

NAVI GUILLERMO LAMK CASTRO

ABOGADO

H. Magistrado
NELSON OMAR MELENDEZ GRANADOS
Área Laboral
Tribunal Superior de Pamplona
E.S.D.

Ref. Alegatos 2ª Instancia

Proceso Ordinario Rad. No 54-518-31-12-001-2018-00154-01

Demandante: YOLANDA JAIMES LEAL

Demandado: COLPENSIONES-PORVENIR S.A.

En mi condición de apoderado de PORVENIR S.A procedo a rendir alegatos de 2ª instancia con el fin de solicitarle muy respetuosamente a esa H. Corporación, se sirva REVOCAR la sentencia de 1ª instancia y ABSOLVER a mi representada, por las siguientes razones:

- 1- Sea lo primero manifestar que me ratifico en las razones de hecho y derecho expuestas para sustentar la apelación ante el Juez a *quo*.
- 2- Revisadas las pruebas documentales allegadas por la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas, desacreditan que se brindó una debida asesoría, conforme con las disposiciones y jurisprudencia de la época.
- 3- En la sentencia de la CSJ-Sala Laboral, SL19447-2017 de fecha 27 de septiembre de 2017, Radicado No 47125, MP Gerardo Botero Zuluaga, donde se establece como uno de los requisitos de procedencia para declarar ineficaz la afiliación; que la insuficiencia de información impida el acceso al derecho a pensión.

En efecto, nos dice la Corte:

*“De manera que, conforme lo discurrido queda claro que existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, **impidiéndole su acceso al derecho**; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.”*

Para este caso, el acceso al derecho a pensión en el régimen de ahorro individual se tiene garantizado como lo evidencian las liquidaciones pensionales allegadas. En tal sentido debe revocarse la sentencia.

NAVI GUILLERMO LAMK CASTRO

ABOGADO

- 4- La AFP PORVENIR informó a sus afiliados sobre las características del régimen de ahorro individual, sobre sus aportes, rendimientos y de las posibilidades de traslado de régimen.

De hecho, además de los canales dispuestos por la Administradora y el envío de la información junto con los extractos trimestrales, en el año 2004, PORVENIR S.A. junto con los demás fondos de pensiones realizó campañas a través del envío de comunicaciones masivas a sus afiliados, de medios de comunicación (publicación realizada en el Diario El Tiempo), informándoles a todos los afiliados la posibilidad de retornar al RPM de acreditar con los requisitos establecidos en dichas normas y el demandante no hizo uso de esa legítimo derecho. Nadie puede alegar su propia torpeza. Por tal motivo, debe ser revocada la sentencia.

- 5- Respecto a la condena de que se restituyan con cargo al patrimonio propio de PORVENIR S.A los gastos de administración descontados durante el tiempo que permaneció en el RAIS, no se comparte esta condena, pues al declararse la ineficacia del traslado, se ordena como consecuencia de ello, una serie de restituciones, entre ellas los frutos o rentabilidades generadas por el capital pensional, por lo tanto, se debe acudir al Código Civil, como referente normativo en este asunto.

En tal sentido, el artículo 964 del CC, inciso final, claramente establece que toda restitución de frutos se abonará al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producir los frutos.

Los gastos de administración y otras erogaciones realizadas por la AFP, se relacionan con gastos ordinarios en la producción de la rentabilidad del capital.

En efecto, los gastos de administración por definición legal guardan relación con la retribución por las labores desplegadas por la AFP para administrar el capital pensional, lo que implica cubrir gastos de operación de la AFP, por lo tanto, se debe ordenar revocar esta condena, en el remoto evento de no acceder a revocar íntegramente la sentencia.

Adicionalmente, se debe considerar que el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, establece que el 3% de la cotización realizada al Sistema General de Pensiones se destinará a financiar los gastos de administración.

Ordenar devolver a COLPENSIONES, las sumas percibidas por gastos de administración, por el periodo en que el actor permaneció afiliado a la administradora, resulta inequitativo con el Fondo, toda vez que lo despoja de unas sumas causadas por su actividad administradora durante el tiempo en que el accionante estuvo afiliado al Fondo, tales como la remisión de extractos, la disposición de canales de atención de los afiliados, la inversión de los recursos, cuya diligencia es precisamente el origen de los rendimientos de sus aportes generados en ese espacio de tiempo.

NAVI GUILLERMO LAMK CASTRO

ABOGADO

La consecuencia de la ineficacia del acto de traslado trae la exclusión de TODO efecto jurídico. Por lo que el afiliado debe trasladarse a Colpensiones como si nunca se hubiera afiliado a Porvenir y siempre hubiera permanecido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida RPM.

Una de las principales diferencias entre los dos regímenes son los rendimientos generados sobre los aportes, mientras en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida los rendimientos que se generan, en teoría, son del Fondo Común, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad pertenecen a la cuenta de ahorro individual y hacen parte de la conformación necesaria para obtener una pensión de vejez.

La rentabilidad generada en la cuenta de ahorro individual se debe a la buena administración efectuada por la entidad administradora, es decir gracias a la gestión de la administradora la cuenta de ahorro individual se incrementa, lo que no hubiera sucedido en el RPM , primero, porque la ley establece que los rendimientos pertenecen al fondo de reparto común y segundo, porque en la práctica en Colpensiones los aportes efectuados por los afiliados de hoy financian las pensiones actuales y la diferencia se financia con los aportes de la Nación, es decir, en el caso particular del accionante, si se hubiere afiliado a Colpensiones hoy sus aportes no tendrían rendimientos y si se generaran los establecidos en la ley, a lo sumo serían equivalentes a los rendimientos en TES.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que, en el Régimen de Ahorro Individual, las entidades administradoras de fondos de pensiones deben garantizar una rentabilidad mínima de conformidad con el artículo 101 de la Ley 100 de 1993, y si ella no se genera debe responder con sus propios recursos.

De acuerdo con un reciente ejercicio efectuado por Asofondos los rendimientos en el RAIS corresponde aproximadamente al 74% del capital acumulado por un afiliado.

Es por lo anterior, que al operar la declaración de nulidad y/o ineficacia del traslado, no habría lugar a restituir los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, pues consecuencia de la nulidad declarada, se debe presumir que nunca existió afiliación, y al no existir afiliación al RAIS, tales rendimientos no se hubieran generado.

No obstante, lo anterior, la sociedad administradora de pensiones entiende que dichos rendimientos son un beneficio obtenido por el afiliado y hacen parte de su cuenta individual, lo que no se entiende es que se ordene devolver los gastos de administración que remuneran la gestión del Fondo de Pensiones, toda vez que, gracias a la buena administración, el afiliado ha incrementado el capital de su cuenta de ahorro individual. Además, debe tenerse en cuenta que la administradora del RPM no efectuó ninguna gestión de administración en ese mismo período y podría constituirse en un enriquecimiento sin justa causa. Razón por la cual, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en el artículo 1746 del Código Civil, considera

**Calle 11 No. 2E-75 Oficinas 1 y 2 Hotel Casino Internacional
Tel. 5717948 E-mail: navilamk@yahoo.com
Cúcuta - Colombia**

NAVI GUILLERMO LAMK CASTRO

ABOGADO

que frente a los gastos de administración debe operar las restituciones mutuas, y/o en su defecto, abstenerse de ordenar su devolución.

En concordancia con lo anterior, la Superintendencia Financiera de Colombia en concepto 2019152169-003-000, resalta que en el evento de declararse la nulidad o ineficacia del traslado debe darse aplicación al artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, el cual establece:

ARTÍCULO 7o. TRASLADO DE RECURSOS. <Artículo compilado en el artículo 2.2.2.4.7 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1833 de 2016> El traslado de recursos pensionales entre regímenes, incluyendo los contemplados en este decreto, así como de la historia laboral en estos casos, deberá realizarse en los términos señalados a continuación y en el artículo siguiente:

Cuando se trate de una administradora del RAIS, deberá trasladar el saldo en unidades de los aportes efectuados a nombre del trabajador, destinados a la respectiva cuenta individual y al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, multiplicado por el valor de la unidad vigente para las operaciones del día en que se efectúe el traslado.

Para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS.

Tratándose del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, RPM, la devolución se efectuará por el valor equivalente a las cotizaciones para financiar la pensión de vejez, que se hubieren efectuado actualizadas con la rentabilidad acumulada durante el respectivo período de las reservas para pensión de vejez del ISS, o en su defecto la informada por la Superintendencia Financiera para los períodos respectivos.

PARÁGRAFO. Con ocasión de la definición de la múltiple vinculación de sus afiliados y la determinación de las sumas a trasladar, las entidades administradoras del Sistema General de Pensiones quedan facultadas para compensar, total o parcialmente, los saldos respectivos.

Lo anterior sin perjuicio de la facultad que tiene la Superintendencia Financiera de precisar otros aspectos referentes a la materia.”

Con base en este concepto la Superintendencia concluye que en el evento en el que se declare la ineficacia o nulidad de la afiliación procede el traslado de los saldos de la cuenta individual que incluye los rendimientos generados por la administración de los recursos por parte de la administradora junto con los porcentajes destinados a garantía de pensión mínima y rendimientos y no los gastos de administración, primas u otros conceptos.

NAVI GUILLERMO LAMK CASTRO

ABOGADO

Es de resaltar que la Superintendencia, órgano de vigilancia de los fondos administradores de pensiones, llega a esta conclusión no solo fundamentándose en la norma legal transcrita con anterioridad sino que considera que cualquier operador administrativo o judicial debe tener en cuenta criterios tales como : “ *el objetivo constitucional de estabilidad y sostenibilidad del sistema pensional el que con miras de proteger el orden económico del sistema no es viable efectuar traslados sin el monto de aportes necesarios en cada régimen y (ii) el mantenimiento del orden legal que puede verse afectado al autorizar o conceder solicitudes de traslados sin el cumplimiento de los requisitos legales toda vez que se dejaría sin piso los criterios de interpretación a la normativa aplicable.*”

Aunado a todo lo anterior, las obligaciones que se generan como consecuencia del acuerdo de voluntades plasmado en el acto de afiliación al régimen de ahorro individual, se pueden asemejar con los efectos que produce un contrato de mandato, pues a través de dicho acto, se confía en la sociedad administradora de pensiones, la administración de los aportes realizados por el afiliado a cambio de garantizar entre otras cosas, una rentabilidad mínima sobre los aportes efectuados, artículo 60 Ley 100 de 1993, y en la otra, la obligación de realizar aportes para obtener tal resultado.

Sin embargo, dicho contrato no tiene el carácter de gratuidad, pues de conformidad con las previsiones contenidas en los artículos 2142 y 2143 del Código Civil, encontramos que el mandato es un contrato oneroso y que su remuneración la determinan las partes, la Ley o el Juez.

En el caso que nos ocupa, encontramos que dicha remuneración fue establecida por el artículo 20 de Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, al establecer que el 3% del ingreso base de cotización se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafin, y las primas de invalidez y sobrevivientes.

Es claro, entonces, que una fracción de la cotización ha sido destinada por la ley para remunerar conjuntamente los servicios que proveen tres agentes económicos diferentes: a) La administradora de fondos de pensiones, que es un ente de naturaleza fiduciaria y objeto social exclusivo, elegido por cada afiliado para la gestión de su ahorro pensional; b) El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, el cual actúa como garante de última instancia, en representación del Estado, de los saldos acumulados en las cuentas de ahorro pensional; c) La compañía de seguros que otorga los amparos de invalidez y muerte.

En consecuencia, tal como se evidencia, fue la misma Ley la que concedió la posibilidad de destinar del total del monto de aportes realizados al sistema el 3% para gastos de administración, y por ser estos, su remuneración, no puede ordenarse el reintegro de los mismos, pues de admitirse tal posibilidad sin ninguna compensación al respecto, se estaría avalando un enriquecimiento sin justa causa en favor del sistema, quien es el que se ve beneficiado con tal situación, pues además de los

NAVI GUILLERMO LAMK CASTRO

ABOGADO

rendimientos generados por la administradora, se están reintegrando con el patrimonio de la sociedad administradora de pensiones del régimen de ahorro individual los gastos de administración, dineros estos que fueron invertidos por la sociedad para garantizar la rentabilidad de los aportes que realizó el afiliado durante el lapso que estuvo en el régimen de ahorro individual.

En efecto, se predica la existencia de un enriquecimiento sin justa causa cuando (i) ha existido un aumento en el patrimonio de una persona y un empobrecimiento de otra, (ii) una relación de causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento y (iii) una ausencia de causa, es decir, sin fundamento jurídico.

Ahora, si bien es cierto, en el caso en particular no se evidencia la existencia de un enriquecimiento en favor de una persona, el mismo si se puede predicar en favor del sistema general de pensiones. En efecto, tal circunstancia sucede cuando además de ser declarada la nulidad de afiliación al RAIS se ordena reintegrar los gastos de administración, ya que tal orden, desconoce que por imperio de la Ley, el 3% de los aportes a pensión, está destinado a cubrir los gastos de administración tanto en el RAIS como en el RPM, de modo tal, que al reintegrarse los mismos, se desconoce dicha obligación, toda vez que durante el termino en el que el afiliado estuvo afiliado al RAIS, no se cobraría los gastos de administración aquí discutidos, pero el sistema si se beneficiaria de los mismos, toda vez que es con destino al mismo a quien se gira dichos conceptos.

En relación con el segundo de los requisitos, esto es, que el enriquecimiento del uno tenga que ver con el empobrecimiento del otro, no es necesario realizar un gran esfuerzo para acreditar su nexo de causalidad, pues al ordenarse reintegrar los gastos de administración, y teniendo en cuenta que la administradora de pensiones del RPM no tiene la posibilidad de descontar de los aportes transferidos los gastos de administración, toda vez que la misma no los administro durante el termino en que el afiliado estuvo vinculado al RAIS, es el sistema el que se ve beneficiado con el reembolso de dichos dineros. En otras palabras, la obligación del afiliado la está soportando la administradora de pensiones del RAIS, y el sistema se está beneficiando de recursos, que por disposición legal no le corresponderían.

Finalmente, en relación con el requisito de no existencia de causa o fundamento jurídico, por lo expuesto a lo largo del presente documento se considera que la administradora de pensiones del RAIS no tiene la obligación jurídica de tener que restituir con sus propios recursos los gastos de administración, toda vez que por imperio de la Ley, esta es una obligación que tanto en el RAIS como en el RPM se ha impuesto al afiliado, y que como quedo visto en el párrafo anterior, al realizarse el traslado, la administradora de pensiones del RPM, tampoco puede descontar por no haber administrado dichos recursos durante el termino en que el ciudadano estuvo afiliado al RAIS. En consecuencia, como quiera que la administradora de pensiones del RPM no puede beneficiarse de los gastos de administración restituidos por la

NAVI GUILLERMO LAMK CASTRO

ABOGADO

administradora del RAIS, el sistema general de pensiones se estaría enriqueciendo sin causa jurídica válida por el aprovechamiento de dichos recursos.

Razones suficientes para revocar el fallo en ese sentido. Para mayor ilustración me permito allegar el Concepto 2019152169-003-000 de la SuperFinanciera de Colombia.

Atentamente,



NAVI G. LAMK C.
CC No 88.212.852 de Cúcuta
T.P No 102.702 del CS de la J.-

Anexo: Concepto 2019152169-003-000 de la SuperFinanciera de Colombia.