

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE RIOHACHA
SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado Sustanciador

AUTO INTERLOCUTORIO LABORAL

24 de septiembre de 2020

*“TRASLADO PARA PRESENTAR ALEGATOS DE LA PARTE NO
RECURRENTE”*

RAD: 44-001-31-05-002-2017-00219-01. Proceso ordinario laboral promovido ISMAEL EMILIO ESCORCIA ATENCIO contra COLPENSIONES Y OTROS.

Atendiendo lo establecido en el Numeral 1° del Artículo 15 del Decreto Legislativo No. 806 del 4 de junio de 2020¹, por medio del cual el Ministerio de Justicia y del Derecho adopta medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica que enfrenta el país por la pandemia producida por el Covid – 19, y que de acuerdo con su parte motiva debe ser aplicado tanto a los asuntos en curso como a los nuevos.

Atendiendo, que mediante estado publicado el día 01 de septiembre de 2020, en el cual se admitía el recurso de apelación contra la sentencia proferida en primera instancia, el cual vencido el traslado se corrieron 5 días a fin que la parte recurrente presentara alegatos conclusivos.

¹ Artículo 15 Apelación en materia laboral: el recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitará así: 1. Ejecutoriada el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el termino de 5 días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Vencido el termino para presentar dichos alegatos el día 11 de septiembre de 2020, según constancia secretarial del día 14 de septiembre de 2020.

En razón de lo anterior, se hace procedente dar aplicación al artículo 15 del decreto 806 de 2020. Así las cosas, el despacho:

RESUELVE:

PRIMERO: CORRER TRASLADO A NO RECURRENTES Con fundamento en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho, conceder el **termino de 5 días** contados a partir del día siguiente de la notificación por estado del presente proveído a la parte no recurrente, para que a si bien lo estima presente alegatos.

SEGUNDO: Los alegatos deberán allegarse, dentro del término señalado, al correo electrónico de la Secretaría de la Sala Civil, Familia, Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, La Guajira, stsscflrioha@cendoj.ramajudicial.gov.co.

TERCERO: Con el fin de garantizar plenamente el derecho a comparecer al trámite que le asiste a quien se le está corriendo traslado y el de contradicción a su contraparte, comuníquese esta decisión a los números telefónicos y correos electrónicos que de las partes figuren en el expediente, informándoles sobre la ruta que deben seguir para conocer el estado electrónico en el que se está notificando este proveído, dejando las constancias del caso.

CUARTO: INFÓRMESE que el expediente, para su revisión, se encuentra digitalizado y que puede ser consultado siguiendo las indicaciones que la Secretaría brindará al respecto; el canal de comunicación con tal dependencia es el correo electrónico que ya se ha señalado.

QUINTO: PÓNGASE A DISPOSICIÓN de los apoderados la página web www.tsriohacha.com a través del módulo procesos, encontrará adicional a las providencias proferidas en esta instancia los estados correspondientes, además del proceso digitalizado y los audios de las audiencias surtidas en primera instancia; para obtener clave de acceso comunicarse vía WhatsApp al número 3218503763.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

SIN NECESIDAD DE FIRMAS

(Art. 7, Ley 527 de 1999, Arts. 2 inc. 2,
Decreto Presidencial 806 de 2020 Art 28;
Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ)

JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado Ponente.

SEÑORES:

TRIBUNAL SUPERIOR DEL CIRCUITO RIOHACHA SALA LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
RADICADO	44001310500120170021400
DEMANDANTE	ALICIA MERCEDES URBINA SUAREZ
ASUNTO	ALEGATOS DE CONCLUSION DE SEGUNDA INSTANCIA
CEDULA	27002201
DEMANDADO	ADMNISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES- PORVENIR S.A –UGPP-PROTECCION

EILINNE JOHANA GNECCO FERNANDEZ, mayor y domiciliado en esta ciudad, identificado con

C.C. No. 1.082.862.276 expedida en Santa Marta, abogado en ejercicio con T.P. No. 213.610 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en nombre y representación judicial de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, debidamente facultado de conformidad al poder especial que anexo y escritura pública número 3371 de la notaria novena del circulo de Bogotá, firmada el día 2 de septiembre del 2019, mediante la presente y estando dentro del término de ley para hacerlo presente ALEGATOS DE CONCLUSION, con fundamento en las siguientes consideraciones de orden legal, doctrinario, jurisprudencial y probatorio:

1.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

De manera respetuosa, acudo a su digno despacho en nombre y representación de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES para presentar mis

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN para que absuelvan en a mi representada de la presente causa, todo ello con fundamento en la siguiente consideración y así mismo aclarar que nos mantenemos en todos y cada uno de los puntos de la contestación de la demanda en primera instancia, solicitando a su vez que se revoque el fallo de primera instancia, en el que el Juzgado Primero laboral del circuito de Riohacha, condena a mi representa a que reciba a la señora **ALICIA MERCEDES URBINA SUAREZ** como afiliada, con todos sus aportes y rendimientos :

El demandante solicita la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., para que, por consiguiente, se ordene su regreso régimen de prima media admnistrado por Colpensiones.

Respecto del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS, el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estableció en el inciso 4°:

“(…) Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas

voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.”

Teniendo en cuenta lo anterior, una vez revisada la Historia Laboral de la demandante, la misma certifica que presenta un Traslado Aprobado del ISS a un Fondo de Pensión (Porvenir AFP).

Así las cosas, conforme al Artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, “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”.

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional en Sentencia T-211-16, respecto del traslado de régimen de ahorro endivia al régimen de prima media, consideró: “La prohibición de traslado cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para cumplir el requisito de la edad exigido para acceder al derecho a la pensión, contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, fue objeto de estudio por parte de esta Corporación, a través de la Sentencia C- 1024 de 2004, a propósito de una demanda de inconstitucionalidad formulada en su contra, en la que se cuestionaba que la restricción temporal de traslado de régimen pensional, vulneraba el derecho a la libre escogencia. En dicho fallo, la Corte sostuvo que “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.

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). Así mismo, el objetivo de la norma se adecua al logro de un fin constitucional válido, pues permite asegurar la intangibilidad de los recursos pensionales en ambos regímenes, cuando se aproxima la edad para obtener el reconocimiento del derecho irrenunciable a la pensión, en beneficio de la estabilidad y sostenibilidad del sistema pensional”.

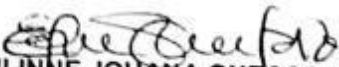
Además de lo anterior, es de informarle, que de acuerdo con el concepto 2008026873-01 del 11 de Agosto de 2008, modificadorio de la Circular Externa 007 de 1006 (Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia), estableció que la validación de los requisitos de cumplimiento de traslado de régimen, debía ser efectuada por la AFP a la que se encuentre afiliado el ciudadano, por lo tanto, la aprobación o rechazo del mencionado traslado lo determinara dicha entidad, no Colpensiones.

Por último, la eventual afiliación al Régimen de Prima Media y el traslado de los aportes al Régimen en mención, depende de la decisión favorable que previamente obtenga respecto de la pretensión de declaratoria de nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual.

En los anteriores términos se determina no es dable el traslado de régimen del señor demandante.

POR LOS ARGUMENTOS MENCIONADOS EN LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN RENDIDOS EN ESTE DOCUMENTO LE SOLICITO RESPETUOSAMENTE SE ABSUELVA A MI REPRESENTANTE Y SE REVOQUE EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA, YA QUE DE MANTENER LE MISMO IRIA ENCONTRA DE LO ESTABLECIDO EN LA LEY.

Atentamente,


EILINNE JOHANA GNECCO FERNANDEZ
C. C. No. 1.082.862.276 de Santa Marta
T. P. No. 213.610 del C. S. J.

Señores Magistrados

TRIBUNAL SUPERIOR DE RIOHACHA

S.

D.

REF: PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ISMAEL ESCORCIA ATENCIO

DEMANDADOS: SOCIEDAD
ADMINISTRADORA DE PENSIONES
Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Y OTRA

RAD: 44-001-31-05-002-2017-00219-01

UGALBIS ENRIQUE RODRÍGUEZ BOLAÑOS, mayor de edad, domiciliado y residente en esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 17.970.755 de Villanueva Guajira, abogado en ejercicio portador de la tarjeta profesional No. 38.834 del C.S.J. En mi condición de apoderado especial de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** sociedad anónima vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C. representada legal y judicialmente por el doctor **MIGUEL LARGACHA MARTINEZ**, mayor de edad con domicilio en la ciudad de Bogotá, por medio del presente escrito me dirijo a su despacho, muy respetuosamente, con el fin de presentar Alegatos de Conclusión en esta instancia judicial y cumplimiento del auto de fecha 31 de agosto de 2020 dentro del recurso de apelación que oportunamente se interpuso y sustentó contra la Sentencia en Primera Instancia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Riohacha, que accedió a las suplicas de la demanda, decretando la Nulidad de la Afiliación a favor del demandante y otras declaraciones dispuestas en la providencia censurada, alegatos que esperamos sean tenidos en cuenta por parte de esa Corporación Judicial al momento de desatar la alzada propuesta en favor de los intereses jurídicos de Porvenir S.A., teniendo en cuenta las siguientes consideraciones fácticas y jurídicas.

FUNDAMENTOS FACTICOS Y JURIDICOS

El señor **ISMAEL ESCORCIA ATENCIO**, mayor de edad, vecino de esta ciudad, a través de apoderado judicial en esta acción ordinaria laboral, pretende se declare la nulidad de la afiliación realizada por el Fondo de Pensiones AFP PORVENIR S.A. realizado por éste, como consecuencias de las anteriores declaraciones se disponga la nulidad del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual realizado al afiliado en mención, que en virtud de las nulidades solicitadas anteriormente se ordene a Porvenir .S.A, trasladar a la actual administradora del régimen de prima media **COLPENSIONES**, la totalidad de los aportes realizados por el señor **ISMAEL ESCORCIA ATENCIO**, con motivo de su afiliación, junto con su respectivos rendimientos y otras declaraciones solicitadas en el acápite respectivo de las pretensiones de la demanda.

De acuerdo a la relación fáctica de la demanda, se tiene que el señor **ISMAEL ESCORCIA ATENCIO**, labora en el Instituto Nacional de Formación Técnica Profesional en fechas indicadas hasta la presentación de la demanda, por estar afiliado en principio al ISS, hoy COLPENSIONES, siendo posteriormente afiliado a AFP Porvenir S.A. a partir del mes de noviembre de 1995, que es motivo de reclamo por parte de este afiliado pretendiendo la nulidad de la afiliación y el retracto del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, **fundado en que la ejecutiva de ventas señalada omitió informar a la misma que al trasladarse de un régimen a otro perdería los beneficios del régimen de transición, así mismo que le había informado que al afiliarse al régimen de ahorro individual tendría mejores garantías y la pensionarían con mejor rentabilidad, en tanto la liquidación de la pensión se dará por anticipado, de incluso con mejores**

beneficios, saliendo pensionado en mejores condiciones que el extinto ISS hoy COLPENSIONES.

Las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad están contempladas en el Art. 90 de la ley 100 de 1993 y siguientes que trata todo lo concerniente a las garantías, inversión de los recursos, rentabilidad mínima determinada por el Gobierno Nacional, ello para indicarle al despacho que los Fondos de Pensiones del régimen de ahorro individual son administrados por las sociedades administradoras del Fondo de pensiones, cuya creación es legal y con la vigilancia del gobierno nacional a través de la Superintendencia respectiva.

En el caso subexamine se afilió el señor **ISMAEL ESCORCIA ATENCIO** al Fondo Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. en la fecha indicada, bajo la preceptiva contenida en la ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios, bajo el consentimiento de ésta, lo que hace presumir que conoce el régimen de seguridad social y de pensiones que actualmente rige al sistema, contrario a lo afirmado en la demanda aquí no ha habido omisión, engaño, ni falsas promesas en la referida afiliación al Fondo de Pensiones señalado, todo se hizo de acuerdo a la ley en materia pensional aunado a los beneficios, rentabilidad que comporta el régimen de ahorro individual.

PORVENIR S.A. considera que es improcedente la presunta nulidad deprecada por la parte actora, por cuanto no existe vicio alguno en el consentimiento expresado por el señor **ISMAEL ESCORCIA ATENCIO**, en el acto de surgimiento del acto jurídico de la afiliación a su AFP, pues, por el contrario, están dados todos los requisitos de ley para la **validez de la selección del régimen realizada por la demandante.**

En efecto, la selección de cualquiera de los regímenes previstos por la ley, es decir, el de Prima Media con Prestación Definida (Administrado por COLPENSIONES) o de Ahorro Individual con Solidaridad (Administrado por las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías) es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien manifiesta por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, hecho que se realiza con la suscripción de la solicitud de afiliación al respectivo fondo.

En efecto, dispone el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que:

“El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

a. 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. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.”

A su vez la anterior disposición fue reglamentada por el artículo 11 de Decreto 692 de 1994 que dice:

“La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito

al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora“

Fundamentado en lo anterior, encontramos que una vez la persona elige de manera libre y voluntaria la administradora y el régimen pensional al que desea pertenecer, procede el diligenciamiento del formulario de afiliación respectivo, formulario que debe contener los requisitos mínimos contemplados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y corresponder a la proforma adoptada por la Superintendencia Financiera a través de las Circulares 034 y 037 de 1994.

Hay que resaltar que en la medida en que la selección de régimen y de administradora, es un acto que concierne exclusivamente a la voluntad libre y espontánea del trabajador e implica la renuncia de ciertos derechos o el conocimiento de las diferencias que presentan los regímenes pensionales en Colombia, se consagró como requisito que dentro del respectivo formulario se dejara una manifestación expresa sobre tales condiciones, la cual se respalda con la firma del afiliado en el mismo.

En tal virtud, PORVENIR S.A. reitera en forma expresa que el asesor que atendió a la actora en el acto jurídico del traslado sí prestó a la actora la asesoría profesional clara y didáctica para el buen éxito de la gestión.

En este caso concreto, el señor **ISMAEL ESCORCIA ATENCIO**, al firmar – y se supone leer – expresa que recibió una asesoría completa y total sobre las consecuencias de su traslado de régimen, lo cual quedó expresado de la siguiente manera:

*“HAGO CONSTAR QUE REALIZO DE FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA AL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, ASÍ COMO LA SELECCIÓN DE LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS **PORVENIR** PARA QUE SEA LA UNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES. TAMBIEN DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.”* Luego es claro que la demandante sí sabía que renunciaría al régimen de transición y a seguir perteneciendo al RPM.

Por último, olvida la demandante que igual fue informada de su derecho de retracto, previsto por la ley para proteger al cotizante al régimen de seguridad social en pensiones, que cambia de decisión frente a su traslado.

Al respecto, ésta estableció un período de (5) días hábiles desde la fecha en la cual manifestó la correspondiente selección, para que éste pueda retractarse (**derecho de retracto**) de su decisión de escogencia del régimen, como así lo establece el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994, derecho que en su oportunidad la demandante no ejerció.

El mencionado artículo dispone: *“Se entenderá permitido el retracto del afiliado en todos los casos de selección con el objeto de proteger la libertad de escogencia dentro del Sistema General de Pensiones, de una administradora de cualquiera de los regímenes o de un plan o fondo de pensiones, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquel haya manifestado por escrito la correspondiente selección.”*

Todo lo que conlleva a concluir que el traslado de la demandante se produjo por una decisión libre y voluntaria de la misma sin que puede endilgarse ninguna falta de información por parte de esta Administradora.

En efecto, el demandante suscribió solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por PORVENIR S.A., como traslado del ISS, en el mes de abril de 1996, decisión que adoptó el señor **ISMAEL ESCORCIA ATENCIO**, voluntariamente, en forma libre, espontánea y sin presiones, como lo evidencia la respectiva solicitud de vinculación, por lo cual se le abrió una cuenta de ahorro individual (CAI).

En relación con la nulidad de los actos jurídicos y las circunstancias que la ley determina para invalidar su existencia debemos hacer las siguientes precisiones:

La nulidad, es una situación genérica de invalidez del acto jurídico, que provoca que una norma, acto jurídico, acto administrativo o acto judicial deje de desplegar sus efectos jurídicos, retrotrayéndose al momento de su celebración. Para que una norma o acto sean nulos se requiere de una declaración de nulidad, expresa o tácita.

La declaración de nulidad busca proteger intereses que resultan vulnerados por no cumplirse las prescripciones legales al celebrarse un acto jurídico o dictarse una norma judicial.

Así, el artículo 899 del Código Civil, dispone que “*será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:*”

1. *Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa;*
2. *Cuando tenga causa u objeto ilícitos, y*
3. *Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.”*

Lo que significa que la nulidad absoluta es aquella que se produce por un objeto o causa ilícita o por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos y no la calidad del estado de las personas que los ejecutan o acuerdan. La nulidad relativa es la que se produce por cualquier otra especie de vicio y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

El artículo 1.741 del Código Civil, dispone:

“La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas .Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.”

Los vicios del consentimiento siguiendo la lectura del artículo 1.508 del Código Civil son el error, la fuerza y el dolo. El apoderado del actor manifiesta que el consentimiento de su representado al momento de suscribir la afiliación a PORVENIR estuvo viciado, sin embargo, a través de lo afirmado en el numeral DÉCIMO del acápite “HECHOS” de la demanda, acepta explícitamente haber recibido asesoría, suficiente con la afiliación que suscribió con Porvenir S.A.

Ahora bien, con independencia de que lo que se esté alegando aquí sea una actitud dolosa por parte del asesor de PORVENIR, es importante resaltar que el error de hecho por virtud de lo señalado en el artículo 1.510 del mismo estatuto civil, sólo vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa

específica, errores que no aparecen como cometidos en el contrato celebrado por el señor **ISMAEL ESCORCIA ATENCIO** y PORVENIR S.A., ya que el demandante **SÍ** pretendió afiliarse al Fondo de Pensiones perteneciente al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Y en cuanto al vicio del dolo, que es el aducido en el presente caso, es necesario que se demuestre con pruebas la supuesta conducta maliciosa, máxime si se tiene en cuenta, que el dolo no se presume sino en los casos establecidos en la ley, y que en los demás casos debe probarse, tal como lo establece el artículo 1516 del Código Civil precitado.

En efecto, en sentencia del 18 de mayo de 2010, el Juzgado 5 laboral del Circuito de Bogotá, al estudiar un caso similar al presente, señaló que:

“(...) Como se trata de comprobaciones subjetivas, es necesario entonces tener en cuenta las circunstancias específicas de cada parte, para deducir si las maniobras fueron suficientemente elaboradas de una parte y sí tenían la capacidad suficiente de engañar a la otra parte. Adicionalmente, se requiere que las argucias o maniobras empeladas por la otra parte, sean contrarias al orden social, la buena fe, la moral y las buenas costumbres, y que sin la presencia de dichas maniobras la parte afectada no hubiera contratado.

Ahora bien, es preciso referir que los vicios del consentimiento, error, fuerza y dolo, no surgen en abstracto sino que deben provenir de hechos que de manera clara afecten el consentimiento de modo que, de no existir ellos, la declaración de voluntad no se habría emitido; siendo imperioso para los actores acreditar su causación y efectos, a fin de dar viabilidad a las pretensiones de la demanda (...)

Es principio general del derecho, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa (art.6 C.C.) luego el desconocimiento o ignorancia de los preceptos legales y la presunta falta de información por parte de las administradoras, no puede ser considerada como un engaño que amerite la declaración del dolo como vicio del consentimiento (...)” (Negrilla fuera del texto) (Proceso de Myriam Garcés contra Porvenir S.A. fallo absolutorio del 18 de mayo de 2010)

En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pereira, en sentencia proferida el 10 de septiembre de 2012 por medio del cual, la citada corporación señaló:

“(...) Pero, como si lo anterior fuera poco, ante la clara sindicación de la actora de haber sufrido engaño por parte de la A.F.P. Porvenir S.A., esto es endilgarle dolo en su actuar, frente al expreso mandato legal contenido en el artículo 1516 del código civil, no cabe duda que debió probar su afirmación, lo que no se observa que hubiese ocurrido, pues en el expediente no hay prueba en tal sentido.

Finalmente resulta del caso notar que, tampoco estaba llamada a prosperar la pretensión con base en la jurisprudencia traída a colación por el Juzgado, pues ésta contempla unos supuestos de hecho totalmente diferentes a los del presente caso, en cuanto el allí demandante para el momento del traslado ya había reunido los requisitos para pensionarse en el régimen de prima media con prestación definida, lo que de suyo le representaba un perjuicio actual evidente, situación que no se percibe en el presente asunto, en el que múltiples motivos pudieron haber movido la voluntad de la accionante para preferir el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin que, para el momento en que lo hizo se perciba de manera manifiesta el acaecimiento de un perjuicio evidente (...)” (Negrilla fuera del texto).

Indicando más adelante la misma providencia que:

“(...) Según el tenor literal del artículo 1515 del Código Civil, el dolo solo tiene la virtualidad de viciar el consentimiento cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubiera contratado.

A su vez, el artículo 1516 ibídem, establece que el dolo solo se presume en los casos especialmente señalados por la ley, siendo en los demás eventos necesaria su prueba por parte de quien lo alega (...) (Negrilla fuera del texto)

Así, frente al error sobre un punto de derecho como generador de nulidad relativa, ya tuvo oportunidad de pronunciarse la Corte Constitucional, mediante sentencia C-993 de 2006, en donde expresó lo siguiente:

“Esta corporación ha manifestado en múltiples ocasiones que el legislador goza de la potestad de configuración normativa, en ejercicio de la competencia general para hacer, interpretar, reformar y derogar las leyes que le atribuyen los artículos 114 y 150 superiores, siempre y cuando respete los límites representados por los valores, principios y derechos consagrados en la misma Constitución y por el principio de razonabilidad.

En el asunto que se examina, la previsión del error de hecho como vicio del consentimiento en la celebración de los negocios jurídicos, y la exclusión, con tal carácter, del error de derecho, es una expresión del ejercicio de dicha potestad de configuración normativa que respeta los mencionados límites, en particular los principios de autonomía de la voluntad privada y de igualdad invocados en los cargos de la demanda.

En desarrollo del principio de seguridad jurídica, el ordenamiento civil colombiano adoptó el principio general del Derecho Romano según el cual la ignorancia del derecho no sirve de excusa (iuris ignorantia non excusa), con la consecuencia de que el error de derecho perjudica (iuris error nocet). Así lo estableció en el artículo 9º del Código Civil, en virtud del cual “la ignorancia de las leyes no sirve de excusa”, y en el artículo 1509 ibídem,...que dispone que “el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento”. Esto último significa que el error de derecho no da lugar a la declaración judicial de nulidad del negocio jurídico y que, por tanto, la parte de éste que lo cometió debe asumir todas las consecuencias de su celebración...”.

En igual sentido se pronunció el Honorable Tribunal Superior de Medellín, en sentencia de 26 de agosto de 2004, radicación 207-2004, magistrado ponente Doctor Marino Cárdenas Estrada, en la cual manifestó esa corporación que:

“...como puede verse y se estableció en el proceso, el demandante decidió trasladarse del Régimen Pensional administrado por el Instituto de Seguros Sociales, denominado de prima media con prestación definida, al de ahorro individual con solidaridad, administrado por los fondos de pensiones creados por la ley 100 de 1993, todo porque un asesor de porvenir así se lo recomendó”.

“...considera la sala que la simple asesoría de una persona que trabaja como tal en un fondo de pensiones no es suficiente para viciar el consentimiento por error, máxime en una persona de las calidades intelectuales del demandante, docente universitario, desde hace más de 20 años, quien como tal tuvo la oportunidad de sopesar la información que le proporcionó dicho asesor, consultar si los supuestos beneficios que le traía el traslado de régimen pensional, realmente se daban o no, en fin haber tenido la diligencia y cuidado necesario para advertir el engaño y no detectarlo casi 4 años después de realizar tal acto jurídico...”.

Con soporte en la misma orientación se pronunció el Honorable Tribunal Superior de Bogotá en reciente sentencia proferida el pasado 20 de noviembre de 2013 dentro del proceso 2011-676 en el que absolvió a PORVENIR de todas las pretensiones elevadas en su contra y **se abstuvo de declarar la nulidad de la afiliación de la demandante** tras considerar que su decisión de trasladarse había sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones y que no ejerció su derecho al retracto, lo que ratificó su voluntad de traslado.

Procedencia del traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media

Cabe destacar que en la legislación Colombiana se encuentra prohibido el traslado de régimen para aquellas personas que se encuentren a 10 o menos años de cumplir la edad pensional, que según el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 es de 57 años en el caso de las mujeres.

Ahora bien, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, solo tendría derecho al traslado de régimen en cualquier tiempo, sin consideración de edad aquellos que a 1º de abril de 1994 tuvieran 750 semanas o 15 años de servicios o más cotizados al sistema general de pensiones. Condición que conforme la historia laboral tomada del interactivo de la Oficina de Bonos Pensionales – OBP – del Ministerio de Hacienda y Crédito Público la demandante no cumple, pues a 1º de abril de 1994 SE REGISTRAN 0 semanas, por lo que NO tiene derecho a trasladarse al RPM en cualquier tiempo.

Teniendo en cuenta lo anterior y lo señalado por la Corte Constitucional en sentencias C 789 de 2002, C 1024 de 2004, SU 069 de 2010 y más recientemente la sentencia de

unificación **SU – 130 de 2013**, la demandante NO tiene derecho al traslado reclamado del RAIS al RPM, por las siguientes razones:

1. De Acuerdo a la historia laboral oficial registrada en la OFICINA DE BONOS PENSIONALES del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el demandante a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tenía cotizadas 0 semanas.
2. Si se tiene que la demandante nació el 9 de enero de 1955, ésta se encuentra a menos de 10 años para cumplir la edad requerida para tener derecho a la pensión de vejez en el RPM (57 años de edad); es decir, a la fecha la demandante se encuentra incluida en la prohibición contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual NO es procedente un traslado en las condiciones de la actora.

Lo anterior significa que la demandante no cumple con los requisitos para el traslado de régimen.

En efecto, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece:

“ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

*La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que **al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de***

servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley” (Negrilla fuera del texto).

Ello significa que para ser beneficiario del régimen de transición – de continuar en el RPM – es necesario que el afiliado acredite una de dos condiciones, la edad o semanas cotizadas o prestación de servicios a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Frente a las semanas cotizadas, tenemos que de acuerdo a la historia laboral registrada en la OBP, cargada por obligación legal por COLPENSIONES, la demandante acredita 0 semanas de las 750 semanas requeridas. Lo que lleva a la conclusión que no cumple el requisito de semanas y por ende se ratifica que no es beneficiaria del régimen de transición ni siquiera retornando a COLPENSIONES.

En cuanto al segundo ítem, pese a la prohibición señalada en el numeral tercero, la jurisprudencia ha reconocido la facultad de trasladarse de régimen en cualquier tiempo solo a quienes cumplan con el requisito de 15 años cotizados a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, según lo disponen las sentencias C-1024/2004, C-789/2002, SU-062 de 2010 y **SU-130 de 2013**, circunstancias que no fueron cumplidas por parte de del señor **ISMAEL ESCORCIA ATENCIO**, quien a dicha fecha reiteramos, no acreditó el número de semanas exigidas.

Con la expedición de la Ley 797 de 2003 se estableció que las personas a las que les faltaran menos 10 años para cumplir la edad de pensión de vejez ante el RPM, NO podían cambiarse de régimen, independientemente de si eran o no beneficiarias del Régimen de Transición.

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-1024 de 2004, al revisar la constitucionalidad del artículo 2º de la Ley 797 de 2003, señaló que las personas que al 1º de Abril de 1994 tuvieran 15 años o más de servicios cotizados, podrían en cualquier tiempo trasladarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en los siguientes términos:

“(…) Declarar EXEQUIBLE el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en el siguiente aparte previsto en el literal e), a saber: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; (...)", exclusivamente por el cargo analizado en esta oportunidad y bajo el entendido que las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste -en cualquier tiempo-, conforme a los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002 (...)”

También se pronunció la Corte Constitucional, mediante Sentencia T-168 de Marzo de 2009, disipando cualquier duda, donde recogió toda la jurisprudencia sobre el particular, refiriéndose a la improcedencia del traslado para casos como el que nos ocupa y expresó:

“(…) Se puede concluir que según la jurisprudencia constitucional, algunas de las personas amparadas por el régimen de transición pueden regresar, en cualquier tiempo, al régimen de prima media cuando previamente hayan elegido el régimen de ahorro individual con solidaridad o se hayan trasladado a él, con el fin de pensionarse de acuerdo a las normas

anteriores a la ley 100 de 1993. Estas personas son las que cumplan los siguientes requisitos:

(i) Tener, a **1 de abril de 1994**, 15 años de servicios cotizados.

ii) Trasladar a régimen de prima media todo el ahorro que hayan efectuado en el régimen de ahorro individual (...)"

Cabe indicar que en sentencia reciente **SU-130 de 2013** se ratifica y se unifica el criterio de que solo quienes hayan cotizado 15 años de servicios a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 podrán trasladarse de régimen en cualquier momento, luego queda más que claro, si ello es posible, que en el presente caso la demandante NO tiene derecho a retornar al RPM:

"(...) 9.2.3.8. Lo anterior significa entonces que, en los términos de la Sentencia C-789 de 2002, la prohibición de traslado a quienes les falten diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez **no aplica** para los sujetos del régimen de transición por tiempo de servicios cotizados (15 años o más), los cuales pueden trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media "en cualquier tiempo" para hacer efectivos los beneficios del régimen de transición, tal y como lo reconoció la Corte en la sentencia C-789 de 2002. Los demás afiliados, incluyendo a los beneficiarios del régimen de transición por edad, deberán sujetarse al término previsto en el literal e) del artículo 13 de Ley 100/93.

Tal consideración quedó expuesta en la parte resolutive del fallo en mención, de la siguiente manera:

"**Primero.** Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en el siguiente aparte previsto en el literal e), a saber: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; (...)", exclusivamente por el cargo analizado en esta oportunidad y bajo el entendido que las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen

de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste -en cualquier tiempo-, **conforme a los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002.**

(...)"

9.2.3.9. Así las cosas, conforme a los dos pronunciamientos contenidos en las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, en las que se decidió acerca de la constitucionalidad de los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100/93 y del artículo 2° de la Ley 797 de 2003, la Corte dejó claramente definido el contenido y alcance de las citadas disposiciones, en lo relacionado con el traslado de régimen pensional y las consecuencias derivadas del mismo.

9.2.3.10. De lo señalado por la Corte en dichas providencias, se desprende, entonces, que todos los usuarios del SGP, incluidos los sujetos del régimen de transición, bien por edad o por tiempo de servicios, pueden elegir libremente entre el régimen de prima media o el régimen de ahorro individual, conservando la posibilidad de trasladarse entre uno y otro, en los términos del literal e) del artículo 13 de la Ley 100/93, tal como fue modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, es decir, cada cinco años contados a partir de la selección inicial y siempre que no les falte menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Sin embargo, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición por tiempo de servicios (15 años o más de cotizaciones), estos pueden

cambiarse de régimen sin límite temporal, es decir, en cualquier tiempo, por ser los únicos que no quedan excluidos de los beneficios del régimen de transición, en los términos de las Sentencias C-789 de 2002 y C- 1024 de 2004. Para tales efectos, la única condición será trasladar al régimen de prima media todo el ahorro efectuado en el régimen de ahorro individual, el cual no podrá ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en aquél régimen.

(...)

10.7. *Así las cosas, más allá de la tesis jurisprudencial adoptada en algunas decisiones de tutela, que consideran la posibilidad de traslado “en cualquier tiempo”, del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, con beneficio del régimen de transición para todos los beneficiarios de régimen, por edad y por tiempo de servicios, la Corte se aparta de dichos pronunciamientos y se reafirma en el alcance fijado en las sentencias de constitucionalidad, en el sentido de que solo pueden trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, en cualquier tiempo, conservando los beneficios del régimen de transición, los afiliados con 15 años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994.*

10.8. *Ello, por cuanto, se reitera, las normas que consagran el régimen de transición, así como la pérdida del mismo, y la posibilidad de traslado entre regímenes pensionales con sus correspondientes restricciones, fueron objeto de control constitucional por parte de esta corporación, a través de las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, analizadas con detalle en el acápite precedente, que definieron su verdadero sentido y alcance, considerándolas acordes con la Constitución, y al tratarse de decisiones con efectos de cosa juzgada, adquieren un carácter definitivo, incontrovertible e inmutable, de tal manera que sobre ellas no cabe discusión alguna.*

(...)

10.10. *Bajo ese contexto, y con el propósito de aclarar y unificar la jurisprudencia Constitucional en torno a este tema, **la Sala Plena de la Corte Constitucional concluye que únicamente los afiliados con quince (15) años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, fecha en la cual***

entró en vigencia el SGP, pueden trasladarse “en cualquier tiempo” del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, conservando los beneficios del régimen de transición (...) (Negrilla fuera del texto)

Así pues teniendo claro que la demandante no cumple con el requisito señalado por la Corte Constitucional, se reitera que no tiene derecho al traslado de régimen.

Prescripción

Ahora bien, y en gracia de discusión, si se llegara a la improbable conclusión de que la vinculación de la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad está afectado de nulidad, es pertinente anotar al despacho que cualquier declaración de ineficacia o nulidad de dicho acto jurídico estaría actualmente **prescrita** conforme lo dispone el artículo 1.750 del Código de Civil, que reza en lo pertinente:

“El plazo para pedir la rescisión durará cuatro años.

Este cuatrienio se contará, en el caso de violencia, desde el día en que ésta hubiera cesado; en el caso de error o de dolo, desde el día de la celebración del acto o contrato.” (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Es así como, si el contrato de vinculación al fondo obligatorio de pensiones administrado por mi poderdante se celebró el 26 de marzo de 2003, para el momento de presentar la demanda, esto es en el año 2017, se encontraba agotado dicho plazo y por ende acaecido el fenómeno de la prescripción de la acción rescisoria.

En efecto, la posibilidad de declarar la nulidad de la afiliación al RAIS se encuentra sencillamente prescrita: así se desprende de la circunstancia de que se ha superado con creces o bien el plazo de tres años previsto en el artículo 151 del CPTSS; o bien el de cuatro años previsto en el artículo 1750 del Código Civil en el caso de las nulidades relativas de los actos jurídicos – circunstancia a la que sin ninguna duda se asimilaría el consentimiento viciado - cuya aplicabilidad al menos en los asuntos laborales ha sido admitida por la jurisprudencia nacional:

“La nulidad absoluta se reduce a las causales contenidas en el artículo 1741 ibídem, esto es, el objeto ilícito, la causa ilícita, la omisión de ciertos actos o actos o contratos en consideración de la naturaleza de ellos y la incapacidad absoluta, mientras que en relación con la nulidad relativa esa misma disposición dispuso en su inciso final cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa y da derecho a la rescisión del acto o contrato’, lo que se predica como derivados de una incapacidad relativa o incapacidades particulares como por ejemplo, las que impone la ley a ciertas personas para ejecutar algunos actos, los emanados del consentimiento, valga decir, el error, el dolo y la fuerza, la lesión enorme en ciertos casos, etc.

Es del caso agregar, que de haber existido un vicio que diera lugar a la única nulidad posible para el caso particular, esto es, la relativa, estaría vencido el plazo de cuatro años para pedir la rescisión o nulidad de contrato previsto en el artículo 1750, ibídem...” (Subraya fuera de texto) (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de julio 14 de 2004, radicación 22.125, ponente Luis Javier Osorio López).

No le asisten, pues, razones de hecho ni de derecho a la parte actora para la viabilidad procesal de las pretensiones que impetra. Como vimos la afiliación del señor **ISMAEL ESCORCIA ATENCIO** a PORVENIR no es nula y, en su momento, produjo los efectos buscados por el actor por cuanto en su diligenciamiento no hubo error, fuerza ni dolo, que son los tres vicios que pueden afectar el consentimiento en el derecho colombiano, al tenor de lo establecido en el artículo 1508 del Código Civil.

Ahora bien, respecto de las restituciones mutuas a que daría lugar el efecto retroactivo de la declaración de nulidad en el hipotético evento de sentencia condenatoria, no implica que mi representada deba reconocer con su propio patrimonio las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la Pensión de Vejez. Conforme al artículo 1746 del Código Civil cada cual será responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses, frutos y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos y la posesión de buena o mala fe de las partes.

El efecto general y propio de toda declaración judicial de nulidad, es el de retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo. Ahora bien, respecto del reconocimiento de mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la Pensión de Vejez, me permito manifestar lo siguiente:

La administración de los recursos de los afiliados en los Fondos de Pensiones y de Cesantía debe procurar la seguridad, la adecuada rentabilidad y la disponibilidad de los mismos al momento en el que se requieran. Para lograrlo, las AFP cuentan con profesionales especializados en la inversión de estos recursos, quienes deben invertirlos de conformidad con el régimen de inversiones existente para cada uno de los fondos de pensiones obligatorias y los portafolios de cesantías.

Como complemento de lo anterior, las normas vigentes establecen que cada AFP debe contar con una política de inversión y de asignación estratégica de activos, así como con un Comité de Inversiones y otro de Riesgos. Los aportes efectuados por la parte demandante generaron unos rendimientos por lo cual **NO SE HA AFECTADO SU DERECHO PENSIONAL**.

Los aportes que integran un fondo de pensiones obligatorias o de cesantías, deben ser abonados a nombre de cada afiliado en su respectiva cuenta individual e invertidos en papeles y otras alternativas que cuenten con la seguridad, rentabilidad y liquidez en las condiciones y con sujeción a los límites que se establecen. Es decir, que el dinero que aporta un afiliado se encuentra representado en las inversiones que realiza el respectivo fondo.

En este punto, vale recordar que de conformidad con lo establecido en la Circular Externa No. 100 de 1995 expedida por esta Superintendencia, las Administradoras de Pensiones y de Cesantías deben valorar todos los días sus inversiones a precios de mercado, es decir, al precio por el cual se pueden vender en éste, razón por la cual el saldo de las cuentas individuales de los afiliados se puede ver afectado por las variaciones en el valor de mercado de las inversiones, las cuales cambian de un día a otro como consecuencia de factores tanto externos como internos que pueden llegar a originar fluctuaciones en las tasas de interés y de cambio y caída en los precios de los títulos.

Ahora bien, si el valor de mercado de las inversiones aumenta, el valor de las cuentas individuales también aumenta, generando para los afiliados un ingreso contable por valoración.

Así las cosas, PORVENIR ha cumplido con su obligación contractual de administrar correctamente los aportes efectuados por sus afiliados y en el caso concreto, los aportes efectuados por el hoy demandante se encuentran en su cuenta de ahorro pensional más los rendimientos financieros a que se ha aludido con base en las inversiones efectuadas por el Fondo con el objeto de optimizar financieramente dichos aportes.

PORVENIR S.A., no ha violado el ordenamiento jurídico, como tampoco ha desconocido los derechos de la demandante, toda vez que desde su afiliación hasta el presente las acciones de mi representada se ajustaron a Derecho, y ha sido diligente en su gestión.

CARGA DE LA PRUEBA

Como se mencionó anteriormente, la carga de la prueba, que en principio incumbe al demandante, y que en todo caso en aplicación del sistema de carga dinámica de la prueba, corresponde a quien tenga la capacidad de demostrar un hecho procesal, es ausente en la demanda por inexistente.

La actividad procesal impone a las partes deberes relacionados con las probanzas que acrediten la veracidad de los hechos en que sustentan sus pretensiones, esto es más evidente en los procesos

Dispositivos en los cuales el juzgador no puede suplir la negligencia o desidia de quien teniendo la carga de probar su dicho, simplemente no lo hace, no obstante que con su demanda activa la jurisdicción, lo cual también conlleva unas responsabilidades.

Se observa que, siendo como es la prueba, el elemento de convicción que permite al juez tomar una decisión sobre un asunto sometido a su consideración, en el presente caso no se avista tal aserto. Recordando a CARNELUTTI al señalar la importancia de la prueba, dicho doctrinante señalaba que la prueba no sólo sirve para el conocimiento del hecho, sino también la certeza o convicción que proporciona, siendo en sentido amplio un equivalente sensible del hecho que deberá valorarse.

Para JAIRO PARRA QUIJANO la carga de la prueba es una “*regla de juicio*” que le indica a las partes la auto – responsabilidad que tiene, para que los hechos que sirven de sustento de las normas jurídicas cuya aplicación se reclama, aparezcan demostrados y le indican al juez cómo fallar cuando no aparezcan probados tales hechos.

Es necesario reiterar que es el legislador en el artículo 835 del Código de Comercio quien establece la carga de la prueba en cabeza de quien alegue la culpa o la mala fe: “*quien alegue la mala fe o la culpa de una persona, o afirme que ésta conoció o debió conocer determinado hecho deberá probarlo*”.

Ello significa que le corresponde a la demandante probar el actuar indebido de PORVENIR S.A. o de sus funcionarios.

En efecto, otros doctrinantes¹ señalan lo siguiente:

“(...) Cuando hablamos del carácter “directo” del daño, en realidad nos referimos al nexo de causalidad (De Cupis, 1975, p. 247), otro elemento sine qua non de los regímenes de responsabilidad. La relación de causalidad es el enlace que se reconoce entre dos fenómenos jurídicos: la causa y el efecto jurídico. Se trata del “nexo etiológico material (es decir, objetivo o externo) que liga un fenómeno a otro, que en cuanto concierne al daño, constituye el factor de su imputación material al sujeto”.

2. *Asimismo, el daño debe ser cierto, veraz, real. El juez debe estimar como evidente el actual o futuro empobrecimiento patrimonial o la actual o futura trasgresión de un derecho extrapatrimonial. La prueba del daño le corresponde a la víctima, so pena de que la acción de responsabilidad no prospere (...)*²

En efecto decimos que el actor debe probar la existencia del daño –curdebeatur–. Concretamente, nos referimos a los perjuicios patrimoniales o materiales -daño emergente o lucro cesante, artículos 1613 y 1614 C.C.-. De manera concreta se afirma desde la jurisprudencia que el “fundamento de cualquier condena por perjuicios materiales es su

¹Tenera Luis Fernando, Tenera Francisco. Breves comentarios sobre el daño y su indemnización. 2008

²“Actore non probante, reus est absolendus”. Véase a: Colombia. Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. (1992, 12 de febrero) y Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. (1994, 18 de abril). La fórmula probática, como lo advierte la doctrina, puede ser documental, testifical, pericial, por reconocimiento judicial o por trasplante de pruebas del proceso penal al civil, entre otros. Véase a Muñoz (1995). En la jurisprudencia se ha aclarado que existe libertad de medios probatorios, tales como documentos, indicios, confesión, declaraciones de terceros, inspecciones judiciales y dictámenes de peritos. Colombia. Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. (2000, 28 de junio).

demostración idónea” (Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil, 1999, 5 de octubre) (...)”.

De otra parte, alegar como lo hace la demandante, su propio error, o la propia culpa es inaceptable. Este principio general de derecho aceptado universalmente, tiene claros desarrollos y consagraciones jurisprudenciales tal como lo expresó la Honorable Corte Constitucional, entre otras en las sentencias

C-083 de 1995, T-213 de 2008, y T-1231 de 2008, al punto que, a la luz de la jurisprudencia constitucional, el principio general del derecho "**nemoauditurpropriamturpitudinemallegans**" entró a hacer parte del ordenamiento jurídico colombiano.

Al respecto la sentencia C-083 de 1995 expresó:

"Pues bien: de esas y otras disposiciones del ordenamiento colombiano, es posible inducir la regla "nemoauditur..." que, como tal, hace parte de nuestro derecho positivo y, específicamente, de nuestro derecho legislado. Por tanto, el juez que la aplica no hace otra cosa que actuar, al caso singular, un producto de la primera y principal fuente del derecho en Colombia: la legislación". Citado en sentencia T-021 del 25 de enero de 2007, M. P. Dr. JAIME ARAÚJORENTERÍA.

En virtud de lo expuesto, solicito al señor Juez se desestime la solicitud de nulidad de la afiliación o traslado de régimen diligenciada por la parte actora y, en su lugar, solicito se absuelva a PORVENIR S.A. de todos y cada uno de los cargos formulados en su contra y se condena a la parte demandante al pago de las costas del proceso.

Por las razones expuestas, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, si se tiene en cuenta que es un asunto de puro derecho, ya que no ha existido vicios en el consentimiento al momento de tramitarse la afiliación de la demandante por parte del fondo de pensiones Porvenir S.A.

Señores Magistrados, teniendo en cuenta los argumentos jurídicos expuestos en la contestación de la demanda, las probanzas arrimadas al proceso, los alegatos a la decisión de primera instancia, los cuales se reiteran en estos alegatos de conclusión, solicitamos a la Honorable Corporación que al momento de desatar la impugnación contra la Sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Riohacha, se sirva revocar en su integridad por las razones anteriores expuestas y que el demandado continúe afiliado en el régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A. ya que no ha existido ninguna causa legal para que no continúe en dicho régimen privado.

Del señor Juez atentamente,



UGALBIS ENRIQUE RODRÍGUEZ BOLAÑOS

C.C. No. 17.970.755 de Villanueva Guajira

T.P. No. 38.834 del C.S.J.