

Señor

**JUEZ PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE GUADALAJARA DE  
BUGA**  
E. S. D.

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** MARIA NANCY TOBON OSPINA. CC.38863333  
**DEMANDADO:** COLFONDOS S.A;  
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES  
-COLPENSIONES-  
**RADICACIÓN:** 76111310500120230021700

**MARTHA CECILIA ROJAS RODRIGUEZ**, quien es mayor de edad y de esta vecindad, abogado(a) titulado(a) y en ejercicio, portador(a) de la cédula de ciudadanía No. 31.169.047 de Palmira-Valle del Cauca, y T. P. No. 60.018 del C.S. de la J., actuando en mi condición de apoderada sustituta del Doctor **LUIS EDUARDO ARELLANO JARAMILLO**, quien es mayor de edad, portador de la cédula de ciudadanía No. 16.736.240 y Tarjeta Profesional No. 56.302 del Consejo Superior de la Judicatura, según poder otorgado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, por medio del presente escrito cordialmente solicito al Despacho reconocerme personería para actuar de acuerdo al poder adjunto y estando dentro del término de la oportunidad procesal, de manera respetuosa me permito dar contestación a la demanda propuesta dentro del proceso de la referencia contra COLPENSIONES, para que mediante sentencia que haga tránsito a cosa juzgada se absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones propuestas en la demanda y se condene en costas a la demandante.

## **I. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES**

### **1. PARTE DEMANDANTE:**

**1.1. MARIA NANCY TOBON OSPINA**, mayor de edad, identificada con cedula de ciudadanía número No. 38863333, representado judicialmente por el Dr. DIEGO PALOMINO BUENO, T.P. No. 52.118 del C.S.de la J.

## 2. PARTE DEMANDADA:

**2.1 ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A,** representada legalmente por el gerente o quien haga sus veces

**2.2 ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A,** representada legalmente por el doctor JAIME DUSSAN CALDERON.

### **NATURALEZA JURÍDICA DE LA ENTIDAD DEMANDADA, REPRESENTACIÓN LEGAL Y DOMICILIO. –**

La Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES- es una empresa industrial y comercial del estado del orden nacional, organizada como entidad financiera de carácter especial, vinculada al Ministerio de Trabajo con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida incluyendo la administración de los beneficios económicos periódicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005 modificadorio del artículo 48 de la constitución Política, de acuerdo con lo que establezca la ley que los desarrolle.

La representación legal la ejerce el doctor JAIME DUSSAN CALDERON quien obra en su calidad de presidente grado 03 según consta en el Acuerdo No 138 de 17 de octubre de 2018, debidamente posesionado. El domicilio principal es la ciudad de Bogotá D.C., en la Carrera 10 No. 72-33 Torre B piso 11, número telefónico 2170100.

### **PRONUNCIAMIENTO EXPRESO Y CONCRETO SOBRE CADA UNO DE LOS HECHOS DE LA DEMANDA**

**1: ES CIERTO,** de conformidad con los documentos aportados con el traslado de la demanda. (fotocopia cédula de ciudadanía)

**2:ES CIERTO,** sin aceptar lo pretendido por la parte actora y de conformidad con los documentos aportados con el traslado de la demanda.

**3: NO ME CONSTA,** es una situación que no corresponde a mí representada por lo tanto no haré pronunciamiento al respecto.

**4: NO ME CONSTA,** es una situación que no corresponde a mí representada por lo tanto no haré pronunciamiento al respecto.

**5: NO ME CONSTA,** es una situación que no corresponde a mí representada por lo tanto no haré pronunciamiento al respecto.

**6: ES CIERTO,** sin aceptar lo pretendido por la parte actora y de conformidad con los documentos aportados con el traslado de la demanda, la hoy demandante solicito traslado a COLPENSIONES y esta fue negada.

### **PRONUNCIAMIENTO EXPRESO FRENTE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.**

Respetuosamente manifiesto su señoría, que con base en los fundamentos de hecho y de derecho que se relacionan en el presente asunto y como apoderada de la parte demandada, me opongo a las siguientes pretensiones:

**PRIMERA: NO HARÉ REFERENCIA A ESTA PRETENSIÓN** toda vez que se solicita que se declare ineficaz el traslado de la afiliación de la demandante, a la AFP COLFONDOS S.A situación que no corresponde a mi representada.

**SEGUNDA: ME OPONGO,** a que se ordene a la AFP COLFONDOS S.A , el traslado a la hoy demandante a COLPENSIONES junto con los aportes, rendimientos, semanas cotizadas y sumas adicionales en dicha entidad toda vez que la devolución total 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.

Todo lo anterior, en observancia del principio del equilibrio financiero del sistema, impacto en el PIB y en la reserva pensional, por lo que, la

Garantía de la devolución de la totalidad de los aportes al RPM para el financiamiento de las pensiones debe entenderse también como: el reintegro de la totalidad de la cotización, esto es: Recursos cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al FGPM, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales, cuotas de administración, mermas en la cuenta individual (Sentencias CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL 17595-2017, CSJ SL 4989-2018 y CSJ SL 1421-2019, rad. 56174).

**TERCERA: ME OPONGO** a esta pretensión por carecer de fundamento jurídico y fáctico

**CUARTA:** NO HARÉ REFERENCIA A ESTA PRETENSIÓN toda vez que se solicita se CONDENE a las A.F.P. demandada, al pago de costas, situación que no corresponde a mí representada.

### EXCEPCIONES DE FONDO O PERENTORIAS

**1.- FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA:** La demandante realizó el traslado de régimen pensional a la AFP COLFONDOS S.A, entidad en la que actualmente se encuentra afiliada; no obstante, mediante el presente proceso judicial alega que dicha afiliación está afectada de vicios en su consentimiento y en consecuencia solicita la declaración de ineficacia y/o nulidad de dicho traslado.

Sea lo primero mencionar que antes que el demandante efectuara su traslado al RAIS, se encontraba efectuando aportes al ISS.

Respecto de la falta de legitimación, la Corte Constitucional, ha manifestado que:

*"La legitimación en la causa es una calidad subjetiva de las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso. Por tanto, cuando unas partes carecen de dicha calidad o atributo, no puede el Juez adoptar una decisión de mérito y debe entonces*

*simplemente declararse inhibido por fallar el caso de fondo. La legitimación pasiva se consagra como la facultad procesal que le atribuye al demandado la posibilidad de desconocer o controvertir la reclamación que el actor le dirige mediante la demanda sobre una pretensión de contenido material”.*

*Con relación con la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, en sentido amplio, la jurisprudencia constitucional se he referido a ella, como la “calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso”, (Corte Constitucional. Sentencia C-965 de 2003.) De forma tal, que cuando una de las partes carece de dicha calidad o condición, no puede el juez adoptar una decisión favorable a las pretensiones demandadas. Consejo de Estado, Sentencia de 25 de julio de 2011, expediente: 20.146.*

*Entendido así el concepto de legitimación en la causa, es evidente que cuando ella falte, bien en el demandante o bien en el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria, si no desestimatoria de las pretensiones aducidas, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra las que se adujeron no eran titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada.*

## **2.- DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES - ART. 48 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, ADICIONADO POR EL ARTÍCULO 1 DEL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005.**

En desarrollo de los fines esenciales del Estado Colombiano, las instituciones que lo conforman deben propender hacia la salvaguarda de

los principios y valores constitucionales conforme a lo dispuesto en la Carta Política, la Ley y los Convenios Internacionales suscritos por aquel.

El Artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, señala:

*"El Estado garantizará los derechos, **la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional**, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de*

*acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas."* (Cursiva, Negrilla y Subrayado fuera del texto original)

Por consiguiente, el artículo 48 de la Constitución Política, estableció dos dimensiones de la seguridad social; por un lado, la concibió como un derecho constitucional fundamental; y, por el otro, como un servicio público de carácter obligatorio el cual se debe prestar bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en aras a la materialización de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, entre otros.

El artículo 334 de la Constitución Política, señala que "*La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica*", en ese orden de ideas, es necesario que, dando prevalencia al interés general sobre el particular, se tomen las medidas pertinentes en búsqueda de la protección de los recursos que soportan el sistema pensional, conforme a los principios que rigen la Constitución Política, en la medida que el derecho a la seguridad social se encuentra atado al principio de sostenibilidad fiscal y estabilidad financiera del Estado.

En consecuencia, la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

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



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

(...)

**Además, en estas condiciones por razones de equidad, para que no se beneficie de un fondo constituido por aportes de otras personas, y al cual ella misma no ha aportado la totalidad de las cotizaciones requeridas, entonces, se le negará su traslado al mismo. Pero**

**especialmente se encuentra esta Sala de la Corte ante las serias motivaciones establecidas por la jurisprudencia constitucional (sentencias C-1024-04 y C-789-02), asentadas sobre la sólida base del inciso 7º del artículo 48 de la Carta Suprema donde se ordena al Estado "garantizar...la sostenibilidad financiera del sistema pensional...". Motivaciones que se verían afectadas, si se concediera a la actora, contrariando elementales criterios de equidad, su traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad- RAIS - al de Prima Media con Prestación Definida.** (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

En Sentencia de unificación SU130/13, la Corte se ocupó del tratamiento dado por la jurisprudencia constitucional a la problemática que surge en torno a quienes se trasladaron al régimen de ahorro individual y unificó su jurisprudencia advirtiendo que, *de conformidad con lo previsto en los artículos 13, literal e) y 36, incisos 4º y 5º de la Ley 100 de 1993, tal y como fueron interpretados por la Corte Constitucional en las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, únicamente los afiliados con quince (15) años o más de servicios cotizados a 1º de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, pueden trasladarse "en cualquier*

*tiempo" del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, conservando los beneficios del régimen de transición.*

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

*(...) la Sala se permite destacar dos ideas, relacionadas ambas con la **sostenibilidad económica del sistema pensional**. Ellas son: a-- La primera tiene que ver con la protección del capital pensional. No se puede permitir "la descapitalización del fondo", **si personas que no contribuyeron a su***

***formación, vienen a último momento, cuando les faltan ya menos de 10 años para concretar su pensión***  
(...)



**(...) de vejez, a beneficiarse de un ahorro comunitario accediendo a una pensión, cuyo pago desfinancia el sistema. b- En segundo término, desde una perspectiva social se contraría la equidad y se abandona el valor de la justicia material, al permitir a personas que no han contribuido a los rendimientos de los fondos pensionales, entren a beneficiarse y a subsidiarse a costa de las cotizaciones y los riesgos asumidos por otras y no por ellas mismas** (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

Debe resaltarse la importancia que en este tema concede la Corte Constitucional a las consecuencias económicas de las diferentes posiciones sobre la sostenibilidad financiera del Sistema.

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

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

**3.-INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN**", por las siguientes razones:

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.

#### **4.-INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN”**

En aras de defender los intereses de la entidad y para que no se vea afectada la sostenibilidad financiera del Sistema y planeación de la reserva pensional de Colpensiones, teniendo en cuenta que no participó en el acto que se declara nulo o ineficaz y el sustento de la relación guarda relación con una conducta desplegada por un tercero ajeno a la Administradora de Régimen de Prima Media, se solicita que no se condene en COSTAS O INTERESES MORATORIOS a Colpensiones.

**5. RESPONSABILIDAD SUI GENERIS DE LAS ENTIDADES DE LA SEGURIDAD SOCIAL:** Resulta también relevante indicar, que las entidades de Seguridad Social no solo se sujetan a la responsabilidad propia de los contratos de aseguramiento, sino que se ciñen a obligaciones de índole constitucional que trascienden como administradoras de un servicio público de seguridad social.

En este caso, la responsabilidad de las AFP por la ineficacia de un traslado, no sólo se deben enmarcar a reparar el daño individualmente sometido a consideración de un Juez, sino que debe tener alcance frente a los daños indirectos que irradian o comprometen los derechos constitucionales de terceros, en razón de la reserva patrimonial de los pensionados y afiliados del RPM que se ven comprometidos con el desmedro que sufre la reserva pensional, y que si bien es cierto, la jurisprudencia ha indicado que al afiliado no le es atribuible y por ende no se le exige la equivalencia económica de los aportes que se devuelven del RAIS al RPM, no es menos cierto, que tal reparo económico lo debe asumir quien ha causado el daño y por virtud de la operancia de la inoponibilidad.

**6.NO PROCEDE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA Y/O NULIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL EN LOS CASOS EN QUE LA PARTE DEMANDANTE SE TRATE DE UNA PERSONA QUE YA SE ENCUENTRE PENSIONADA EN EL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL.**

Al respecto la Corte Suprema de Justicia en reciente **sentencia SL 373-2021** magistrada ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo radicación 84475 del 10 de febrero de 2021 argumentó:

*"...Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la*

*afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)<sup>1</sup>, lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones: (subrayado fuera del texto original)*

*Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital*

*habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.*

*(...)*

*Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la*

*Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.”*

DE ACUERDO CON LA SENTENCIA ANTES TRANSCRITA AL HABERSE ADQUIRIDO LA CALIDAD DE PENSIONADO SE PRODUCE LA IMPOSIBILIDAD DE RETORNAR AL ESTATU QUO ANTE, ES DECIR TAL CONDICIÓN NO PUEDE DESHACERSE O DESPARECERSE DEL PLANO JURÍDICO.

**7.- INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO:** todas las actuaciones surtidas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, se han ajustado a derecho, enmarcándose en los límites constitucionales, legales y jurisprudenciales.

Respecto a la solicitud de nulidad de traslado de régimen pensional impetrada por el demandante, hay que tener en cuenta que, si bien el legislador ha dejado abierta esta posibilidad, ha establecido ciertos requisitos, dentro de los que se encuentra que la persona acredite una permanencia mínima de cinco (5) años en el régimen del cual desea desvincularse y que le falten no menos de diez (10) años para el cumplimiento de la edad mínima prevista para adquirir su derecho pensional.

Es decir, si estudiando las condiciones concretas, se verifica que se encuentra a diez (10) años o menos para cumplir la edad de pensión, como es el caso del demandante, este traslado no podrá hacerse efectivo debido a que se convierte en una desmejora para quienes, si han cotizado al sistema de manera permanente y continua, esto por ser una entidad solidaria que cuenta con aportes comunes para realizar los respectivos reconocimientos pensionales.

**8.- AUSENCIA DE VICIOS EN EL TRASLADO:** el traslado efectuado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual del demandante, conserva incólume su presunción de validez y surte plenamente sus efectos en el mundo jurídico, ya que fue expedido por la autoridad

competente, observando la ritualidad exigida para su creación y ejecutoria, y tanto los motivos en los que se funda, como la motivación que contiene son consistentes y congruentes con las normas superiores que regulan lo concerniente al traslado. Adicionalmente, no se ha acreditado efectivamente alguna causal de nulidad, haciendo improcedente su declaratoria.

**9.- BUENA FE:** es importante resaltar que la buena fe en la labor misional de **COLPENSIONES** surge precisamente de la estricta aplicación de la Constitución, la Ley y el precedente jurisprudencial que permite conceder o negar prestaciones ajustadas a derecho.

Al respecto la Corte Constitucional ha señalado como principio general del derecho, (la buena fe) ha sido reconocida por la jurisprudencia colombiana especialmente desde 1935, citándose la Jurisprudencia y doctrina francesa y sobre todo el artículo 1603 del Código Civil Colombiano:

*"Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, si no a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por Ley pertenecen a ella".* Norma que tiene su correspondencia en numerosos artículos del Código Civil y que en la década del treinta también tendrá en Colombia importante tratamiento doctrinal: *"De ahí que se hable de la buena fe como de un criterio primordial en la interpretación de las convenciones, gracias al cual el Juez puede sacar triunfante la equidad sobre rigores del formalismo".*

*"El principio de buena fe es también principio del derecho laboral ha sido incluido en el Código Sustantivo de Trabajo, artículo 55 y ss aparece en la jurisprudencia laboral desde la época del Tribunal Supremo del Trabajo: "El principio de buena fe, que no es nuevo si no que data de las mejores tradiciones romanas, debe presidir la ejecución de los contratos, incluido el trabajo". Sentencia ésta proferida el 9 de febrero de 1949 y que llega hasta analizar no solo la buena fe si no la mala fe, en los siguientes términos:"*

*"La mala fe- ha dicho la Corte Suprema de Justicia- debe ser la deducción acertada hecha sobre la plena comprobación de hechos*



*precisos de naturaleza incompatible con bona fide, como lo sería, en tratándose de la buena fe contractual, la demostración evidente de una visible ventaja pecuniaria en una negociación celebrada con un incapaz que mostrara un aprovechamiento inhonesto por el estado de inferioridad en que ocurrió una de las partes a su celebración, es decir, la prueba de que se abusó de un estado de debilidad para obtener un indebido e injusto provecho, apreciable en el desequilibrio de los valores. Sin olvidar tampoco que la calificación de la fe jurídica, el rigor con que se exige o es exigible buena fe en los negocios de hecho, conformada probatoriamente y adoptada en las situaciones de cada caso”.*

**10.- PRESCRIPCIÓN:** solicito se declare la prescripción tanto de la acción laboral como de los derechos sustanciales que pudieren verse afectados por dicho fenómeno, si a ello hubiere lugar, sin que la proposición de esta excepción implique reconocimiento expreso o tácito de la existencia de los derechos reclamados por vía del presente proceso ordinario laboral.

La jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de vieja data ha decantado que, a diferencia del status de pensionado, que es permanente y apareja la imprescriptibilidad de la acción para su reconocimiento, el monto de la pensión es una situación mutable y no definitiva y por lo tanto susceptible de aplicársele el modo de la prescripción, tal como se expresó en la sentencia de fecha julio 7 de 2.005, Rad. 25043, Magistrado Ponente Luis Javier Osorio López, criterio que ha sido ampliamente ratificado jurisprudencialmente por dicha Corporación.

De igual forma el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 488 señala: *“Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo”*.

El artículo 151 del CPTSS consagra la prescripción así: *“Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual”*. Es importante destacar que el término de prescripción inicia desde que la obligación se haya hecho exigible.

## **11.-IMNOMINADA o GENERICA:**

Respetuosamente solicito al señor juez, se sirva declarar de oficio al momento de proferir sentencia definitiva, todos los hechos exceptivos que sean advertidos y probados en el transcurso del proceso y que favorezcan a la parte que represento.

## **12. APLICABILIDAD DEL PRECEDENTE RESPECTO DEL ART. 1604 DEL CC**

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:

***“...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.

### **13. APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 167 DEL CGP EN RELACIÓN CON LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA.**

Esta excepción se fundamenta en que la carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica, sin ninguna ponderación y en desigualdad de las partes involucradas en cada proceso.

#### **El artículo 167 de la ley 1564 de 2012, precisa:**

**"ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA.** Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

La Corte Constitucional declaró exequible el artículo 167 del CGP en relación con 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.*

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, por lo que no pueden haber aspectos desconocidos en el caso *sub lite*, en la medida que si se invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo, esta no puede ser 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.

Así las cosas, la regla general es que corresponde a cada parte probar el supuesto, conforme a lo señalado por la Corte antes transcrito encontramos lo siguiente:

#### **i) LA POSESIÓN DE LA PRUEBA EN UNA DE LAS PARTES:**

Hasta el año 2016, los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación, para probar el conocimiento y asentimiento del afiliado respecto del traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994 y 2016 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al Régimen de ahorro individual con solidaridad.

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

Además, como veremos más adelante para que la “voluntad” se vea afectada debe demostrarse la existencia de un vicio o fuerza capaz de anular el acto jurídico. Estos elementos evidentemente solo los puede aportar el demandante.

## **II) LA EXISTENCIA DE CIRCUNSTANCIAS TÉCNICAS ESPECIALES**

Es claro que el entendimiento entre el RPM y el RAIS sugiere que los afiliados sean debidamente asesorados dado que hay aspectos técnicos que los diferencian. Sin embargo, esta regla no puede interpretarse como una situación universal que desplace las situaciones de cada caso particular y que además invierta la carga de la prueba sin mayor análisis que la naturaleza experta que tiene la administradora de pensiones.

Este contexto tampoco puede desconocer escenarios donde la expectativa pensional, la permanencia en el sistema, el silencio, la aceptación en el tiempo, la calidad del demandante y otros relacionados con las actividades financieras que ejecuta un usuario durante su vida laboral, le permitía escoger acertadamente el régimen pensional. Este último aspecto ha sido por ejemplo evaluado por la corte Suprema tratándose de afiliaciones tacitas donde prevalecen las actividades, cotizaciones y movimientos financieros a lo largo de la vida laboral.

## **III) LA PREVIA Y DIRECTA INTERVENCIÓN EN LOS HECHOS**

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

No pueden considerarse a todos los afiliados como una parte débil e indefensa, la misma ley previó distintos deberes en cabeza de los mismos con el fin de que por interés propio se asesoren de la mejor manera. Adicionalmente NO pueden desconocerse las situaciones que rodean cada caso y que de alguna manera le permitían al demandante obtener información mínima durante el paso del tiempo.

Ahora bien, la parte débil en el caso sub examine debe ser considerada como quien carece de capacidades para ilustrarse y asesorarse de la

menor manera y no como una persona per se vulnerable que está imposibilitada de tener un entendimiento mínimo del sistema, incapaz de realizar actividades orientadas a instruirse mejor e incompetente para aportar pruebas que expongan la existencia de un vicio en el consentimiento. La corte Constitucional en tal sentido (sentencia T 422 de 2011) indicó que en materia de traslado la libertad de escoger el régimen pensional debe verse menguada o adolecer de algún vicio en el consentimiento, y solamente cuando los hechos de la controversia permitan dilucidar que la persona era una parte débil debido a su calidad y escasos conocimientos puede procederse con un regreso automático. Así pues, dicha providencia amparó los derechos de un ciudadano campesino analfabeta:

“Teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos objeto de esta controversia, la afirmación del actor resulta creíble; en efecto, que los aportes objeto del traslado fueran posteriormente devueltos por parte de Skandia al ISS, sin conocimiento ni autorización del actor, es un hecho que no contrasta con el hallazgo de esta Sala, consistente en considerar que para el afiliado era muy difícil comprender las implicaciones del documento que firmaba, “Afiliación Fondo de Pensiones Obligatorias”, debido a sus bajos conocimientos educativos y al nivel de pensamiento concreto a que se refirió el diagnóstico psicológico.

En conclusión, con lo señalado hasta ahora, la carga dinámica de la prueba no puede invertirse de una forma arbitraria y sin considerar los aspectos particulares de cada caso debidamente individualizado, tal y como lo precisó la Corte Constitucional en la citada providencia C 086 de 2016:

“Imponer al juez la obligación de acudir en todos los eventos a la institución de la carga dinámica de la prueba, y no de manera ponderada de acuerdo con las particularidades de cada caso y los principios generales de la Ley 1564 de 2012, significaría alterar la lógica probatoria prevista en el estatuto procesal diseñado por el Legislador, para en su lugar prescindir de las cargas procesales razonables que pueden imponerse a las partes y trasladar esa tarea únicamente al juez.”



#### 14. APLICABILIDAD DEL CRITERIO SOBRE EL DERECHO AL TRASLADO

La Corte Constitucional señaló que el derecho a trasladarse NO ES ABSOLUTO y debe atender los criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales.

*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"10.(...)*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO Y RAZONES DE DERECHO DE LA DEFENSA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** ha actuado conforme a las normas legales vigentes que para el caso y que la entidad por vía administrativa no puede reconocer en virtud de la falta de requisitos legales para acceder a su traslado.

El artículo 2º de la Ley 797 de 2003 modificó las condiciones para trasladarse de régimen, en los siguientes términos:

*"Artículo 2º. Se modifican los literales a), e), i), del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y se adiciona dicho artículo con los literales l), m), n), o) y p), todos los cuales quedarán así:*

*Artículo 13. Características del Sistema General de Pensiones.*

... e) **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;**  
(...)

Al margen de lo anterior, resulta necesario analizar la situación a la luz de la sentencia C-1024 de 2004 de la Corte Constitucional declaró exequible el subrayado aparte, y en tal sentido citó:

*“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, resulta razonable y proporcional, a partir de la existencia de un objetivo adecuado y necesario, cuya validez constitucional no admite duda alguna. En efecto, el objetivo perseguido por la disposición demandada consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, y simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues se aparta del valor material de la justicia, que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros.”*

De la lectura anterior, se deduce que es inviable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional, toda vez que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición en comento, pues actualmente cuenta con 60 años, y la edad mínima para pensionarse es de 62 años para los hombres.

*La Ley 797 de 2003 y sus efectos:*

*Dentro del propósito de darle mayor estabilidad y sostenibilidad al sistema pensional, con posterioridad a la Sentencia C-789 de 2002, el Congreso de la República expidió la Ley 797 de 2003, “por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales”.*

*En lo que interesa a la presente causa, el artículo 2° del citado ordenamiento modificó el literal e) del artículo 13 de Ley 100/93, norma que se ocupa de las características del SGP. Dentro de ese contexto, el referido literal e) regula lo relacionado con el traslado de régimen pensional y, en su versión original, establecía que los afiliados al SGP solo podían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial. Precisamente, en procura de un mayor nivel de estabilidad y sostenibilidad del sistema, con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, se extendió el término de traslado de tres (3) a cinco (5) años y, adicionalmente, se fijó un límite para el ejercicio de tal prerrogativa, en el sentido de que no podrán trasladarse de régimen quienes les falte diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Con el fin de que las personas que para ese momento se encontraban dentro de la hipótesis normativa, no se vieran sorprendidas con la nueva regulación, el legislador estableció una medida de transición o período de gracia, consistente en permitirle a todos los afiliados, en el término de un (1) año, contado a partir de la entrada en vigor de la ley, trasladarse de régimen en cualquier tiempo.”*

Así las cosas, le corresponde a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A** y probar que la información que suministraron a la demandante al momento de efectuar el traslado y posterior afiliación fue idónea para crear una proyección veraz frente a su situación, sin dejar lugar a dudas de falsas expectativas al respecto.

**Al respecto la Corte Suprema de Justicia en reciente sentencia SL 373-2021 magistrada ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo radicación 84475 del 10 de febrero de 2021 argumentó:**

*“...Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)<sup>1</sup>, lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a*

disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones: (subrayado fuera del texto original)

*Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.*

(...)

*Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.”*

DE ACUERDO CON LA SENTENCIA ANTES TRANSCRITA AL HABERSE ADQUIRIDO LA CALIDAD DE PENSIONADO SE PRODUCE LA IMPOSIBILIDAD DE RETORNAR AL ESTATU QUO ANTE, ES DECIR TAL CONDICIÓN NO PUEDE DESHACERSE O DESPARECERSE DEL PLANO JURÍDICO.

## **FUNDAMENTOS JURISPRUDENCIALES DE DEFENSA**

**Sentencia C-086 DE 2016”** SOBRE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA: **CONDICIONAMIENTO DE INTERPRETACIÓN DE CARGAS PROCESALES EN PROCESO JUDICIAL PARA ASEGURAR QUE NO AFECTEN DERECHOS DE LAS PARTES O INTERVINIENTES-** Jurisprudencia constitucional.

"La Sala observa que la regulación está encaminada a procurar un prudente equilibrio entre la función del juez en el Estado Social de Derecho y el cumplimiento de las cargas procesales que constitucionalmente corresponde asumir a las partes cuando ponen en marcha la administración de justicia. Recuérdese que *"la mayor eficacia en cuanto a la justa composición de un litigio se obtiene a partir de un delicado equilibrio entre la iniciativa de las partes –principio dispositivo- y el poder oficioso del juez –principio inquisitivo-, facultades de naturaleza distinta que operadas de forma coordinada deben concurrir en un mismo y único propósito: la solución justa y eficiente del proceso"*<sup>[113]</sup>.

Imponer al juez la obligación de acudir en todos los eventos a la institución de la carga dinámica de la prueba, y no de manera ponderada de acuerdo con las particularidades de cada caso y los principios generales de la Ley 1564 de 2012, significaría alterar la lógica probatoria prevista en el estatuto procesal diseñado por el Legislador, para en su lugar prescindir de las cargas procesales razonables que pueden imponerse a las partes y trasladar esa tarea únicamente al juez".

### **Sentencia SU-062 de 2010**

En esta providencia la Corte destacó:

*"Por lo anterior, resulta imperativo ajustar la jurisprudencia constitucional a la normatividad vigente y reiterar lo indicado por esta corporación en las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004".*

*En concordancia con lo dicho, y aun cuando el punto no era la materia propia de decisión, la citada sentencia de unificación también retomó el tema referente a la posibilidad de retornar en "cualquier tiempo" al régimen de prima media con el fin de pensionarse de acuerdo con las normas anteriores a la Ley 100/93, destacando que tal retorno no opera para todos los sujetos del régimen de transición indistintamente, sino para una categoría de*



*ellos, es decir, para quienes a 1º de abril de 1994 **contaban con 15 años o más de servicios cotizados**. Bajo este criterio, se acoge nuevamente lo expuesto en las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, en las que se interpretó el alcance de los artículos 13 y 36 de la Ley 100/93.”*

De conformidad con la ley y la jurisprudencia Constitucional solo quienes tienen 15 años o más de servicios cotizados a 1º de abril de 1994, pueden trasladarse “en cualquier tiempo” del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, con el fin de hacer efectivos los beneficios del régimen de transición. Para tal efecto, deberán trasladar a este todo el ahorro que hayan efectuado al régimen de ahorro 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 esta forma la Corte Constitucional solo ha permitido el traslado en cualquier tiempo en los eventos que un afiliado que inicialmente pertenecía al RPM, se afilia al RAIS y desea volver al primero. Podrá hacerlo siempre y cuando conserve el régimen de transición y adicionalmente acredite 15 años de cotización al 1 de abril de 1994.

### **Sentencia C-1024 DE 2004**

Declara **EXEQUIBLE** el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en el siguiente aparte previsto en el literal e), a saber: “*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; (...)*”, exclusivamente por el cargo analizado en esta oportunidad y 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 (..).

Finalmente, y siguiendo los derroteros de la Entidad debe tenerse en cuenta la reciente sentencia **de la Corte Suprema de Justicia SL 373-2021 magistrada ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo radicación 84475 del 10 de febrero de 2021 que argumentó:**



*"...Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)<sup>1</sup>, lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones: (subrayado fuera del texto original)*

*Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.*

*(...)*

*Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos."*

Sin embargo, descendiendo al caso bajo estudio no procedería la anterior providencia toda vez que el demandante está solicitando solamente la ineficacia del traslado de régimen en su calidad de afiliado al RAIS.

**Sentencias C-1025 DE 2007; C-789 DE 2002; C-596 DE 1997; SU 130 DE 2013; SU 062 DE 2010.**

## 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; valorar que:

**Conceptos que se deben devolver al RPM como efecto de la declaratoria de ineficacia de traslado.**

### **a. Recursos que se deben devolver al RPM:**

De acuerdo con la línea jurisprudencial construida por la Corte Suprema de Justicia en torno a restituciones mutuas que se deben realizar después de la declaratoria de ineficacia de un traslado, ha sido pacífico el criterio en cuanto a que las AFP'S del Régimen de Ahorro Individual que obtuvieron el traslado de afiliados desde el Régimen de Prima Media, en transgresión del derecho a la libre escogencia informada, deben devolver en su integridad todos los recursos que recibieron en vigencia de la afiliación al RAIS, incluyendo los gastos administración o cualquier merma que haya sufrido el capital con cargo a su propio patrimonio.

El precedente ha decantado que los recursos que se deben trasladar desde el RAIS al RPM, son:

- Saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual
- Porcentajes correspondientes a gastos de administración
- Primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia
- Porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima

Respecto a los saldos de la cuenta de ahorro individual la Corte ha definido que estos se deben retornar junto con los rendimientos que se hayan generado, entre tanto, los demás conceptos que no pertenecen a la cuenta de ahorro individual como gastos de administración, lo destinado a riesgos de invalidez y muerte y fondo de garantía mínima, se deben devolver debidamente indexados en la medida que no generan rendimientos en ninguno de los regímenes.

En sintonía con este precedente, la Oficina Asesora de Asuntos Legales de Colpensiones, a través de concepto OAL No. 14 de 2023, analizó que efectivamente, respecto de los conceptos que no pertenecen a la Cuenta de Ahorro Individual el mecanismo procedente para mantener el poder adquisitivo de estos recursos es la indexación, pues respecto de estos la

Ley no prevé la generación de rendimientos en ninguno de los dos regímenes que componen el Sistema Pensional y la rentabilidad ha sido prevista para los saldos que se destinan a la cuenta individual a voces de lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008. Sobre la pertinencia de la indexación de estas sumas de dinero, consideró dicha Oficina:

*“Así las cosas, en las jurisprudencias relacionadas, se puede afirmar que **la indexación siempre se ha tenido como presupuesto actualizar sumas de dinero con base en la inflación** para mantener su poder adquisitivo. En el caso de la ineficacia en el traslado, el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha advertido que los gastos de administración y las primas de seguros previsionales deben ser retornados a la Administradora del RPM con ajuste del valor a través de mecanismo”*

En caso de que se declare la ineficacia por parte del Juez, se deberá asegurar la devolución íntegra de recursos al RPM de conformidad con el precedente de la Corte Suprema de Justicia, esto es: los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual junto con sus respectivos rendimientos, y los porcentajes correspondientes a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentaje destinado al fondo de garantía pensión mínima, debidamente indexados.

Las garantías de devolución de la totalidad de los recursos comprenden 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.

El reintegro de la totalidad de la cotización, esto es: Recursos cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al FGPM, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales, cuotas de administración, mermas en la cuenta individual (Sentencias CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989,

CSJ SL 17595-2017, CSJ SL 4989-2018 y CSJ SL 1421-2019, rad. 56174); en caso de una eventual condena al Fondo Privado, ordenar el reintegro de los conceptos antes mencionados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

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).

Debe considerar también el juez de instancia que No es posible que Colpensiones tenga nuevamente como afiliado al demandante hasta tanto la AFP no haya anulado la afiliación al RAIS en el aplicativo MANTIS y se haya normalizado el estado de afiliado en el SIAFP.

- Colpensiones no puede cargar semanas e información en la historia laboral, hasta tanto la AFP no haya: i) pagado debidamente discriminados los conceptos ordenados en el fallo y ii) trasladado la información necesaria en debida forma y sin errores para realizar la imputación de aportes a la historia laboral, a través de la entrega del archivo con el detalle de aportes.
- Es importante que en el fallo se especifique que la última AFP a la que perteneció el demandante es la encargada de pagar todos los emolumentos ordenados en el fallo, incluyendo los gastos de administración, puesto que algunos Fondos se han negado al pago de esta obligación alegando que el demandante perteneció a varias AFP’S que en su momento cobraron las comisiones por administración, por lo que en tal caso lo viable es que se le asigne al último Fondo la facultad de recobro de dicho concepto.
- De igual manera, es necesario precisar que el pago se debe realizar discriminando el valor que corresponde a cada concepto, por cuanto el pago de una suma única totalizada impide establecer si cada concepto fue satisfecho en debida forma.

## **PETICIÓN EN FORMA INDIVIDUALIZADA Y CONCRETA DE LAS SIGUIENTES PRUEBAS:**

**DOCUMENTALES:** Solicito muy comedidamente sean tenidos en cuenta las aportadas con la demanda en todo aquello que le sea favorable a mi representada.

**DOCUMENTOS QUE REPOSAN EN BIZAGI DE LA ENTIDAD DEMANDADA:** Solicito respetuosamente tener en cuenta la carpeta administrativa que aporte donde reposa la información del afiliado en el sistema BIZAGI DE COLPENSIONES, entregado por la firma ARELLANO JARAMILLO & ABOGADOS.

**OFICIOS:** Solicito muy comedidamente se oficie a la AFP COLFONDOS S.A a fin de que remita certificación donde conste la siguiente información:

- a) Si la demandante ostenta la calidad de pensionada en dicho régimen privado, o si ya cumplió los requisitos que le otorgan el estatus pensionada pese a no encontrarse percibiendo aún la pensión.
- b) Cuáles fueron todas las operaciones y contratos financieros que se celebraron y ejecutaron con terceros para consolidar el soporte financiero del pensionado, y se alleguen los respectivos soportes que lo acreditan.
- c) Se certifique y allegue los soportes atinentes al trámite de emisión y expedición de bonos pensionales en el caso de la demandante.

**INTERROGATORIO DE PARTE:** Cítese a la señora MARIA NANCY TOBON OSPINA, para que, bajo la gravedad de juramento, exponga ante el Despacho, sobre los hechos de la demanda.

**OTRAS PRUEBAS OFICIOSAS:** Las que el señor Juez considere decretar para obtener certeza jurídica suficiente al momento de proferir sentencia.

No me opongo a que se decreten y practiquen las pruebas solicitadas en la demanda, siempre y cuando se haga de conformidad con los lineamientos procesales pertinentes y sean conducentes para resolver el asunto en litigio.

## ANEXOS

Memorial poder de sustitución, y poder otorgado por COLPENSIONES al Dr. LUIS EDUARDO ARELLANO JARAMILLO.

## NOTIFICACIONES

Las personales las recibiré en la secretaría de su Despacho, o en la oficina ubicada en la Calle 22 Norte No. 6AN -24 Edificio Santa Mónica Central oficina 606 de Cali, al igual que el apoderado judicial de COLPENSIONES DR. LUIS EDUARDO ARELLANO JARAMILLO.

O al correo electrónico: [dramcr@hotmail.com](mailto:dramcr@hotmail.com)

A COLPENSIONES en la Carrera 10 No. 72-33 Torre B piso 11 Bogotá D.C.  
correo electrónico: [notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co](mailto:notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co).

La demandante y su apoderado la consignada en la demanda.

Atentamente,



**MARTHA CECILIA ROJAS RODRIGUEZ**

CC. N° . 31.169.047 de Palmira-Valle del Cauca

T.P. No. 60.018 del C. S. de la Judicatura.

Correo electrónico: **[dramcr@hotmail.com](mailto:dramcr@hotmail.com)**



