

Señores,

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA– SALA CIVIL FAMILIA LABORAL

secsnei@cendoj.ramajudicial.gov.co

REFERENCIA. Proceso Ordinario Laboral de **FANNY GONZÁLEZ CHAUX contra ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y OTRO.**

M.P. MARCO AURELIO BASTO TOVAR.

RADICACIÓN. 41001310500220200022801.

ASUNTO. Alegatos de conclusión de segunda instancia por **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

MICHELLE VALERIA MINA MARULANDA, identificada como aparece al pie de mi correspondiente firma, en mi condición de apoderada de la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, demandada dentro del proceso de la referencia, de acuerdo con el poder general que se allega a través de escritura pública No. 2291 del 23 de agosto del 2021 a la firma **GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S.**, firma en la que me encuentro inscrita como abogada, tal y como consta en su Certificado de existencia y representación legal, de acuerdo con el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y el Auto de fecha 06 de diciembre del 2021, me permito presentar alegatos de conclusión de segunda instancia, en los siguientes términos:

1. SUSTENTACIÓN DE LOS ALEGATOS

La sentencia proferida en primera instancia que condenó a mi representada con la declaratoria de ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Se ordenó a mi representada a devolver los valores de la cuenta de ahorro individual durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a PORVENIR S.A.

Mi representada la AFP Porvenir S.A. considera que no se vulneró ningún derecho en cabeza del demandante por no suministrar información. Lo anterior, teniendo en cuenta que, al momento de la afiliación del demandante, no existía disposición alguna respecto de la información que debían otorgar las AFP a los futuros afiliados.

En ese orden de ideas, mi representada proporcionó al demandante una información clara, veraz y oportuna sobre las características y consecuencias de afiliarse al Régimen de Ahorro Individual, por ello, es que el demandante decidió realizar la suscripción del formulario de

Bogotá D.C., Colombia | Av. Calle 84A # 10-33, Piso 11

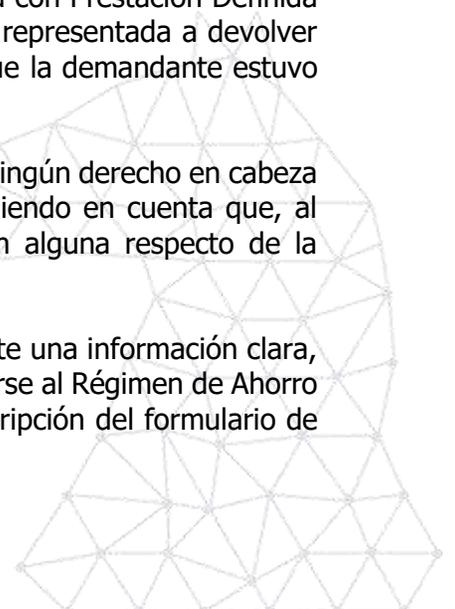
PBX: (57-1) 317 4628

Santiago de Cali, Colombia | World Trade Center – Pacific Mall

Calle 36 Norte # 6ª – 65, Oficina 1701

PBX: (57-5) 317 7132

www.godoycordoba.com



afiliación con Porvenir S.A., y lo más importante, sin ningún tipo de error, coacción, fuerza o dolo que lograra invalidar dicho acto.

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que, durante toda la vinculación del demandante como afiliado de la AFP Porvenir S.A., el afiliado contó con varias oportunidades para revertir su decisión de cambiar de régimen pensional y, pese a ello, no lo hizo, lo que permite argumentar que siempre mantuvo un interés en mantenerse vinculada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

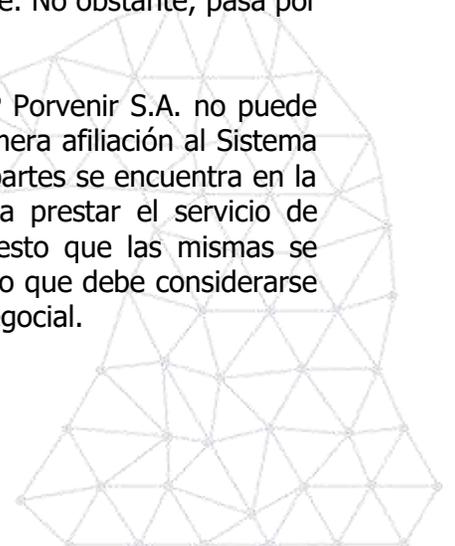
Ahora bien, las consideraciones presentadas por el juez de primera instancia para imponer la condena en contra de mi representada han tenido fundamento en un análisis anacrónico del caso que nos ocupa. Ello es así, porque se pretende que mi representada demuestre el cumplimiento de formalidades que no se encontraban vigentes al momento de la afiliación del demandante y que fueron desarrolladas con posterioridad, inicialmente por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y más adelante, por normas tales como el Decreto 2555 del 2010, el Decreto 2071 del 2015 y la Ley 1748 del 2015. Entonces, si nos remitimos a la normatividad vigente al momento de la afiliación tal como el Decreto 3466 de 1982, el Decreto 663 de 1993, el Decreto 656 de 1994 e incluso la Ley 100 de 1993, es claro que de ellas no se puede extraer que mi representada debía cumplir con un deber de informar tan taxativo como el exigido por la *a quo*.

Mi representada sí proporcionó al demandante información suficiente para que su decisión fuera totalmente informada, no obstante, no existe registro documental de la misma toda vez que para esa época las Administradoras de Fondos de Pensiones no estaban obligadas a llevar tal registro, por lo que la suscripción del formulario de afiliación, que para la época cumplía con los requisitos exigidos, debe valorarse como prueba determinante para el cumplimiento del deber de información en cabeza de la entidad a la que represento.

2. OBLIGACIONES EN CABEZA DEL DEMANDANTE.

Las consideraciones presentadas por el Juez de primera instancia se encuentran encaminadas a una supuesta falta del deber de información en cabeza de mi representada, y a partir de ese argumento decide en su sentencia imponer a mi representada la declaratoria de ineficacia del traslado efectuado por el demandante. No obstante, pasa por alto el juzgador dos argumentos determinantes.

En primer lugar, el acto de afiliación con mi representada la AFP Porvenir S.A. no puede catalogarse como la suscripción de un contrato, se trata de una mera afiliación al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, en donde ninguna de las dos partes se encuentra en la capacidad de negociar las condiciones sobre las cuales se va a prestar el servicio de aseguramiento de los riesgos de vejez, invalidez o muerte, puesto que las mismas se encuentran taxativamente reguladas en la Ley 100 de 1993. Por lo que debe considerarse que los afiliados y la AFP se encuentran en una misma posición negocial.



En segundo lugar, los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad son considerados consumidores financieros, lo que les impone un deber y una obligación de informarse de manera diligente y oportuna acerca del Sistema General de Pensiones, especialmente porque es la afiliada quien conoce la situación particular y concreta de sus expectativas laborales, que en últimas son las que le permitirán acceder a un mejor derecho pensional, situación que claramente se escapa del conocimiento de la AFP.

Dicho lo anterior, es claro que la inconformidad que presenta la parte actora ni siquiera está relacionada con el acto de afiliación que realizó, si no con una cuestión meramente aritmética, que escapa de la órbita de la AFP a la que represento, y que no fue tenida en cuenta por el Juez de primera instancia al momento de proferir las condenas en contra de Porvenir S.A, aún más, cuando los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad obtienen el valor de su mesada pensional a partir de factores determinantes como la capacidad de ahorro que han tenido durante todo el tiempo que han estado afiliados con las AFP.

Finalmente, es menester resaltar si el deber de información es una obligación de medio, no por el contrario, una obligación de resultado.

3. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA.

Partiendo de la declaratoria impuesta por el Despacho de primera instancia, esto es, la de la ineficacia del traslado realizado por la parte actora al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la entidad a la que represento deben tenerse en cuenta los siguientes efectos jurídicos.

La ineficacia implica retrotraer las cosas a un estado inicial, es decir, que mi representada la AFP Porvenir S.A. nunca debió administrar los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante y por ello nunca debieron generarse los respectivos rendimientos financieros.

En ese orden de ideas, y sin que signifique una manifestación contraria a los intereses de mi representada, no es consecuentemente lógico entonces que, a partir de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la parte actora, se ordene a mi representada la AFP Porvenir S.A la devolución de unos rendimientos financieros que en principio deben entenderse como inexistentes.

Por otra parte, es evidente de conformidad con el escrito de demanda, que lo que motivó a la demandante a solicitar la ineficacia del traslado al Régimen de ahorro individual, no reposa en la forma en cómo se produjo el traslado, sino en el supuesto de hecho de no cumplir con las expectativas frente al monto de su pensión. Siendo así, pongo de presente que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia, ha esgrimido que no puede entenderse como un engaño a los afiliados, la circunstancia de no cumplir con la

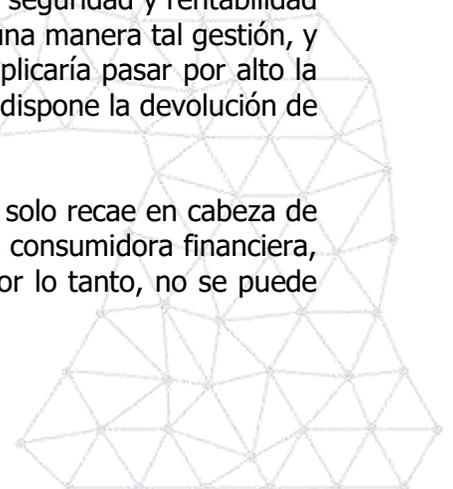
expectativa personal de pensión, por cuanto el monto de la pensión finalmente depende de diferentes factores, como lo son el ingreso de la persona, aportes voluntarios y circunstancias familiares, etc.

En relación con el punto anterior, se tiene que, la inconformidad de la accionante es con el monto de su mesada, por lo que es menester poner de presente que, no se puede hablar de un perjuicio por pertenecer a uno u otro régimen, en la medida que, el sistema general de seguridad social en pensiones se encuentra conformado por dos regímenes diferentes y excluyentes entre sí, cuyos beneficios, estructuras, reconocimientos y derechos son discordantes entre ellos. Así las cosas, mientras la mesada pensional de RPM se calcula con base en el monto de los aportes durante los últimos diez años de cotización o, el monto de los aportes durante la totalidad de la historia laboral aunado a la densidad de cotización exigida por la ley; de otro lado, en el RAIS la mesada pensional obedece a cuál fue el monto acumulado por el afiliado en la cuenta de ahorro individual al igual que sus rendimientos, sumados a la previsión de la expectativa de vida y la conformación familiar del afiliado. De lo anterior, se concluye que la forma de calcular la pensión en el RAIS es diferente al RPM, condiciones que la accionante aceptó con las afiliaciones realizadas a la administradora del régimen privado.

Adicionalmente, si el juez de primera instancia consideró que la parte accionante cumplió con los requisitos para declarar la ineficacia del traslado al Régimen de ahorro individual, es debido precisar que la consecuencia jurídica de la ineficacia es entender que el vínculo nunca existió, es decir, que la demandante, nunca estuvo afiliada al RAIS. Por lo tanto, esto significaría que sus aportes nunca ingresaron a una cuenta de ahorro individual administrada por mi representada, de esta manera, no es posible que mi prohijada devuelva la suma por concepto de rendimientos, ya que estos solo se generaron gracias a la debida gestión de la AFP, y no se causan en el Régimen de prima media.

Al respecto, cabe señalar que mi mandante cumplió obligaciones derivadas de la administración de los aportes obligatorios de la demandante, los cuales incluso le generaron rendimientos como puede evidenciarse en el estado de cuenta que obra en el plenario, y en esa medida se cumplió con la finalidad del encargo al garantizar la seguridad y rentabilidad de los recursos, razón por la cual no puede desconocerse de ninguna manera tal gestión, y condenar eventualmente al pago de dicho concepto, pues ello implicaría pasar por alto la gestión de la administradora, cuando de manera contradictoria se dispone la devolución de los rendimientos con destino a COLPENSIONES.

Por último, es importante resaltar que el deber de información no solo recae en cabeza de mi representada, sino también en cabeza de la demandante como consumidora financiera, al ser una relación de carácter administrativo y no contractual, por lo tanto, no se puede



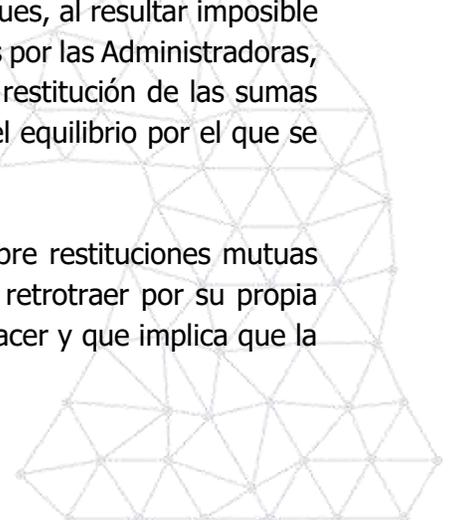
premiar la desinformación de la afiliada, admitiendo la ignorancia de la ley como excusa, contrario a lo expuesto en el artículo 9 del Código Civil colombiano.

Porvenir S.A. no incurrió en ningún tipo de falta de derecho, por tanto, ninguna condena en su contra está llamada a prosperar. Mi representada en ningún momento obró de mala fe o en desconocimiento de la normatividad vigente, cumplió con todas las obligaciones que estaban en su esfera de control al brindar la debida asesoría y manejar adecuadamente los recursos del demandante, quien contaba con plena capacidad legal para obligarse y tomar decisiones relacionadas con su futuro pensional, aunado a la obligación que como consumidor financiero tenía. Por otra parte, la demanda exigía frente a mi representada, obligaciones que no estaban vigentes cuando se realizó el traslado, por lo que deben tenerse en cuenta los efectos de la ley en el tiempo y no imponerse de manera retroactiva obligaciones imposibles de cumplir cuando los hechos ya han acaecido.

Aún más, de conformidad con la declaratoria ineficacia se ordena a mi representada a devolver los gastos de administración, en este orden de ideas, como bien se ha mencionado, mi representada PORVENIR no ha incurrido en ningún tipo de falta del derecho, por lo tanto, no tendría por qué verse afectado su patrimonio al ordenársele a devolver los gastos de administración, si en ningún momento obró de mala fe, por el contrario, se le estaría vulnerando sus derechos al imponerse de manera injustificada tal condena, más si se tiene en cuenta que se está generando un enriquecimiento sin causa a cargo de COLPENSIONES y un detrimento a cargo de mi representada, por cuanto durante el tiempo que se administró los recursos, esta gestión estuvo a cargo de la AFP PORVENIR.

Así las cosas, al ordenar, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, que se restituyan *"los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones"*, se desconocen las reglas sobre restituciones mutuas (artículo 1746 del Código Civil), pues, a pesar de que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías ejecutó cabalmente sus obligaciones y, en tal virtud, generó una rentabilidad a favor del afiliado, aquellas gestiones se dejan sin la correlativa compensación a la que tiene derecho la entidad demandada. Así pues, al resultar imposible retrotraer los efectos de las labores de administración desarrollados por las Administradoras, que ya se encuentran consolidados, no es procedente ordenar la restitución de las sumas percibidas por ese concepto, pues con ello se estaría quebrando el equilibrio por el que se debe propender con las restituciones mutuas.

Desde esa perspectiva, una adecuada aplicación de las reglas sobre restituciones mutuas supondría respetar los efectos consolidados y que no se pueden retrotraer por su propia naturaleza, como ocurre con la ejecución de las obligaciones de hacer y que implica que la



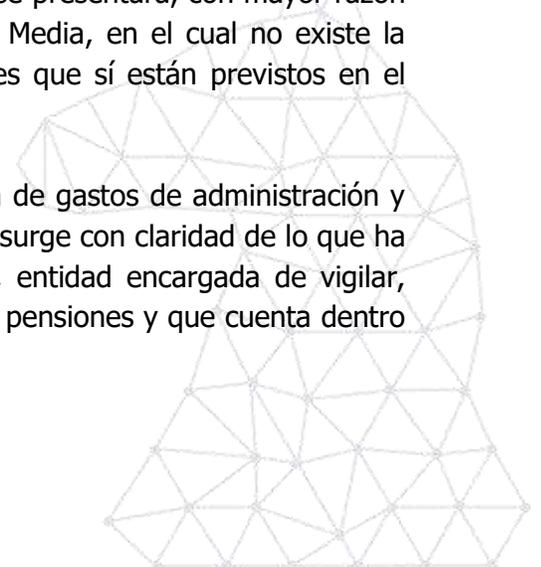
prestación correlativa a aquella tampoco pueda restituirse, pues de lo contrario se estaría generando un enriquecimiento injustificado en cabeza de una de las partes.

Como ya se ha señalado, debe tenerse en cuenta también que los valores recibidos por las Administradoras por gastos de administración y comisiones pueden ser considerados como “expensas necesarias” en el lenguaje utilizado en las reglas sobre restituciones recíprocas, que tendría derecho a conservar la entidad demandada de conformidad con el artículo 965 del Código Civil. Su condición de expensas necesarias se sustenta en que los gastos de administración y las comisiones están dirigidos a cubrir los costos y remunerar las actividades adelantadas por las Administradoras, en cumplimiento de un mandato legal, para la conservación del capital administrado, así como para el desarrollo de las demás labores encomendadas por el legislador a estas sociedades con el objetivo de garantizar la pensión de vejez al afiliado y prestarle los servicios a que tiene derecho en esa condición.

Resulta igualmente cuestionable la orden de restitución de los valores correspondientes a las primas de seguros previsionales. Comoquiera que el contrato de seguro es un contrato de tracto sucesivo, es claro que una vez agotado el término por el que se adquirió la cobertura, el asegurador devengó de manera definitiva la totalidad de la prima acordada, como se colige del artículo 1070 del Código de Comercio.

En el mismo orden de ideas, tampoco es procedente que la administradora deba restituir las sumas que pagó por concepto de primas de los seguros previsionales, por cuanto ya no están en su poder, sino en el de la compañía aseguradora que contrató para la cobertura del pago de las sumas adicionales necesarias para financiar las prestaciones que, por mandato legal, así lo requieran. La destinación de estas sumas también cumplió su objetivo y, en consecuencia, aquellas se agotaron y extinguieron. La cobertura que brindó la respectiva compañía de seguros ya se hizo efectiva y no puede retrotraerse en el tiempo, por ser material y jurídicamente imposible. Por esa misma razón, no es viable que se restituyan las sumas que sirvieron para que esa cobertura se presentara, con mayor razón si no cumplirían ningún objetivo en el Régimen de Prima Media, en el cual no existe la necesidad de contratar seguros previsionales para los fines que sí están previstos en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Que no es jurídicamente procedente ordenar la devolución de gastos de administración y de lo pagado por concepto de prima del seguro previsional surge con claridad de lo que ha conceptualizado la Superintendencia Financiera de Colombia, entidad encargada de vigilar, entre otras, a las sociedades administradoras de fondos de pensiones y que cuenta dentro



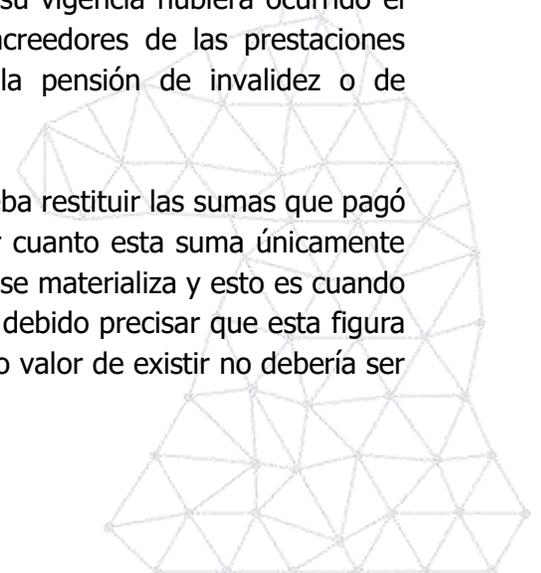
de sus facultades con la de emitir conceptos doctrinales respecto de los temas de su competencia.

En efecto, luego de explicar las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, que, pese a coexistir en un ambiente en el que se propende por la libre competencia y el desarrollo económico, no puede pasarse por alto que son excluyentes entre sí. Por ello, es impreciso comparar las mesadas pensionales o el cálculo a través del cual se determinan estas, tanto para quienes se encuentran afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como para quienes se encuentran afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; lo anterior, debido a que pese a ser dos sistemas que buscan cumplir un mismo objetivo – asegurar los riesgos de vejez, invalidez o muerte-, reconocen prestaciones en condiciones y características totalmente diferentes.

Como muestra de lo anterior, expone la Superintendencia Financiera que, mientras que en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida los afiliados obtienen sus prestaciones en condiciones que ya se encuentran taxativamente regladas en la ley, por su parte, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, los afiliados obtienen sus prestaciones de acuerdo con los valores que hayan ahorrado en su cuenta individual.

En este caso, debe tenerse en cuenta que dicho seguro es adquirido por las Administradoras en virtud de una obligación legal (artículo 108 de la Ley 100 de 1993) y que existe una coligación negocial entre la afiliación al RAIS y el seguro provisional lo que supone analizar cómo las vicisitudes de uno afectan al otro. A ese respecto, debe tenerse en cuenta que, por virtud del principio de taxatividad de esta sanción negocial, la ineficacia únicamente alcanza al acto de traslado de régimen pensional y no el contrato de seguro, de tal forma que este último durante su vigencia fue plenamente eficaz y produjo sus efectos. Por esa razón, no resulta viable la devolución de las primas del seguro provisional del cual fue asegurado y beneficiario el afiliado, pues lo cierto es que aquel se benefició de la cobertura otorgada por dicho contrato, de tal forma que si durante su vigencia hubiera ocurrido el siniestro, aquél, o sus beneficiarios, se habrían hecho acreedores de las prestaciones acordadas a cargo de la aseguradora para garantizar la pensión de invalidez o de sobrevivientes.

Así mismo, tampoco es procedente que mi representada deba restituir las sumas que pagó por concepto de sumas adicionales de la aseguradora, por cuanto esta suma únicamente opera cuando existe el siniestro, es decir cuando el seguro se materializa y esto es cuando se pensiona el accionante por invalidez o sobreviviente. Es debido precisar que esta figura no opera en el Régimen de prima media, por lo tanto, dicho valor de existir no debería ser



devuelto a Colpensiones. Sobre este valor se hace mención en la sentencia proferida por el Magistrado ponente Antonio José Valencia Manzano caso de la señora Leibnis Hurtado Obregon sentencia 251 del 27 de noviembre de 2020 RAD 2020-045 en lo siguiente: “*No procede la devolución para las pensiones de invalidez y sobrevivientes aspecto que no se discute en el proceso*”. De esta manera solicito que sea aplicada la jurisprudencia horizontal existente para así absolver a mi representada a devolver tal suma.

Tampoco es procedente que se ordene la devolución del porcentaje destinado al *Fondo De Garantía De Pensión Mínima* en la medida que esas sumas ya se encuentran extintas y que no hacen parte de los dineros que administra mi representada.

En los anteriores términos presento mis alegatos de conclusión y solicito a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Neiva revocar la decisión y, en consecuencia, absolver a mi representada de todas y cada una de las condenas impuestas en su contra.

4. PETICIÓN.

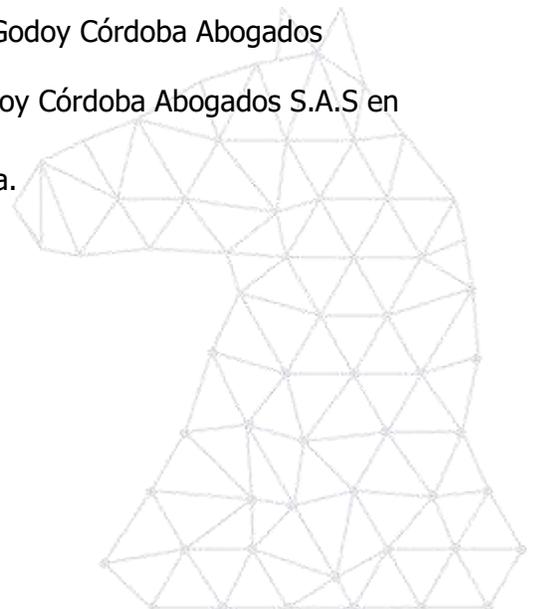
En consecuencia, de lo anterior, respetuosamente solicito:

1. **REVOCAR** en su integridad el fallo proferido por el Juzgado Segundo (02) Laboral del Circuito de Neiva, el día 28 de octubre de 2021 para en su lugar **ABSOLVER** a mi representada de todas pretensiones incoadas.
2. **CONDENAR EN COSTAS** a la parte demandante.

I. ANEXOS

Anexo a la presente contestación de demanda los siguientes documentos:

1. Los documentos relacionados en el respectivo acápite.
2. Poder otorgado a través de Escritura Pública a la firma Godoy Córdoba Abogados S.A.S. por parte de Porvenir S.A.
3. Certificado de Existencia y Representación Legal de Godoy Córdoba Abogados S.A.S en donde me encuentro inscrita.
4. Tarjeta Profesional y Cédula de Ciudadanía de la suscrita.



II. NOTIFICACIONES.

Las recibiré en la Secretaría del Juzgado, en mi oficina ubicada en la Calle 36 Norte #6ª – 65, Oficina 1701 de la ciudad de Santiago de Cali o en los correos electrónicos notificaciones@godoycordoba.com y vmna@godoycordoba.com, este último debidamente inscrito en el Registro Nacional de Abogados.

III. TRASLADO A LAS DEMÁS PARTES

En atención a lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto 860 de 2020, se remite el presente memorial en copia a los demás sujetos procesales:

1. El apoderado judicial de la parte actora, al correo electrónico: fgonzálezchaux@gmail.com
2. La Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES al correo electrónico: notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co
3. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado al correo electrónico: procesosnacionales@defensajuridica.gov.co

Señor Magistrado,



MICHELLE VALERIA MINA MARULANDA

C.C. 1.234.195.459 de Cali

T.P. 359.423 del C.S. de la J.

