S.A.

La demandante ESNEDA MOSQUERA MOSQUERA, no demostró en el presente proceso judicial, vicios en el consentimiento, falsedad en el formulario de afiliación, falta de consentimiento o Suplantación de la firma en el formulario de afiliación al trasladarse al régimen de ahorro individual teniendo en cuenta que valido su decisión permaneciendo por más de 20 años COLFONDOS S.A.

La Corte Suprema de Justicia ha establecido que, en materia de procedimiento laboral, la parte demandante tiene la carga de probar la culpa o negligencia del empleador, así lo expreso en sentencia **SL2799- 2014**:

*«En efecto, en primer lugar, esta Sala de la Corte ha dicho insistentemente que "...la parte demandante tiene la carga de probar la culpa o negligencia del empleador que da origen a la indemnización contemplada en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, además de que el empleador puede desligarse de ella demostrando diligencia y cuidado en realización del trabajo..."*

En consecuencia, **para beneficiarse el trabajador de los efectos del artículo 1604 del Código Civil, primero debe probarse el incumplimiento. Una vez surtida esta carga, podrá posteriormente**, trasladar al empleador la carga de probar que sí actuó con la diligencia y cuidado para exonerarse de la responsabilidad. Agrega la Corte que en este tipo de **«...culpa por abstención...»**, el trabajador **no queda relevado totalmente de sus cargas probatorias.**

En igual dirección, en la sentencia **CSJ SL4350-2015**, la Sala precisó:

*La censura se duele de que, según su decir, el ad quem no aplicó el artículo 1604 del CC que establece que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe a quien ha debido emplearla, esto es a la empresa; reproche jurídico que no se aviene a la situación del sublite, puesto que, **para beneficiarse el trabajador de los efectos de esta norma del Código Civil, primero él debe probar el incumplimiento de parte del empleador de su deber de protección y seguridad del trabajador**, en cuyo evento le traslada a aquel la carga de probar que sí actuó con diligencia y cuidado para exonerarse de la responsabilidad por la culpa leve que aplica en asuntos laborales como el presente.*

*De acuerdo con las anteriores consideraciones, se repite, el Tribunal no incurrió en error jurídico alguno, al concluir que aún en los eventos en los que se plantea una «...culpa por abstención...», **el trabajador no queda relevado totalmente de sus cargas probatorias, pues «...es su deber demostrar el incumplimiento patronal y el nexo de causalidad del mismo con la ocurrencia del accidente.»***

La misma corporación en la **sentencia CSJ SL, 2005, rad. 23656**, señaló:

*“Lo anterior no implica, no obstante, como lo plantea la censura, que **le baste al trabajador plantear el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección**, para desligarse de cualquier carga probatoria, porque, como lo dijo el Tribunal y lo ha precisado la Sala, teniendo en cuenta que no se trata de una especie de responsabilidad objetiva como la del sistema de riesgos laborales, para que opere la inversión de la carga de la prueba que se reclama, primero deben estar demostradas las circunstancias concretas en las que ocurrió el accidente y “...que la causa eficiente del infortunio fue la falta de previsión por parte de la persona encargada de prevenir cualquier accidente...” (CSJ SL, 10 mar. 2005, rad. 23656.).*

Por consiguiente, la Corte desconoció su propio precedente en el que establece que en materia laboral **no basta con que el trabajador plantee el incumplimiento de las obligaciones a cargo del empleador, para que opere la inversión de la prueba, deben estar probadas las circunstancias del hecho.**

#### **Respecto del comportamiento del afiliado en el sistema**

La Corte también ha indicado que existen ciertos comportamientos y actividades que demuestran el compromiso de un afiliado de permanecer en un régimen pensional.

Al respecto en la sentencia **SL413-2018**, expresó:

*“Desde luego que, para la tesis que ahora sostiene la Sala, la presencia o no de cotizaciones consistente con el formato de vinculación no es la única expresión de esa voluntad, pueden existir otras, tales como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, por mencionar algunos actos de relacionamiento con la entidad que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer a ella. Lo importante es que exista correspondencia entre voluntad y acción, es decir, que la*

*realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado, de modo tal que no quede duda del deseo del trabajador de pertenecer a un régimen pensional determinado”.*

Este aspecto no fue analizado en la providencia demandada, existiendo elementos notorios que exponían la intención del demandante de trasladarse al RAIS, como fue el hecho de permanecer más de 9 años afiliado al mismo; afiliación tácita.

### **En cuanto al precedente de la Corte Constitucional**

Dentro del fallo demandado, la Corte Suprema de Justicia desconoció decisiones proferidas por la Corte Constitucional en sede abstracta de constitucionalidad, que generan precedente vinculante para todos los operadores judiciales, incluso si estos son órganos de cierre de su jurisdicción, estas providencias son:

#### **Sentencia C 086 de 2016**

En esta providencia la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 167 del CGP en relación a la carga dinámica de la prueba, precisando que esta figura jurídica puede ser aplicada por el juez, luego de examinar las particularidades de cada caso, sin invertir la lógica probatoria prevista por el Legislador ni alterar las reglas generales en lo concerniente a la distribución de la carga de la prueba, dentro del fallo señaló la Corte:

*“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”.*

*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. Sin embargo, 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.*

De esta manera, para la Corte es claro que en algunos casos el decreto oficioso de pruebas o la distribución de su carga probatoria dejan de ser una potestad del juez y se erige en un verdadero deber funcional. **No obstante, ello debe ser examinado de acuerdo con las particularidades de cada caso, sin invertir la lógica probatoria prevista por el Legislador ni alterar las reglas generales en lo concerniente a la distribución de la carga de la prueba. De hecho, para tal fin también se han diseñado diversos recursos y mecanismos de control al interior de cada proceso, e incluso excepcionalmente podrá hacerse uso de mecanismos extraordinarios como la acción de tutela, lo cual ha sido avalado en numerosas ocasiones por la jurisprudencia constitucional**".

Por consiguiente, la carga dinámica de la prueba es una excepción y no una generalidad, cuya aplicación está supeditada al análisis de las particularidades del caso por parte del juez, aspectos que fueron desconocidos en el caso sub lite, en la medida que la Corte invirtió la carga de la prueba en cabeza del fondo, atendiendo a la simple manifestación del demandante y sin realizar el menor análisis en relación a las circunstancias específicas en que se surtió el traslado de régimen.

#### **Sentencia C 993 de 2006**

En esta sentencia la Corte analizó la Constitucionalidad de los artículos 1509, 1510 (parcial) y 1511 (parcial) del Código Civil, estableciendo lo siguiente:

*"Esta corporación ha manifestado en múltiples ocasiones que el legislador goza de potestad de configuración normativa, en ejercicio de la competencia general para hacer, interpretar, reformar y derogar las leyes, que le atribuyen los Arts. 114 y 150 superiores, siempre y cuando respete los límites representados por los valores, principios y derechos consagrados en la misma Constitución y por el principio de razonabilidad. En el asunto que se examina, la previsión del error de hecho como vicio del consentimiento en la celebración de los negocios jurídicos, y la exclusión, con tal carácter, del error de derecho, es una expresión del ejercicio de dicha potestad de configuración normativa que respeta los mencionados límites, en particular los principios de autonomía de la voluntad privada y de igualdad invocados en los cargos de la demanda. En desarrollo del principio de seguridad jurídica, el ordenamiento civil colombiano adoptó el principio general del Derecho Romano según el cual la ignorancia del Derecho no sirve de excusa (iuris ignorantia non excusat), con la consecuencia de que el error de derecho perjudica (iuris error nocet). Así lo estableció en el Art. 9º del Código Civil, en virtud del cual "la ignorancia de las leyes no sirve de excusa" y en el Art. 1509 ibidem, una de las normas objeto de la demanda que se estudia, que dispone que "el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento". Esto último significa 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.(...)*

*Las normas acusadas no vulneran el principio de la autonomía de la voluntad privada, puesto que la ausencia de reconocimiento del error de derecho como vicio del consentimiento no priva a las personas de la facultad de celebrar negocios jurídicos y de definir las condiciones y términos de los mismos, con efecto vinculante, para alcanzar los fines de aquella, siempre y cuando respeten las normas imperativas y el orden público.*

*Sin embargo, puede advertirse que, como es lógico, dicha circunstancia exige lógicamente una mayor carga de claridad y diligencia de las partes del negocio en su celebración, para evitar las consecuencias adversas del negocio celebrado con ese tipo de vicio.(...)*

*La Corte Constitucional ha expuesto numerosas veces que desde su origen histórico el principio de igualdad implica un trato igual para quienes se encuentran en situaciones iguales, y un trato desigual para quienes se encuentran en situaciones desiguales. En consecuencia, si se plantea que se viola dicho principio.*

En el presente caso la Corte Suprema desconoció el precedente constitucional al valerse de la presunta ignorancia de la ley del afiliado para considerarlo lego o inexperto. El error de derecho no es justificable en los negocios jurídicos menos para buscar un aprovechamiento pensional.

#### **LA INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA O NULIDAD DE TRASLADO.**

Entendida la inoponibilidad (mecanismo protector), como la ineficacia de un acto o la ineficacia de una nulidad frente a terceros. Es decir, que la ineficacia o nulidad, resultaría inoponible frente a terceros de buena fe como en este caso COLPENSIONES, a la par que la figura de la inoponibilidad constituye un mecanismo protector del derecho a la seguridad jurídica, que en el caso de COLPENSIONES se consolida por el tiempo en que aquellos afiliados permanecieron en el RAIS, aunado a que la seguridad jurídica que se deriva de la inoponibilidad pretende proteger intereses patrimoniales de terceros, que en este caso, tienen alcance frente al principio de sostenibilidad financiera del sistema y planeación de la reserva pensional.

De la misma manera, la Sala de Casación Civil, ha definido la inoponibilidad como aquella que “valora la confianza razonable de los terceros de buena fe en aquellos negocios que se presentan objetivamente como válidamente celebrados”, raciocinio, que a su vez se deriva del principio de relatividad de los negocios jurídicos, es decir, que solo se producen efectos respecto de quienes voluntariamente participan de aquél.

Precisamente, la jurisprudencia en la especialidad civil, indica que la inoponibilidad no requiere de la validez del negocio jurídico, muy por el contrario, algo que es ineficaz entre las partes (como en este caso la afiliación al RAIS), si se tenga como eficaz frente al tercero de buena fe (en este caso COLPENSIONES). Así se ha dicho que: “cuyo caso no le interesa que no lo alcancen los efectos de un negocio válido e incontrovertible entre las partes, sino todo lo contrario, esto es que se tenga como válido frente a su calidad de tercero un negocio jurídico que carece de eficacia entre los celebrantes”. Es decir, que la inoponibilidad en este caso frente a un negocio jurídico ineficaz, permite que sus efectos se mantengan ante un tercero de buena fe, o en otras palabras para el caso concreto, que se mantengan los efectos de la afiliación al RAIS frente a COLPENSIONES, para lo cual, se probará el desmedro patrimonial que sufre la reserva pensional del RPM en caso de resultarle oponible la ineficacia de los traslados irregulares al RAIS.

#### **En cuanto al precedente de la Corte Constitucional**

Dentro del fallo demandado, la Corte Suprema de Justicia desconoció decisiones proferidas por la Corte Constitucional en sede abstracta de constitucionalidad, que generan precedente vinculante para todos los operadores judiciales, incluso si estos son órganos de cierre de su jurisdicción, estas providencias son:

#### **Sentencia C 086 de 2016**

En esta providencia la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 167 del CGP en relación a la carga dinámica de la prueba, precisando que esta figura jurídica puede ser aplicada por el juez, luego de examinar las particularidades de cada caso, sin invertir la lógica probatoria prevista por el Legislador ni alterar las reglas generales en lo concerniente a la distribución de la carga de la prueba, dentro del fallo señaló la Corte:

*“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”.*

*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. Sin embargo, 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.*

*De esta manera, para la Corte es claro que en algunos casos el decreto oficioso de pruebas o la distribución de su carga probatoria dejan de ser una potestad del juez y se erige en un verdadero deber funcional. **No obstante, ello debe ser examinado de acuerdo con las particularidades de cada caso, sin invertir la lógica probatoria prevista por el Legislador ni alterar las reglas generales en lo concerniente a la distribución de la carga de la prueba. De hecho, para tal fin también se han diseñado diversos recursos y mecanismos de control al interior de cada proceso, e incluso excepcionalmente podrá hacerse uso de***

**mecanismos extraordinarios como la acción de tutela, lo cual ha sido avalado en numerosas ocasiones por la jurisprudencia constitucional”.**

Por consiguiente, la carga dinámica de la prueba **es una excepción y no una generalidad**, cuya aplicación está supeditada al análisis de las particularidades del caso por parte del juez, aspectos que fueron desconocidos en el caso sub lite, en la medida que la Corte invirtió la carga de la prueba en cabeza del fondo, atendiendo a la simple manifestación del demandante y sin realizar el menor análisis en relación a las circunstancias específicas en que se surtió el traslado de régimen.

#### **Sentencia C 993 de 2006**

En esta sentencia la Corte analizó la Constitucionalidad de los artículos 1509, 1510 (parcial) y 1511 (parcial) del Código Civil, estableciendo lo siguiente:

*“Esta corporación ha manifestado en múltiples ocasiones que el legislador goza de potestad de configuración normativa, en ejercicio de la competencia general para hacer, interpretar, reformar y derogar las leyes, que le atribuyen los Arts. 114 y 150 superiores, siempre y cuando respete los límites representados por los valores, principios y derechos consagrados en la misma Constitución y por el principio de razonabilidad. En el asunto que se examina, la previsión del error de hecho como vicio del consentimiento en la celebración de los negocios jurídicos, y la exclusión, con tal carácter, del error de derecho, es una expresión del ejercicio de dicha potestad de configuración normativa que respeta los mencionados límites, en particular los principios de autonomía de la voluntad privada y de igualdad invocados en los cargos de la demanda. En desarrollo del principio de seguridad jurídica, el ordenamiento civil colombiano adoptó el principio general del Derecho Romano según el cual la ignorancia del Derecho no sirve de excusa (iuris ignorantia non excusat), con la consecuencia de que el error de derecho perjudica (iuris error nocet). Así lo estableció en el Art. 9º del Código Civil, en virtud del cual “la ignorancia de las leyes no sirve de excusa” y en el Art. 1509 ibidem, una de las normas objeto de la demanda que se estudia, que dispone que “el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento”. **Esto último significa 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.**(...)”*

*Las normas acusadas no vulneran el principio de la autonomía de la voluntad privada, puesto que la ausencia de reconocimiento del error de derecho como vicio del consentimiento no priva a las personas de la facultad de celebrar negocios jurídicos y de definir las condiciones y términos de los mismos, con efecto vinculante, para alcanzar los fines de aquella, siempre y cuando respeten las normas imperativas y el orden público. Sin embargo, puede advertirse que, como es lógico, dicha circunstancia exige lógicamente una mayor carga de claridad y diligencia de las partes del negocio en su celebración, para evitar las consecuencias adversas del negocio celebrado con ese tipo de vicio.*(...)

*La Corte Constitucional ha expuesto numerosas veces que desde su origen histórico el principio de igualdad implica un trato igual para quienes se encuentran en situaciones*

*iguales, y un trato desigual para quienes se encuentran en situaciones desiguales. En consecuencia, si se plantea que se viola dicho principio.*

En el presente caso la Corte Suprema desconoció el precedente constitucional al valerse de la presunta ignorancia de la ley del afiliado para considerarlo lego o inexperto. El error de derecho no es justificable en los negocios jurídicos menos para buscar un aprovechamiento pensional.

#### **Sentencias C 1024 de 2004, C 625 de 2007 y SU-062 de 2010 y C 789 de 2002**

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, el fondo del régimen solidario de prima media con prestación **definida se descapitalizaría.**

Así, respecto al derecho a la libre elección entre regímenes pensionales y los límites para hacer efectivo el derecho, la Sentencia C-1024 de 2004, expresó:

*Al resolver sobre el citado problema jurídico, en la Sentencia **C-1024 de 2004**, la Corte concluyó que el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 era exigible, en consideración a que el período de carencia o de permanencia obligatoria allí previsto, conduce a la obtención de un beneficio directo en favor de los sujetos a quienes se les aplica, pues además de contribuir al logro de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia, asegura la intangibilidad y sostenibilidad del sistema pensional, preservando los recursos económicos que han de garantizar el pago futuro de las pensiones y el reajuste periódico de las mismas.*

*De manera puntual, en la aludida providencia 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 entre sujetos puestos aparentemente en igualdad de condiciones, tales como, el señalamiento de límites para hacer efectivo el derecho legal de traslado entre regímenes pensionales. Ahora bien, la Corte ha sostenido que dicha diversidad de trato no puede considerarse per se contraria al Texto Superior, pues es indispensable demostrar la irracionalidad del tratamiento diferente y, más concretamente, la falta de adecuación, necesidad y proporcionalidad de la medida en el logro de un fin constitucionalmente admisible”9.*

*Desde esta perspectiva, explicó que “ el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en **evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo***

*mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes”(...*

Para terminar es preciso manifestar que COLPENSIONES solo podría proceder a realizar la nulidad de traslado cuando:

- Presuntamente se comete falsedad en el formulario de afiliación: es necesario que la Administradora de Fondos de Pensiones AFP en la que presuntamente se cometió la falsedad el directo interesado interponga la denuncia penal de falsificación de documento o (público o privado) ante la Fiscalía General de la Nación de acuerdo con lo establecido en la Ley 599 del 2000 Capítulo 3°. Una vez la Fiscalía se pronuncie sobre el asunto el ciudadano o la AFP respectiva podrán solicitar la anulación del traslado diligenciando los formularios de la entidad y allegando copia del pronunciamiento emitido por parte de la Fiscalía General de la Nación.
- En los casos en que el empleador afilio al trabajador sin su consentimiento el formulario de afiliación no fue firmado por el afiliado o se suplantó la respectiva firma, debe ser demostrado ante la autoridad judicial competente.

La demandante **ESNEDA MOSQUERA MOSQUERA** no demostró vicio en el consentimiento, falsedad en el formulario de afiliación, falta de consentimiento o suplantación de la firma en el documento de afiliación en el momento en que decidió trasladarse al Régimen de Ahorro Individual y afiliarse a COLFONDOS S.A, por cuanto la firma en las solicitud de afiliación y su permanencia por más de 20 años, reafirman su derecho a la libre escogencia al momento de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual y desvirtúa que su decisión estuviera viciada por inducción al error.

Debe tenerse en cuenta que en el presente caso la demandante **ESNEDA MOSQUERA MOSQUERA**, no presenta historia laboral en el Instituto de Seguros Sociales, como tampoco presenta proyección de la mesada pensional, ni ningún documento que demuestren en el escrito de demanda, cuales son los beneficios que supuestamente perdió al trasladarse al Régimen de Ahorro Individual o si realmente le conviene trasladarse al régimen de prima media con prestación definida.

La demandante no puede sustraerse 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. Sobre todo porque en este caso no se trata de un demandante lego sino profesional.

Es responsabilidad también de la señora **ESNEDA MOSQUERA MOSQUERA**, informarse respecto a su futuro pensional y a analizar la información que recibía mensualmente de la sociedad administradora de pensiones y Cesantías del Régimen de Ahorro Individual lo

anterior teniendo en cuenta que el demandante manifiesto durante el presente proceso judicial estuvo mal informada y asesorada al trasladarse al régimen de ahorro individual, sin embargo además que no demuestra ninguna prueba al respecto, pues en este momento tampoco demuestra que se encuentre asesorada sobre si realmente es más favorable para su caso en particular, retornar al régimen de prima media con prestación definida.

Por otro lado si lo que en realidad motiva su demanda de nulidad de traslado y afiliación es una mesada pensional favorable en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida no aporta la más mínima prueba al respecto.

### **PETICIÓN ESPECIAL**

Solicito respetuosamente al señor Juez, que en la observancia del principio del equilibrio financiero del sistema, impacto en el PIB y en la reserva pensional; en caso de prosperar las pretensiones de la demandante, se ordene el traslado de los siguientes conceptos a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES: Recursos cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al FGPM, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales, cuotas de administración, intereses (Sentencias CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL 17595-2017, CSJ SL 4989-2018 y CSJ SL 1421-2019, rad. 56174);

Lo anterior por cuanto al valorar que las garantías de devolución de la totalidad de los recursos comprende no solamente los saldos de la cuenta de ahorro individual del demandante sino el 16% total de descuento en pensión el cual está conformado por: (i) las comisiones de administración (1.4%); interpretado por algunos Jueces como gastos de administración, (ii) fondo de garantía de pensión mínima (1.5%), (iii) Reaseguro invalidez y sobrevivencia (1.6%) y (iv) Cuenta individual (11.5%). La indexación recae sobre todos los valores.

Aplicar un juicio de proporcionalidad y ponderación: Toda vez que la decisión judicial de declarar la ineficacia de traslado, repercute, en que se crea de manera injustificada y desproporcionada una obligación (con efectos patrimoniales) en cabeza de COLPENSIONES, quien administra los aportes de miles de pensionados y afiliados, y dicha medida para restablecer los derechos del afiliado, no pasaría el segundo criterio de la “necesidad”, toda vez que si existen otros medios menos lesivos para mantener los derechos del afiliado, y es que quien se deba hacer cargo de las prestaciones económicas que se deriven de la ineficacia sea la AFP, quien ha administrado dichos recursos y ha generado los respectivos rendimientos, así mismo, al ponderar los bienes jurídicos en tensión, se puede demostrar que poner en cabeza de COLPENSIONES dicha responsabilidad, tiene un impacto más lesivo para la sostenibilidad financiera del sistema, evaluando diferentes variables, tales como: (i) que COLPENSIONES es la única administradora del RPM, que alberga una mayor número de pensionados cuyas pensiones se reconocen con subsidio de las arcas del Estado, de forma tal, que se estaría solventado con estos recursos, el desmedro económico ocasionado por particulares (AFP).

### **SOLICITUD DE NO CONDENAR EN COSTAS**

Solicito con todo respeto, en nombre de mi poderdante que COLPENSIONES sea absuelta del pago de Costas Procesales y Agencias en Derecho conforme al Artículo 365 del Código General del Proceso, Artículo 55 de la Ley 446 de 1998 que modifico el Artículo 177 del Código Contencioso Administrativo aplicable al procedimiento laboral atendiendo al

artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, en el cual se faculta al Juez en el momento de condenar en costas para que tenga en cuenta la conducta asumida por la parte vencida, por lo anterior teniendo en cuenta que COLPENSIONES actuó de buena fe y que además no es competente para declarar la nulidad de actos efectuados por una Administradora de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual, se presenta una imposibilidad para condenarla en Costas Procesales y Agencias en Derecho.

COLPENSIONES no es competente para declarar la nulidad de la afiliación y traslado de cotizaciones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual como tampoco le corresponde ordenar el traslado de los aportes en Pensión, además conforme al Artículo 2º de la ley 797 de 2003 es improcedente legalmente aceptar en calidad de afiliada a la demandante.

En el evento que prosperen las pretensiones de la demanda deberá **EXONERARSE DE COSTAS PROCESALES Y AGENCIAS EN DERECHO**, atendiendo que esta Entidad no tuvo participación alguna en la decisión tomada por el demandante de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, esta, fue de manera libre y voluntaria.

Teniendo en cuenta lo anterior le solicito al Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, declarar probadas las excepciones propuestas en la contestación de la demanda y en consecuencia solicito se ABSUELVA a mí representada de los cargos formulados en su contra, ya que en la actuación administrativa en la cual COLPENSIONES no accedió a las pretensiones de la demandante se ajustó de manera rigurosa a todas las disposiciones constitucionales y legales; a cuyas disposiciones están sometidos también los afiliados.

Atentamente,



**DIANA MARIA BEDON CHICA**

C.C N° 38.551.759 Cali

TP N° 129.434 Consejo Superior de la Judicatura

Notificaciones. dianabedon@yahoo.com

Teléfono. 3183778255