

Señores

**JUZGADO DE CIRCUITO 002 LABORAL DE PAMPLONA**

**E. S. D.**

**REFERENCIA: ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA**  
**RADICADO: 54518311200220230003200**  
**DEMANDANTE: MARIA RAQUEL DUARTE PALENCIA C.C. 60327651 DE CÚCUTA**  
**DEMANDADO: 1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – NIT.900.336.004-7**  
**2. LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

**ASUNTO: CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**ISABEL CRISTINA BOTELLO MORA**, mayor de edad y de esta vecindad, abogada titulada y en ejercicio, portadora de la cedula de ciudadanía No. 60.390.346 de la Ciudad de Cúcuta, y T. P. No. 282.196 del C.S. de la J., actuando en mi condición de apoderada sustituta del Doctor **LUIS EDUARDO ARELLANO JARAMILLO**, quien es mayor de edad y domiciliado en la ciudad de Cali, portador de la cedula de ciudadanía No. 16.736.240 y tarjeta profesional No. 56302 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, instaurado por la **Parte demandante: MARIA RAQUEL DUARTE PALENCIA C.C. 60327651 DE CÚCUTA**, en contra de **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.

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

Empresa Industrial y Comercial del Estado organizada como entidad financiera de carácter especial, vinculada al Ministerio de Trabajo. Entidad sometida al control y vigilancia por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia.

La representación legal la ejerce el Doctor JAIME DUSSAN CALDERON, identificado con la cédula de ciudadanía 12102957, quien obra en su calidad de presidente, según consta en el Acuerdo No Acuerdo 007 del 31 de agosto de 2021, debidamente posesionado, con fecha de inicio del cargo 26 de enero de 2023. 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 FRENTE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA**

Rechazo todas y cada una de las declaraciones y condenas deprecadas en la demanda, que sin fundamento se solicitan y me opongo a sus declaratorias y reconocimientos por carecer todas ellas de sustento jurídico y fáctico. En consecuencia, solicito comedidamente se **ABSUELVA** a mí Representado de los cargos formulados en su contra y se condene en costas a la parte actora.

COLPENSIONES no puede hacer nada diferente a cumplir la Constitución y la Ley y sus reglamentos, a cuyas disposiciones están sometidos también los afiliados.

Así como se expresó en la contestación de la demanda y como se demostrará en el proceso, al demandante no le asiste el derecho reclamado y, por tanto, COLPENSIONES está exento del pago de la obligación solicitada.

### **SOBRE LAS DECLARATIVAS:**

**PRIMERO:** Me opongo a que se declare la Nulidad absoluta o ineficacia de la afiliación y traslado realizada inicialmente por el demandante, a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías **PORVENIR S.A.**, afiliación que generó el cambio de afiliación del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida específicamente del Instituto de Seguro Social (ISS) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por cuanto se evidencia la manifestación libre y voluntaria del demandante.

Esto es, teniendo en cuenta que, en principio, la escogencia y afiliación a un determinado régimen de pensiones, debe ser un acto libre, consciente y voluntario del trabajador. Por lo tanto, en lo referente a la nulidad se tiene que, para que pueda predicarse existencia y validez de la afiliación, ésta debe reunir los requisitos dispuestos en el artículo 1502 del Código Civil, esto es, que la declaración de voluntad debe provenir de una persona legalmente capaz, que preste su consentimiento sin error, fuerza o dolo que lo vicie, que recaiga sobre un objeto lícito y que tenga además una causa lícita.

Ante la ausencia de uno de estos elementos, el acto es inexistente y de presentarse alguno de los vicios enunciados, se entiende que es nulo el acto de afiliación y, en consecuencia, no es posible hacerle producir efectos en el mundo jurídico. Por lo tanto, en el asunto examinado, no se logra colegir la ausencia de alguno de los elementos anteriormente mencionados, ni tampoco que fuese engañado y conducido a un error en su convencimiento. Por el contrario, se evidencia la manifestación libre y voluntaria del demandante de permanecer al régimen de ahorro individual con solidaridad y a su vez, la validez del formulario de afiliación que perfeccionó tal voluntad.

En igual sentido, respecto a la ineficacia de la afiliación, una vez revisado el acervo probatorio, no se encuentra elemento alguno que permita dar cuenta que, se presentó una falta de información por parte del fondo privado al momento de llevarse a cabo la suscripción del formato de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad y que, por lo tanto, la

insuficiencia de la información afecte los intereses del afiliado en procura de reivindicar su derecho o el acceso al mismo.

**SEGUNDO:** Me opongo a que se le declare que la única afiliación válida del demandante sea la efectuada con la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**, por cuanto no le asiste derecho al accionante por haberse afiliado de forma voluntaria y sin presión al REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD (RAIS) y se mantuvo en este hasta hoy fecha, por lo cual, incurso en lo establecido por el literal B) del art. 13 de la ley 100 de 1993; y, el literal E) Modificado por la Ley 797 de 2003, por estar a menos de diez (10) años para pensionarse.

#### **SOBRE LAS CONDENATORIAS:**

**TERCERO:** Me opongo a que se ordene a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías **PORVENIR S.A.**, a devolver al régimen solidario de prima media con prestación definida administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación y/o traslado que generó el demandante, por cuanto no le asiste derecho porque se evidencia la manifestación libre y voluntaria del demandante al momento de la solicitud de traslado.

**CUARTO:** Me opongo a que se condene a **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**, a recibir y realizar el traslado de los dinero obrantes en la cuenta individual al demandante, por cuanto no le asiste derecho al accionante por haberse afiliado de forma voluntaria y sin presión al REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD (RAIS) y se mantuvo en este hasta hoy fecha, por lo cual, incurso en lo establecido por el literal B) del art. 13 de la ley 100 de 1993; y, el literal E) Modificado por la Ley 797 de 2003, por estar a menos de diez (10) años para pensionarse.

**QUINTO:** Me opongo a que se condene a **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**, a recibir sin solución de continuidad, como afiliada al sistema de seguridad de prima media con prestación definida al demandante, por cuanto no le asiste derecho al accionante por haberse afiliado de forma voluntaria y sin presión al REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD (RAIS) y se mantuvo en este hasta hoy fecha, por lo cual, incurso en lo establecido por el literal B) del art. 13 de la ley 100 de 1993; y, el literal E) Modificado por la Ley 797 de 2003, por estar a menos de diez (10) años para pensionarse.

**SEXTO:** Me opongo a que se condene en facultades extra y ultra petita a mi representada porque se ha obrado de buena fe, con apego al derecho y no le asiste derecho al accionante por haberse afiliado de forma voluntaria y sin presión al REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD (RAIS) y se mantuvo en este hasta hoy fecha, por lo cual, incurso en lo establecido por el literal B) del art. 13 de la ley 100 de 1993; y, el literal E) Modificado por la Ley 797 de 2003, por estar a menos de diez (10) años para pensionarse.

**SÉPTIMO:** Me opongo a que se condene en costas procesales a mi representada porque se ha obrado de buena fe, con apego al derecho y no le asiste derecho al accionante por haberse afiliado de forma voluntaria y sin presión al REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD (RAIS) y se mantuvo en este hasta hoy fecha, por lo cual, incurso en lo establecido por el literal B) del art. 13 de la ley 100 de 1993; y, el literal E) Modificado por la Ley 797 de 2003, por estar a menos de diez (10) años para pensionarse.

Es importante señalar que la entidad que represento hoy COLPENSIONES, administra un patrimonio de los asegurados que tiene la obligación de vigilar, esta razón hace que tenga que ser cauto y cuidadoso al reconocer una prestación y sólo debe hacerlo cuando exista absoluta certeza del cumplimiento de los requisitos por parte de los beneficiarios.

Disponer de estos dineros reconociendo y pagando prestaciones sin bases legales o certeza absoluta sobre el derecho de los beneficiarios, conlleva a cometer un delito que obviamente pueden asumir los funcionarios como personas naturales, y el ente como persona jurídica. Ello demuestra la buena fe de su actuar.

No es dable desconocer por vía de Jurisprudencia, tan claras reglas legales sobre prestaciones y obligaciones de las Entidades de seguridad social, que todos los juzgadores están obligados a acatar.

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

**PRIMERO.** Es cierto, conforme a lo que registre los documentos de identidad en cuanto edad, fecha de nacimiento y algún dato adicional que represente, sin aceptar lo pretendido por la parte demandante.

**SEGUNDO.** Es cierto conforme al formulario encontrado en el traslado de las pruebas.

**TERCERO.** No me consta, lo manifestado por el apoderado judicial de la parte demandante, toda vez que son circunstancias fácticas y jurídicas ajenas a mi representada, de las cuales se desconoce su veracidad y que deberán ser acreditadas por la parte demandante. Por lo tanto, nos atenemos a lo que resulte probado en el transcurso del proceso.

**CUARTO.** Es cierto, conforme al formulario de Horizonte pensiones y cesantías s.a.s. de 24 de abril de 1997.

**QUINTO.** No me consta, lo manifestado por el apoderado judicial de la parte demandante, toda vez que son circunstancias fácticas y jurídicas ajenas a mi representada, de las cuales se desconoce su veracidad y que deberán ser

acreditadas por la parte demandante. Por lo tanto, nos atenemos a lo que resulte probado en el transcurso del proceso.

**SEXTO.** No me consta, lo manifestado por el apoderado judicial de la parte demandante, toda vez que son circunstancias fácticas y jurídicas ajenas a mi representada, de las cuales se desconoce su veracidad y que deberán ser acreditadas por la parte demandante. Por lo tanto, nos atenemos a lo que resulte probado en el transcurso del proceso.

**SÉPTIMO.** No me consta, lo manifestado por el apoderado judicial de la parte demandante, toda vez que son circunstancias fácticas y jurídicas ajenas a mi representada, de las cuales se desconoce su veracidad y que deberán ser acreditadas por la parte demandante. Por lo tanto, nos atenemos a lo que resulte probado en el transcurso del proceso.

**OCTAVO.** No me consta, lo manifestado por el apoderado judicial de la parte demandante, toda vez que son circunstancias fácticas y jurídicas ajenas a mi representada, de las cuales se desconoce su veracidad y que deberán ser acreditadas por la parte demandante. Por lo tanto, nos atenemos a lo que resulte probado en el transcurso del proceso.

**NOVENO.** No me consta, lo manifestado por el apoderado judicial de la parte demandante, toda vez que son circunstancias fácticas y jurídicas ajenas a mi representada, de las cuales se desconoce su veracidad y que deberán ser acreditadas por la parte demandante. Por lo tanto, nos atenemos a lo que resulte probado en el transcurso del proceso.

**DÉCIMO.** No me consta, lo manifestado por el apoderado judicial de la parte demandante, toda vez que son circunstancias fácticas y jurídicas ajenas a mi representada, de las cuales se desconoce su veracidad y que deberán ser acreditadas por la parte demandante. Por lo tanto, nos atenemos a lo que resulte probado en el transcurso del proceso.

**UNDÉCIMO.** No me consta, lo manifestado por el apoderado judicial de la parte demandante, toda vez que son circunstancias fácticas y jurídicas ajenas a mi representada, de las cuales se desconoce su veracidad y que deberán ser acreditadas por la parte demandante. Por lo tanto, nos atenemos a lo que resulte probado en el transcurso del proceso.

**DUODÉCIMO.** No me consta, lo manifestado por el apoderado judicial de la parte demandante, toda vez que son circunstancias fácticas y jurídicas ajenas a mi representada, de las cuales se desconoce su veracidad y que deberán ser acreditadas por la parte demandante. Por lo tanto, nos atenemos a lo que resulte probado en el transcurso del proceso.

**DECIMOTERCERO.** No me consta, lo manifestado por el apoderado judicial de la parte demandante, toda vez que son circunstancias fácticas y jurídicas ajenas a mi representada, de las cuales se desconoce su veracidad y que deberán ser acreditadas por la parte demandante. Por lo tanto, nos atenemos a lo que resulte probado en el transcurso del proceso.

**DECIMOCUARTO.** No me consta, lo manifestado por el apoderado judicial de la parte demandante, toda vez que son circunstancias fácticas y jurídicas ajenas a mi representada, de las cuales se desconoce su veracidad y que deberán ser acreditadas por la parte demandante. Por lo tanto, nos atenemos a lo que resulte probado en el transcurso del proceso.

**DECIMOQUINTO.** No es un hecho, es una apreciación subjetiva del apoderado con base a un criterio jurídico que no constituye hecho dentro de la demanda por lo que solicita que sea desestimado.

**DECIMOSEXTO.** No me consta, lo manifestado por el apoderado judicial de la parte demandante, toda vez que son circunstancias fácticas y jurídicas ajenas a mi representada, de las cuales se desconoce su veracidad y que deberán ser acreditadas por la parte demandante. Por lo tanto, nos atenemos a lo que resulte probado en el transcurso del proceso.

**DECIMOSÉPTIMO.** Es cierto, conforme radicado No 2023\_1296136-34477618 de 26 de enero de 2023.

## FUNDAMENTOS Y RAZONES DE DERECHO

El demandante solicita la nulidad e ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y, que, por consiguiente, sean devueltos todos los valores, aportes, cotizaciones y demás que se hubieren podido recibir en el mencionado régimen, a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES-, argumentando que hubo una indebida información al momento de realizarse su traslado de régimen, del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad; actos que, no corresponden a mi representada y de los cuales tampoco tuvo conocimiento al momento de realizarse, simplemente se acató la voluntad del demandante de trasladarse de régimen pensional conforme a la normatividad. Por lo cual, los hechos alegados en el libelo demandatorio referentes a la indebida información y engaño por parte del fondo privado, deberán ser probados a lo largo del proceso judicial y no son competencia de mi representada.

### - REFERENTE A LA INEFICACIA Y/O NULIDAD DEL TRASLADO Y AFILIACIÓN:

La petición encaminada a la declaratoria de ineficacia y/o nulidad de traslado no resulta procedente, teniendo en cuenta que a la fecha, el traslado efectuado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, goza de plena validez a la luz de las leyes colombianas, ya que el mismo se realizó ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen establecido en el art. 13 literal B de la ley 100/93 y la afirmación de indebida y engañosa información, deberá alegarse y demostrarse en el transcurso del proceso judicial.

En ese sentido, al referirnos a la validez del traslado realizado por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad se tiene que el mismo se realizó bajo

el derecho a la libre elección de régimen que le asiste al demandante y que se consagra de la siguiente manera:

#### **LEY 1328 DEL 2009.- ARTÍCULO 48.**

Modifícase los literales c) y, d) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993, los cuales quedarán así:

**c)** Los afiliados al sistema podrán escoger y trasladarse libremente entre entidades administradoras y entre los Fondos de Pensiones gestionados por ellas según la regulación aplicable para el efecto, así como seleccionar la aseguradora con la cual contraten las rentas o pensiones.

En todo caso, dentro del esquema de MULTIFONDOS, el Gobierno Nacional definirá unas reglas de asignación al fondo moderado o conservador, para aquellos afiliados que no escojan el fondo de pensiones dentro de los tiempos definidos por las normas respectivas, reglas de asignación que tendrán en cuenta la edad y el género del afiliado.

Así mismo, la administradora tendrá la obligación expresa de informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permitan la adopción de decisiones informadas.

Por su parte, el afiliado deberá manifestar de forma libre y expresa a la administradora correspondiente, que entiende las consecuencias derivadas de su elección en cuanto a los riesgos y beneficios que Caracterizan este fondo.

En igual sentido, la facultad de migrar de un régimen pensional a otro surge por disposición del **artículo 13 ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003** donde señaló:

“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; (aparte subrayado condicionado 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).

#### **- RESPECTO DEL COMPORTAMIENTO DEL AFILIADO EN EL SISTEMA:**

En materia de traslado de régimen pensional el precedente jurisprudencial ha mantenido una posición garantista en favor de los afiliados, que reúne los siguientes escenarios:

Respecto al consentimiento informado del afiliado

Al momento de aceptar su ingreso al fondo la jurisprudencia ha definido que las administradoras de pensiones tienen la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de información suficiente y transparente que le permita al afiliado elegir entre las diferentes opciones, la que mejor se ajuste a sus intereses; por cuanto, no puede alegarse *«que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014).

Así mismo la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 1688-2019, luego de realizar un recuento normativo, concluyó que *“las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional”*

Respecto a la carga de la prueba

En materia probatoria, por regla general corresponde a cada parte probar el supuesto de hecho que exhibe y **atendiendo las situaciones particulares del caso**, el juez puede invertir la carga de la prueba exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias.

En los eventos de traslado de Régimen, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia **sin atender las situaciones particulares de cada caso**, invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y exime al demandante de probar la existencia de un vicio del consentimiento al momento de afiliarse al RAIS, obligando a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en una de las partes, sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante.

Así las cosas, en aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba, se ha invertido la carga probatoria, quedando en cabeza de los fondos de pensiones, la obligación de desvirtuar los supuestos alegados por los demandantes acerca de la suficiencia de la información suministrada al momento del traslado; exigencia probatoria que no ha podido ser acreditada por los fondos puesto que cuentan únicamente con los formularios de afiliación, conllevando que los fallos judiciales en la actualidad se expidan en contra de dichas entidades y de manera colateral afecten los intereses de Colpensiones.

Por consiguiente, la posición jurisprudencial creó una situación ventajosa que favorece a los afiliados, puesto que su simple afirmación respecto a que el fondo no les brindó información precisa, clara y exacta, plasmada en una demanda interpuesta en cualquier tiempo, les viene permitiendo obtener el traslado al

Régimen de Prima Media, sin que sea necesario que allegue el más mínimo elemento probatorio al interior del proceso.

□ Interpretación del artículo 1604 del Código Civil:

El artículo 1604 del Código Civil señala que *“El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. (...) La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo;”*

La Corte Suprema dentro de la jurisprudencia objeto de análisis, invierte de manera irracional y no ponderada la carga de la prueba, suscitando que la responsabilidad en cabeza de los fondos se convierta en objetiva, toda vez que no exige al demandante aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS; y obliga a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo, sin que exista el menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante.

□ Respecto a la naturaleza de los demandantes (parte débil y afiliado lego)

Dentro de las providencias relacionadas con traslado de régimen, la Corte Suprema desconoció el precedente constitucional al valerse de manera generalizada de la presunta ignorancia de la ley por parte de los afiliados, para considerarlos como parte débil y en consecuencia legos o inexpertos, desconociendo adicionalmente que el error de derecho no es justificable en los negocios jurídicos, menos para buscar un aprovechamiento pensional.

Sin embargo, la anterior posición no es de recibo de la totalidad de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, por cuanto en reciente pronunciamiento dentro del radicado 68852, el Magistrado Jorge Luis Quiroz aclaró su voto, señalando:

*“...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.*

Agregó el magistrado Quiroz que la condición del promotor de la acción de nulidad merece una especial atención, pues *“...no es lo mismo que el ex ministro de hacienda que participó en la construcción de las reglas acuda a solicitar la nulidad, frente a la solicitud que haga un iletrado campesino cuya imposibilidad de leer lo haya llevado a un traslado de régimen y pretenda su nulidad por vicio del consentimiento.*

- Respecto al traslado de recursos.

La Corte Suprema dentro de los aludidos fallos ordena trasladar a la administradora del régimen de prima media, los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, pertenecientes a la cuenta individual del actor, en muchos casos debidamente indexados.

- Respecto a la prescripción de la acción.

Dicho fenómeno extintivo está regulado en los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y 488 del Código Sustantivo del Trabajo, estableciendo un término trienal para el efecto.

En razón a lo anterior, señala la Corte que la positivización de dicha figura jurídica no significa que su aplicación opere de manera automática, en perjuicio de la posibilidad de acceder a derechos laborales o pensionales que gozan del carácter de imprescriptibles, indicando que:

*“...la exigibilidad judicial del derecho a la pensión o a obtener su valor real es imprescriptible (CSJ SL8544-2016); por tanto, puede reclamarse en cualquier tiempo, siempre que se llenen los requisitos legales establecidos. Tal carácter deriva de la protección de los derechos adquiridos, la irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social consignado en el artículo 48 de la Constitución Política, y de los mandatos de protección especial y solidaria hacia los sujetos en circunstancias de debilidad manifiesta”, así concluyó erradamente la Corte que “...quien no pone en funcionamiento el aparato judicial para reclamar un derecho fundamental e indisponible como la pensión, así como los elementos insolubles de su estructuración dentro de los tres años siguientes a su exigibilidad, se encuentra habilitado para requerirlo en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción”.*

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

Al respecto en la sentencia SL413-2018, expresó: “Desde luego que, para la tesis que ahora sostiene la Sala, la presencia o no de cotizaciones consistente con el formato de vinculación no es la única expresión de esa voluntad, pueden existir otras, tales como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, por mencionar algunos actos de relacionamiento con la entidad que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer a ella. Lo importante es que exista correspondencia entre voluntad y acción, es decir, que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado, de modo tal que no quede duda del deseo del trabajador de pertenecer a un régimen pensional determinado”.

Por lo cual, no puede predicarse ausencia absoluta de información al afiliado cuando ha recibido información acerca de su saldo en su cuenta de ahorro individual, modalidades de pensión y/o cualquier tipo de notificación a través de los canales de servicios de las Administradoras de Fondos de Pensiones y con todo esto, permanecer un número de años considerables al Fondo Privado, demostrando el deseo de seguir perteneciendo al mismo.

- **PERJUICIO A LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA DEL SISTEMA PENSIONAL:**

A este respecto, es importante traer a colación los argumentos de la Corte Constitucional en su sentencia C-1024/2004 de la Corte Constitucional, “(..) la medida prevista en la norma acusada, conforme a la cual 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.

A juicio de esta Corporación, el *período de carencia* previsto en la norma demandada no vulnera el derecho a la igualdad, ni ningún otro principio o derecho fundamental que emane de las relaciones de trabajo, básicamente por las siguientes consideraciones.

Para esta Corporación, el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones que, por su misma esencia, pueden conducir al establecimiento de una diversidad de trato entre sujetos puestos aparentemente en igualdad de condiciones, tales como, el señalamiento de límites para hacer efectivo el derecho legal de traslado entre regímenes pensionales. Ahora bien, la Corte ha sostenido que dicha diversidad de trato no puede considerarse *per se* contraria al Texto Superior, pues es indispensable demostrar la irracionalidad del tratamiento diferente y, más concretamente, la falta de adecuación, necesidad y proporcionalidad de la medida en el logro de un fin constitucionalmente admisible.

Desde esta perspectiva, 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. No sobra mencionar en este punto, que el sustento actuarial es el que permite asumir los riesgos que se encuentran involucrados con el sistema y que, en ese orden de ideas, su falta de ajuste con la realidad económica del país, simplemente

podría llegar a poner en riesgo la garantía del derecho pensional para los actuales y futuros pensionados.

Así las cosas, el período de carencia o de permanencia obligatoria, permite, en general, una menor tasa de cotización o restringe la urgencia de su incremento, al compensar esta necesidad por el mayor tiempo que la persona permanecerá afiliado a un régimen, sin generar los desgastes administrativos derivados de un traslado frecuente y garantizando una mayor utilidad financiera de las inversiones, puesto que éstas pueden realizarse a un largo plazo y, por ello, hacer presumir una creciente rentabilidad del portafolio conformado por la mutualidad del fondo común que financia las pensiones en el régimen de prima media con prestación definida”.

Es de destacar también sobre este proceso, respecto que, el reconocer la nulidad o ineficacia del traslado solicitada y trasladar la totalidad de los aportes a Colpensiones, atenta de igual forma contra la estabilidad del sistema pensional colombiano administrado por esta, pues al permitírsele dicho traslado al demandante después de vencida la oportunidad legal para ello (esto es, los 10 años), transgrede la finalidad constitucional del término establecido en la precitada norma.

En palabras de la Corte Constitucional, este artículo tiene como fin “(...) evitar la descapitalización del sistema general de pensiones y asegurar de este modo el pago futuro de las pensiones de los afiliados y el reajuste económico de las mismas.” Sentencia T-427 de 2010. Con el traslado de afiliados se pone en grave peligro el patrimonio económico de todos los cotizantes al Régimen de prima Media, con lo que la contestación estará dirigida a proteger y salvaguardar los derechos e intereses de la entidad.

La C. Const., en sentencia de constitucionalidad C- 1024 de 2004, sostuvo:

“sí las cosas, el período de carencia o de permanencia obligatoria, permite, en general, una menor tasa de cotización o restringe la urgencia de su incremento, al compensar esta necesidad por el mayor tiempo que la persona permanecerá afiliado a un régimen, sin generar los desgastes administrativos derivados de un traslado frecuente y garantizando una mayor utilidad financiera de las inversiones, puesto que éstas pueden realizarse a un largo plazo y, por ello, hacer presumir una creciente rentabilidad del portafolio conformado por la mutualidad del fondo común que financia las pensiones en el régimen de prima media con prestación definida.

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que, una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en: “obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social. Este principio en materia pensional se manifiesta en el logro de la sostenibilidad financiera autónoma del sistema integral de seguridad social en pensiones, en aras de garantizar ‘el derecho al pago

oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales', en los términos previstos en el artículo 53 del Texto Superior”.

Por otra parte, el período de permanencia previsto en la ley, de igual manera permite defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues como previamente se expuso, se aparta del valor material de la justicia que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad a partir de los rendimientos producidos por la administración de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiados del riesgo asumido por otros (C.P. preámbulo y art. 1°), o eventualmente, subsidiados a costa de los recursos ahorrados con fundamento en el aporte obligatorio que deben realizar los afiliados al Régimen de Ahorro Individual, para garantizar el pago de la garantía de la pensión mínima de vejez cuando no alcanzan el monto de capitalización requerida[8], poniendo en riesgo la cobertura universal del sistema para los ahorradores de cuentas individuales.

La validez de dicha herramienta legal se encuentra en la imperiosa necesidad de asegurar la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social en materia pensional a todos los habitantes del territorio colombiano, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia (C.P. art. 48”).

Pudiéndose concluir que, a pesar de que los fondos privados trasladen a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES – la totalidad de Cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, pertenecientes a la cuenta individual del actor, debidamente indexados por el periodo en que el actor permaneció afiliado al mismo, se genera una afectación al sistema pensional por cuanto nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema dado que el período de permanencia obligatoria contribuye al logro de los principios de universalidad y eficiencia y asegura la intangibilidad y sostenibilidad del sistema al preservar los recursos dispuestos para garantizar el pago futuro de mesadas y el reajuste periódico de las mismas. Según la Corte, el fondo del régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría.

Adicionalmente, las sentencia SU-062 de 2010, de la Corte Constitucional en materia de traslados, indica que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría.

Así mismo, dentro de la aludida jurisprudencia la Corte recordó que “el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones que, por su misma esencia, pueden conducir al establecimiento de una diversidad de trato”.

Como se observa, la Corte Constitucional destacó que el derecho a trasladarse NO es absoluto y debe atender criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales.

**- ACERCA DE LA FALTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO Y DE INFORMACIÓN CLARA O INDUCCIÓN AL ERROR POR PARTE DEL FONDO PRIVADO:**

Es menester traer a colación el **PRECEDENTE DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN, SALA 1ª DE DECISIÓN LABORAL:**

**REFERENCIA:** NULIDAD DE TRASLADO DEL REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA AL RAIS POR INDUCCIÓN AL ERROR.

La Sala Primera de Decisión Laboral, integrada por los magistrados MARINO CARDENAS ESTRADA, JOHN JAIRO ACOSTA PEREZ y HUGO ALEXANDER BEDOYA DIAZ.

La sentencia, en esta ocasión, responde al conflicto jurídico consistente en establecer si la decisión que llevó a la asegurada a trasladarse de régimen pensional, retirándose del entonces INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES y habiéndose afiliado a PORVENIR S.A., pasando del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, lo cual trae como consecuencia la pérdida del régimen de transición, estuvo motivada por una inducción al error en la que eventualmente habría incurrido PORVENIR S.A. para concretar dicho traslado; o si por el contrario, el mismo se dio de manera libre y voluntaria por la actora, aspectos sobre los cuales se determinará si eventualmente configuraron una nulidad por vicios en el consentimiento de la actora, de lo cual es propio decir que la base fáctica y jurídica ha sido plenamente discutida y conocida por las partes, así como la sentencia dictada por el A quo (folios 112 y siguientes), razón por la cual, al interponerse y sustentarse debidamente el recurso de apelación por la parte demandante, procede esta sala a desatarlo.

La sentencia de primera instancia absolvió a las entidades demandadas de la pretensa nulidad del traslado y del reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la asegurada, decisión que fue recurrida en alzada por el apoderado de la demandante, quien mostró su inconformismo con la totalidad del fallo de primera instancia y la absolución de lo pretendido, para lo cual argumentó que es evidente el error al cual fue inducida la Señora Hoyos Alzate por parte de PORVENIR S.A., ya que era necesario que en el proceso de traslado, dicha entidad le hubiere dado la suficiente ilustración e información a la asegurada a fin de que valorara las consecuencias adversas a las cuales se vería abocada al hacer ese traslado y que la misma fuera sustentada técnica, económica y jurídicamente, de manera diligente por parte del fondo, a fin de que la señora Hoyos Alzate tomara la decisión correspondiente, conociendo las consecuencias que le acarrearía el hecho del traslado de COLPENSIONES al RAIS, consistentes en la pérdida del régimen de transición y el recibir a futuro una pensión bastante deficitaria, con respecto a la que le correspondería de no haberse trasladado. Aclaró que, si bien la actora es una profesional, no es abogada, ya que es ingeniera industrial, por lo que no es experta en pensiones, no conoce el tema, circunstancia que justifica aún más una completa información que debió habersele dado.

Adujo que la defensa que ejerció en primera instancia el fondo privado demandado, se limitó al aporte de un formulario que contiene la firma de la asegurada, aceptando el traslado.

Al efecto citó jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la que destacó lo dicho en la misma, en el sentido de que, en un proceso de traslado a un fondo privado, es necesario que dicho fondo suministre una completa

información sobre las reales implicaciones y consecuencias futuras que le acarrearía a la asegurada dejar el anterior régimen.

Considera que hubo inducción al error, al no habersele suministrado una proyección de lo que podría suceder cuando tuviera derecho a la pensión, ya que nada se aportó al proceso de inducción de traslado; que lo único que se le manifestó fue que el Seguro Social se iba a acabar y que se podría perder su pensión. Es allí donde precisamente considera que existió una fuerza irresistible, de la que habla el Código Civil.

Esta Sala toma en forma específica, sobre la base de su competencia, los temas relacionados en la impugnación.

La sentencia apelada debe REVOCARSE, y en su lugar DECLARAR que existió una inducción al error a la demandante por parte de PORVENIR S.A., configurándose una nulidad en la afiliación a dicho fondo, lo cual trae aparejado el hecho de que las cosas vuelvan al estado anterior, sin que haya existido solución de continuidad en su afiliación y aportes a COLPENSIONES, entidad que deberá pagarle la pensión por vejez, por las siguientes razones:

Esta Sala de Decisión desatará la alzada, partiendo del presupuesto según el cual no existen condiciones de preferencia o de jerarquía o importancia entre los regímenes pensionales de ahorro individual con solidaridad y de prima media con prestación definida, ni asumiendo que uno sea mejor que otro, ya que conforme al artículo 12 de la Ley 100 de 1993, “el Sistema General de Pensiones está compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten, a saber, régimen solidario de prima media con prestación definida y régimen de ahorro individual con solidaridad”; los cuales, como estructuras pensionales de reparto y de ahorro pensional, se encuentran regidos por los mismos principios, conforme al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Es por ello por lo cual, todo el análisis se circunscribirá a establecer la pretensa nulidad derivada de la inducción al error en que se dice que incurrió PORVENIR S.A. para que se materializara el traslado.

Debe decirse inicialmente que se está hablando de la ocurrencia de un error que ocurrió en el año 2000, es decir 14 años atrás; lo cual, de suyo delimita el tema probatorio, en la medida en que, no se entiende porque solo después de haber transcurrido el tiempo, considera la actora que se la hizo incurrir en un error.

El error que alega la parte recurrente se encuentra relacionado con el desconocimiento de la Ley. Es decir, que es posible (desde donde se lo pueda considerar), que eventualmente la actora haya incurrido en un error al escoger el FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A., precisando que dependiendo de la modalidad de sistema de fondo que quisiera escoger y según sus calidades personales de ingreso y de monto de asignaciones salariales, es que puede hablarse eventualmente de un error al escoger sea ya el régimen de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad. Sin embargo, es importante destacar que ese error que eventualmente pudo existir, bien pudo evitarse, ya que era totalmente excusable bajo la generalidad y promulgación de la ley.

El artículo 1509 del Código Civil establece respecto a este error:

**“Artículo 1509.- Error sobre un punto de derecho.** El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento”. Y, es que es evidente su excusabilidad.

Ahora, el artículo 1513 del CC por su parte regula la fuerza. Teniendo en cuenta que el recurrente sustenta la alzada indicando que la actora se vio enfrentada a una fuerza irresistible, debe decirse que la disposición en cita establece que “la fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio”.

Quiere ello decir que, por más agresiva que hubiere sido la oferta del fondo privado, esa conducta se enmarcaba dentro de la dinámica comercial que en el marco de la competencia y la actividad mercantil desarrollan las empresas. A la actora no le era inexorable su afiliación a PORVENIR S.A., por más que se le hubiere vendido la idea de que ese régimen le era más favorable.

Partiendo de las consecuencias que la parte actora considera que le fueron desfavorables al trasladarse de régimen, cuales fueron la pérdida del régimen de transición y el entrar a disfrutar de una pensión inferior a la que hubiere recibido, de permanecer en el régimen de prima media con prestación definida, debe decirse que ello, bajo el criterio que alega la parte demandante, pudo evitarse.

Respecto a lo primero, a la pérdida del régimen de transición, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establece en su inciso 5º:

“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 sujetaran a todas las condiciones previstas para dicho régimen”.

Esta disposición no se encuentra elaborada para abogados, se trata de una ley producto de la potestad legislativa configurativa del legislador para regular los requisitos y condiciones para acceder al derecho pensional. Por más que el recurrente indique que si bien la actora es una profesional, no era abogada y que en tal sentido no podía desentrañar estas consecuencias, se trata de un argumento que va en contra de los efectos de la publicidad y generalidad con que la ley es promulgada. Bien pudo haberse asesorado, haber consultado otro punto de vista y haber tomado una decisión con la suficiente información acerca de lo que más le convenía.

En cuanto a lo segundo, referido a que, de haber permanecido en el régimen de prima media con prestación definida, le hubiere correspondido el pago de una pensión superior, eso es relativo. En primer término, hay que decir que eso no se sabe, ya que para alcanzar a adquirir una pensión bajo el régimen en el que actualmente se encuentra, le hace falta una mayor densidad de cotizaciones, respecto de las cuales no se sabe cuál sería el monto de los ingresos base de cotización sobre los cuales se cotizara, es decir, se trata de un hecho futuro e incierto.

Aunado a ello, a muchas personas les interesa el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad porque, al ser un régimen de ahorro, lo cual puede resultar atractivo para alguien que devenga un salario considerablemente superior, les reportaría una mejor posibilidad de reunir rápidamente el capital necesario para pensionarse, y de esa manera acceder más rápidamente al derecho a la pensión. A otros, por el contrario, les puede parecer un régimen poco atractivo, dado el bajo monto de sus ingresos. En el caso de autos, si se observan las historias laborales de la actora, visibles a folios 17 y siguientes del expediente, puede advertirse que ha tenido salarios considerablemente altos, por lo que su permanencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad puede no serle desfavorable.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en variada jurisprudencia ha sido reiterativa en que existe un deber de información a cargo de la entidad que ofrece la nueva alternativa de régimen de afiliación, en este caso PORVENIR S.A.; sin embargo ese deber de información no se excluye con la seriedad y suficiencia con la que también debe obrar el asegurado, al asistirse de un grado de diligencia cabal; grado de suficiencia e información, que para el caso en concreto, es incluso la misma ley la que se lo suministra, pudiendo indagar a cabalidad sobre los aspectos que rodean dicho traslado y así poder tomar una decisión seria y responsable de lo que más le convenga.

No puede perderse de vista que el fondo privado se encuentra en el marco de una oferta comercial legítima; en tanto no está ofreciendo un producto, o mejor, servicio público de la seguridad social que sea ilegal o que contraría los postulados constitucionales de irrenunciabilidad, servicio público y garantía a los riesgos, establecidos en el artículo 48 superior.

Teniendo en cuenta lo anterior, no existen fundamentos de hecho o de derecho suficientes que permitan declarar la ineficacia o nulidad de traslado pretendida por el demandante en el libelo de la demanda, y no basta la simple afirmación de “no haber recibido una debida información” al momento de realizarse el traslado.

Es por eso que, la eventual afiliación del demandante al RPM y el traslado de los aportes al régimen en mención, depende de la decisión judicial favorable que previamente obtenga la parte actora respecto de la pretensión de la declaratoria de nulidad de la afiliación del RAIS.

Finalmente, es importante tener en cuenta que, el acto de afiliación al RAIS lo realizó la parte actora en forma libre y voluntaria y cumpliendo con los requisitos legales, capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita, además la carga de la prueba radica en cabeza de la parte actora, y COLPENSIONES por vía de jurisprudencia no puede otorgar Prestaciones económicas que no estén expresamente consagradas en la ley, razón por la cual negó el traslado en sede administrativa.

## **SOBRE LA IMPOSIBILIDAD DE RETROTRAER EL ESTADO MISMO DE LAS COSAS:**

La sentencia **SL373-2021 del 10 de febrero de 2021** de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en exposición de la Magistrada Ponente **CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO**, deja de forma clara los casos excepcionales en las cuales no se puede reconocer la ineficacia de la afiliación o traslado sobre el siguiente criterio:

“(…)

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), 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:

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.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del

Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

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.

(...)"

### **AL CASO CONCRETO:**

Frente al caso que nos ocupa, se encuentra que la actora MARIA RAQUEL DUARTE PALENCIA C.C. 60327651 DE CUCUTA., nació el 20 de octubre de 1967, teniendo actualmente a la fecha 55 años de edad cumplidos, donde cotizó inicialmente al RPMPD del IVM, desde el 05 de marzo de 1990 hasta 24 de abril de 1997 habiendo aportado 377.8 semanas cotizadas, posteriormente, al RAIS se trasladó al REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL de ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. el 24 de abril de 1997 cotizando al fondo 218.57 semanas cotizadas, posteriormente se traslada a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. estando actualmente afiliado teniendo en la actualidad 1293.7 semanas cotizadas, con un total de 1671 semanas cotizadas en aportes al sistema de pensiones; ahora, en este proceso pretende que se declare la NULIDAD E INEFICACIA DEL TRASLADO que realizó del RPMPD, argumentando que los Fondos Privados, no le suministró la información suficiente, clara, precisa, las ventajas y desventajas de los dos sistemas de pensiones, ni las explicaciones necesarias, para la toma de una decisión tan importante que incidiría directamente con su derecho fundamental a la pensión y por ende con su mínimo vital, haciendo incurrir en error a la demandante al tomar la decisión de trasladarse.

En los hechos expuestos por la parte actora, referente a la falta de información suministrada por las AFP a la que ha pertenecido, pero no se puede demostrar la falta de error e información suministrada por la AFP del RAIS, toda vez que no aporta la documentación al proceso, pues nada le consta, por lo tanto, es un litigio que se debe superar por las partes en sede judicial sin perjuicio de la entidad a la que represento.

Como consecuencia de ello pretende que se ordene el reconocimiento como elección a la RPMPD de COLPENSIONES y no a la AFP PORVENIR S.A., solicitando conservar su afiliación al régimen de prima media administrado hoy por LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

Revisando y analizando los hechos y fundamentos de la demanda, se encuentra que existe una alta probabilidad de que sea procedente el reconocimiento del

régimen pensional, por cuanto existe una continuidad de aportes al fondo de la RPMPD de COLPENSIONES al suministrar información de la historial laboral.

En los hechos expuestos por la parte actora, referente a la falta de información suministrada por las AFP a la que ha pertenecido, nada puede aportarse por parte de esta entidad, pues nada le consta, por lo tanto, es un litigio que se debe superar por las partes en sede judicial sin perjuicio de la entidad a la que represento.

Al hablar de la total validez del traslado efectuado, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES se cobija bajo el derecho a la libre elección de régimen que le asiste a la parte demandante y que se encuentra consagrado en el artículo 13, literal B de la Ley 100 de 1993, puesto que se debe probar que el traslado se efectuó, bajo algún vicio del consentimiento del demandante.

Al presente caso se aplicará la figura de La legitimación en la causa por pasiva, puesto que es un presupuesto procesal derivado de la capacidad para ser parte, dicha facultad permite contradecir el dicho del demandante y actuar dentro del proceso.

La Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES cuenta con legitimación en la causa, porque la prestación pensional reclamada por el demandante está a cargo de las administradoras de fondo de pensiones PORVENIR S.A. que es LA ADMINISTRADORA la cual se encontraba afiliada la parte demandante y es quien debe hacer el respectivo estudio de la solicitud de nulidad e ineficacia del traslado, puesto que la demandante se trasladó al RAIS desde el momento que fue afiliado.

En vigencia del art. 97, inciso final, del CPC, modificado por el art. 6 de la Ley 1395 de 2010, la falta de legitimación en la causa se podía proponer como excepción previa y declararse mediante sentencia anticipada. Sin embargo, este punto fue modificado por el art. 100 del CGP, que regula el régimen de excepciones previas, suprimiéndose la posibilidad de proponer la falta de legitimación en la causa como excepción mixta.

En vigencia del CGP, solo puede proponerse como excepción de mérito dando lugar, si queda probada, a una sentencia anticipada adversa al demandante, según el art. 278, núm. 3, del CGP.

Finalmente, al no tener parte, ni responsabilidad directa COLPENSIONES en el proceso debe determinarse la desvinculación del mismo, solicitando la FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, toda vez que, al caso concreto se evidencia que la Litis se centra en la solicitud de la Nulidad e ineficacia del traslado, reclamada a la AFP PORVENIR S.A. administradora en la que ha estado afiliada la demandante, sin tener ni siquiera, un vínculo actual con LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, en ningún periodo de tiempo, desde que inicio sus aportes o cotizaciones a la seguridad Social, lo anterior en virtud a lo que arroja la Historia laboral y el aplicativo de afiliaciones, ya que la demandante así como lo menciona en los hechos de la demanda estuvo primeramente afiliada a la caja de previsión social.

Es de destacar también sobre este proceso, respecto que, el reconocer la nulidad o ineficacia del traslado solicitada y trasladar la totalidad de los aportes a Colpensiones, atenta de igual forma contra la estabilidad del sistema pensional colombiano administrado por esta, pues al permitírsele dicho traslado al demandante después de vencida la oportunidad legal para ello (esto es, los 10 años), transgrede la finalidad constitucional del término establecido en la precitada norma.

En palabras de la Corte Constitucional, este artículo tiene como fin “(...) evitar la descapitalización del sistema general de pensiones y asegurar de este modo el pago futuro de las pensiones de los afiliados y el reajuste económico de las mismas.” Sentencia T-427 de 2010. Con el traslado de afiliados se pone en grave peligro el patrimonio económico de todos los cotizantes al Régimen de prima Media, con lo que la contestación estará dirigida a proteger y salvaguardar los derechos e intereses de la entidad.

Además de lo antedicho, se encuentra que, de accederse a las pretensiones de la demanda, se estaría actuando en contravía de los preceptos legales establecidos por el legislador para el caso que nos ocupa; más precisamente, en contra de lo consagrado en el Artículo 13, literal E de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual prescribe: “(...) *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*”.

En el presente caso no es posible aceptar el traslado de la demandante, en virtud a la norma antes transcrita, ya que el demandante cumple con la edad para pensionarse, motivo por el cual no es posible para COLPENSIONES acceder a la solicitud de traslado.

En el evento de que se considere que existió las causales para la ineficacia o nulidad del traslado, solicito y reitero que se revise el estado actual del afiliado y si se encuentra en condición de pensionado toda vez que, ya supero la edad establecida para obtener la pensión de jubilación, puesto que no se puede retrotraer el estado mismo de las cosas por haber un hecho consumado, y es, el que el afiliado ya se encuentra con la condición de pensionado, esto implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía.

Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requeriría la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defiendan los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado.

Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono que a su vez inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

Por lo que invoco esta excepción en razón de que no se puede retrotraer el estado mismo de las cosas al haberse consumado el hecho por el afiliado al haberse acreditado el estado de pensionado, esto en virtud a la sentencia **SL373-2021 del 10 de febrero de 2021** de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de

Justicia en exposición de la Magistrada Ponente **CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO**, deja de forma clara los casos excepcionales en las cuales no se puede reconocer la ineficacia de la afiliación o traslado.

Es de destacar también sobre este proceso, respecto que, el reconocer la nulidad o ineficacia del traslado solicitada y trasladar la totalidad de los aportes a Colpensiones, atenta de igual forma contra la estabilidad del sistema pensional colombiano administrado por esta, pues al permitírsele dicho traslado al demandante después de vencida la oportunidad legal para ello (esto es, los 10 años), transgrede la finalidad constitucional del término establecido en la precitada norma.

Teniendo en cuenta lo anterior, no existen fundamentos de hecho o de derecho suficientes que permitan declarar la ineficacia o nulidad de traslado pretendida por el demandante en el libelo de la demanda, y no basta la simple afirmación de “no haber recibido una debida información” al momento de realizarse el traslado.

Es por eso que, la eventual afiliación del demandante al RPM y el traslado de los aportes al régimen en mención depende de la decisión judicial favorable que previamente obtenga la parte actora respecto de la pretensión de la declaratoria de nulidad de la afiliación del RAIS.

Finalmente, es importante tener en cuenta que, el acto de afiliación al RAIS lo realizó la parte actora en forma libre y voluntaria y cumpliendo con los requisitos legales, capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita, además la carga de la prueba radica en cabeza de la parte actora, y COLPENSIONES por vía de jurisprudencia no puede otorgar Prestaciones económicas que no estén expresamente consagradas en la ley, razón por la cual negó el traslado en sede administrativa.

En conclusión, si la calidad del afiliado a la AFP PORVENIR se encuentra en validez y ya posee la condición de pensionado no puede prosperar la ineficacia de la afiliación, toda vez que, no se puede retrotraer el estado mismo de las cosas por haber un hecho consumado, y es, el que el afiliado ya cuenta con la condición de pensionado, y esto implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defiendan los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono que a su vez inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

## EXCEPCIONES DE MERITO O DE FONDO

Interpongo en contra de las pretensiones de la demanda las siguientes excepciones de fondo:

## **I. BUENA FE:**

El Instituto de Seguros Social I.S.S. hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones -COLPENSIONES-, entidad que represento, en desarrollo de sus actos, se desempeña dentro de los parámetros legales, siendo responsable y procediendo con lealtad. Las decisiones son producto del estudio adecuado llevado a cabo por funcionarios idóneos.

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 lo siguiente: Como principio general del derecho, (la buena fe) ha sido reconocido por la jurisprudencia Colombina 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 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 des 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”.

## **II. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DEMANDADA Y FALTA DE DERECHO PARA PEDIR.**

Fundamento esta excepción en el hecho de no estar obligado COLPENSIONES, al pago de esta prestación económica. Lo anterior teniendo en cuenta que la accionante no le ha sido reconocido, **LA NULIDAD DE TRASLADO** toda vez que como lo he manifestado en el presente escrito de contestación de demanda, el demandante siempre fue libre de retirarse inicialmente de Colpensiones (régimen de prima media con prestación definida) y al afiliarse al RAIS y devolverse a COLPENSIONES, con las consecuencias que tenía el traslado y de acuerdo a la normatividad vigente.

Por tanto, COLPENSIONES ha expresado con fundadas razones que la prestación económica que no fue reconocida y fue decidida conforme a derecho, por lo cual no existe razón fáctica ni jurídica para que se esté recamando un derecho del cual el demandante no es acreedor, solicito por lo tanto al señor juez declare probada esta excepción.

### **III. COBRO DE LO NO DEBIDO POR FALTA DE PRESUPUESTOS LEGALES PARA SU RECLAMACION**

COLPENSIONES, ha expresado con fundadas razones que la prestación económica no reconocida fue decidida conforme a derecho, por lo cual no existe razón fáctica ni jurídica para que se esté reclamando un derecho del cual el demandante no es acreedor.

### **IV. LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS**

Las resoluciones proferidas por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** mediante los cuales se resolvieron negativamente la **SOLICITUD DE NULIDAD DE TRASLADO**, elevadas por la actora, se encuentran amparadas con presunción de legalidad, por cuanto los actos administrativos han sido debidamente motivados con base a la documentación e información que obra en la entidad respecto al accionante, además con base en la normativa vigente para el caso en concreto y los distintos pronunciamientos jurisprudenciales aplicables.

Por lo anterior, al gozar los actos administrativos de presunción de legalidad, la carga de la prueba radica en cabeza de la parte demandante.

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

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.

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.

## **VI. INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE.**

En razón de lo expuesto en la excepción anterior, solicito que se tenga en cuenta que la consecuencia presentada sobre la ineficacia o nulidad del traslado es inoponible frente a tercero de buena fe en el caso de mi representado COLPENSIONES, toda vez que, a la luz de la existencia del traslado de la afiliación al RAIS es válido y cualquier afectación en la validez del traslado presenta un detrimento patrimonial de la reserva pensional RPM en caso de que resultase oponible la ineficacia del traslado al RAIS.

Ciertamente en caso de invalidarse el traslado de esta tampoco puede condenársele a COLPENSIONES en costas e intereses moratorios en razón de que en esta relación jurídica no ha actuado en el hecho ni emitió acto administrativo alguno declarando la nulidad o ineficacia del traslado y cuyas decisiones se resguardan en relación a conductas desplegadas por terceros ajenas a la Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

## **VII. 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.

## **VIII. SUGERIR 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 podría 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 un 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).

Así pues, en caso de no aceptarse la tesis de la inoponibilidad, se debe evaluar por los jueces la proporcionalidad de la medida que se adopta con la ineficacia del traslado, y ponderar los bienes jurídicos en tensión, para adoptar otra medida, consistente en que sea la AFP quien asuma las cargas económica, o que los dineros que se trasladen al RAIS, los devuelva conforme a un estudio actuarial que determine que con ellos se cubre en su integridad la prestación en los términos actuariales previstos para el RPM.

(ii) Se pone en riesgo el derecho a la seguridad social de un mayor número de afiliados y pensionados.

## IX. IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS

Evidenciado en el hecho, de que su accionar jurídico administrativo se debe presumir de BUENA FE, a menos que se demuestre lo contrario, lo que conlleva a solicitar consecuentemente la imposibilidad de condenar en costas por lo siguiente: el Art. 55 de la ley 446 de 1998, que modificó el Art. 177 del Código Contencioso Administrativo, que a su vez remitía al Art. 392 del CPC., que de otro lado es también aplicable al procedimiento laboral por analogía del Art. 145 del CPL. Faculta al juez para condenar en costas a la parte vencida, pero en consideración A LA CONDUCTA ASUMIDA por ella, que es una norma de carácter procesal de vigencia inmediata según Art. 40 de la ley 153 de 1887, en esos términos se ha pronunciado el Consejo de estado en sentencia del expediente 10918 de 1999 con ponencia del Dr. Ricardo Hoyos Duque que a su vez cita otra sentencia del mismo ponente radicado 10775 y en la cual manifestó:

*Es claro que el legislador no ha querido en este caso aplicar un criterio absoluto para determinar a cargo de quien están las costas del proceso y, por lo tanto, no es la ausencia de razón en la pretensión u oposición lo que hace sujeto de sanción a la parte sino su conducta abusiva que implique un desgaste innecesario para la administración y para la parte vencedora.*

De otro lado, la sala laboral de la corte con magistrado ponente: DR. GERMAN G. VALDES en sentencia del expediente: 12736 del año 2000 y más conocida por ser la que cambió la jurisprudencia de la indexación de la primera mesada pensional, claramente se nota que prohija la tesis de la conducta asumida, y no el “pierde y paga” por cuanto dispuso:

*No se condenará en costas al actor ni en el recurso extraordinario ni en las instancias, lo primero porque el recurso extraordinario no fue originado por él y lo segundo por ser esta decisión el resultado de una modificación de la jurisprudencia que sirvió de fundamento a las pretensiones de la demanda.*

Así las cosas, no tiene soporte una condena por este hecho, pues la entidad ha obrado de buena fe, y esta actúa según lo ordena la característica filosófica de sus funciones, y no puede ejecutar hechos prohibidos por las leyes y menos violar sus propios reglamentos, como en caso concreto de este proceso.

#### **X. PRESCRIPCIÓN:**

De conformidad con el artículo 488 del C. S. T, en armonía con el artículo 151 del C.P.L., se establece que el transcurso del tiempo, en tres (3) años, hace que opere el fenómeno jurídico de la prescripción sobre lo demandado.

La que debe afectar todas y cada una de las reclamaciones formuladas, contando los tres (3) años de que habla la ley, desde el momento de la notificación de la demanda hacia atrás, sin que esto signifique reconocimiento derecho alguno.

#### **XI. IMPOSIBILIDAD DE VOLVER AL ESTADO MISMO DE LAS COSAS Y HECHO CONSUMADO:**

En el evento de que se considere que existió las causales para la ineficacia o nulidad del traslado, solicito señor juez que se revise el estado actual del afiliado y si se encuentra en condición de pensionado toda vez que, no se puede retrotraer el estado mismo de las cosas por haber un hecho consumado, y es, el que el afiliado ya cuenta con la condición de pensionado, y esto implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía.

Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defiendan los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono que a su vez inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

Por lo cual señor juez invoco esta excepción debido a que no se puede retrotraer el estado mismo de las cosas al haberse consumado el hecho por el afiliado al haberse acreditado el estado de pensionado.

## **XII. INOMINADA O GENERICA:**

Adicionalmente, solicito al despacho que, si llegare a encontrar probados hechos que constituyan una excepción, esta sea declarada de oficio a favor de mi representada COLPENSIONES.

Por todo lo anteriormente referido, solicito al despacho se sirva declarar probadas las excepciones propuestas y en su lugar absolver a mí representada por todo cargo, y en su defecto condenar en costas a la demandante.

## **PRUEBAS**

Para demostrar los fundamentos y razones de esta contestación de demanda, así como de las excepciones propuestas, solicito respetuosamente, señor juez, sean admitidas y se ordene la práctica de los siguientes medios de prueba:

### **DOCUMENTOS QUE DEBEN SER APORTADOS CON LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA PARA EL DECRETO DE PRUEBAS:**

- Expediente administrativo del demandante.
- Historia laboral del demandante.

- **INTERROGATORIO DE PARTE:**

El cual formularé al demandante **MARIA RAQUEL DUARTE PALENCIA C.C. 60327651 DE CÚCUTA**, en la audiencia de trámite y juzgamiento en la fecha y hora que decida el señor juez, igualmente me reservo el derecho de conainterrogatorio que decrete el señor Juez en la etapa pertinente.

- **A LA AFP PORVENIR S.A:**

Solicito señor juez que se llame de manera oficiosa, o por solicitud de parte al representante legal o quien haga sus veces de **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CENSATÍAS PORVENIR S.A.**, para que, en la audiencia de trámite y juzgamiento, en la fecha y hora que decida el señor juez, para que se rinda interrogatorio de parte e igualmente me reservo el derecho de conainterrogatorio que decrete el señor Juez en la etapa pertinente, para buscar certificar los siguiente:

**i)** Si el demandante ostenta la calidad de pensionado en dicho régimen privado, o si ya cumplió los requisitos que le otorgan el estatus pensionado pese a no encontrarse percibiendo aún la pensión.

**ii)** 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.

**iii)** Se certifique y allegue los soportes atinentes al trámite de emisión y expedición de bonos pensionales en el caso del demandante.

## **ANEXOS**

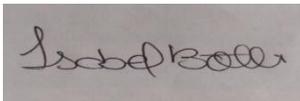
Presento al Despacho la siguiente relación de documentos

- Poder para actuar debidamente otorgado.
- Certificado de la superintendencia financiera de Colombia, razón social de Colpensiones.
- Fotocopia de la cedula de ciudadanía y tarjeta profesional del Doctor LUS EDUARDO ARELLANO JARAMILLO.
- Sustitución de poder otorgado por el Doctor LUS EDUARDO ARELLANO JARAMILLO.
- Fotocopia de la cédula de ciudadanía y tarjeta profesional de la suscrita abogada.

### NOTIFICACIONES

- A la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, las notificaciones físicas pueden hacerse en la siguiente dirección: **Calle 53 No. 35/36 Edif. Andes, Bucaramanga;** Correo electrónico: [notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co](mailto:notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co)
- A la suscrita apoderada en la Secretaría de su Despacho de la ciudad de Cúcuta;  
correo electrónico: [titen50@hotmail.com](mailto:titen50@hotmail.com)  
número de contacto: 3214209395

Del Señor Juez, atentamente,



**ISABEL CRISTINA BOTELLO MORA**  
**C.C 60.390.346 de Cúcuta**  
**TP. 282.196 DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA**

Señora

JUEZ (2) CIVIL DEL CIRCUITO CON CONOCIMIENTO EN ASUNTOS LABORALES

[j02cctopam@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:j02cctopam@cendoj.ramajudicial.gov.co)

E. S. D.

**Demandante:** MARIA RAQUEL DUARTE PALENCIA  
**Demandados:** ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS  
PORVENIR S.A. Y OTROS.  
**Rad.:** 54518311200220230003200.

**PAOLA ANDREA APONTE LÓPEZ**, mayor de edad, identificado con la Cédula de Ciudadanía No 1.144.089.950 expedida en Santiago de Cali- Valle del Cauca, abogada portadora de la Tarjeta Profesional número 38790 del Consejo Superior de la Judicatura, domiciliada y residente en Santiago de Cali- Valle del Cauca, con correo electrónico [paponte@godoycordoba.com](mailto:paponte@godoycordoba.com), actuando en calidad de apoderada especial de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, identificada con NIT 800.144.331-3, en adelante La Demandada, según poder debidamente otorgado, respetuosamente y dentro del término legal, REITERO la respuesta a la demanda interpuesta por **MARIA RAQUEL DUARTE PALENCIA**, en adelante la Demandante, en los siguientes términos:

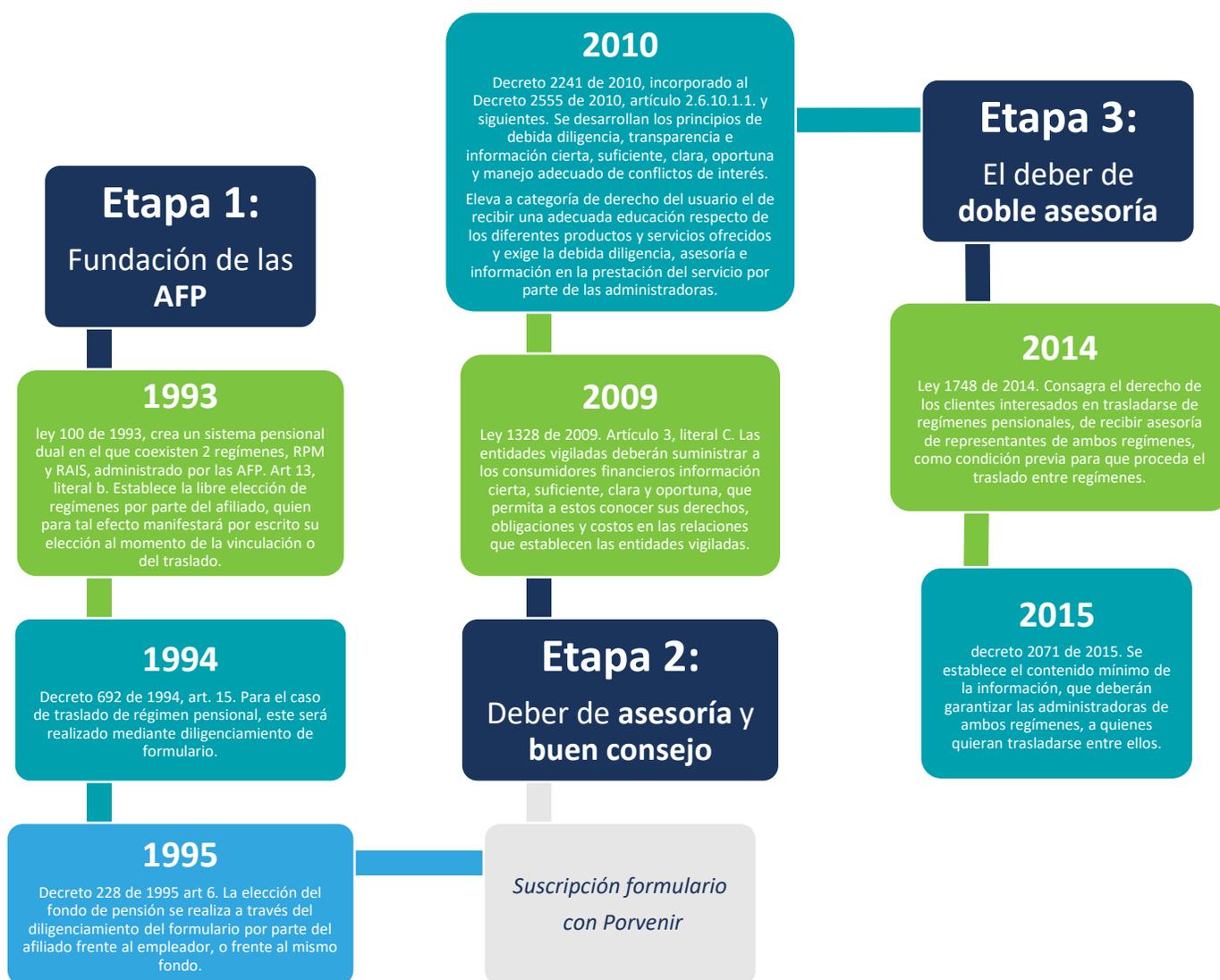
## 1. Resumen Ejecutivo Problema Jurídico

Nos permitimos proponer al Despacho que, adicional a verificar la ineficacia del traslado de régimen pensional en atención a las condiciones particulares de la parte actora, se aborden los siguientes problemas jurídicos a lo largo del proceso:

- Analizar la procedencia del traslado de los gastos de administración, primas de seguros y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima
- Verificar la procedencia de la teoría de las restituciones mutuas en caso de declararse la ineficacia del traslado de régimen pensional y ordenarse el traslado de recursos con destino a Colpensiones
- Determinar si es procedente el traslado de los gastos de administración, primas de seguros y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima de manera indexada

### 1.1 Contexto jurídico

A continuación, se presentan algunas consideraciones sobre el contexto jurídico en relación con el deber de información. Si bien existe esta obligación en la normatividad sobre seguridad social, no siempre ha sido uniforme en el tiempo y su claridad se ha ido desarrollando a medida que se han expedido normas más recientes, tal como se puede evidenciar en la siguiente gráfica:



## 1.2 Regímenes pensionales y sus características

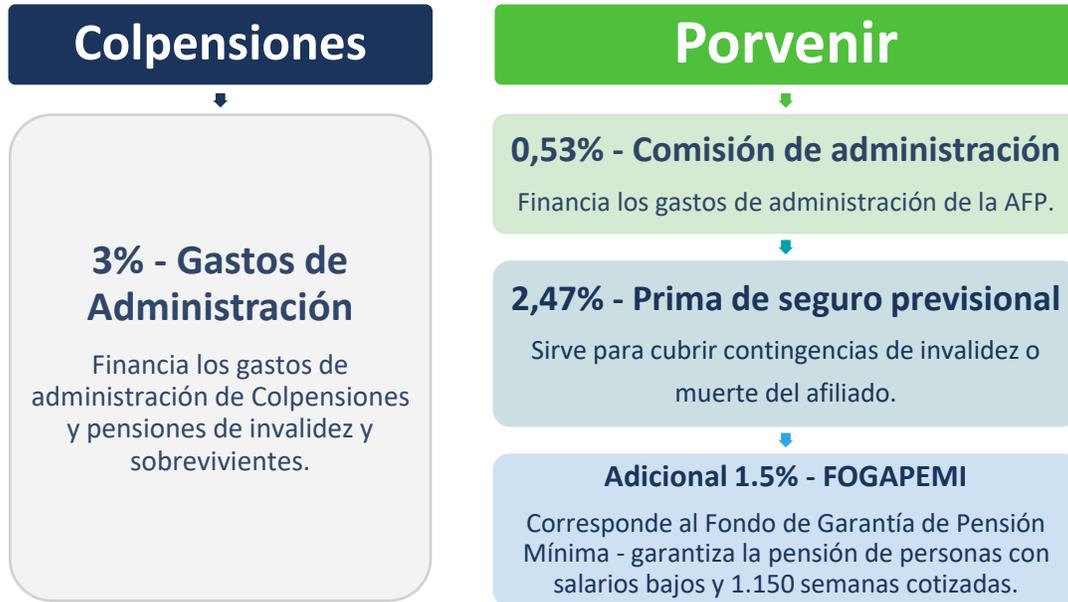
En nuestro país existen dos (2) regímenes pensionales, por lo que el despacho al momento de estudiar la procedencia o no de declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación deberá tener en cuenta cada uno de ellos, así como sus principales características y diferencias, las cuales se pueden observar en el siguiente cuadro:



<h2>Precisiones sobre regímenes pensionales</h2>	<h3>Naturaleza jurídica de las administradoras:</h3> <p><b>RPM:</b> creadas como entidades públicas (Ley 100 de 1993, art 52).</p> <p><b>RAIS:</b> Sociedades anónimas o entidades cooperativas (Ley 100 de 1993, art 91, Lit a).</p>	<h3>Aportes o cotizaciones voluntarias:</h3> <p><b>RPM:</b> No proceden</p> <p><b>RAIS:</b> Se pueden efectuar (Ley 100 art 62).</p>
<h3>Manejo de los recursos</h3> <p><b>RPM:</b> Fondo común de naturaleza pública, constituido con los aportes de los afiliados y sus rendimientos.</p> <p><b>RAIS:</b> Patrimonio autónomo e independiente de la AFP, de propiedad de los afiliados, constituido por el conjunto de cuentas individuales de ahorro pensional (Ley 100 de 1993, art, 63) y sus rendimientos.</p>	<h3>Aportes o cotizaciones voluntarias:</h3> <p><b>RPM:</b> 13% para reserva de vejez, 3% para gastos de administración y reservas de invalidez y sobrevivientes (Ley 100, art 20).</p> <p><b>RAIS:</b> 11,5% para la cuenta individual, 1,5% para Fondo de Garantía de Pensión Mínima y 3% para seguros previsionales y comisión de administración (Ley 100 de 1993, art 20).</p>	<h3>Modalidades de pensión:</h3> <p><b>RPM:</b> Única modalidad (prestación definida)</p> <p><b>RAIS:</b> Renta Vitalicia Inmediata, Retiro Programado, Retiro programado con renta vitalicia diferida, Renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, retiro programado sin negociación de bono pensional, Renta temporal variable con renta vitalicia inmediata, entre otros. (Ley 100 de 1993, art. 80 a 83).</p>
<h3>Monto de las prestaciones</h3> <p><b>RPM:</b> Única modalidad (prestación definida)</p> <p><b>RAIS:</b> Renta Vitalicia Inmediata, Retiro Programado, Retiro programado con renta vitalicia diferida, Renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, retiro programado sin negociación de bono pensional, Renta temporal variable con renta vitalicia inmediata, entre otros. (Ley 100 de 1993, art. 80 a 83).</p>	<h3>Prestaciones adicionales</h3> <p><b>RPM:</b> Auxilio funerario (Ley 100, art 33). Mesada adicional (Ley 100 del 93, art 50).</p> <p><b>RAIS:</b> Auxilio funerario (Ley 100 de 1993, art 86). Excedentes de libre disponibilidad (Ley 100 de 1993, art 86). Planes alternativos de capitalización y de pensiones (Ley 100 de 1993 art. 87 y 88). Garantía de crédito y adquisición de vivienda (Ley 100 de 1993, art 89).</p>	<h3>Masa sucesoral</h3> <p><b>RPM:</b> cuando no hay beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, se extingue.</p> <p><b>RAIS:</b> las sumas acumuladas en la cuenta individual de ahorro pensional hacen parte de la masa sucesoral de los bienes del causante. (Ley 100 de 1993, art 76).</p>

### 1.3 Aportes en el RAIS y su distribución

Ahora, es importante hacer énfasis en la forma en la que en el RAIS se distribuye el total del aporte, pues tal y como se evidencia en la siguiente gráfica, el monto de la cotización se distribuye en gastos de administración, fondo de garantía de pensión mínima, pago de seguro previsional y lo destinado a la cuenta de ahorro individual. Así las cosas, debe advertirse que, mientras en Colpensiones el 3% del aporte se dirige a cubrir gastos de administración, que comprende además lo relativo a invalidez y sobrevivientes, en el Régimen de Ahorro Individual, particularmente en Porvenir, el aporte se distribuye de manera porcentual de la siguiente manera:

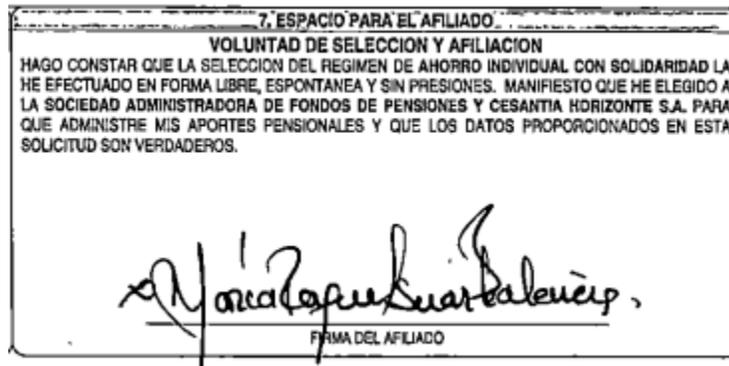


## 2. CONTESTACIÓN DEMANDA

### 3.1 Contestación de hechos

De conformidad con lo establecido en artículo 25 del C.P.T y de la S.S. y de acuerdo con la numeración expuesta en la demanda, respondemos a cada uno de los hechos de esta, en la siguiente forma:

<b>AI 1</b>	<b>Es cierto</b> , así se desprende del documento de identidad que se exhibe con el escrito demandatorio.
<b>AI 2</b>	<b>No me consta</b> , en la medida que lo manifestado en el presente hecho corresponde a una afiliación realizada ante otro actor del sub sistema, siendo dicha entidad ajena a la que represento, por lo tanto, mi representada no se encuentra en condiciones de emitir pronunciamiento alguno frente al particular. En consecuencia, nos remitimos a lo que interese y resulte probado en el trámite del proceso que nos convoca.
<b>AI 3</b>	<b>No me consta</b> , en la medida que lo manifestado en el presente hecho corresponde a un consolidado de semanas que incluyen a otro actor del sistema, por tanto, siendo inclusive ello ajeno a la entidad que represento, mi representada no se encuentra en condiciones de emitir pronunciamiento alguno frente al particular. En consecuencia, nos remitimos a lo que interese y resulte probado en el trámite del proceso que nos convoca.
<b>AI 4</b>	<b>No es cierto</b> , la señora DUARTE PALENCIA no fue “trasladada”, ello obedeció a una decisión libre y voluntaria de la hoy demandante tal como se extracta a continuación y se aporta en la presente demanda:



Lo anterior, en ocasión a una decisión libre e informada que ella en virtud de una asesoría pensional tomó.

AI 5

**No es cierto**, pues improcedente resulta advertir que NO recibió asesoría de manera completa por parte de mi representada, en tal efecto, dicha información fue suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional.

Se debe mencionar que, mi representada siempre ha contado con personal capacitado, ejerciendo su labor de asesoría, la cual se concreta a partir de la información suministrada por las personas que manifiestan su interés de vincularse a este fondo de pensiones, logrando de esta manera hacer realizado su proceso de afiliación, el cual queda expresado mediante el diligenciamiento y firma del correspondiente formulario de afiliación, lo cual efectúa el interesado de manera voluntaria y sin presiones, tal y como aconteció en el presente caso.

Es procedente reiterar al Despacho que a la fecha de afiliación de la demandante, los fondos privados no tenían la obligatoriedad de brindar la información en los términos que lo solicita la parte actora. **En efecto, mi representada al momento de la afiliación inicial no se encontraba en la obligación de realizar escenarios comparativos entre uno y otro régimen, solo fue hasta la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2555 de 2010 que nace la obligación de realizar esta clase de comparaciones y proyecciones pensionales entre regímenes pensionales.** De igual forma, la obligación de desanimar al posible afiliado de su decisión de trasladarse solo surge a partir del desarrollo normativo y jurisprudencial al deber de información, que no puede aplicarse retroactivamente a mi representada, pues no le resultaba exigible a mi representada para el año 1997.

**Se hace énfasis en que a la demandante se le explicó al momento de su afiliación que si se trasladaba de régimen pensional podría pensionarse a la edad que eligiera, siempre y cuando el capital acumulado en su Cuenta de Ahorro Individual compuesto por los aportes obligatorios, los aportes voluntarios, sus correspondientes rendimientos y el bono pensional, le**

**permitieran obtener una mesada pensional, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente.**

Ahora bien, somos enfáticos en indicar que el sistema de ahorro individual pone en manos del afiliado la decisión respecto a su futuro a través de la planeación y el ahorro, planeación que obviamente implica ciertas actuaciones tales como un buen IBC, efectuar cotizaciones constantes no solo en tiempo sino en valor y/o efectuar cotizaciones voluntarias al fondo de pensiones obligatorias, valor del bono pensional, negociación del bono pensional en el mercado de valores, fecha de liquidación del bono.

El cumplimiento de estas variables y en consecuencia la edad y el monto de la pensión que logre alcanzar, dependen directa y exclusivamente del afiliado y no de la Administradora del RAIS, pues el objetivo pensional se logra en la medida en que el afiliado tenga una adecuada planeación con la que puede lograr pensionarse con un valor de pensión igual o incluso superior al que obtendría en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

De igual manera, siempre se comunican los beneficios más importantes del Régimen de Ahorro Individual, entre los cuales se destacan: en caso de que el afiliado muera y no cumpla con el capital para pensionarse, sus herederos podrán disponer de ese capital; en caso de no completar el capital necesario para la pensión y si cuenta con 1150 semanas de cotización, podrán acceder a la garantía de la pensión mínima; si el monto de su pensión llega a ser superior al 70% de su Ingreso Base de Liquidación, podrán disponer de sus excedentes de libre disposición.

Por último, nótese que la demandante pretende imponer una carga adicional no estaba a cargo de las AFP, ya que sólo fue hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, que las administradoras de fondos de pensiones adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general. De hecho, la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen, nace sólo a partir del inciso cuarto del artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, que modificó a su vez el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010.

Ahora bien, la demandante pretende entrever la existencia de un vicio del consentimiento, por tanto, le competía acreditar los supuestos en los que se funda. Así las cosas, se debe señalar que, de acuerdo con los documentos aportados no se logra evidenciar soporte alguno que permita acreditar la existencia de error, fuerza o dolo al momento de la vinculación. Sin perjuicio de lo anterior, debe indicarse que la demandante al momento de suscribir el formulario, lo hizo de forma libre y espontánea completamente informada pues recibió asesoría de manera verbal por parte de mi representada con la información suficiente y necesaria para su afiliación en régimen ahorro individual con solidaridad.



<p><b>AI 6</b></p>	<p><b>No corresponde a un hecho</b>, como quiera que se configura en un hecho incierto esto es cumplir a futuro con requisitos de un régimen pensional, es decir esto supone un asunto que no sucedió.</p>
<p><b>AI 7</b></p>	<p><b>No es cierto</b>, la señora DUARTE PALENCIA recibió asesoría de manera completa por parte de mi representada, en tal efecto, dicha información fue suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y <u>consecuencias</u> que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional.</p> <p>Se debe mencionar que, mi representada siempre ha contado con personal capacitado, ejerciendo su labor de asesoría, la cual se concreta a partir de la información suministrada por las personas que manifiestan su interés de vincularse a este fondo de pensiones, logrando de esta manera hacer realizado su proceso de afiliación, el cual queda expresado mediante el diligenciamiento y firma del correspondiente formulario de afiliación, lo cual efectúa el interesado de manera voluntaria y sin presiones, tal y como aconteció en el presente caso.</p> <p><u>Se hace énfasis en que a la demandante se le explicó al momento de su afiliación que si se trasladaba de régimen pensional podría pensionarse a la edad que eligiera, siempre y cuando el capital acumulado en su Cuenta de Ahorro Individual compuesto por los aportes obligatorios, los aportes voluntarios, sus correspondientes rendimientos y el bono pensional, le permitieran obtener una mesada pensional, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente.</u></p> <p>Ahora bien, somos enfáticos en indicar que el sistema de ahorro individual pone en manos del afiliado la decisión respecto a su futuro a través de la planeación y el ahorro, planeación que obviamente implica ciertas actuaciones tales como un buen IBC, efectuar cotizaciones constantes no solo en tiempo sino en valor y/o efectuar cotizaciones voluntarias al fondo de pensiones obligatorias, valor del bono pensional, negociación del bono pensional en el mercado de valores, fecha de liquidación del bono.</p> <p>El cumplimiento de estas variables y en consecuencia la edad y el monto de la pensión que logre alcanzar, dependen directa y exclusivamente del afiliado y no de la Administradora del RAIS, pues el objetivo pensional se logra en la medida en que el afiliado tenga una adecuada planeación con la que puede lograr pensionarse con un valor de pensión igual o incluso superior al que obtendría en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.</p> <p>De igual manera, siempre se comunican los beneficios más importantes del Régimen de Ahorro Individual, entre los cuales se destacan: en caso de que el afiliado muera y no cumpla con el capital para pensionarse, sus herederos podrán disponer de ese capital; en caso de no completar el capital necesario para la pensión y si cuenta con 1150 semanas de cotización, podrán acceder a la garantía de la pensión mínima; si el monto de su pensión llega a ser superior</p>



	al 70% de su Ingreso Base de Liquidación, podrán disponer de sus excedentes de libre disposición.
<b>Al 8</b>	<b>No es cierto</b> , la señora DUARTE PALENCIA recibió asesoría de manera completa por parte de mi representada, en tal efecto, dicha información fue suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y <u>consecuencias</u> que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional, así como la posibilidad de retornar en los términos normativamente señalados.
<b>Al 9</b>	<b>No es cierto</b> , la señora DUARTE PALENCIA recibió asesoría de manera completa por parte de mi representada, en tal efecto, dicha información fue suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y <u>consecuencias</u> que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional, así como la posibilidad de retornar en los términos normativamente señalados.
<b>Al 10</b>	<p><b>No es cierto</b>, pues improcedente resulta advertir que NO recibió asesoría de manera completa por parte de mi representada, en tal efecto, dicha información fue suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y <u>consecuencias</u> que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional.</p> <p>Se debe mencionar que, mi representada siempre ha contado con personal capacitado, ejerciendo su labor de asesoría, la cual se concreta a partir de la información suministrada por las personas que manifiestan su interés de vincularse a este fondo de pensiones, logrando de esta manera hacer realizado su proceso de afiliación, el cual queda expresado mediante el diligenciamiento y firma del correspondiente formulario de afiliación, lo cual efectúa el interesado de manera voluntaria y sin presiones, tal y como aconteció en el presente caso.</p> <p>Es claro que al momento de su traslado a mi representada, <u>no había obligación de realizar proyecciones pensionales, toda vez que nacen a la vida jurídica a través del Decreto 2071 de 2015 el cual dispuso modificar el Decreto 2555 de 2010, analizando el artículo 2.6.10.4.3 para este efecto, por tanto no era viable tal obligación.</u></p> <p>Es procedente reiterar al Despacho que a la fecha de afiliación de la demandante, los fondos privados no tenían la obligatoriedad de brindar la información en los términos que lo solicita la parte actora. <b><u>En efecto, mi representada al momento de la afiliación inicial no se encontraba en la obligación de realizar escenarios comparativos entre uno y otro régimen, solo fue hasta la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2555 de 2010 que nace la obligación de realizar esta clase de comparaciones y proyecciones pensionales entre regímenes pensionales.</u></b> De igual forma, la obligación de desanimar al posible afiliado de su decisión de trasladarse solo surge a partir del desarrollo normativo y jurisprudencial al deber de información, que no puede aplicarse retroactivamente a mi representada, pues no le resultaba exigible a mi representada para el año <b>1997</b>.</p>



<p><b>Al 11</b></p>	<p><b>No es cierto</b>, pues improcedente resulta advertir que NO recibió asesoría de manera completa por parte de mi representada, en tal efecto, dicha información fue suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y <u>consecuencias</u> que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional.</p> <p>Se debe mencionar que, mi representada siempre ha contado con personal capacitado, ejerciendo su labor de asesoría, la cual se concreta a partir de la información suministrada por las personas que manifiestan su interés de vincularse a este fondo de pensiones, logrando de esta manera hacer realizado su proceso de afiliación, el cual queda expresado mediante el diligenciamiento y firma del correspondiente formulario de afiliación, lo cual efectúa el interesado de manera voluntaria y sin presiones, tal y como aconteció en el presente caso.</p>
<p><b>Al 12</b></p>	<p><b>No me consta</b>, en la medida de tal promedio no fue realizado por mi representada, para lo cual al respecto debe advertir que los únicos autorizados para tal efecto son las administradoras pensionales, asunto que no sucedió en el presente asunto, de ahí que no tenga vocación de prosperidad.</p>
<p><b>Al 13</b></p>	<p><b>No me consta</b>, en la medida de tal proyección no fue realizado por mi representada, para lo cual al respecto debe advertir que los únicos autorizados para tal efecto son las administradoras pensionales, asunto que no sucedió en el presente asunto, de ahí que no tenga vocación de prosperidad.</p>
<p><b>Al 14</b></p>	<p><b>No es cierto</b>, pues improcedente resulta advertir que NO recibió asesoría de manera completa por parte de mi representada, en tal efecto, dicha información fue suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y <u>consecuencias</u> que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional.</p> <p>Se debe mencionar que, mi representada siempre ha contado con personal capacitado, ejerciendo su labor de asesoría, la cual se concreta a partir de la información suministrada por las personas que manifiestan su interés de vincularse a este fondo de pensiones, logrando de esta manera hacer realizado su proceso de afiliación, el cual queda expresado mediante el diligenciamiento y firma del correspondiente formulario de afiliación, lo cual efectúa el interesado de manera voluntaria y sin presiones, tal y como aconteció en el presente caso.</p>
<p><b>Al 15</b></p>	<p><b>Es cierto</b>, frente a los lineamientos brindados por dicho órgano de control.</p>
<p><b>Al 16</b></p>	<p><b>Es cierto</b>, frente a la petición elevada ante mi representada, misma que fue resuelta de manera clara, precisa y de fondo, en virtud de los lineamientos legales y jurisprudenciales que para tal efecto se han emitido.</p>
<p><b>Al 17</b></p>	<p><b>No me consta</b>, en la medida que lo manifestado en el presente hecho corresponde a una petición elevada ante otro actor del sub sistema, siendo dicha entidad ajena a la que represento, por lo tanto, mi representada no se encuentra en condiciones de emitir pronunciamiento alguno frente al particular. En consecuencia, nos remitimos a lo que interese y resulte probado en el trámite del proceso que nos convoca.</p>



### 3.2 Contestación pretensiones

En nombre de la Demandada, me opongo a todas y cada una de las pretensiones contrarias a mi representación, por cuanto carecen de manera manifiesta de todo fundamento jurídico y fáctico. Sin embargo, se da contestación frente a cada una de las pretensiones, según su numeración:

#### DECLARATIVAS:

<b>A la 1.</b>	<b>Me opongo</b> , en la medida en que, la demandante no allega prueba tan siquiera sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia de la afiliación. Al encontrarse válidamente afiliada en el R.A.I.S., sin que logre demostrar la demandante la causal de ineficacia que invalide lo actuado, no hay lugar a la presente declaración.
<b>A la 2.</b>	<b>Me opongo</b> , en la medida en que, la demandante no allega prueba tan siquiera sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia de la afiliación. Al encontrarse válidamente afiliada en el R.A.I.S., sin que logre demostrar la demandante la causal de ineficacia que invalide lo actuado, no hay lugar a la presente declaración.

#### CONDENATORIAS:

<b>A la 3.</b>	<b>Me opongo</b> , en la medida en que la demandante no allega prueba tan siquiera sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia de la afiliación. Al encontrarse válidamente afiliada en el R.A.I.S., sin que logre demostrar la demandante la causal de ineficacia que invalide lo actuado, no hay lugar al retorno de dichos valores a un régimen en el cual no se encuentra afiliada y bajo las premisas normativas son improcedentes en este asunto.
<b>A la 4.</b>	<b>Me opongo</b> , en la medida en que si bien es una pretensión dirigida contra un extremo codemandado, la demandante no allega prueba tan siquiera sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia de la afiliación. Al encontrarse válidamente afiliada en el R.A.I.S., sin que logre demostrar la demandante la causal de ineficacia que invalide lo actuado, no hay lugar a la aceptación de dichos valores a un régimen en el cual no se encuentra afiliada y bajo las premisas normativas son improcedentes en este asunto.
<b>A la 5.</b>	<b>Me opongo</b> , en la medida en que si bien es una pretensión dirigida contra un extremo codemandado, la demandante no allega prueba tan siquiera sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia de la afiliación. Al encontrarse válidamente afiliada en el R.A.I.S., sin que logre demostrar la demandante la causal de ineficacia que invalide lo actuado, no hay lugar a tenerla como afiliada al RPMPD.
<b>A la 6.</b>	<b>Me opongo</b> , teniendo en cuenta lo infundado de esta demanda es la parte accionante quien deberá ser condenada en costas y agencias en derecho.



A la 7.	Me opongo, teniendo en cuenta lo infundado de esta demanda es la parte accionante quien deberá ser condenada en costas y agencias en derecho.
---------	---

### 3. FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### 4.1 “Hablemos de la ineficacia de la afiliación”

Mi representada cumplió con el deber de brindarle información la demandante al momento del Traslado de régimen.

Es importante señalar que el demandante tomó la decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen luego de recibir de parte de mi representada la información necesaria para tomar dicha decisión, información que se brindó atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, pues era materialmente imposible aplicar las directrices que fueron desarrolladas con mucha posterioridad por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y, más adelante, por varias normas legales y reglamentarias.

Sobre lo anterior, nos permitimos hacer la siguiente línea de tiempo para mayor claridad del despacho:

1	2	3	4
<b>Dec. 3466/1982 (art.14)</b>  Aplica para consumidores / Podría aplicarse a los afiliados al SISS – Obligación de brindar información “veraz y suficiente”	<b>Dec. 663/1993 (art. 30)</b>  Obligación de las AFP 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 y poder tomar decisiones informadas.”	<b>Dec. 656/1994 (arts. 14 y 15)</b>  Regula las obligaciones de las entidades administradoras de fondos de pensiones no menciona la de entregar información a los afiliados.	<b>Ley 100/1993 (art. 13)</b>  No se establece obligación a cargo de las AFP respecto del suministro de información.  “La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado (...)”

De lo antes expuesto es forzoso colegir que si bien existía una obligación para las administradoras del Sistema General de Pensiones de entregar información a quienes pretendiesen vincularse a ellas, era una información necesaria, veraz y suficiente, pero nada más. Por lo tanto, no había obligación de brindar una asesoría, de dar un buen consejo incluso para desincentivar la afiliación, ni, mucho menos una doble asesoría. Tampoco existía la obligación de informar por escrito sobre los beneficios puntuales que cada uno de los regímenes pensionales ofrecía, ni sobre el monto de la pensión que



se obtendría, esto es, no era obligatorio hacer proyecciones pensionales por escrito en uno u otro régimen, pues ninguna norma así lo exigía, si se tiene en cuenta que esos requerimientos surgieron con mucha posterioridad, como se explicó con antelación.

De las pruebas documentales aportadas con este escrito de contestación de demanda se puede observar que en el formulario de afiliación suscrito por el demandante se le indicó a este que podía retractarse de la afiliación que estaba haciendo, sin embargo, el demandante no optó por ejercer dicho derecho de retracto, lo cual es una clara e inequívoca manifestación de su convicción y deseo de estar afiliado al RAIS y pensionarse en dicho régimen.

Por otro lado, debemos manifestar que las obligaciones y requerimientos en los términos reclamados en la demandada nacieron con los Decretos 2241 y 2555 de 2010, la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera (doble asesoría), normas muy posteriores a la fecha en la cual se llevó a cabo el traslado régimen/cambio de AFP privada, por lo que, se reitera, mi representada no estaba obligada a aplicar las mismas, de hecho era imposible aplicarlas pues no habían nacido a la vida jurídica.

#### 4.2 Restituciones mutuas

En la jurisdicción ordinaria laboral la mayoría de los jueces al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional le ordenan a las AFP devolver la totalidad de emolumentos recibidos, incluyendo, por supuesto, los rendimientos que hacen parte de la cuenta de ahorro individual del afiliado.

También se observa, con cierto asombro, que los despachos judiciales hacen referencia a la figura de las restituciones mutuas para aplicarla única y erradamente en una sola vía, a favor de Colpensiones o el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y en contra de las AFP.

Pues bien, si los jueces optan por aplicar la figura de las restituciones mutuas no pueden perder de vista que, respecto de Colpensiones, la AFP ha actuado como un agente oficioso involuntario (artículos 2304 y 2310 del Código Civil), en cuanto creyendo administrar su propia actividad, administró los negocios de otro (el manejo de los aportes de un afiliado).

En ese sentido, en caso de declararse la ineficacia del traslado de régimen pensional las AFP, en su calidad de agente oficio involuntario, tienen derecho a que se les reembolsen la utilidad efectiva obtenida, lo cual se traduce en que solamente deberán estar obligadas a entregar a Colpensiones los rendimientos que habrían tenido los aportes de haber sido administrados por esa entidad, que en la totalidad de los casos son inferiores a los generados por las AFP en el RAIS.

Ahora bien, si el despacho considera que, sí hay lugar a restituir en su totalidad los rendimientos generados en el RAIS, también deberá autorizar a las AFP a descontar las expensas de los gastos que se hayan hecho en favor del afiliado en procura de generar Dichos rendimientos, tal y como se explicará en la siguiente gráfica:



### 4.3 Enriquecimiento sin causa si no se dan las Restituciones mutuas

El enriquecimiento sin causa es una institución orientada a corregir las situaciones en las cuales el patrimonio de un sujeto de derecho sufre un detrimento en su patrimonio, mientras otro ve reflejado un incremento en el mismo, sin que exista una razón objetiva para tal alteración. Por este motivo, ante el riesgo de presentarse un enriquecimiento sin causa, las partes deben ajustar el desequilibrio que se genera, con el fin de evitar un daño o afectación a una de las partes. Así lo ha definido la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SC de 19 de dic. de 2012, exp. 1999-00280 al indicar:

*“No obstante lo anterior, es decir, a pesar del tardío reconocimiento explícito de la institución, la jurisprudencia de la Corte, además de abundante, ha sido pacífica en cuanto a la ocurrencia, regulación y corrección del desequilibrio inequitativo que el enriquecimiento sin causa genera, encaminándose “a prevenirlo o corregirlo (...)”.*

Ahora, esta misma corporación, en Sentencia SL3814-2020 señaló la existencia de **cinco elementos que conforman la figura del enriquecimiento sin causa**, como se verá a continuación:

*“1º Que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa (...) 2º Que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido, o sea que a expensas de éste se haya efectuado el enriquecimiento (...) 3º Para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica”. **Resaltado fuera del texto***

Frente al tercer requisito, vale la pena aclarar que, al omitir la figura de las restituciones mutuas, el juez no solo estaría fallando en contravía de lo que significa la declaratoria de ineficacia y/o nulidad, sino que además crearía un escenario en el que permite que el afiliado regrese posiblemente al RPM con un porcentaje mayor al que debería corresponderle:

*“4º Para que sea legitimada en la causa la acción de in rem verso, se requiere que el demandante a fin de recuperar el bien, carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasicontrato, un delito, un cuasi-delito, o de las que brotan de los derechos absolutos (...) 5º La acción de in rem verso no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley”. **Resaltado fuera del texto***

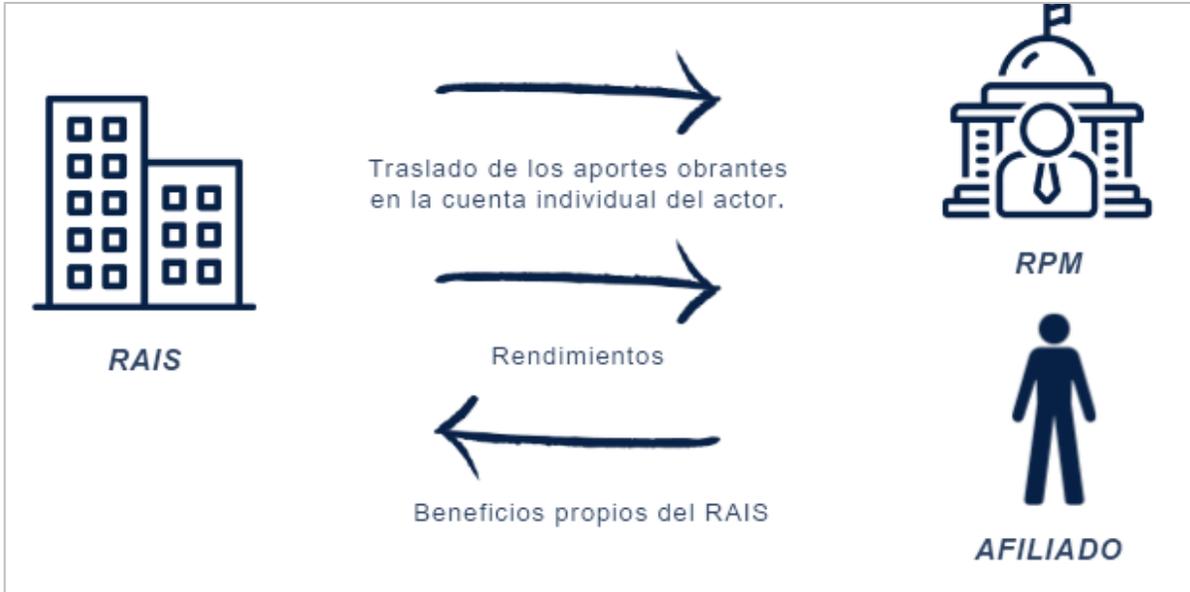
En este caso debe aclararse que, como consecuencia de la nulidad o la ineficacia, el afiliado tendrá solamente derecho a que se le devuelvan las cotizaciones que, de no haber realizado el traslado, hubiese continuado haciendo en el RPM. Lo anterior, porque de recibir los elementos propios del RAIS, como los rendimientos, réditos, operaciones comerciales y de inversión, portafolios de cartera, comisión por administración, estaría pasándose por alto la figura de la restitución y se estaría incrementando el patrimonio de la parte actora, afectando el de la Demandada.

**Para graficar este punto, se tiene lo siguiente:**

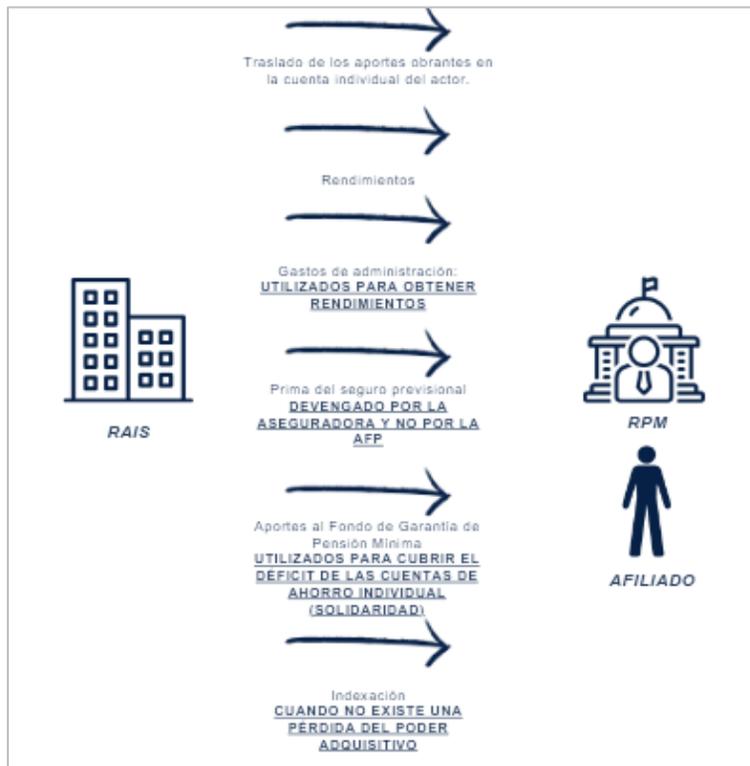
- **Restituciones Mutuas:** Este es el escenario en el cual debería fundarse la decisión del Despacho, si se da correcta aplicación a la ficción de “ineficacia”.



- Restituciones Mutuas sin rendimientos:** A pesar de que habría lugar a la devolución de los rendimientos, Porvenir entiende que tales rendimientos se generaron con un esfuerzo **conjunto** entre el afiliado (dinero) y Porvenir (profesionalismo, inversión y administración de los recursos), por lo cual, estos no se restituirían.



- Enriquecimiento sin justa causa:** Existe entonces un enriquecimiento sin justa causa tanto para el afiliado como para el RPM:



Así las cosas, en el improbable caso en que se declare la ineficacia del traslado de régimen (es decir como si no hubiese existido el traslado al RAIS); paralelamente, las partes del negocio tendrán la obligación de devolver todo aquello que sea propiedad de la otra parte o que esta haya puesto a disposición en la relación que mediante “ficción jurídica”, se pretende hacer ver como si nunca hubiera existido.

Descotar cualquier suma adicional a los aportes o a los rendimientos, configura un **enriquecimiento sin causa a favor del afiliado o del RPM**, la cual genera situaciones de desequilibrio, desigualdad y privilegio para una de las partes del contrato que fue declarado ineficaz.

#### 4.4 Gastos de Administración

**Es totalmente improcedente que, como consecuencia de la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, se ordene la devolución de los gastos de administración**

En el hipotético caso de que se declare la nulidad o la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional que es materia del presente proceso, no resulta viable que, como parte de las prestaciones mutuas que correspondan, se ordene a la administradora demandada la devolución de los gastos destinados a la administración, por las razones que se exponen a continuación:

El Régimen de Ahorro Individual se basa en la capitalización de los aportes pensionales depositados en la cuenta de ahorro del afiliado, en donde también se consignan los rendimientos que generen los aportes. Del porcentaje del aporte una parte se capitaliza en la cuenta de ahorro individual, mientras que el remanente se destina a cubrir la prima de seguros de invalidez y sobrevivientes, la prima de reaseguro de Fogafín, los gastos de administración, así como la financiación del fondo de garantía mínima y del fondo de solidaridad pensional.

Los costos derivados de la gestión de la cuenta individual del afiliado se cubren con la suma destinada a los gastos de administración que se encuentran asociados a las actividades propias del reconocimiento de las pensiones de jubilación, invalidez y sobrevivencia, incluyendo tareas como la afiliación, la recaudación de los aportes periódicos, la administración de los registros en cuentas individuales, la inversión de los fondos y el otorgamiento de los beneficios.

Tal y como se demostró gráficamente en el numeral 1.3 de esta contestación, la comisión de administración está dirigida a retribuir las diferentes actividades que desarrollan las Administradoras de Pensiones y no está destinada a la financiación de la pensión de vejez, porque tanto en el RAIS como en el RPM, la ley destina dicho porcentaje a favor de las administradoras. Es por eso, que esta diferenciación se presenta en virtud de que al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) las administradoras de pensiones deben cumplir en favor de cada uno de los afiliados a este subsistema obligaciones adicionales a las que tiene al Régimen de Prima Media, en el que se destacan las siguientes:

- Administrar la cuenta de ahorro individual del afiliado.
- Reconocer la pensión de invalidez y sobreviviente con las mismas condiciones del RPM, sin tener en cuenta las diferencias de los regímenes.
- Garantizar una rentabilidad mínima de los fondos de pensiones.
- Garantizar que en caso de cumplirse con requisitos de pensión de sobrevivencia e invalidez se pueda financiar dicha prestación al afiliado y sus beneficiarios, entre otras.

Corresponde en este punto precisar que, en el Régimen de Ahorro Individual, los aportes de los afiliados que ingresan al fondo deben invertirse. Es así como, el dinero que aportan los afiliados con destino a su cuenta individual puede estar representado en unidades de participación del fondo. Dichas inversiones deben ser valoradas diariamente por las Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías, en cumplimiento de lo establecido en el Capítulo I de la Circular Externa 100 de 1995 expedida por la Superintendencia Bancaria.

Ahora, si bien el objetivo de los fondos de pensiones es permitir que el ahorro obtenga los mayores rendimientos posibles, las Administradoras de Fondos Pensionales no pueden disponer de los ahorros de los afiliados e invertirlos de cualquier manera. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público establece los límites en que AFP deben dividir el dinero que recogen en fondos en tres tipos de riesgo: alto, medio y bajo. El afiliado puede escoger el tipo de riesgo con unas limitantes que dependen de su edad: entre más cerca esté de jubilarse el perfil de riesgo debe ser menor.

Asimismo, el Decreto 2949 de 2010 por el cual se modifica el Decreto 2550 de 2010, en su artículo 2.6.5.1.4 estableció el período de cálculo de la rentabilidad mínima para los tipos de fondos de pensiones obligatorias y la Ley 2112 de 2021 determina que el 3% de los recursos de los fondos se inviertan en fondos de capital privado local.

Así pues, las Administradoras de Fondos Pensionales tienen como objetivo alcanzar la mayor cantidad de beneficios presentes y futuros. Estos beneficios están ligados a la estructura de costos e ingresos provenientes de las comisiones, que permiten a las Administradoras hacer el mejor uso posible de los recursos en su administración. Según el Ministerio de Hacienda, los gastos de administración se destinan por parte de las administradoras a “la acreditación de los aportes, los cobros de aportes en mora, la reconstrucción de la historia laboral para bono pensional, la administración financiera de los recursos (...), la atención al cliente, el reconocimiento de pensiones y el pago de nómina de pensionados”, como también se emplean para financiar los equipos que gestionan las inversiones y que buscan las oportunidades de inversión.

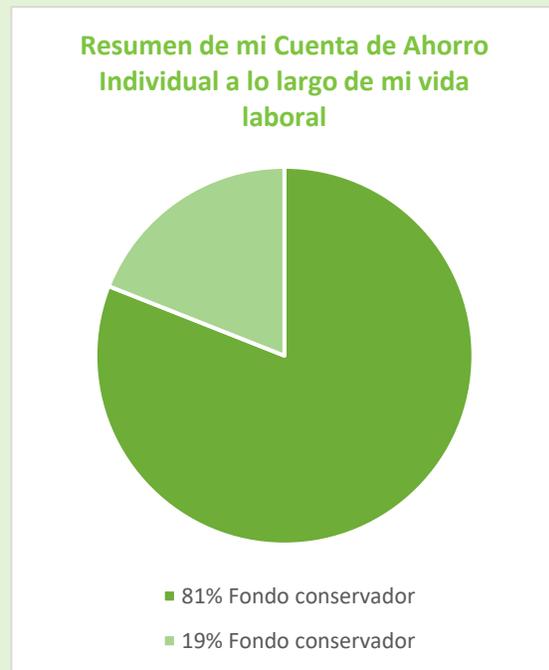
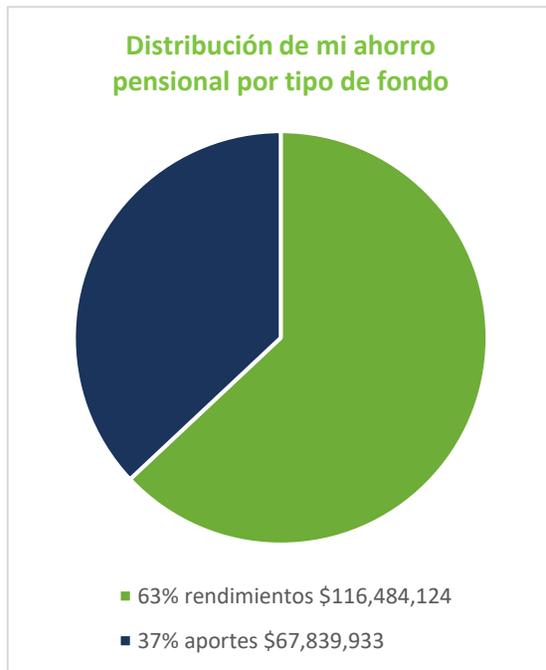
Con base en lo anterior, se concluye que los gastos de administración descontados por las Administradoras de Fondos Pensionales no están llamados a financiar ninguna prestación económica. Por el contrario, permiten que las administradoras maximicen la productividad de los recursos en su administración, pues están obligadas a garantizar cuando menos una rentabilidad mínima del patrimonio de los afiliados, como también seguridad y liquidez de los dineros del sistema, en sujeción a las estrictas regulaciones y limitantes de inversión establecidas en los instrumentos normativos.

Al respecto, es mandatorio explicar qué hacen las AFP con dichos recursos que, desde ya se aclara, tienen una destinación legal específica. Para explicar mejor lo anterior observemos la siguiente gráfica:



La prueba fehaciente de que los gastos de administración fueron utilizados correctamente y de conformidad con la destinación legal específica es el siguiente cuadro en donde se observa que mi representada, a través de las inversiones realizadas le generó al demandante unos rendimientos financieros equivalentes al **63%** del total de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual:

Tiempo de afiliación al sistema general de pensiones:	Semanas en régimen de prima media	Semanas en régimen de ahorro individual con solidaridad	Total de semanas cruzadas				
Desde febrero 05 de 1983, hasta septiembre 30 de 2022	<b>377</b>	<b>1315</b>	<b>= 1692</b>				
Mis aportes obligatorios	Mis aportes voluntarios netos	Mis rendimientos en el Régimen de Ahorro Individual	Mi saldo total ahorrado				
\$67,839,933	\$19,052	<table border="1"> <tr> <td>Aportes obligatorios</td> <td>Aportes voluntarios</td> </tr> <tr> <td>\$67,820,881</td> <td>\$19,052</td> </tr> </table>	Aportes obligatorios	Aportes voluntarios	\$67,820,881	\$19,052	\$184,334,057
Aportes obligatorios	Aportes voluntarios						
\$67,820,881	\$19,052						



#### 4.5 ¿Por qué no es lógico ordenar el traslado a Colpensiones de los gastos de administración?

Como se ha visto, los gastos de administración se agotan con el cumplimiento de las obligaciones de las administradoras relacionadas con la gestión y crecimiento de la cuenta individual del afiliado.

De decidirse el traslado del afiliado al Régimen de Prima Media, es claro que a partir de ese momento Colpensiones va a contar con los recursos para administrar la vinculación del afiliado y asumir las obligaciones a su cargo, pues estos se descontarán de los aportes que a partir de ese momento se deban efectuar. Por lo tanto, esa administración estará suficientemente garantizada y no será necesario contar con sumas adicionales que, de sufragarse, no tendrán ninguna incidencia en el reconocimiento de las eventuales prestaciones que puedan surgir a favor del afiliado.

Ordenar que se devuelva el porcentaje de comisión de administración es generar un pago de lo no debido a favor de Colpensiones, pues ésta nunca realizó la función de administración conforme lo dispone la ley, como tampoco lo concerniente a la prima del seguro de invalidez y sobrevivencia, en tanto el afiliado cuenta con la cobertura de estos riesgos durante toda la vigencia con la administradora, pues fue pagado a un tercero (aseguradora) con este fin y propósito.

#### 4.6 ¿Por qué no hay razones jurídicas admisibles para ordenar la devolución de los gastos de administración?

No debe haber lugar a ordenarse la devolución de los gastos de administración. En primer lugar, dicho mandato no se correspondería con las normas legales que gobiernan las restituciones mutuas

como lo señala el artículo 1746 y 1747 del Código Civil, en el entendido que la persona a la cual se le ordena restituir o devolver un bien, en este caso unas sumas depositadas en una cuenta, igualmente deba devolver las sumas que invirtió para mantener ese bien y para incrementarlo en cumplimiento de mandatos legales que está obligada a acatar.

En segundo lugar, es claro que la sociedad que represento siempre actuó de buena fe y de conformidad con las normas que rigen la materia frente a la vinculación y al manejo de los recursos efectuados a su nombre en el Fondo de Pensiones Obligatorias, manifestando que dichas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y no se encuentran en poder de la demandada, pues fueron destinadas a cubrir todos los gastos que implicaron la correcta administración de los recursos aportados a la cuenta individual de la demandante, principalmente el manejo de las inversiones tendientes a obtener el incremento o rentabilidad de esos recursos, y cuyos rendimientos fueron abonados a la accionante.

Frente a ello hay que considerar lo señalado en el artículo 964 del Código Civil, que aplica para todos los casos en los que hay lugar a la restitución de frutos, en lo relativo a que el poseedor de buena fe no es obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda, en consecuencia, quien posea un bien de buena fe está obligado a restituir los frutos solo a partir de la fecha en que le sea notificada la demanda que finalmente culmine con la orden judicial de restitución mutua.

Así lo ha indicado la sentencia 25307 de la Sala Civil de la Corte suprema de Justicia, con fecha 5 de agosto de 2014, con ponencia del magistrado Arturo Solarte alude:

«Es patente, entonces, que el Tribunal erró en la interpretación del artículo 1746 del Código Civil y que, como consecuencia de tal yerro, no hizo actuar el artículo 964 ibídem, pues de no haber cometido tales desatinos, habría colegido que el aquí demandado, al ser poseedor de buena fe, como esa misma Corporación lo calificó en su propio fallo, apreciación fáctica que al no estar comprendida en la acusación no puede ser revisada por la Corte, estaba obligado a restituir únicamente los frutos percibidos con posterioridad a la notificación del auto admisorio de la demanda, porque sólo a partir de este momento quedaba sometido al régimen q»

De acuerdo con lo anterior, el actuar de la administradora aquí llamada a juicio siempre ha sido de buena fe objetiva, pues todas sus acciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento del traslado de régimen, cumpliendo con todas las obligaciones que para ese entonces se encontraban a su cargo por mandato legal y reglamentario.

Ahora bien, en el caso de que se considere que deben existir restituciones mutuas, debe tenerse en cuenta que respecto de Colpensiones, la AFP ha actuado como un agente oficioso involuntario, en los términos establecidos por los artículos 2304 y 2310 del Código Civil, en cuanto, creyendo administrar su propia actividad, administró los negocios de otro (el manejo de los aportes de un afiliado) y, luego de declarada la ineficacia del acto termina entregando unos rendimientos superiores a los que habrían tenido los aportes, de haber sido gestionados por el encargado. Si ello es así, esa agencia oficiosa involuntaria debe dar lugar al reembolso de la utilidad efectiva obtenida, lo cual se traduce en que solamente debería estar obligada a entregar a Colpensiones los rendimientos que habrían tenido los aportes de haber sido administrados por esa entidad.

A modo de conclusión, la Superintendencia Financiera de Colombia ha manifestado que lo procedente sería que se respeten las restituciones mutuas que se hayan realizado, que no se ordene el traslado de la prima de seguro previsional, que tampoco se ordene la devolución de la comisión de las cuotas de administración que han sido utilizadas para generar rendimientos a la cuenta individual del afiliado y que corresponden al trabajo de administración de dichos recursos.

Dada la autoridad doctrinal de esa entidad, se considera que los criterios antes expuestos merecen ser considerados y debidamente ponderados en este caso.

#### **4.7 Ordenar la devolución de gastos es desconocer la gestión que realizan las administradoras de pensiones sobre los aportes pensionales del afiliado**

Sin perjuicio de todo lo anterior, se hace necesario precisar lo siguiente: cuando se declara la ineficacia del acto jurídico de traslado de régimen pensional, se crea la ficción de que dicho acto jurídico jamás existió o generó efectos jurídicos, pues se aplica como consecuencia de la declaratoria de ineficacia el principio de las restituciones mutuas, es decir, que las cosas vuelven al estado anterior. Es por ello que el condenar a la administradora privada al traslado de los descuentos legales que realiza a los aportes de los afiliados hacia el R.P.M.D. sería desconocer la excelente gestión que desempeña esta corporación en cuanto el manejo de los recursos, toda vez, de cómo bien es conocido, los fondos privados generan una rentabilidad en los aportes que, en muchos casos, es superior al monto aportado por el afiliado, situación que se encuentra debidamente soportada en el artículo 101 de la Ley 100 de 1993.

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que deben cumplir las administradoras de pensiones se encuentra la de garantizar una rentabilidad mínima en las cuentas de ahorro individual de sus afiliados, rentabilidad que tras la declaratoria de ineficacia no se debió de haber ocasionado, resulta improcedente condenar la restitución hacia el régimen público de pensiones los descuentos legales que son realizados a los aportes de los afiliados, ya que los mismos, se pueden ver compensados con el traslado de los rendimientos generados, máxime que el no acoger esta postura, sería condenar de manera más gravosa a la que en derecho corresponde al fondo privado, pues se estaría condenado a la AFP bajo el escenario en que el acto jurídico produjo efectos, como en el evento en que no produjo efectos.

Así las cosas, vemos que, con la actual jurisprudencia sobre la materia se está afectando de forma muy gravosa a los administradoras, es por ello que le solicitamos al despacho, en caso de que se declare la ineficacia del acto jurídico de traslado de régimen pensional, se condene a la AFP únicamente a restituir los rubros habidos en la cuenta de ahorro individual del afiliado, ello por cuanto resulta más entorpecedor y no tan beneficioso para el demandante, el que no se trasladen los rendimientos, sino los descuentos legales que realizó el fondo privado a los aportes pensionales del actor cuando estuvo vinculado con este, sumado a que también se estaría afectando los negocios jurídicos que se celebraron con aseguradoras y demás entidades que intervinieron en la gestión que realiza el fondo privado para que al afiliado, y a su núcleo familiar y/o cercano, no se le vulnere su derecho a la seguridad social bajo los principios y reglas plasmadas en la norma, esto es el estar protegido en casos de contingencias por invalidez o muerte, y el aumentar el monto ahorrado en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros

## 4. Improcedencia del traslado de los descuentos realizados a los aportes del afiliado con destino al pago de seguros previsionales por invalidez y muerte

La Ley 100 de 1993 establece en el artículo 20 cómo se debe realizar la distribución de los aportes, tanto en el Régimen de Prima Media como en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. En la misma línea el artículo 36 del Decreto 692 de 1994 dispone cómo se realiza la distribución de la cotización.

De conformidad con las normas aludidas, como se advirtió en precedencia, el tres por ciento (3%) de la cotización en ambos regímenes pensionales se destina a cubrir, los gastos o la comisión de administración y el pago de la prima para los seguros de invalidez y sobrevivientes. Sin embargo, la diferencia se encuentra en la distribución que se debe hacer cada en cada régimen de ese 3%, pues se tiene que en el RAIS aproximadamente el 2% corresponde a la prima de seguro previsional con el que se cubre la pensión de invalidez y de sobrevivencia, y el 1% sirve para la administración, mientras que en Colpensiones este porcentaje no se diferencia. Como se puede constatar en la siguiente gráfica:

### 5.1 Necesidad de suscribir la póliza del seguro previsional

El contrato de seguro previsional es un seguro colectivo, esto quiere decir que se hace un único pago mensual por parte de uno de los intervinientes del contrato, que en este caso son dos, el tomador, que sería la AFP, quien realiza el pago, y el asegurador, que sería la aseguradora que estaría cargo de reconocer la prestación económica, y es que una vez suscrita dicha póliza, serían las compañías de seguro quienes asumen los riesgos de muerte y de invalidez, como contraprestación del valor que mes a mes cobran y que la AFP descuenta a su vez de los aportes que va efectuando el afiliado, por disposición normativa de los artículos 20, 60, 70 y 77 de la Ley 100 de 1993.

Otro aspecto que permite resaltar la importancia de dicho descuento es que el pago de las pensiones de invalidez y sobrevivientes requiere que sea la compañía de seguros quien suministre la suma adicional, la cual se entiende como la cantidad de dinero que gira la aseguradora al fondo privado para que complete la cantidad de dinero necesaria que permita financiar la pensión de vejez o sobrevivencia, una vez se materialice cualquier de las dos contingencias. Sumado a los beneficios que se exponen a continuación:

## 5.2 Con el seguro previsional las AFP pueden:



## 5.3. ¿Por qué no es razonable ordenar la devolución de lo pagado por primas del seguro previsional?

La contratación de un seguro previsional solamente se exige en el RAIS, como parte de la financiación de las pensiones de invalidez y de sobrevivientes. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida no hay lugar a contratar ese seguro porque las prestaciones se financian de otra manera: con las sumas acumuladas en el fondo común. Por esa razón, la devolución de esas sumas tendría sentido si fuese necesario contratar ese tipo de seguros cuando el afiliado regrese a ese régimen.

De otra parte, tampoco tiene sentido devolver unas sumas que no existen, que se entregaron a un tercero, que se destinaron a un objetivo que fue cabalmente cumplido y que no se va a seguir presentando en el futuro porque, se insiste, Colpensiones no debe contratar seguros previsionales.

## 5. Sobre la procedencia de los rendimientos del régimen de prima media rpm y no los del régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS

En el hipotético caso de que se considere que en este caso debe declararse la ineficacia del traslado de régimen pensional, las determinaciones que se adopten deben estar en consonancia con esa declaratoria que supone, como lo ha explicado reiteradamente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, sin solución de continuidad y como si la afiliación al RAIS nunca hubiese existido, por lo que surge el siguiente interrogante ¿es lógico dentro de esa perspectiva jurídica pensar que los rendimientos que deben trasladarse son los que generó la cuenta de ahorro individual del fondo de pensiones?

La respuesta a la anterior pregunta es: NO, pues bajo el supuesto de que el afiliado nunca se trasladó de régimen pensional al RAIS los rendimientos que deben ser entregados a Colpensiones son los que habrían tenido los aportes en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, es decir, los rendimientos que hubiese generado Colpensiones administrando los aportes obligatorios del afiliado, hoy demandante; recordemos que la rentabilidad de los aportes no es un tema ajeno al RMPD pues existen diferentes normas que definen que debe considerarse como rentabilidad de los recursos que administra dicho régimen (Ley 100 de 1993, Decreto 1887 de 1994, Decreto 1888 de 1994, Decreto 1748 de 1995, Decreto 816 de 2002, Decreto 3800 de 2003, Decreto 3798 de 2003, Decreto 3771 de 2007, Decreto 3995 de 2008 y Decreto 1051 de 2014).

Respecto de esa consecuencia existen varias normativas que la avalan y dos antecedentes jurisprudenciales relevantes en esta materia por parte de la Corte Constitucional como lo son las sentencias C-1024 de 2004 y la SU – 062 de 2010, en donde para efectos de la validez del traslado de las personas que contaban con 15 años al primero de abril de 1994, se dijo que los rendimientos de los aportes debían ser equivalentes a los del RPM, no a los del RAIS al que se hallaba vinculado el afiliado.

Resulta claro, entonces, que para todos los efectos de traslados de recursos del régimen de prima media debe tenerse en cuenta la rentabilidad mínima de las reservas de Colpensiones, de tal suerte que con base en los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, en el caso de declararse ineficaz una afiliación al RAIS, constituiría un híbrido absolutamente extraño y alejado de los efectos jurídicos de la ineficacia exigir entregar a Colpensiones los recursos de la cuenta individual del afiliado con los rendimientos obtenidos en el RAIS, cuando lo que se ha manejado por parte de esta doctrina de la Corte es que las cosas deben volver a su estado anterior, esto es, debe considerarse como si el afiliado siempre hubiese mantenido su vinculación al régimen de prima media con prestación definida, para todos los efectos, lo que en sana lógica implica que los rendimientos que deben entregarse son los que habrían tenido sus aportes en ese régimen.

De lo anteriormente expuesto podemos concluir que la correcta gestión llevada a cabo por mi representada sobre los aportes obligatorios entregados por el demandante conllevó a que en la actualidad el mismo cuente con un saldo en su CAI notoriamente superior a aquel que tendría en caso de haber permanecido afiliado al ISS hoy COLPENSIONES.



## 6. EXCEPCIONES

### 6.1 Buena fe

Todas las actuaciones de Porvenir se han realizado teniendo en cuenta la voluntad de la parte demandante y sus intereses al pertenecer al régimen y al fondo, pues se han puesto todos los recursos adecuados a disposición este para lograr su cometido y es la consecución de una pensión de vejez. Los actos de Porvenir desde el inicio del litigio se exponen favoreciendo el deseo de la parte actora, y por esto se deja clara la VOLUNTAD DE LA CONCILIACIÓN por parte de Porvenir, bajo el respeto de la figura de las restituciones mutuas del que se ha hablado desde el principio de este escrito.

### 6.2 Ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado

No existe legalmente una definición de los efectos de la ineficacia; no obstante, por vía jurisprudencial se ha decidido que son los mismos de la declaración de la nulidad; es decir, que su objetivo es reestablecer las condiciones del negocio jurídico a su estado inicial, para el caso en concreto “a través de la ficción jurídica” hacer como si nunca hubiese existido una relación en las partes. No obstante, para que la declaratoria de la solicitud de ineficacia o nulidad sea viable, debe estar precedida de situaciones de error, fuerza, dolo, que constituyan decisiones viciadas.

Es importante frente a lo anterior, precisar que, la “omisión” de información que pueda establecer el Despacho que hubo dentro del proceso de afiliación a Porvenir, no vició el consentimiento de la parte demandante para que proceda la nulidad o ineficacia porque no ha sido demostrado que dicha decisión no fuera voluntaria, tuviera un fin calificado como doloso o indujera en error. Simplemente obedeció a situaciones que para la época no estaban reguladas, pero no por ello puede entenderse que existió una situación que afectó el consentimiento, más aún, cuando hemos expuesto que en las situaciones de índole laboral no procede la retroactividad de la norma.

Para el caso en concreto, es importante exponer que la carga de la información para el momento del traslado, como lo hemos expuesto en este documento, no era exclusiva de la Demandada sino también de la parte actora; toda vez que se trata de una relación donde existe un deber de informarse también para el afiliado. Así las cosas, la parte demandante debió asumir la carga de enterarse del régimen al cual se trasladaba, sus particularidades, condiciones, modalidades de pensión, mecanismos de divulgación, obligaciones y derechos lo que supone actos de mediana diligencia para el consumidor y actos de atención y cuidado en la toma de decisiones, según lo establecido en el Decreto 2241 de 2021, lo cual no ha logrado demostrar la parte actora dentro del proceso.

Un acto que Porvenir considera propio para poner en práctica el fundamento anterior, es que todos los fondos del RAIS cuentan con un simulador; con este, la parte demandante pudo haber realizado la proyección de su pensión de manera autónoma, lo cual, no toma más de 10 minutos en línea, como puede verse en este enlace <https://www.porvenir.com.co/web/simuladorpensional>. Dichas ausencias, demuestran la falta de diligencia que hemos mencionado en el párrafo anterior.



### 6.3 Aceptación tácita de las condiciones del RAIS

Es importante aclarar, sin perjuicio de lo anteriormente argumentado, que la parte actora lleva varios años afiliada al RAIS, por lo cual, con esa medida diligencia que le correspondía actuar según lo expuesto en el Decreto 2241 de 2021, puedo identificar en el régimen las condiciones, características de este, así como las diferencias con el RPM, las cuales incluso son de conocimiento público.

### 6.4 Prescripción

El ordenamiento jurídico contempla la prescripción extintiva como una garantía a la seguridad jurídica y como un modo de extinguir las obligaciones dentro del marco de una relación obligacional.

Conforme a esta institución jurídica, el titular del derecho debe exigir el cumplimiento de una obligación dentro de un término perentorio, so pena de que su obligado, pueda alegar su negligencia al demorar en exceso el cobro de su acreencia y así extinguir dicha obligación. De esta forma, si el titular del derecho deja de exigir la prestación por largo tiempo, es de presumir que tal acreencia o derecho no le interesa, por lo cual este pierde su razón de ser.

Descendiendo al caso que nos ocupa y sin que se le esté reconociendo mediante este acápite derecho alguno a la parte actora, se propone la excepción de prescripción frente a todos aquellos derechos que hubiere podido tener dicha parte y que no se hayan exigido dentro del término perentorio. Respecto del término perentorio, este lapso es de 3 años, conforme a lo dispuesto en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo que dispone: “(l)as 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 o en el presente estatuto”.

Así las cosas, en el presente caso es evidente que existe la configuración de la prescripción, toda vez que la afiliación a Porvenir que hoy se discute, ocurrió en un término superior a los 3 años, contados desde el momento en que se suscribió el Formulario respectivo.

## 7. PRUEBAS

De acuerdo con lo establecido en el artículo 165 del Código General del Proceso (en adelante el “CGP”) y siguientes, me permito solicitar señora Juez que, llegado el momento procesal oportuno, se sirva disponer la adjunción, el decreto y la práctica de las siguientes pruebas:

### 7.1 Pruebas documentales

- Historial de vinculaciones SIAFP (2 folios).
- Historia Laboral en PORVENIR (16 folios).
- Relación histórica de movimientos en PORVENIR (19 folios).
- Certificado de afiliación (1 folio).
- Relación histórica de aportes en PORVENIR (50 folios).

- Respuesta emitida por PORVENIR en ocasión a petición sobre expediente pensional, año 2023 (44 folios).
- Derecho de petición, solicitando expediente pensional, e información sobre afiliación (8 folios).
- Respuesta emitida por PORVENIR en ocasión a petición sobre traslado a COLPENSIONES, enero de 2023 (6 folios).
- Guía de autoservicios (6 folios).
- Derecho de petición, solicitando traslado a COLPENSIONES, enero de 2023 (4 folios).
- Información solicitada por empleador, frente a detalles de afiliación, año 2018 (7 folios).
- Respuesta emitida por PORVENIR en ocasión a petición sobre documentación, febrero de 2023 (82 folios).
- Historia Laboral, válida para Bono Pensional, emitido por la OBP (2 folios).
- Resumen Historia Laboral, válida para Bono Pensional, emitido por la OBP (2 folios).
- Consulta de viabilidad SIAFP (1 folio).
- Comunicado de prensa (3 folios).
- Concepto Superintendencia frente a los aspectos administrativos producto de la declaratoria de nulidad e ineficacia del traslado (7 folios).

## 7.2 Interrogatorio de parte

Solicito al señor Juez se fije fecha y hora para que el demandante comparezca a su despacho a absolver el interrogatorio de parte que le formularé, con exhibición de documentos.

## 8. ANEXOS

1. Copia simple de Escritura Pública por medio del cual se otorga poder general para ejercer representación y defensa judicial.
2. Certificado de existencia y representación legal de Porvenir S.A., expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia.
3. Copia simple de cédula y tarjeta profesional del suscrito.
4. Los documentos señalados en el acápite de pruebas.

## 9. NOTIFICACIONES

Las recibiré en la Secretaría del Juzgado, o en mi oficina ubicada en la Calle 84ª # 10-33, Piso 11, de la ciudad de Bogotá D.C. También en la dirección electrónica [notificaciones@godoycordoba.com](mailto:notificaciones@godoycordoba.com) o [paponte@godoycordoba.com](mailto:paponte@godoycordoba.com).

Por último, informo que el presente escrito se envía a los siguientes sujetos procesales:

- a. **La Demandante:** Señora **MARIA RAQUEL DUARTE PALENCIA**, al correo electrónico: [mariaraquelduartepalenciaa@gmail.com](mailto:mariaraquelduartepalenciaa@gmail.com)
- b. **Apoderado judicial de la parte demandante:** El señor **CARLOS ENRIQUE VERA LAGUADO** al correo electrónico: [doc.carlosenriquevera@hotmail.com](mailto:doc.carlosenriquevera@hotmail.com)

- c. Mi representada, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, al correo electrónico: [notificacionesjudiciales@porvenir.com.co](mailto:notificacionesjudiciales@porvenir.com.co)
- d. La codemandada Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES**, al correo electrónico: [notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co](mailto:notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co)

De manera atenta, suscribe.



**PAOLA ANDREA APONTE LÓPEZ**

C.C. 1.144.089.950 de Cali

TP. No. 387090 del C.S. de la J.