

Popayán, Mayo 2023

Señor

Juez Segundo Laboral del Circuito de Popayán

Palacio Nacional Francisco de Paula Santander Primer Piso

Calle 3 No 3-31 of 113 a 117

Popayán- Cauca

E. S. D.

Referencia: Proceso ordinario laboral

Demandante: EDUARD MENCO PUERTA

Demandado: PORVENIRS.A.

Radicado No: 19001310500220230001900

Asunto: Contestación de demanda

María Cristina Bucheli Fierro, mayor de edad, domiciliada en esta ciudad, identificada con cedula de ciudadanía No 52.431.353 de Bogotá y Tarjeta Profesional No 148.996, actuando como apoderada de PORVENIR S.A., según poder otorgado mediante escritura pública, por medio del presente escrito me permito dar contestación a la demanda ordinaria laboral promovida por EDUARD MENCO PUERTA, al cual pudimos acceder el día 17 de mayo de 2023.

NOMBRE DEL DEMANDADO- DOMICILIO-DIRECCION - NOMBRE DEL REPRESENTANTE LEGAL.

La entidad demanda se denomina Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., en adelante PORVENIR S.A, tiene su domicilio principal en Bogotá DC, ubicada en la carrera 13 No 26 A- 65 de la ciudad de Bogotá.

PRONUNCIAMIENTO EXPRESO SOBRE LAS PRETENSIONES Y CONDENAS

1: Mi representada se opone a que se declare prospera dicha pretensión, pues el demandante es una persona capaz a la luz del art 1503 de C.C, quien conforme lo señala el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, manifestó de forma libre y voluntario su decisión de traslado de administradora, al momento de la suscripción del formulario de vinculación dispuesto legalmente para tal fin. Se resalta que al momento de la afiliación, el señor MENCO PUERTA recibió una asesoría integral conforme a las normas vigentes para época y le fue informado las ventajas y desventajas de uno y otro régimen pensional. El acto de vinculación por traslado de administradora adelantado ante PORVENIR el 28 de junio de 2012, es válido por cuanto no se celebró en contra de una prohibición legal, no esta inmerso en vicios del consentimiento, ni mucho menos se realizó bajo engaños ni medio coacción alguna. DE otra parte se debe tener en cuenta que conforme historial SIAFP, el Sr MENCO PUERTA no registra vinculación al REGIMEN DE PRIMA MEDIA, OUES APARECE COMO VINCULACIÓN INICIAL realizada ante COLFONDOS.

2: Mi representada se opone a que se declare prospera dicha pretensión, pues la vinculación al sistema general de pensiones se realiza a través de la suscripción del formulario de vinculación, este formulario hace las veces de contrato, en el que ambas partes se obligan de manera recíproca. Dicho acto es válido por cuanto no se celebró en contra de una prohibición legal, no está inmerso en vicios del consentimiento, ni mucho menos se realizó bajo engaños ni medio coacción.

3. Mi representada se opone a que se ordene a asumir con su propio Patrimonio las mermas sufridas en el capital destinado para financiación por los gastos de administración en que hubiere incurrido, toda vez que estamos frente a dos regímenes excluyentes por cuanto no puede obligarse a mi representada a operar como el régimen de prima media, además de que mi representada ha generado rendimientos durante todo este tiempo contrario a lo que sucedería si la demandante se encontrara en el régimen de prima media con prestación definida.

4: Mi representada se opone totalmente a que se declare prospera dicha pretensión, por cuanto no existen fundamentos fácticos que declaren la nulidad de la afiliación de la demandante con mi representada, aunado a lo anterior no existe dentro de las pruebas aportadas por la actora y obrantes en la foliatura al menos prueba sumaria que soporte lo pretendido para ella para que el acto de afiliación sea nulo.

5. Quien es competente para pronunciarse al respecto es COLPENSIONES

6: Mi representada se opone a que prospere dicha pretensión por no existir presupuesto de hecho ni de derecho para fulminar en su contra esta condena, además mi representada siempre ha actuado de buena fe. En su lugar solicito que se absuelva a mi representada de todos y cada uno de los cargos formulados en su contra y se condene a la parte actora al pago de las costas del proceso a favor de PORVENIR S.A.

PRONUNCIAMIENTO EXPRESO SOBRE LOS HECHOS OBJETO DE LA DEMANDA

1: No es cierto, de acuerdo con historial SIAFP, el accionante se vinculó por primera vez al sistema general de pensiones mediante vinculación inicial, solicitud que realizó el mismo ante COLFONDOS y posteriormente adelantó solicitud de traslado de administradora ante PORVENIR S.A. Adjunto soporte de ello.

2: En lo que respecta a PORVENIR S.A., la vinculación del señor MENDO PUERTA se realizó en el año 2012 como traslado de administradora, conforme a la normatividad y jurisprudencia vigente para esa época, es decir recibió de manera verbal toda la información necesaria conforme lo establecen las normas que se encontraban vigentes. Adicionalmente se debe tener en cuenta que conforme historial de vinculaciones, el señor MENDO PUERTA adelantó vinculación inicial.

3) No es cierto, la afiliación del señor MENDO PUERTA, se realizó conforme la normatividad que reglamentaron lo referente a la selección de régimen pensional y afiliación al sistema general de pensiones. De otra parte, el demandante tuvo varias oportunidades para trasladarse al Régimen de prima media antes de que se encontrara dentro de las restricciones de ley señaladas en el art 2 de la ley 797 de 2003.

4) No es cierto, la vinculación del señor Menco Puerta se realizó con fundamento en la normatividad vigente para esa época y estuvo precedido de una asesoría integral respecto de las ventajas y desventajas del Régimen de Ahorro individual y las modalidades de pensión. Ahora no se debe olvidar que el régimen de ahorro individual y el régimen de prima mediana son creados por la ley 100 de 1993, por lo que su reglamentación es de orden legal y se encuentra a disposición de los ciudadanos, no puede tildarse de falsa o engañosa la manifestación de un asesor de RAIS en el sentido de indicar a un afiliado puede lograr obtener una pensión más alta que la obtendría en el RPM y a la edad que escoja, por el contrario es perfectamente posible dada la esencia misma del Sistema de Ahorro individual que pone en manos de afiliado la decisión respecto a su futuro a través de la planeación y el ahorro, planeación que obviamente implicar ciertas actuaciones tales como mantener un nivel de cotizaciones constante no solo en tiempo sino en valor y/o efectuar cotizaciones voluntarias al fondo de pensiones obligatorias opción con la que no cuentan los afiliados al RPM y que es una de las mayores ventajas del RAIS en la medida en que permite pensionarse de una manera anticipada y con un monto de pensión previamente calculado. Se llama la atención solo hasta la expedición de la circular 016 de 2016, surgió para las AFPS la obligación de guardar los soportes documentales y por ello antes de dicha fecha las asesorías eran verbales, sin que por ello pueda afirmarse que no fueran completas, transparentes y oportunas, no puede exigírsele a la AFP que fuera de otro modo, era una forma correcta y ajustada a la ley vigente a la fecha de vinculación

De otra parte la demandante no hizo uso del derecho de retracts el cual le fue informado por las AFPS tal y como se puede contar en la leyenda preimpresa del formulario de vinculación adelantado ante HORIZONTE HOY PORVENIR S.A.. Adicionalmente tuvo varias oportunidades para trasladarse al Régimen de prima media antes de que se encontrará dentro de las restricciones de ley señaladas en el art 2 de la ley 797 de 2003.

5) No es cierto, Porvenir S.A. con fecha 26 de diciembre de 2022 atendió en debida forma la solicitud de ineficacia presentada. Adjunto soporte de ello.

6) Quien es competente para pronunciarse al respecto es COLPENSIONES.

7) Es cierto

8)) El legislador dispuso para uno y otro régimen, requisitos y reglas diferentes, que no permiten que su resultado sea comparable, si bien la finalidad en ambos casos es garantizar el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las prestaciones, se debe tener en cuenta que en el RPM los afiliados obtienen unas prestaciones cuyas condiciones están definidas con anticipación mientras que en el RAIS las pensiones y prestaciones dependen directamente de los valores ahorrados en la cuenta individual de cada afiliado. No puede tildarse de falsa o engañosa la manifestación de un asesor de RAIS en el sentido de indicar a un afiliado puede lograr obtener una pensión más alta que la obtendría en el RPM y a la edad que escoja, por el contrario es perfectamente posible dada la esencia misma del Sistema de Ahorro individual que pone en manos de afiliado la decisión respecto a su futuro a través de la planeación y el ahorro, planeación que obviamente implicar ciertas actuaciones tales como mantener un nivel de cotizaciones constante no solo en tiempo sino en valor y/o efectuar cotizaciones voluntarias al fondo de pensiones obligatorias opción con la que no cuentan los afiliados al RPM y que es una de las

mayores ventajas del RAIS en la medida en que permite pensionarse de una manera anticipada y con un monto de pensión previamente calculado

FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO

Analizadas las pruebas incorporadas al plenario se encuentra acreditado que el demandante se vinculó al régimen de ahorro individual, mediante solicitud de vinculación INICIAL ante la AFP COLFONDOS. Sin que se aporte a la demanda soporte de vinculación y aportes al Régimen de Prima media con prestación definida, ni mucho menos existe prueba alguna que nos dé certeza que para la fecha en que entró a regir el Sistema General de Pensiones -1 de Abril de 1994, el demandante se encontraba afiliado al ISS, hoy Colpensiones, o estuviese vinculado en su condición de servidor público a una Caja de Previsión del Orden Nacional que administrara este régimen pensional (Cajanal), que nos permitieran verificar que cuando seleccionó el nuevo régimen de pensiones en el RAIS, se encontraba vinculado y aportando al ISS o una Caja de Previsión Nacional que administrara el régimen de prima media con prestación definida, pues nótese que el certificado del SIAFP, donde el señor MENCO PUERTA le aparecen sus vinculaciones a las administradoras de fondo de pensiones, desde 19 de marzo de 1994 ante COLFONDOS y 01 de agosto ante HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., cuyo tipo de vinculación fue "Vinculación inicial", acorde con la historia laboral consolidada .

RESPECTO A LA VINCULACION

Consideramos oportuno resaltar que en materia de seguridad social, la sostenibilidad financiera regulada en el art 48 de la Constitución Nacional tiene como propósito que el sistema sea financieramente viable, pues la sostenibilidad financiera del sistema pensional es a la vez una garantía y principio constitucional del sistema pensional, el cual ante la solicitud de traslado de régimen de quien se encuentra dentro de las restricciones de traslado señalados en la ley 797 de 2003 y tampoco cumple con lo exigido por la sentencia C 1024 de 2004 y SU 062 DE 2010, para habilitar un traslado de régimen en cualquier tiempo, ocasionaría un detrimento para la administradora de pensiones en la cual se encuentre afiliada una persona, bajo los requisitos propios de cada régimen, los cuales son excluyentes, pues los requisitos de pensión del régimen de prima media y del régimen de ahorro individual, son totalmente diferentes así como los cálculos para establecer las mesadas pensionales, por lo que autorizar un traslado de régimen en tales condiciones afectaría directamente a la sostenibilidad financiera, máxime cuando en sentencia de unificación 062 de 2010 se estableció con claridad que no existe equivalencia de aportes entre uno y otro régimen, menos aún frente a modalidad de pensión.

También llamamos la atención que la distribución de las cotizaciones es diferente si se realiza en el régimen de ahorro individual vs el Régimen de prima media, razón por la cual mal puede pretenderse que quien está afiliado al RAIS e inhabilitado por la misma para efectuar un traslado válido fuera de los tiempos de ley pueda trasladarse al régimen de prima media, dado que las condiciones y requisitos frente a cada la modalidad pensional en uno y otro régimen son diferentes.

PORVENIR S.A., considera que es improcedente la solicitud de nulidad y /o ineficacia de traslado respecto de PORVENIR S.A., por cuanto la afiliación no contiene vicio alguno en el consentimiento expresado por la parte demandante, al momento del surgimiento del

acto jurídico de afiliación a la AFP que represento, por el contrario están dados todos los requisitos de la Ley para la validez de la selección de AFP realizada por la demandante.

En efecto, la selección de régimen de cualquiera de los regímenes previstos por la Ley, es decir, el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES o el de ahorro individual con solidaridad administrado por los fondos privados de pensiones y cesantías como PORVENIR S.A., 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.

Así las cosas, el señor Menco Puerta, después de recibir la información necesaria conforme a la ley vigente para el acto jurídico de traslado de AFP, suscribió formulario de vinculación por traslado de administradora dentro del REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL. Adjunto soporte de ello.

En ese orden de ideas considera PORVENIR S.A., que es improcedente la solicitud de nulidad de la afiliación, toda vez que no existe vicio alguno en el consentimiento expresado por el actor al momento del traslado del régimen pensional, por el contrario están dados todos los requisitos de Ley para la validez de la selección de régimen realizada por el demandante.

En efecto la selección de cualquiera de los Regímenes pensionales, es decir el RPM o el RAIS, es libre y voluntaria por parte del afiliado quien manifiesta por escrito su elección al momento de la vinculación o de traslado, hecho que se realiza con la suscripción de la solicitud de afiliación al respectivo fondo y en el cual consta que su vinculación se realizó de manera libre, voluntaria sin presiones.

Del Sistema de Seguridad social en Pensiones

El sistema General de Pensiones está conformado por 2 regímenes pensionales: el de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones y el de Ahorro Individual con Solidaridad administrados por los fondos privados.

Así mismo, el literal b) del 13 de la Ley 100 de 1993, establece que la selección de cualquiera de ellos era libre y voluntaria y se podía trasladar entre ellos respetando unos tiempos allí señalados.

Al respecto es preciso resaltar que el Sistema General de Pensiones comenzó a regir con la ley 100 de 1993, es decir a partir del 1 de abril de 1994. En ese contexto se debe tener en cuenta que el señor Menco Puerta, se afilió por primera vez al sistema general de pensiones, mediante la vinculación realizada el 19 de marzo de 1994 ante COLFONDOS. eligiendo por primera vez su vinculación ante la administradora de pensiones y con ello su primer vínculo con el sistema general de pensiones, razón por la cual **No** nos encontramos frente a un traslado de régimen, cosa distinta es que el señor Menco Puerta no haya ejercido dentro de los términos de ley la posibilidad de haberse trasladado al Régimen de Prima Media y hoy cuando los términos están más que vencidos pretende mediante la presente demanda habilitar un traslado al Régimen de Prima media estando por fuera de los términos de ley, pues se encuentra dentro de las restricciones señaladas en el art 2 de la ley 7907 de 2002 y por otra parte no ejerció el

derecho de retracto después de firmado el formulario de vinculación dispuesto para tal efecto por la Ley vigente al año de vinculación.

Conviene precisar que, si lo pretendido por el señor MENCA PUERTA era trasladarse del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media con Prestación Definida por resultarle más favorable, debió hacerlo en la oportunidad que brinda el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 2 la Ley 797 de 2003.

Se llama la atención que desde el momento de la vinculación al Régimen Pensional de Ahorro Individual con Solidaridad, esto es hace 23 años, el señor MENCA PUERTA ha decidido permanecer afiliado y realizando el pago de los aportes pensionales recibe de parte de esta Administradora el otorgamiento de los beneficios propios de este régimen pensional, siendo uno de ellos, los rendimientos financieros generados a la cuenta de ahorro individual.

Con las anteriores actuaciones se puede concluir que, desde el momento de la afiliación, el señor MENCA PUERTA, ha tenido permanente contacto con Colfondos y PORVENIR S.A y es conocedor de su estado de afiliación activo en Porvenir, razón por la cual le es aplicable la teoría de los actos propios.

De la teoría de los actos propios

El deber de actuar de buena fe es norma constitucional, esta teoría tiene una relevancia particular, entendiéndose como la declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, como lo es alegar engaño por parte de la Administradora frente a la vocación de permanencia de más de 23 años . La doctrina de los actos propios obliga al demandante a aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de sus propios actos voluntarios, por lo que no es dable al actor desconocer, ahora, el efecto jurídico que se desprende de aquel acto.

En sentencia SC 10326 de 2014 con ponencia del Magistrado Ponente Arturo Solarte Rodríguez, se mencionan los actos propios y en virtud de la buena fe objetiva existe el deber de comportarse en forma coherente, de tal manera que una persona no puede contradecir injustificadamente sus conductas anteriores relevantes y eficaces, particularmente cuando con ellas se haya generado una confianza razonable en los otros.

Se llama la atención en que PORVENIR S.A., ha dado cumplimiento a todos y cada uno de los presupuestos legales en relación con la vinculación a este régimen de pensiones, como se ha manifestado, dando aplicación a la ley vigente para el momento de su ratificación de permanencia en el RAIS, mediante la vinculación a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. N, por lo tanto no son de recibo las afirmaciones infundadas en relación con aparentes engaños y/o indebida asesoría, muchos años después de haber permanecido afiliado a este régimen de pensiones, época durante la cual no se observa de su parte ningún reparo sobre el particular.

Mi representada, considera que es improcedente la solicitud de nulidad y/o ineficacia del señor MENCA PUERTA respecto de PORVENIR S.A., por cuanto la afiliación no contiene vicio alguno en el consentimiento expresado por la parte demandante, al momento del surgimiento del acto jurídico de afiliación a la AFP que represento, por el contrario están

dados todos los requisitos de la Ley para la validez de la selección de AFP realizada por la demandante.

En efecto, la selección de régimen de cualquiera de los regímenes previstos por la Ley, es decir, el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES o el de ahorro individual con solidaridad administrado por los fondos privados de pensiones y cesantías como PORVENIR S.A., 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 ese orden de ideas no es aplicable la jurisprudencia de la Sala Laboral, respecto a la ineficacia del traslado, toda vez que ella trata de traslado entre regímenes más no de selección inicial.

En ese orden de ideas considera PORVENIR S.A., que es improcedente la solicitud de ineficacia , toda vez que no existe vicio alguno en el consentimiento expresado por la actora al momento del traslado del régimen pensional, por el contrario están dados todos los requisitos de Ley para la validez de la selección de régimen realizada por la demandante.

En efecto la selección de cualquiera de los Regímenes pensionales , es decir el RPM o el RAIS, es libre y voluntaria por parte del afiliado quien manifiesta por escrito su elección al momento de la vinculación o de traslado, hecho que se realiza con la suscripción de la solicitud de afiliación al respectivo fondo y en el cual consta que su vinculación se realizó de manera libre, voluntaria sin presiones .

Con fundamento en lo antes expuesto, la ineficacia de la afiliación es improcedente cuando el demandante nunca formó parte del régimen de prima media con prestación definida.

De la Selección inicial de régimen pensional:

Las personas están facultadas para ejercer el derecho de selección de régimen, entre los fondos privados de pensiones que pertenecen al régimen de ahorro individual y Colpensiones, que hace lo propio con el de prima media, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual indica:

Ley 100 de 1993

[...]

Artículo 13. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

[...]

b. 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.

[...]

e. Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez;

Sobre el particular, el aparte subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la CC C-1024-2004, bajo el entendido de 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 hayan regresado al de Prima Media con Prestación Definida, pueden retornar a éste, en cualquier tiempo, conforme a los términos señalados en la sentencia CC C-789-2002.

Del término de ley para ejercer el derecho al traslado entre regímenes

De acuerdo con la Ley, los traslados entre regímenes están sujetos a dos condiciones:

- 1) La permanencia o antigüedad de 5 años en el régimen al cual se está vinculado
- 2) Que a la persona no falten menos de 10 años para cumplir la edad mínima para acceder a la pensión de vejez.

En ese orden de ideas, el mismo legislador se encargó de elaborar las restricciones de traslado en pro de la sostenibilidad financiera de cada uno de los regímenes y por ello determinó en la ley 100 de 1993 que, la pérdida del régimen de transición cuando el afiliado decide acogerse voluntariamente al RAIS, o cuando habiéndose acogido al RAIS decide trasladarse al RPM determinó. A partir de la ley 797 de 2002, el término de permanencia mínima para trasladarse es de cinco años y estableció la prohibición de traslado para aquellos afiliados a quien les faltara menos de 10 años para cumplir con la edad de pensión. Con las anteriores restricciones, el legislador buscó la protección de la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia SL1806 DE 2022, señaló:

"Ante tal panorama legal, la primera conclusión que surge para la Sala es que esa garantía de escoger régimen pensional es una expresión de la protección del derecho fundamental a la seguridad social, en vista del carácter obligatorio e irrenunciable de este último (artículo 48 de la Constitución Política). También, que resulta relevante para preservar el equilibrio y la articulación del sistema, a la luz del principio de unidad consagrado en el literal e) del artículo 2 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, es claro que las restricciones al libre movimiento entre regímenes pensionales tienen un sustento legal. No de otra manera se explica que el legislador hubiera sido tan explícito al disponer que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho de las personas a su afiliación y selección de

organismos e instituciones del sistema de seguridad social, pueden ser destinatarias de sanciones económicas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación (artículo 271 de la Ley 100 de 1993).

Ahora bien, el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, señala que la afiliación al Sistema General de Pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado y dicha vinculación no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios periodos. Al respecto, en la sentencia CSJ SL, 13 may. 2003, rad. 19137, esta Sala indicó:

La precisión del concepto 'afiliación' también se encuentra en la teoría de la seguridad social. Tratándose de pensión de jubilación, la afiliación es un acto que se produce una sola vez en la vida del interesado, al ingresar al trabajo, por consiguiente, la afiliación no es repetible, es vitalicia. habrá, como es obvio, situaciones en las que se está trabajando (a esto se denomina 'alta', y aquellas en las que no lo está (se denomina 'baja'). (Subraya la Sala)

Conviene traer a colación la sentencia CSJ SL, 5 oct. 2010, rad. 39772, en donde esta Sala precisó que la primera inscripción al sistema es permanente y, por tanto, vitalicia e irrepetible, de suerte que, para que pueda entenderse la validez de una nueva afiliación, debe efectuarse, dentro de las oportunidades legales dispuestas en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993:

[...] cuando entró a regir el sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 con sus dos regímenes de pensiones, el de prima media con prestación definida y el de ahorro programado, no puede decirse que JULIO CÉSAR RESTREPO RIVAS, ya había seleccionado uno de ellos, pues en ese momento no se encontraba activo en el sistema. Sólo es a partir del 7 de noviembre de 1995, cuando se vinculó nuevamente al ISS, en vigencia de la Ley 100 de 1993, que puede decirse, para efectos de lo previsto en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que hizo su "selección inicial", por lo que solo podía cambiarse de régimen pensional pasados los tres años a que se refiere la norma, esto es, después del 7 de noviembre de 1998 y, como quiera que lo hizo el 31 de enero de 1996, dicha afiliación no cumple con las condiciones y requisitos legales, por lo que no podía producir los efectos previstos en la ley, conforme a lo ya visto.

Entonces, la afiliación es un acto jurídico único dentro de nuestro sistema pensional. Posteriormente, no puede ser desconocida su existencia, como si nunca se hubiera registrado.

Por otra parte, la jurisprudencia ha establecido que lo que puede invalidarse es el acto de traslado entre regímenes, no la selección inicial, y

menos cuando no existe acto previo de afiliación al sistema pensional. De esa forma, no puede aceptarse que la violación del deber de informar afecta directamente la validez del acto jurídico de vinculación al sistema, pues no existe, antes de ese acto ninguna expectativa, aún simple, de consolidar un derecho. (subrayado fuera de texto)

i) Caso en concreto:

La Sala encuentra acertada la posición del ad quem de negar la ineficacia de la afiliación, pretendida por la señora Ulloa Ulloa, pues ello conllevaría un intento de retrotraer la situación de la afiliada al estado en que se hallaba antes de que hiciera una selección inicial de régimen, cuando, previo a ello, no existía una situación jurídica que modificar, es decir, no hay un acto para invalidar, pues no existe estado previo de registro ante ninguna administradora, porque no había afiliación o vinculación al Sistema General de Pensiones.

Así las cosas, si la demandante nunca formó parte del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como está acreditado y no se discute, eliminar la afiliación al RAIS no puede generar el efecto anhelado por la censura, pues no existe ningún vínculo jurídico previo con administradora pensional alguna, ni siquiera anterior a la existencia del sistema pensional vigente, para obligarla a recibirla como afiliada, así como a recibir sus cotizaciones hechas ante Protección y Porvenir ni reconocer, eventualmente, las prestaciones propias del sistema (CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019).

Conviene precisar que, si lo pretendido era trasladarse del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media con Prestación Definida por resultarle más favorable, debió hacerlo en la oportunidad que brinda el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 2 la Ley 797 de 2003, es decir, antes del 21 de marzo de 2009, tal y como lo señaló el ad quem.

Así las cosas, los cargos no prosperan.”

DE LA ASESORIA DE LA ADMINISTRADORA (Deber de información)

Lo primero es reiterar que la información suministrada a los afiliados al RAIS se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ella ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia. Por lo tanto las reglas y condiciones en que se realizan las vinculaciones de los afiliados no son caprichosas, sino que son el resultado de dichas disposiciones que regulan el RAIS y las instrucciones que para tal efecto ha impartido la Superintendencia Financiera de Colombia.

La sala de casación civil de la corte suprema de justicia. Sentencia de 04 de abril de 2001. Exp No 5716 Mp Jorge Antonio Castillo, jurisprudencia vigente para la época de vinculación de la demandante, cuando hace referencia al deber de información , expresó que *" dentro de los deberes de corrección y lealtad que se exigen a toda persona que emprenda tratos negociales, se encuentra el que atañe con las informaciones o declaraciones que esta llamado a suministrar, cuando a ellas hay lugar , en relación con el objeto, circunstancias o particularidades del acuerdo en camino de consumación y cuya importancia, si bien variable, resulta substancial para efectos de desembarazar el consentimiento del destinatario de artificios o vicios que lo afecten."*

Así las cosas, en lo que atañe al contenido del deber de información durante la etapa de negociaciones, la doctrina especializada señala *" ese deber no se relaciona con la conveniencia del contrato sino con las circunstancias objetivas que le pueden hacer invalido, ineficaz, inútil (...) . El deber de información no puede comprender la conveniencia del negocio, toda vez que la mayor o menor conveniencia, es decir, el mayor o menor provecho del negocio esta dentro del juego normal de la contratación."* Contratos . Cesare Massimo Bianca.

Con fundamento en lo expuesto, el **Deber de información no debe asimilarse al deber de consejo**, pues el deber de información se agota poniendo en conocimiento de la parte interesada los datos y circunstancias necesarios para que tome una decisión libre y voluntaria .

Es importante anotar que los asesores comerciales encargados de promover las afiliaciones, reciben permanentemente capacitación a fin de garantizar que se brinde una adecuada información a los potenciales afiliados.

Se llama la atención que conforme a la fecha de vinculación efectuada ante el régimen de ahorro individual, esto es el 06 de septiembre de 1994 , lo que le era exigible a las Administradoras de fondos de Pensiones como Porvenir S.A., es un deber de información , por lo que no podría haber lugar a una ineficacia por falta de asesoría o consejo al afiliado, pues dicha exigencia no se encontraba vigente para la época de los hechos, el contrato se perfeccionaba válidamente con el suministro de la información antes mencionada. En efecto solo desde el año 2010, con la expedición del Decreto 2241 de 2010, surgió para la administradoras el deber de asesoría y buen consejo, por lo que es claro que no es posible exigirle a la afp un obligación que no estaba vigente para la fecha del traslado de la demandante.

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 mantener un nivel de cotizaciones constante no solo en el tiempo sino en el valor y/o efectuar cotizaciones voluntarias al fondo de pensiones obligatorias, opción con la que no cuentan los afiliados al RPM, y es una de las mayores ventajas del

RAIS, en la medida que permite pensionarse de manera anticipada y con un monto de pensión previamente calculado.

En 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 pueda lograr pensionarse con un valor de pensión igual o incluso superior al que obtendría en el Régimen de Prima Media con prestación definida.

De manera que no puede ahora aducir válidamente que fue engañada pues además de haber recibido toda la información, la parte demandante tuvo la oportunidad de leer, preguntar e inclusive sustraerse de firmar el documento entregado por el asesor comercial que de manera inequívoca indica que es una solicitud de vinculación obligatoria administrado por PORVENIR S.A.

Luego, no puede el demandante endilgar responsabilidad a PORVENIR S.A., dado que su traslado obedeció a que tomó la decisión libre, espontánea y consciente de vincularse en el RAIS, pues encontró que era conveniente para sus intereses proyectarse a futuro y realizar una planeación financiera acorde con sus necesidades y obtener beneficios en el RAIS con los que no cuenta el RPM.

En efecto, la superintendencia financiera de Colombia mediante concepto No 2015123910-002 del 29 de diciembre de 2015, señaló que el deber de la asesoría en los términos en que lo plantea la parte actora solamente fue previsto cuando se creó el sistema de información al consumidor financiero, esto es con la Ley que reformo el Estatuto Orgánico del sistema financiero- Ley 1328 de 2009 y su Decreto Reglamentario 2555 de 2010. Expuso lo siguiente:

" En lo referente al derecho a recibir información y asesoría que le asiste a los afiliados al Régimen de Ahorro individual con solidaridad, es preciso señalar en la ley 1328 de 2009 y el Decreto 2555 de 2010 se consagran los principios que orientan la protección al consumidor Financiero en el Sistema General de Pensiones"

Se destaca la importancia de los principios de debida diligencia y transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, conforme con los cuales la AFP deberá emplearla debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la presentación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que estos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los Regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión.

(.....)

La misma norma señala que, en todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes en el Sistema General de Pensiones"

Así mismo del mismo concepto puede concluirse que las circunstancias de modo y la información que se suministro al momento de la asesoría y que sirvieron para que el demandante tomará su decisión, eran totalmente diferentes a las de ahora. Indicó lo

siguiente a propósito de la consulta elevada por un afiliado respecto al deber de asesoría de un fondo privado, a la pregunta elevada por este:

"d. Tengo derecho a que la administradora de pensiones en la cual estaba afiliada en el momento en que iba a cumplir 47 años, me indique cual fue la información y asesoría que me brindo tratándose de una afiliada que podría trasladarse al régimen de prima media porque sus semanas de cotización, su ibc y su edad le permitirá una pensión mas favorable , de conformidad con el mandato de la Superintendencia Financiera ¿Cuáles son las obligaciones concretas que a este respecto tiene una administradora? ¿Debió el ISS cuando decidí trasladarme indicarme o darme alguna asesoría para revisar mi decisión?"

Sobre este particular, debe advertirse que no obstante la existencia del deber de asesoría, sólo hasta la expedición de la ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, es claro el deber legal de las administradoras de "poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado", por lo que en vigencia de Instituto de Seguros Sociales los traslados realizados por fuera de la vigencia de estas disposiciones la asesoría podía no contener la ilustración correspondiente a la favorabilidad en cuanto al monto de la pensión."

Por lo tanto, no puede exigirse a las administradoras del RAIS que demuestren circunstancias sobre las cuales no había obligatoriedad alguna como argumento para responsabilizarlas sobre circunstancias que son solo responsabilidad de la demandante quien, se reitera, ratificó su decisión ante PORVENIR S.A. de continuar en RAIS cuando impuso su firma en señal de aceptación, en el documento de afiliación correspondiente.

DE LA VALIDEZ DE LA AFILIACION SUSCRITA ANTE PORVENIR S.A.

La vinculación INICIAL del señor MENCA PUERTA fue realizada ante COLFONDOS, y el acto adelantado ante PORVENIR , es una ratificación de permanencia en el RAIS, pues suscribió solicitud de traslado de AFP ante Horizonte hoy PORVENIR S.A. es un acto válido.

Aunado a lo anterior, no debe dejarse de lado que con ocasión de la expedición de la ley 797 de 2003 y las modificaciones que su artículo 2 introdujo al literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, las administradoras del RAIS en cumplimiento a las instrucciones impartidas por la superintendencia Financiera de Colombia mediante Circular 01 de 2004, publicaron en diario de amplia circulación nacional como lo es el TIEMPO, el aviso de prensa en el que se indicó a todos los afiliados y al público en general, las modificaciones referidas a las consecuencias, siendo una de ellas, la imposibilidad de trasladarse de régimen cuando a la persona se encuentre a diez años o menos de cumplir la edad para pensión.

Luego es imposible que prospere la pretensión de declaratoria de nulidad de un acto válido, pues debe tenerse en cuenta todos los momentos en que el demandante ha tenido acceso a información pensional:

- La recibida al momento de la afiliación por traslado de régimen y que corresponde a la que para la época las Administradoras estaban obligadas a proporcionar;
- La información en el aviso de prensa referido anteriormente

- La que se allega en las campañas de educación financiera que las administradoras adelantan para todos los afiliados al RAIS en cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Ley 1328 de 2009 y su Decreto Reglamentario 2555 de 2010, que valga la pena precisar, además de ser de público conocimiento, se encuentran a disposición de los afiliados a través de los canales de comunicación como pagina de internet, los extractos trimestrales de la cuenta de ahorro pensional, el chat, las oficinas etc.

Por lo tanto, se concluye que el demandante además de estar consciente todo el tiempo de su decisión de mantenerse en RAIS, está conforme con la misma pues no ejerció su derecho a retornar al RPM, si ese era su deseo, cuando aún se encontraba posibilitado para ello, por el contrario, es un acto de ratificación de permanencia en este régimen , el hecho de haber permanecido en el RAIS por mas de 23 años sin haber presentado con anterioridad al año 2022 ninguna inconformidad.

C. NULIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS Y CIRCUNSTANCIAS QUE LA LEY DETERMINA PARA INVALIDAR SU EXISTENCIA.

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 de Comercio, dispone que:” será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:

1. Cuando contraria 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.

Artículo 1741 del CC dispone: Nulidad absoluta y relativa

“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 1508 del Código civil son el error, la fuerza y el dolo.

Ahora bien, con independencia de que se éste alegando aquí sea una actitud dolosa por parte del asesor de PORVENIR SA., es importante resaltar que el error de hecho por virtud de lo señalado en el art 1510 del mismo estatuto civil, solo vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica, error que no aparece como cometido en el contrato celebrado por la parte demandante y mencionada AFP, ya que la demandante si pretendió o su intención si era la de afiliarse al fondo de pensiones perteneciente al régimen de ahorro individual con solidaridad y mantenerse en el, como por tanto tiempo lo ha hecho.

Así mismo se pronunció el honorable Tribunal Superior de Medellín, en sentencia de 26 de agosto de 2004, radicación 207-2004, magistrado ponente Dr Marino Cardenas Estrada, en la cual manifestó esta corporación que: *" como puede verse y se estableció en el proceso, el demandante decidió trasladarse de 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 por que 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 proporciono dicho asesor , consultar si los supuestos beneficios que le traiga el traslado de régimen pensional, realmente se daban o no, en fin haber tenido la diligencia y cuidado necesario para advertir el engaño y detectarlo 4 años después de realizar tal actojurídico..."

En el mismo sentido se pronunció el Honorable Tribunal Superior de Bogotá en sentencia proferida el pasado 20 de noviembre de 2013 dentro del proceso 2011-676 en el que absolvió a HORIZONTE SA y a PORVENIR SA 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 , espontanea y sin presiones y que no ejerció su derecho al retracto lo que ratifico su voluntad de traslado y también sentencia proferida el 5 de junio de 2014 dentro del proceso 2013232 tras considerar que del material probatorio existente se podía concluir que PORVENIR SA ., al momento de dar a conocer su portafolio, comunicó a la demandante lo relacionado con los requisitos de capital para pensión y que de reunirse el capital requerido podía pensionarse anticipadamente a una edad inferior a la exigida en el RPMD, que la demandante aceptó en el escrito de la demanda que PORVENIR le informó que podía pensionarse a cualquier edad y con el monto que escogiera y que en un estado de derecho la ignorancia no es excusa y que la demandante tuvo el tiempo para solicitar aclaración de las dudas que pudiera tener respecto al RAIS y de haber regresado al RPMP pero no lo hizo así.

d. CARGA DE LA PRUEBA

Es sumamente necesario recordar la importancia de la prueba como elemento de su convicción que permite al fallador tomar una decisión sobre un asunto sometido a su consideración.

Ahora bien, la teoría de “ la inversión de la carga de la prueba” que se pretende imponer en esta clase de procesos, para aplicar a situaciones que tuvieron ocurrencia hace más de 18 años atrás, no resiste un análisis ponderado y serio, toda vez que ésta en principio incumbe a la demandante y que en todo caso en aplicación del sistema de carga dinámica corresponde a quien tenga la capacidad de demostrar un hecho procesal, en el caso sub lite es ausente por inexistente.

La actividad procesal impone a las partes deberes relacionados con acreditar 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 lo dicho, simplemente no lo hace, no obstante, con su demanda activa la jurisdicción, lo cual conlleva unas responsabilidades.

Por otro lado, no es aceptable alegar como lo hace la parte demandante, su propio error, o la propia culpa. Dicho principio general de derecho es acogido por la jurisprudencia constitucional, entre ellos en la sentencia C-083 de 1995, T 213 de 2008y T 1231 de 2008, al punto que entro a hacer parte del ordenamiento jurídico colombiano el principio general del derecho “*nemo auditur propian turpitudinem allgans*”

Al respecto la sentencia C 083 DE 1995 expresó:

“ Pues bien: de esas y otras disposiciones del ordenamiento colombiano, es posible inducir la regla “ neo auditor...” 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 Araujo Renteria.

e. INAPLICABILIDAD DEL PRECEDENTE JUDICIAL.

Teniendo en cuenta que la demandante nunca formo parte del Régimen de Prime media con prestación definida y al no existir ningún vinculo jurídico previo con administradora alguna, no puede ser declarada la ineficacia de la afiliación, y no puede aceptarse que al momento de su vinculación se haya violado alguna expectativa cuando no existió acto previo de afiliación al sistema pensional., reiteramos que en el presente caso estamos frente a una vinculación inicial.

En ese orde de ideas no es aplicable la línea jurisprudencial de la corte suprema de Justicia SL1688 de 2019.

PRUEBAS

Para que se declaren probadas la excepciones que se pondrán, solicito que en la oportunidad procesal correspondiente, se decreten las siguientes

DOCUMENTALES

- 1- Relación de aportes a PORVENIR S.A

- 2- Movimiento de cuenta
- 3- Formulario de vinculación.
- 4- Historia laboral registrada en OBP (No registra aporte en el RPM)
- 5- Vinculación siafp (No registra vinculación al RPM)
- 6- Historia laboral RAIS (No registra vinculación previa al RPM)
- 7- Certificación de afiliación a PORVENIR
- 8- No viabilidad.

INTERROGATORIO DE PARTE

Solicito al señor Juez citar al señor EDUARD Menco PUEERTA quien funge como demandante dentro de la presente demanda a fin de realizarle interrogatorio de parte, el cual lo formulare en el día y hora que disponga el despacho.

PODER

Solicito respetuosamente al señor Juez, me reconozca personería para actuar teniendo en cuenta el poder conferido.

EXCEPCIONES DE MERITO

1.PRESCRIPCIÓN

Excepción que se refiere a la solicitud de la demandante en el sentido que se declare la ineficacia o nulidad del traslado al Régimen de Ahorro individual con solidaridad.

En nuestro ordenamiento jurídico, no existen obligaciones irredimibles y por ello el legislador consagró como mecanismo extintivo de derechos y obligaciones, la figura jurídica de la prescripción, que el código civil define de la siguiente manera: la prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo” y concurriendo los demás requisitos legales, ocupándose también el legislador de señalar, el lapso que debe transcurrir para entender que una obligación se encuentra prescrita.

Así las cosas, en materia laboral, el artículo 488 del código sustantivo del trabajo señala *"Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto."*

A su vez el artículo 151 del C.P.T y de la SS : *" prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tre años, que se contarán desde la respectiva obligación se haya hecho exigible"*

En este orden de ideas, la posibilidad de solicitar y declarar la nulidad de la afiliación a Régimen de Ahorro individual con solidaridad que indica la parte actora, se encuentra prescrita, toda vez que se ha superados con creces el lapso de tres años previstos en el

art 151 de CPTSS, por cuanto desde el traslado de la parte demandante a la AFP PORVENIR han transcurrido más de 3 años.

Pero aún remitiéndonos a los términos de prescripción propios del código civil, en relación con las acciones para solicitar y obtener la declaración de nulidad de un negocio jurídico (en este caso el traslado al Fondo de pensiones obligatorias que administra mi representada) bien sea absoluta o relativa, también se encuentran mas que superados, teniendo en cuenta que:

La nulidad absoluta se extingue en todo caso por prescripción extraordinaria, de conformidad con lo señalado en el art 1742 del cc, norma que fue declarada exequible por la Corte Constitucional. El término civil de prescripción extraordinaria, se encuentra reglamentado en el artículo 1º de la ley 791 de 2002, de la siguiente manera” *redúzcase a 10 años el término de todas las prescripciones veintenarias, establecidas en el código civil, tales como la extraordinaria adquisitiva de dominio, la extintiva, la de petición e herencia, la de saneamiento de nulidades absolutas.*”

Como quiera que han transcurrido más de 20 años entre la fecha de vinculación de la demandante a PORVENIR y la fecha de presentación de la presente demanda, cualquier acción tendiente a solicitar que se declare la nulidad del traslado se encuentra prescrita.

Y con relación a la acción de nulidad relativa, el artículo 1750 del código civil, 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 esta hubiera cesado; en el caso de error o de dolo, desde el día de la celebración del acto o contrato.

2. PROHIBICIÓN LEGAL DE APLICAR RETROACTIVAMENTE LA LEY.

En relación con el deber de información, se debe tener en cuenta que el actor se afilió desde el año 199, razón por la cual el caso debe ser analizado conforme al deber de información vigente para la fecha de los hechos. Es decir se debe atender a lo dispuesto en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993 el cual provee que la selección de un cualquiera de los regímenes pensionales es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación no obstante se pretende obtener de la afp una deber de asesoría que surgió con la expedición de normas posteriores.

Así las cosas, no es posible aplicar la ley en forma retroactiva, pues con ello se esta desconociendo las reglas generales de la aplicación de la ley en el tiempo.

Sentencia Corte Constitucional C377 DE 2004 MP Rodrigo Escobar Gil

“La retroactividad y la ultraactividad de la ley tienen carácter excepcional y deben estar expresamente previstas en el ordenamiento. Tal es el caso del principio de favorabilidad en materia penal, por virtud del cual “la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable” (C.P. art. 29), o de los efectos ultraactivos de la ley procesal derogada en relación con los términos que

hubiesen empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, las cuales continúan rigiéndose por la ley antigua.”

3. PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA

Lo pretendido por el actor lesiona la confianza legítima de las Administradoras del Régimen de ahorro individual al cual pertenece Porvenir S.A. , que en vigencia de la regulación contenida en la Ley 100 de 1993 y la versión original del art 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, dispusieron su estructura organizativa para dar cumplimiento al deber de información previsto en dicha norma. Corte Constitucional Sentencia C 131-04 *“El principio de la confianza legítima es colorado de aquel de la buena fe y consiste en que el estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego .”*

4.FALTA DE CAUSA PARA PEDIR E INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS.

Toda vez que los supuestos de hecho expuesto en el libelo, no encuentran soporte en la preceptiva invocada en la demanda, para peticionar en la forma en que lo hace en contra de mi representada.

En efecto , al existir vinculación válida al RAIS, no se encuentra razón alguna para que se pretenda que la misma se declare nula, pues como ha quedado demostrado en el presente escrito de contestación, la afiliación del actor a AFP PORVENIR S.A se produjo de manera libre , espontánea y sin presiones luego de recibido toda la información y asesoría completa, necesaria y personalizada respecto a las características, ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual con solidaridad, a fin de que pudiera tomar la decisión que considerará más conveniente, además de haber sido suministrada aquella sobre la cual mi representada tenía la obligación de brindar.

Aunado a lo anterior, la demandante se encuentra imposibilitada de retornar al RPM toda vez que a la fecha se encuentra a menos de diez años para cumplir la edad de pensión de vejez.

5.BUENA FE

La AFP PORVENIR S.A., actuó con la más absoluta buena fe frente a la afiliación del actor toda vez que la vinculación se hizo de forma libre, espontánea , voluntaria y sin presiones, donde también se le informo el derecho de retracto.

6.INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DE DEVOLVER LA COMISION DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA OBLIGACIÓN.

En el hipotético evento que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al RAIS, y se condene a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante a COLPENSIONES, sólo sea ordenada la devolución de los aportes más los rendimientos financieros y en ningún caso se debe obligar a mi representada a volver conjuntamente los rendimientos y la comisión de administración, toda vez que se trata de prestaciones ya acaecidas, por lo que no puede desconocerse que la cuenta de ahorro individual produjo unos rendimientos gracias a la buena gestión

de la AFP, la cual a su vez cobró una comisión para ser rentar esos dineros por lo tanto son conceptos excluyentes, es decir que no se pueden devolver los dos al afiliado, pues no hay causa ni fáctica ni jurídica para hacerlo, toda vez que se estaría desconociendo el trabajo que durante años ha realizado esta Administradora, vulnerándosele el derecho a las restituciones mutuas con frutos, intereses y mejoras y la igualdad de trato en el marco de una relación contractual precedida de buena fe.

El art 963 del código civil resulta inaplicable a los eventos de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales debido a que no se puede reputar que los gastos de administración y las comisiones sean deterioros respecto de los recursos del afiliado, que son administrados por las Administradoras de Fondos de pensiones, toda vez que dichos recursos tiene destinación específica. Desde esa perspectiva resulta alejado del funcionamiento del RAIS considerar como un deterioro al patrimonio del afiliado la erogación correspondiente a los dineros que se destinan a cubrir los gastos en los que incurre la administradora para desarrollar las actividades tendientes al cumplimiento de sus obligaciones, que cuyo objeto no es otro que la conservaciones de los recursos entregados por aquel .

A esto debe también tenerse en cuenta que la demandante también hubiera tenido que incurrir en gastos de administración de haber permanecido en el RPM, pues el legislador estableció el 3% de los dineros cotizados se destinaran para cubrir los gastos de administración y la prima de seguro previsional.

7.PRESCRIPCION DE LAS OBLIGACIONES LABORALES DE TRACTO SUCESIVO

Sin implicar confesión o aceptación de los hechos de la demanda, me permito proponer la excepción de prescripción de la totalidad de obligaciones de tracto sucesivo, que tuvieren más de tres (3) años desde la fecha de su causación.

8.INOMINADA O GENERICA

Consiste ésta excepción en que, si al efectuarse un estudio detallado y una valoración conjunta de las pruebas, el sr Juez encuentre probada alguna excepción, la misma debe ser declarada al proferirse la sentencia conforme lo establece el art 282 del CGP.

Por lo anterior solicito al Sr Juez, declarar probadas las excepciones propuestas por la parte demandada y alegadas con el presente escrito.

9. INEXISTENCIA DE ALGÚN VICIO DEL CONSENTIMIENTO AL HABER TRAMITADO EL DEMANDANTE FORMULARIO DE VINCULACIÓN AL FONDO DE PENSIONES

La presente exceptiva, la fundo, en el hecho de que el demandante al momento de suscribir documento referente a solicitud de afiliación no se vio afectada por ningún vicio del consentimiento, llámese error, fuerza, o dolo. Es así como la misma, al momento de suscribir dicho documento estampó su firma e hizo constar su voluntad de afiliación.

10. DEBIDA ASESORÍA DEL FONDO:

La presente exceptiva, la fundo, en el hecho de que el demandante al momento de suscribir documento referente a su solicitud de afiliación no se vio afectada por ningún

vicio del consentimiento, llámese error, fuerza, o dolo. Es así como la misma, al momento de suscribir dicho documento estampo su firma e hizo constar su voluntad de afiliación.

NO SOBRA EL ADVERTIR QUE LA ADMINISTRADORA QUE REPRESENTO EN SU MOMENTO BRINDO LA INFORMACIÓN NECESARIA PARA QUE EL DEMANDANTE TOMARA LIBREMENTE, CON CONOCIMIENTO LA DECISIÓN DE TRASLADO.

ANEXOS

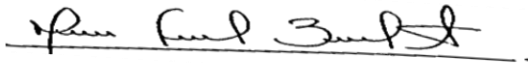
Se anexan los documentos relacionados en el acápite de pruebas.

NOTIFICACIONES

PORVENIR S.A., en carrea 13 No 26 a- 65 en Bogotá D.C

Apoderada, en Cra 6C No 31N 46 Popayán- correo electrónico: macrisbuchelif@hotmail.com . Tel 3004315436

Del señor Juez



María Cristina Bucheli Fierro
CC. 52.431.353 de Bogotá
TP No 148996