

Popayán, Junio 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:** DIANA CRISTINA LOZANO CAMARGO

Demandado: PORVENIRS.A.

Radicado No: **1900131050022022-00093-00.**

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 DIANA CRISTINA LOZANO CAMARGO.

**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**

**PRONUNCIAMIENTO EXPRESO SOBRE LAS PRETENSIONES**

**DECLARATIVAS**

A:Mi representada se opone a que se declare prospera dicha pretensión, pues la 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 al momento de la suscripción del formulario de vinculación dispuesto legalmente para tal fin. Se resalta que al momento de la afiliación , la señora DIANA CRISTINA LOZANO CAMARGO 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, 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. El acto de vinculación por traslado es válido por cuanto no se celebró en contra de una prohibición legal, no esta inmerso en vicios del consentimiento, ni mucho menos se realizo bajo engaños ni medio coacción alguna.

B: 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, entre las principales obligaciones están, de un lado las obligaciones del afiliado de realizar los aportes o cotización mensual al sistema de pensiones y del otro para las Administradoras, en este caso para la AFP Porvenir la de administrar y conceder previo cumplimiento de requisitos de ley, las prestaciones a las que haya lugar. Así el art 20 de la Ley 100 de 1993, señala como debe ser la distribución del porcentaje de cotización, el cual tanto en el régimen de prima media como en el de ahorro individual un porcentaje de dicho aporte se destina a cubrir los gastos de administración.

En ese orden de ideas, en el régimen de ahorro individual, los aportes de los afiliados que ingresan al fondo deben cumplir con requisitos mínimos e invertirse en tes, bonos, CDTs, es decir la afp efectúa inversiones, donde cada afiliado posee una cuenta de ahorro individual que se ve representada en unidades de participación y dichas inversiones deben ser valoradas diariamente por la AFP, razón por la cual no hay lugar a que Porvenir S.A, asuma dichos gastos de administración, maxime cuando la ley regula dicha figura, pues habría un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante y un empobrecimiento para Porvenir S.A.

C. Mi representada se opone a que se declare prospera dicha pretensión, pues 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 encontrará en el régimen de prima media con prestación definida.

Frente al bono pensional, es preciso señalar que los bonos pensionales son documentos de contenido crediticio que representan en dinero los aportes efectuados a un sistema pensional anterior al traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad (fondos privados de pensiones) y que tienen como fin contribuir a la financiación de una pensión, no obstante PORVENIR SA, no es una entidad pagadora de bonos pensionales, dado que por mandato legal su función corresponde a la de adelantar las gestiones tendientes a la consecución del bono pensional de conformidad con lo establecido en el art 20 del decreto 656 de 1994, así mismo el artículo 24 del decreto 1299 de 1994, le confirió a la Nación por intermedio de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público la función de reconocer, liquidar, emitir y pagar los bonos pensionales y cuotas partes a cargo de la Nación, por lo que es claro que PORVENIR S.A. no cuenta con el bono pensional efectivo, pues este es pagado por el emisor del bono pensional para financiar la pensión a la que haya lugar cuando se den los presupuesto para ello.

Respecto a las primas de seguro, se reitera lo manifestado por la Superintendencia Financiera en concepto de fecha 15 de enero de 2020, en el que señala que no es procedente dicha devolución dado que el seguro pagado amparó el riesgo cubierto durante la vigencia de la póliza, a continuación transcribo algunos aportes *"en atención a que el porcentaje de la prima del seguro previsional ya fue sufragado y la compañía aseguradora cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, este DESPACHO NO considera viable el traslado de dichos recursos"*

Ahora respecto a la solicitud de pago del valor correspondiente al de la suma adicional, esta solicitud es totalmente improcedente toda vez que dicha suma es reconocida por la Aseguradora con quien se tiene contratado los seguros provisionales para invalidez y sobrevivencia, en el momento en que se den los supuestos legales para ello.

En ese orden de ideas y aclarada la imposibilidad de trasladar sumas equivalentes entre el ahorro pensional efectuado en el RAIS y el RPM, es preciso resaltar que este tema fue abordado por la Corte constitucional en sentencia de unificación **SU -062 de 2010** y se señalo la problemática atinente a la imposibilidad de cumplir con la equivalencia del ahorro pensional al momento de traslado del régimen de Ahorro Individual al régimen de Prima Media.

#### CONDENAS

1) 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.

2) 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.

3) 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: De acuerdo con historial siafp, la señora DIANA LOZANO reporta las siguientes vinculaciones frente al sistema General de Pensiones:

01 DE AGOSTO DE 1998 COLFONDOS

01 OCTUBRE 2007 COLPENSIONES

01 DICIEMBRE 2012 HORIZONTE

01 ENERO 2014 PORVENIR

2: En lo que respecta a PORVENIR SA la vinculación de la señora DIANA CRISTINA LOZANO CAMARGO se realizó conforme a la normatividad y jurisprudencia vigente para la fecha de vinculación, es decir recibió de manera verbal toda la información necesaria conforme lo establecen las normas que se encontraban vigentes. Así mismo se debe tener en cuenta que el 22 de octubre de 2014, PORVENIR, remitió comunicación informando de los términos señalados en la ley para efectuar traslado de régimen.

3) Las proyecciones de pensión, como su nombre lo indica son proyecciones que están sujetas a la fluctuación del mercado y a la información que en su momento suministró la afiliada, y por ello mal podría interpretarse que son situaciones jurídicas consolidadas, ni como una derecho adquirido a favor del afiliado, en consideración a que los cálculos se realizan a fecha presente. De otra parte no se debe olvidar que toda la regulación del régimen de ahorro individual se encuentra reglada en la ley 100 de 1993, por lo que el afiliado podía acceder en cualquier momento a dicha información si consideraba que la asesoría que se le brindo en su momento no correspondía a sus expectativas y bajo un mínimo de interés por el plan pensional al que decidió pertenecer al momento de decidir de manera libre y voluntaria afiliarse o trasladarse al RAIS, régimen al cual pertenece PORVENIR S.A.

4) En lo que respecta a PORVENIR S.A., No es cierto, el traslado de administradora de la señora MARTINEZ DELGADO se realizó con fundamento en la normatividad vigente para la fecha de su vinculación al RAIS.

5) La proyección de pensión realizada, está sujeta a lo establecido en el Ley 1748 de 2014 y Decreto 2071 de 2015 y como su nombre lo indica son proyecciones y mal podría interpretarse que son situaciones jurídicas consolidadas, ni como una derecho adquirido a favor del afiliado, en consideración a que los cálculos se realizan a fecha presente.

6) 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.

## **HECHOS, FUNDAMENTOS Y RAZONES DE DERECHO DE DEFENSA**

En primer lugar 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.

Consideramos oportuno también mencionar 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 esta afiliado al RAIS e inhabilitado por la misma para efectuar un traslado valido fuera de los tiempos de ley pueda trasladarse al régimen de prima media, dado que las condiciones y requisitos frente cada la modalidad pensional en uno y otro régimen son diferentes.

PORVENIR SA., 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, la señora MARTINEZ DELGADO después de recibir la información necesaria conforme a la ley vigente para el acto jurídico de traslado, suscribió formulario de vinculación por traslado. Adjunto soporte de ello.

En ese orden de ideas considera PORVENIR S.A., que es improcedente la solicitud de nulidad del traslado o 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 .

### **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 10 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

## **A)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 vigentes para la vinculación a la AFP 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 al 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.

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 engañado 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 reformó 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.

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

La vinculación a PORVENIR S.A. es un acto válido en la medida en que la demandante de manera libre y voluntaria, previa la información recibida por parte del Fondo, suscribió formulario de vinculación ante el RAIS y ha permanecido afiliada desde ese entonces.

No puede tildarse de falsa o engañosa la manifestación de un asesor de RAIS en el sentido de indicar a un afiliado que 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.

Tenemos entonces que el cumplimiento de esta variable 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 y por tanto no es un argumento válido para solicitar la anulación de la afiliación que realizó entre administradoras, siendo PORVENIR la Administradora del RAIS que escogió el demandante de manera libre y voluntaria.

Es claro entonces que la demandante tomó una decisión informada y consciente y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación o traslado a PORVENIR S.A manifestando pleno conocimiento y consentimiento en el proceso de la vinculación ya que con su firma dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontanea y voluntaria y sin ninguna presión tomo la decisión de afiliarse al régimen de ahorro individual con solidaridad; de manera que no puede ahora aducir válidamente que no conocía del tema por falta de asesoría o información por cuanto, además de haberse brindado por parte del asesor de PORVENIR S.A., el tema pensional en Colombia ocupa un lugar muy importante en desarrollo normativos por parte del Estado y del Gobierno, hechos y asuntos que no pueden ser desconocidos por nadie en la medida que se tratan de temas de interés general y por lo mismo adquieren la característica de tenerse como hechos notorios.

En suma, la demandante no puede alegar ahora que no conocía la Ley en materia pensional, pues la ignorancia de la ley no sirve de excusa.



En cuanto a la vinculación al RAIS, conviene advertir que la selección de cualquiera de los regímenes previstos por la Ley, es decir, el de prima media con prestación definida (administrado por el ISS) 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 art 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 este, 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 , manifestaran 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 al 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 al programa adoptado 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 administradora, es un acto que concierne exclusivamente a la voluntad libre y espontánea del trabajador, se consagró como requisito que dentro del respectivo formulario se dejará una manifestación expresa sobre tales condiciones, la cual se respalda con la firma del trabajador en el mismo.

En este caso concreto la parte demandante, al suscribir el formulario, la solicitud de vinculación al fondo de pensiones obligatorias actualmente administrado por PORVENIR SA ., efectuó una declaración relacionada con su voluntad para afiliarse a este fondo, dejando expresa constancia de que lo hizo en forma libre y son presiones y con el

conocimiento pleno de la información que a la fecha de sus solicitud, debían brindar las Administradoras.

Ahora bien, la ley en aras de proteger al cotizante y al régimen de seguridad social en pensiones, ha establecido un período de cinco (5) días hábiles después de la fecha en la cual manifestó la correspondiente selección, para que este pueda retractarse (derecho de retracto) de su decisión de escogencia de régimen, como así lo establece el art 3 del Decreto 1161 de 1994, derecho que en su oportunidad el demandante no ejerció a pesar de haber sido informado. Para mayor comprensión transcribimos la norma en cita:

*"Artículo 3 º. Traslado de regímenes. 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." (subrayado fuera de texto)*

Luego, no puede prosperar la pretensión de nulidad del demandante a sabiendas que efectivamente recibió la información necesaria que le permitió, sin lugar a dudas, ejercer sus derechos de escogencia y retracto, si no se encontraba conforma con su decisión.

### **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 él, 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 acto jurídico..."*

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.

## **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.

## **PRUEBAS**

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

### **DOCUMENTALES**

1. Informe movimiento de cuenta Porvenir S.A
2. Comunicación de octubre de 2014 informado términos para traslado de Régimen
3. Historia laboral registrada en OBP
4. Bono ( reporte OBP)
5. Certificación afiliación
6. Extracto cuenta ahorro individual
7. historia laboral consolidada

## **INTERROGATORIO DE PARTE**

Solicito al señor Juez citar a la señora DIANA LOZANO 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 especial 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 24 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. Límites del deber de información**

El deber de información tiene límites que definen con claridad el contenido de la prestación en cabeza del sujeto al que le es exigible dicho comportamiento, los cuales, además, impiden que aquel se torne irrazonable o excesivo. Se ha señalado que constituyen límites al deber de información, entre otros la diligencia de quien requiere la información, sus calidades personales y la prohibición del abuso del derecho a solicitar información.

Si bien existe en cabeza del profesional la obligación de informar a su cliente” *la existencia de esa prestación no impide que el cliente también deba informarse por su lado, en la medida de sus capacidades.* ” Jorge Suescun Melo. *Derecho privado.*

En ese orden de ideas la llamada parte débil ( afiliado) de la relación que surge en el traslado de régimen, pueda actuar con total despreocupación o pasividad respecto de sus intereses a la hora de celebrar un convenio .

Por lo tanto se puede concluir que al valorar el cumplimiento o incumplimiento del deber de información se debe considerar que el interesado le asiste una carga de auto informarse. Y que tiene relevancia cuando se analiza las consecuencias jurídicas que se derivan del comportamiento de las partes. En palabras de la sala de Casación civil de la corte suprema de justicia, Sentencia de 2 de agosto de 2001 exp 6146 MP Carlos Ignacio Jaramillo ” *en materia informativa, como secuela de la buena fe, y en particular del postulado de la cooperación negocial, el limite o el con fin de la carga de informar al otro radica, precisamente, en el deber de informarse a si mismo en la medida de lo posible y de las circunstancias que rodeas a cada asunto.* ”

## **3.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 , espontanea 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 mas conveniente, además de haber sido suministrada aquella sobre la cual mi representada tenia 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 de la señora DIANA LOZANO, toda vez que la vinculación se hizo de forma libre, espontanea , voluntaria y sin presiones, donde también se encontraba establecido el derecho de retracto de conformidad con el numeral 3.3 de la circular externa No 019 de 1998, expedida por la Superintendencia Bancaria hoy Financiera de Colombia.

## **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 devolver 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.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.

#### **8.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 estampo su firma e hizo constar su voluntad de afiliación.

#### **9.DEBIDA ENTREGA DE INFORMACIÓN POR PARTE DEL FONDO:**

La presente exceptiva, la fundo, en el hecho de que la 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.

#### **ANEXOS**

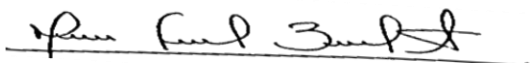
Se anexan los documentos relacionados en el acápite de pruebas.

#### **NOTIFICACIONES**

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

Apoderada, en Cra 6C No 31N 46 apto 402 Popayán- correo electrónico: macrisbuchelif@ hotmail.com . Tel 3004315436

**Del señor Juez**



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



