

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

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE: EVELIO ARARAT GUAZA
CÉDULA: 4654930
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS
RADICADO: 760013105008-2020-00327-01

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, conforme a la sustitución de poder adjunta; por medio del presente escrito pongo de presente al Despacho los ALEGATOS DE CONCLUSIÓN presentados dentro del término otorgado mediante AUTO No. 381 proferido el 02 de Julio de 2021 y notificado el 07 de Julio de los corrientes, así:

Pretende el demandante que se declare judicialmente la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

La señora Juez Octava (8) Laboral del Circuito de Cali declaró ineficaz el traslado del señor EVELIO ARARAT GUAZA al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad Administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A. y que el demandante regresa al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones sin solución de continuidad; pese a que el actor nació el 29 de Junio de 1962, razón por la cual a la fecha de presentación de la demanda contaba con 58 años de edad, es decir encontrándose a menos de cuatro (4) años para cumplir la edad requisito para tener derecho a la pensión de vejez RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, por tanto, la decisión desobedece lo dispuesto por el Artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que 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.

En primera instancia, 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, **pretendiendo que el deber de información que tienen las administradoras de pensiones, ha tenido varias etapas, pese a que hace alusión a estas en la parte considerativa de la providencia apelada y consultada, a saber:**

1) Primera Etapa: **el Decreto 663 de 1993**, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, estableció en el numeral 1. ° del artículo 97, la obligación de las entidades de “ suministrar *a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado*”.

2) Segunda etapa: **La ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010**, reglamentaron los derechos de los consumidores (precisando los principios y el contenido básico de la información) y establecieron el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones.

3) Tercera etapa: la **Ley 1748 de 2014**, el **Decreto 2071 de 2015** y la **Circular Externa N.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera**, establecieron que los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a la doble asesoría, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes, esto es, a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, con el fin de que se formen un juicio imparcial y objetivo sobre las características, fortalezas y debilidades de cada uno, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

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 o de la materialización del traslado, el **01 de Noviembre de 1995**; 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.

Imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituye en una situación de carácter imposible.

Adicionalmente, 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; máxime si en cuenta se tiene que el señor EVELIO ARARAT GUAZA, se ha trasladado de Administradora de Fondos de Pensiones del RAIS en dos oportunidades.

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, entre las que se encuentra “1. **Informarse adecuadamente de las condiciones del Sistema General de Pensiones; (...)** 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 (...);** 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.”**

De conformidad con la anterior, en la normatividad existen unos deberes mínimos en cabeza de los afiliados al sistema general de pensiones, destacándose que el SILENCIO en el 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; lo cual brilla por su ausencia en el presente proceso.

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.

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 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)

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."***

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 el demandante tenía **31 años de edad y tampoco acreditaba 15 años de servicio o su equivalente en semanas cotizadas**.

Igualmente, el artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2 de la ley 797, exige que no deben faltarle 10 años o menos para cumplir con la edad de pensión de vejez para realizar su traslado de régimen.

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”.

Del interrogatorio de parte practicado, se concluye que queda desvirtuada condición de afiliado que ignoraba las consecuencias de su decisión, en primer lugar el demandante por su formación profesional o experticia tuvo conocimiento sobre las consecuencias del traslado, las características de uno u otro régimen pensional; que la AFP del RAIS cumplió con el deber información que le asistía al Fondo para la fecha del traslado; en el formulario de afiliación venía la leyenda de las condiciones del traslado, y no se puede endilgar obligación a la AFP en el caso de la omisión de la lectura por la demandante.

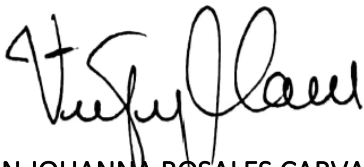
Sin reconocimiento de derecho alguno, se resalta que debe declararse probada la excepción de prescripción por cuanto el problema jurídico que originó el presente proceso se relaciona con el acto de afiliación o traslado entre regímenes pensionales, que no es un aspecto consustancial a la prestación pensional y por lo mismo, no goza del carácter de imprescriptible.

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