

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### SALA DE DECISIÓN LABORAL

El veintitrés (23) de febrero de dos mil veintitrés (2023), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, procede a proferir sentencia de segunda instancia, en el presente proceso ordinario laboral promovido por la señora **MARÍA DIOMAR ZABALA GÁMEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S. A** (en adelante PORVENIR S.A.) tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-003-2019-00059-01.

#### AUTO

Conforme a la sustitución de poder allegado vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por la sociedad LÓPEZ & ASOCIADOS quien funge en este proceso como apoderado principal de PORVENIR S.A, se procede a reconocer personería para actuar como apoderado principal de PORVENIR S.A. al abogado ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ, portador de la T.P. 115.849 del C.S de la judicatura.

El Magistrado del conocimiento, Dr. FRANCISCO ARANGO TORRES, declaró abierto el acto y previa deliberación sobre el asunto, la Sala adoptó el proyecto presentado por el ponente, el cual quedó concebido en los siguientes términos.

#### 1. ANTECEDENTES:

La demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare la ineficacia o en subsidio la nulidad de su traslado al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida (en adelante RPM) administrado por Colpensiones.

**Como fundamento fáctico de sus pretensiones** relata la actora que nació el 08 de diciembre de 1965, y que durante sus periodos laborales realizó aportes al RPM a

través del ISS, y que en mayo del año 1994 se trasladó al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A.

Expresa que PORVENIR S.A., no la asesoró de manera técnica y adecuada a la hora de tomar la decisión de trasladarse del ISS hoy COLPENSIONES a esa entidad. No le explicaron las características de cada uno de los regímenes pensionales existentes. No le explicaron los requisitos que exigía el RPM administrado por COLPENSIONES, para acceder a la pensión de vejez. En igual sentido señala que no se le informó que en COLPENSIONES la pensión depende de la edad y las semanas cotizadas, tampoco se le habló de los requisitos o formas de acceder a una pensión en el RAIS, nunca le informaron que requería de un capital mínimo ahorrado para aspirar a una pensión, no le advirtieron que los cálculos estimados estaban sometidos al vaivén del mercado, incluso a medidas gubernamentales como la tabla de supervivencia, no le explicaron nunca que el valor de la pensión depende de la modalidad que se escoja, es más, ni siquiera le enseñaron cuales eran las distintas modalidades de la pensión, no le indicaron cómo funciona financieramente el fondo privado, ni tampoco le informaron que para pensionarse antes de los 60 años tenía que castigar el bono pensional para su redención anticipada.

Expone que no se le realizó un comparativo de los requisitos en ambos regímenes, lo cual no le permitió realizar un análisis mínimo de cuál de los dos le era más beneficioso para sus intereses, no le informaron sobre la posibilidad de devolverse al RPM, tampoco se le informó de las consecuencias negativas del traslado, no se le advirtió que debido a sus salarios para el año del traslado no le era rentable trasladarse al RAIS.

Aduce que en el fondo privado le informaron que podría pensionarse a la edad que quisiera y con el monto que quisiera, que las administradoras del régimen de prima media, entre ellas el ISS, se iban a “quebrar” y que sus ahorros pensionales se podrían perder.

## **2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:**

El *a quo* despachó desfavorablemente las pretensiones como fueron solicitadas en la demanda, y en su lugar declaró la ineficacia por inaplicación constitucional del acto jurídico a través del cual la demandante se trasladó del RPM al RAIS, declarando que la AFP PORVENIR S.A. faltó a su obligación de dar información clara, veraz y oportuna a la demandante, y que dicha falta de información le causó un daño grave a la

demandante en su acceso real y efectivo a la seguridad social, siendo entonces la AFP demandada la responsable del daño causado a la demandante.

Seguidamente declaró la responsabilidad constitucional y profesional de la AFP PORVENIR S.A. en el acto jurídico del traslado y la ineficacia constitucional que se declara de dicho acto jurídico en cabeza de la demandante. Así mismo declaró que la señora MARÍA DIOMAR ZABALA GÁMEZ sigue inmersa en el RPM a cargo de la demandada PORVENIR S.A., y que COLPENSIONES es un tercero absoluto en el acto jurídico de traslado del RPM al RAIS por lo que se absuelve de todas las pretensiones sin perjuicio de las ordenes que le dará, en consecuencia ordeno a PORVENIR S.A. que dentro del mes siguiente a la solicitud por escrito la señora MARÍA DIOMAR ZABALA GÁMEZ cuando esta haya cumplido los 57 años de edad a que se le reconozca, liquide y pague la pensión de vejez bajo las condiciones del RPM, reglamentado por la Ley 100 de 1993.

Asimismo ordenó que en un término de 30 días PORVENIR S.A. solicitara a COLPENSIONES la elaboración del cálculo actuarial pensional con miras a la subrogación pensional, el cual deberá liquidar COLPENSIONES dentro de los dos meses siguientes, debiendo ser cancelado dicho calculo por PORVENIR S.A, en consecuencia ordenó a PORVENIR S.A. que mientras no sea real y efectivamente pagado el cálculo actuarial pensional a COLPENSIONES, deberá reconocer, liquidar y pagar las mesadas pensionales de la señora MARÍA DIOMAR ZABALA GÁMEZ bajo el RPM.

También, el juez, ordenó PORVENIR S.A. a financiar la pensión de vejez de la actora, autorizando a enjugar parte del cálculo actuarial pensional que se le ordena pagar a COLPENSIONES tomando para ello el valor de los ahorros pensionales de la trabajadora, rendimientos financieros, bonos pensionales y cualquier otro dinero que llegue a haber en la cuenta pensional de la actora.

Finalmente indicó el juez, que no prosperan las excepciones propuestas por la AFP PORVENIR S.A., pero sí prospera la excepción propuesta por COLPENSIONES de intrasmisibilidad de la responsabilidad por ser COLPENSIONES un tercero de buena fe, e impuso costas procesales a cargo de PORVENIR S.A.

Para fulminar la condena el *a quo* argumentó que la ineficacia de los actos jurídicos en Colombia debe ser declarada cuando una autoridad observa que ha sido violentado un derecho social fundamental. Que cuando la ineficacia de un acto jurídico o la nulidad

de ella es declarada por traer efectos adversos a una de las partes, se entra a una institución propia del derecho denominada el principio de relatividad de los actos jurídicos que benefician o perjudican a los que han participado en él, no a los terceros.

Arguye que COLPENSIONES es un tercero absoluto frente al acto jurídico de traslado, porque ni la constitución, ni la ley le obliga a estar atento a ese acto jurídico y, por lo tanto, las consecuencias negativas de la ineficacia del traslado no tienen por qué recaer en esta entidad y obligarle a reconocer una pensión pues habría un detrimento patrimonial al Estado.

Luego adujo que, las actividades que realizan las administradoras de fondos de pensiones con carácter mercantil financiera, realizan una actividad fiduciaria y que está definido por la jurisprudencia de décadas atrás que en ese contrato no hay una obligación de resultado, pero si ha exigido la ley y la jurisprudencia una obligación de medio que es la de cabal diligencia y asesoría a la persona que realiza el contrato de fiducia. La doctrina lo denomina como la obligación de diligencia debida o de buen consejo y por lo tanto, cuando las administradoras de fondos de pensiones no dan información clara, veraz y oportuna al momento del traslado y a lo largo del proceso, conforme al artículo 10 del Decreto 720 de 1994 son responsables directamente por los perjuicios, por los daños, por el menoscabo al acceso a la seguridad social en pensiones que traiga el beneficiario, mas no a trasladar los dineros de la cuenta de ahorro individual sino a emitir un título pensional, y si la persona ya ha cumplido la edad obligar a la AFP a pagar la pensión como si fuera del RPM, mediante un cálculo actuarial pensional.

Finalmente, concluyó el juez, que no encuentra prueba alguna de que el fondo privado demandado hubiere entregado a la actora una información clara, veraz y oportuna al momento del traslado, y si bien en el proceso se encuentra el formularios de afiliación, estos son preformatos que contienen una leyenda interior que no demuestran que se ha hecho el traslado de manera libre y voluntaria por lo que declaró la ineficacia de la afiliación pero indicó que la consecuencia de esta ineficacia no es la afiliación al RPM porque ya está prohibida al faltarle a la demandante menos de 10 años para pensionarse, por lo tanto la pensión de vejez estará a cargo del fondo privado, en igual sentido manifestó que la excepción de prescripción propuesta por la AFP demandada no prospera en razón a que los derechos sociales fundamentales como son el acceso a la seguridad social no prescriben.

### **3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:**

La sentencia fue apelada por los apoderados de PORVENIR S.A, de COLPENSIONES y del DEMANDANTE.

### **APELACIÓN DE PORVENIR S.A.**

La apoderada de PORVENIR S.A. apela la sentencia de primera instancia, solicitando que se revoque de manera total, expresando que con este fallo se afectan los principios fundamentales del derecho como son la confianza legítima, la sostenibilidad financiera del sistema pensional, una confianza legítima dada y otorgada a través del formulario de afiliación suscrito por la demandante en el año 1994. Manifiesta que el documento cumple a cabalidad con el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, y que el formulario no fue tachado de falso ni tampoco generó una situación de inconformidad durante la afiliación. Considera que contrario a lo manifestado en primera instancia el formulario de afiliación permaneció en el tiempo, existió a la vida jurídica y con ese fallo se está desconociendo o dejando desprovisto ese formulario de afiliación suscrito por la parte demandante. Arguye que la demandante ratificó esa decisión suscrita para el año 1994 a través de la permanencia en el RAIS, la generación de aportes y el ser beneficiaria de los rendimientos que generó su cuenta de ahorro individual. Aduce que PORVENIR S.A. no actuó de manera nula al momento de entregarle información a la actora, pues para la fecha en que se suscribe el formulario de afiliación entregó una debida información y además de ello actuó, generó y abrió los canales de atención que dispuso a la demandante para cualquier duda o inquietud que presentara, canales que en ningún momento fueron agotados por la parte actora.

Expone que no se puede dejar de lado que para PORVENIR S.A. estaba el buen consejo desde el año 1993 y solamente hasta el año 2009 se le exige dejar de manera escrita o documentada la información o asesoría brindada, y es que para el año 1994 era dable y era posible para PORVENIR S.A entregar una asesoría de manera verbal. Arguye que el formulario de afiliación también fue entregado a la Superintendencia Bancaria, entidad que verificó la veracidad y la pertinencia del documento, en esa medida era PORVENIR S.A. cumplidora de la normatividad y ha actuado de buena fe conforme a la afiliación de la demandante, por lo que desconocerse el formulario de afiliación con una normatividad no vigente al momento del traslado y exigiendo que se alleguen pruebas diferentes al formulario de afiliación no está dado teniendo en cuenta que se imposibilita y se afecta el derecho de defensa a PORVENIR S.A ya que para la época del traslado no obraba alguna otra exigencia para dejar de manera documentada la asesoría brindada y no existe norma alguna que indique que para PORVENIR S.A era prohibido entregar información de manera verbal.

Por lo anterior solicita al Tribunal verificar la vigencia de la normatividad, teniendo en cuenta que se está desconociendo para PORVENIR S.A y se está imposibilitando. Aunado a ello se afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional en la medida en que se genera una declaratoria de ineficacia más sin embargo se atribuye unas responsabilidades a PORVENIR S.A omitiendo así la línea jurisprudencial que existe frente a las declaratorias de ineficacias. Precisa que la sostenibilidad financiera se afecta teniendo en cuenta que la demandante se encuentra bajo la prohibición legal contenida en la Ley 797 del año 2003 literal e del artículo 2 y se declara la ineficacia del traslado más sin embargo no se hace un retorno a COLPENSIONES, olvidándose así que el RPM y el RAIS son regímenes excluyentes así ambos estén reglados por la Ley 100 de 1993, pero no por ello se puede olvidar que tanto la mesada pensional o el cumplimiento de requisitos difiere el uno del otro, en el RAIS depende del capital y en cambio en el RPM depende del cumplimiento de la edad y del número de semanas, es decir, que en esta medida ambos regímenes son divergentes y con el fallo proferido en primera instancia se olvida que ambos regímenes pensionales son excluyentes.

Aduce que también se afecta la sostenibilidad financiera porque se indilgan unas responsabilidades a cargo de PORVENIR S.A como son el reconocimiento de una mesada pensional de vejez pero bajo las reglas del RPM y es que para PORVENIR S.A no está dado reconocer una mesada pensional bajo las reglas del RPM, porque en el RAIS las pensiones se determinan de una manera diferente al RPM. PORVENIR S.A tiene prohibido realizar alguna actuación diferente a lo que regula el RAIS. En igual sentido relata que lo declarado en primera instancia se olvida de la línea jurisprudencial de la CSJ con las sentencias SL 31989 del año 2008, la SL 33083 de 2011, la SL 4989 de 2018, y la SL 4252 de 2019, teniendo en cuenta que se le indilga a PORVENIR S.A reconocer una mesada pensional bajo las reglas del RPM, olvidando que si se genera una ineficacia del traslado todo vuelve a su estado anterior o inicial, es decir, que si hay una declaratoria de ineficacia es COLPENSIONES quien debe acarrear con el futuro pensional de la demandante ya que la afiliación a PORVENIR S.A no nació a la vida jurídica.

También solicita una revocatoria frente al reconocimiento pensional y frente a la conmutabilidad, señalando que si bien la figura de conmutación existe, considera que teniendo en cuenta las reglas de exclusión que existen entre uno y otro régimen no es posible para PORVENIR S.A. reconocer pensiones con requisitos que no le son aplicables y por ende no hay conmutabilidad. A demás si se está hablando de una ineficacia porque razón PORVENIR S.A. debe de reconocer un derecho pensional si nunca existió una afiliación de la demandante a PORVENIR S.A. y en razón a ello

considera que la decisión es contraria a lo pedido por la actora teniendo en cuenta que PORVENIR S.A. tiene una orden de reconocer una prestación económica, pero sin embargo se declara una ineficacia.

Aduce que frente a los posibles perjuicios indicados por el fallador en la parte resolutive de la sentencia, PORVENIR S.A. no ha causado un perjuicio grave a la demandante en razón a que esta no allegó ni demostró dentro del proceso cuáles habían sido los perjuicios causados ni cuál es la afectación económica, la cuenta de ahorro individual de la demandante ha generado unos debidos soportes en los que se puede observar los altos rendimientos, y es ello muestra de que PORVENIR S.A. sí ha cumplido a cabalidad con su deber generando unos rendimientos altos sobre la cuenta de ahorro individual de la parte actora, por lo que no se ha generado una desmejora, es decir que no se le ha generado un perjuicio a la demandante.

Precisa que la demandante estuvo afiliada por más de 20 años al RAIS, genero sus aportes y ha recibido de parte PORVENIR S.A extractos, en los cuales podía observar cuáles eran sus rendimientos, cuáles eran sus aportes y que en los extractos se puede observar cual es el soporte económico que necesita para una mesada pensional y aun así la demandante nunca presento inconformidad alguna respecto a los aportes o los rendimientos, por lo que no se le puede indilgar a PORVENIR S.A. la generación de un perjuicio si no se encuentra el nexo causal del mismo, no hay un perjuicio que demuestre que se está afectando la sostenibilidad económica de la demandante, pues a ella no se le negó el reconocimiento de una pensión, la misma se reconoce de acuerdo a su capital y a los reglamentos del RAIS y de esta manera no se ha afectado ningún derecho por parte de PORVENIR S.A. Así mismo precisa que los perjuicios están dado para personas que ya han adquirido su derecho pensional de conformidad a la sentencia SL 373 de 2021.

Manifiesta que conoce la línea jurisprudencial frente a la declaratoria de ineficacia y considera que en caso de declarar la ineficacia y reconocer una mesada pensional que se excluye frente a los criterios del RAIS, PORVENIR S.A aduce que ha generado una debida administración sobre la cuenta de ahorro individual de la demandante y los únicos valores que en caso dado de la declaratoria de ineficacia y de un posible retorno a COLPENSIONES se debe devolver los aportes y los rendimientos, en caso que los Magistrados solamente consideren a bien la declaratoria de ineficacia y solo se deben retornar a COLPENSIONES las sumas anteriormente mencionadas de conformidad al artículo 113 de la Ley 100 de 1993 y lo reiterado por la Superintendencia Financiera en el concepto del 17 de enero de 2020.

Igualmente en la apelación, PORVENIR S.A. presenta oposición e inconformidad frente a las costas y solicita que se revoque la decisión en la medida que se está afectando el principio que nos indica la sentencia C 157 de 2013, que la condena en costa no es una imposición resultado de un obrar temerario o de mala fe sino que es el resultado para la parte vencida en el proceso, considera que la suma de \$4'000.000 olvida lo también declarado por el Consejo Superior de la Judicatura en lo referente a la tasación de las costas y en esa mediada para PORVENIR S.A es una suma exorbitante que afecta el soporte de este proceso y olvida el factor objetivo establecido en el código general del proceso en el artículo 365.

### **APELACIÓN DE COLPENSIONES.**

La apoderada de COLPENSIONES apela el fallo de instancia, manifestando que pese a la absolución realizada por el despacho, solicita al Tribunal que no se declare la ineficacia de traslado como tal porque en últimas COLPENSIONES es quien asume las consecuencias de dicha declaratoria, por ello solicita tener en cuenta las sentencias C 1024 de 2004 y la SU 062 de 2010 de la Corte Constitucional en materia de traslados,

Precisa que la Corte Constitucional destacó que el derecho a trasladarse no es absoluto y deben atenderse a criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales, en esta misma línea jurisprudencial se pronunció la Corte Constitucional en sentencias como la T 489 de 2010. Una diversidad de trato podría dársele a la posibilidad de trasladarse entre regímenes pensionales en cualquier tiempo, la sentencia SU 130 de 2013 en la cual la Corte se ocupó del tratamiento dado por la jurisprudencia Constitucional a la problemática que surge entorno a quienes se trasladaron al RAIS y unifico su jurisprudencia advirtiendo que de conformidad con lo previsto en los artículos 13 literal e y 36 incisos 4 y 5 de la Ley 100 de 1993, tal y como fueron interpretados por la Corte Constitucional en la sentencia C 789 de 2002 y la C 1024 de 2004, únicamente los afiliados con 15 años o más de servicio cotizados al 1º de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el sistema general de pensiones, son los únicos que pueden trasladarse en cualquier tiempo del RAIS al RPM. Precisa que en el presente caso no existe dicho supuesto de hecho, por lo que la declaratoria de ineficacia en el presente proceso no puede salir avante, con lo mencionado anteriormente solicita al Tribunal no conceder las pretensiones de la demandante, revocar en su totalidad el fallo de instancia y absolver a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones de la parte actora.

### **APELACIÓN DE LA DEMANDANTE.**



El apoderado de la demandante apela la sentencia parcialmente, indicando que si bien en principio podría concluirse que no tiene un interés jurídico para recurrir la decisión, en razón a que la decisión proferida es en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. para efectos prácticos y más que todos preventivos ante una eventual demanda de casación por principio de congruencia y ante lo que pueda resolver el Tribunal Superior de Medellín.

Señala que si se comparan las pretensiones de la demanda con la decisión proferida por el despacho salta a la vista que se negaron todas las pretensiones de la demandante tal y como se solicitaron, toda vez que de los numerales 1 al 4 se solicitó básicamente la ineficacia, las consecuencias y las obligaciones de COLPENSIONES para recibir, computar y condenar a unos perjuicios que la parte demandante tasó en 200 SMLMV, considera que al absolver por completo a COLPENSIONES se entiende que se absuelven de la pretensión número tres, en relación con el recibimiento de los valores que se tienen en la cuenta de ahorro individual de la demandante por concepto de su afiliación, esto es las cotizaciones, rendimientos, intereses y otros conceptos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual pese a que el despacho optó por la figura de la conmutación pensional, que es una figura válida y aplicable, pero lo que se solicitó realmente en la demanda fue precisamente que se devolviera a COLPENSIONES todo lo que se encontraba en la cuenta de ahorro individual, más los rendimientos y sin las cuotas de administración.

Expone que como se declaró la ineficacia pero por excepción de constitucionalidad y se declaró una responsabilidad del fondo de pensiones PORVENIR S.A. y una conmutación a título de indemnización según entiende el apoderado, es por ello que también podría indicarse que se negó la pretensión número uno, ya que la ineficacia solicitada es la que se deriva del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y en ese sentido si bien es novedosa la tesis del despacho, no la comparte porque no cree que se den los presupuestos para separarse de la consolidada y pacífica jurisprudencia de la CSJ y del Tribunal Superior de Medellín, por ello solicita al Tribunal que analice detalladamente las pretensiones de la demanda y como fundamento para que se acceda a las pretensiones tal y como se solicitaron en el escrito de la demanda y debe darse por hecho como se demostró en el proceso que la demandante no recibió una debida asesoría conforme a la Ley 100 de 1993 y en esencial el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 tal y como lo reseñó con acierto el despacho, donde se establece efectivamente las obligaciones de los promotores de las AFP y la conocida diligencia debida de buen consejo, todo ello en el marco de la afiliación al fondo como los criterios pacíficos y ampliamente desarrollados por la CSJ, el Tribunal Superior de Medellín y

por lo tanto deberán aplicarse las consecuencias naturales que destaca la Ley 100 de 1993 en su artículo 271 para la ineficacia. Considera que las cosas deben volver a su estado anterior, es decir, antes del traslado, teniendo la afiliación de la demandante al RPM sin solución de continuidad, indicando que quedó acreditado y no lo desvirtuó PORVENIR S.A, que dicho fondo no acreditó esa diligencia debida y la demanda se presentó a través de unas negaciones indefinidas que por excelencia o esencia invierten la carga de la prueba y en ese sentido no se cumplió con el deber. Quedó acreditado que no se cumplió con el deber profesional y ético que le asisten a las administradoras de fondo de pensiones, de brindar una información completa, veraz, clara, precisa, técnica, adecuada y oportuna para que las personas puedan de manera libre realizar su afiliación a un régimen pensional. Expone que a la demandante no se explicaron los riesgos y los beneficios, en este sentido es importante mencionar una de las providencias de la CSJ en su SL como es la sentencia SL 1689 de 2019 que hace un compendio de todas las decisiones que se han proferido en este sentido, solamente para extraer algunas reglas jurisprudenciales sobre el particular indicando que desde 1994, e incluso desde 1993 con el Decreto 663 en el artículo 97 existen las obligaciones de la asesoría respecto del sistema pensional para que las personas de manera libre puedan elegir el régimen pensional que más les convenga, y que otra regla importante es el consentimiento vertido al formulario de afiliación que no es suficiente para demostrar el deber de información profesional.

En relación a los perjuicios morales aduce que si bien el despacho no hizo una alusión expresa a la pretensión en la cual se solicitaban los 200 salarios, el artículo 287 del código general del proceso si bien es una adicción, en vía de apelación el Tribunal tiene la competencia para pronunciarse sobre el particular en relación a los perjuicios morales y considera que los mismos deben presumirse y así lo hizo el despacho para declarar la ineficacia a través de la excepción de inconstitucionalidad, y deben presumirse porque es una situación que evidentemente genera angustia o preocupación para los afiliados luego de trabajar más de 20 o 30 años y luego ven que el monto de la mesada pensional y su congrua subsistencia se encuentran en un riesgo para enfrentar una etapa de la vida como es la vejez y así lo destaco el despacho.

Señala que cuando el despacho sustenta los argumentos para no acceder a la ineficacia salta a la vista la protección a COLPENSIONES como administradora publica de pensiones ya que el despacho textualmente dice “es que lo público es de todos”, y efectivamente lo público es de todos pero debe entenderse que COLPENSIONES va a recibir los aportes mínimos para posteriormente financiar una pensión de vejez.

Destaca que cuando las sentencias de las Corte ordenan esas restituciones mutuas, las administradoras deben devolver todo, es decir, las cotizaciones, los rendimientos, las cuotas de administración e incluso lo ordenan devolver de manera indexada y por es ello que no entiende cuál es la pérdida real y efectiva que tendría COLPENSIONES.

Solicita que se revoque el fallo de primera instancia conservando únicamente de la sentencia la condena en costa tasada por el despacho en razón a que continua PORVENIR S.A siendo la parte vencida en el proceso. Subsidiariamente solicita que se confirme la decisión si efectivamente el Tribunal Superior de Medellín comparte los argumentos del despacho.

#### **4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:**

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados judiciales de PORVENIR S.A y de COLPENSIONES allegaron escritos de alegatos, en los cuales señalaron lo resumidamente lo siguiente:

#### **ALEGATOS DE PORVENIR S.A.**

##### **1. DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO**

En este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez.

Esta norma, claramente prevé que cuando existe: a) objeto o causa ilícita: b) omisión de alguno de los requisitos que prescriben las leyes para el valor de estos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan; c) cuando lo celebra una persona absolutamente incapaz, el negocio jurídico o el contrato está viciado de nulidad absoluta. Advierte esta disposición que, cualquier otra irregularidad produce una nulidad relativa.

De igual forma, el artículo 1508, expresa cuáles son los vicios del consentimiento, esto es, error, fuerza o dolo y en los artículos subsiguientes, se explican que se puede presentar; a) error en la naturaleza del acto o negocio jurídico; b) sobre la identidad del objeto; c) en la calidad del objeto; d) o error en la persona. Así también, el artículo 1513, explica las nociones de fuerza, el 1515 del dolo, el 1517, del objeto ilícito, y el 1524 de la causa ilícita.

De otra parte, si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, que hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo. Si bien menciona que, quedará sin efecto la afiliación, no hace referencia si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y subsiguientes, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes disposiciones legales para resolver un asunto en concreto.

Preciso es mencionar que, el único artículo que refiere a la Ineficacia de pleno derecho de un acto jurídico, es el artículo 897 del Código de Comercio, cuando *“un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.”*

Pese a lo diáfano de las normas, la H. Corte Suprema de Justicia realiza una mixtura para poder resolver las ineficacias de los traslados de régimen pensional, por cuanto acude a normas propias del sistema general de pensiones -artículo 271 de la Ley 100 de 1993- para decir que el acto jurídico de traslado es ineficaz, pese a que nada dice esta norma al respecto- y, para establecer los efectos de esta “ineficacia”, acude a disposiciones del Código Civil, sin igualmente tener en cuenta que este compendio normativo consagra los presupuestos para que se declare la nulidad de un acto o contrato y no la ineficacia del traslado pensional.

En este asunto, **NINGUNO DE ESTOS PRESUPUESTOS LEGALES, SE ALEGARON NI MENOS RESULTARON DEMOSTRADOS EN EL PROCESO**, pues obligatorio es mencionar que el formulario de afiliación suscrito por la parte actora, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el párrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es que, la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo.

Ahora, como quiera que se descarta la existencia de un presupuesto para declarar la nulidad absoluta del acto jurídico, como quiera que no contiene objeto o causa ilícita, tampoco el consentimiento de la parte actora estuvo viciado por error, fuerza o dolo, ni suscribió el formulario como incapaz absoluto, de presentarse alguna irregularidad distinta, la misma estaría saneada conforme lo indican los artículos 1742 y 1743 del citado código, esto es, por la ratificación tácita de la parte demandante, al permitir

durante todo el tiempo de permanencia en el régimen privado, el descuento del aporte con destino al régimen privado.

Cabe resaltar que, a la parte actora también le asistía el deber de estar informada y cerciorarse sobre los servicios que deseaba contratar o utilizar, luego, tenía la obligación de indagar sobre las características, condiciones generales y restricciones al querer trasladarse de régimen pensional con mi representada PORVENIR S.A., teniendo también la obligación de exigir las explicaciones verbales o escritas necesarias, precisas y suficientes que le posibilitaran la toma de decisiones informadas.

## **2 . DEL DERECHO DE RETRACTO.**

**PORVENIR S.A.**, como Administradora de Fondo de Pensión, siempre le **GARANTIZÓ** a la parte demandante la posibilidad de retornar al régimen de prima media y además, dispuso los canales de comunicación suficientes para permitirle a la actora conocer las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, referentes al funcionamiento, características y requisitos del régimen de ahorro individual con solidaridad.

## **3. DEL DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA**

La demandante, luego de recibir la información necesaria y suficiente, que pudo comparar con el conocimiento que tenía del RPMPD, decidió escoger el régimen de ahorro individual, hecho que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación con mi representada, documento que se presume auténtico en los términos del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el parágrafo 54 del CPT.

## **4. DE LA ACREDITACIÓN DEL DEBER DE INFORMACIÓN A CARGO DE PORVENIR S.A.**

Aduce el fallador de primer grado que, mi representada, no allegó pruebas del cumplimiento de sus deberes para con la parte actora al momento de la vinculación, esto es entregar información, completa, veraz, cierta y oportuna. Tal inferencia no se ajusta a la realidad procesal, por cuanto mi representada de manera palmaria, cumplió con la carga procesal impuesta -pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba, contrario a lo dispuesto legalmente al respecto-, en la medida que, aportó los documentos que de acuerdo con las normas existentes para el momento en que se celebró el acto jurídico del traslado debía mantener en sus archivos; además, pese a

que la parte demandante JAMÁS estuvo en imposibilidad absoluta de retornar al RPMPD, permaneció en el RAIS, lo que sin duda al menos debe valorarse como un indicio serio de querer permanecer en el.

## 5 DE LA IMPOSICIÓN DE CARGAS PROBATORIAS INEXISTENTES

En un Estado Social de Derecho, no es viable jurídicamente imponerle a los administrados, cargas probatorias distintas a las previstas en las leyes existentes para el momento de la ocurrencia de los hechos - en este caso, para cuando sucedió la afiliación de la parte demandante- pues hacerlo, claramente constituye una violación al debido proceso y a la confianza legítima de mí representada, en tanto que actuó amparada por lo señalado en la Ley 100 de 1993, los decretos reglamentarios y en las disposiciones del órgano de vigilancia.

Luego, para cuando se celebró el acto jurídico de vinculación con la demandante, mi representada únicamente debía dejar constancia de la libre escogencia a través del formulario de vinculación, sin que, también tuviera la NECESIDAD de registrar en documentos o a través de testigos o cualquier otro medio de prueba que, le SUMINISTRÓ la INFORMACIÓN NECESARIA Y OBJETIVA acerca de las condiciones, y requisitos para acceder a la pensión de vejez a los futuros afiliados.

Llama la atención que, en el avance jurisprudencial respecto al alcance de la información -ya vamos en que la misma tiene que ser no solo de calidad sino “CALIFICADA”-, como lo indica la Sala de Casación Laboral en la sentencia **SL 1637-2022 Radicación n.º 89208** del once (11) de mayo de dos mil veintidós (2022), cuando expuso:”

*“Así las cosas, el entendimiento de la Corte respecto del tipo o clase de información con la cual se cumplía el mentado deber, **se acompasa con la dinámica legislativa y reglamentaria que siempre quiso poner en cabeza de las administradoras de pensiones tal previsión, la de brindar información**, no de cualquier **calidad sino calificada**, dada la complejidad técnica del tema y las incidencias que una decisión de ese calibre podría llegar a tener en la vida de un trabajador.”* Negrillas y subrayado fuera de texto.

Entonces, en forma palmaria se le imponen a las AFP cargas inexistentes, pues la misma Corte en la providencia referida, establece que, el **querer** -eventual, futuro, en ciente- de las leyes fue colocar en “*cabeza de las administradoras*” el deber de información; es decir, para el momento de la celebración de los actos jurídicos de traslado pensional NO EXISTÍA la obligación de suministrar la información con el

alcance que se despliega en la jurisprudencia, esto es que, el afiliado comprenda –se le traslada también a las AFP la responsabilidad del **acto personal** de lo entendido– un tema que, ni siquiera versados en materia laboral logran abarcar, dada la complejidad técnica del asunto, como lo acepta la misma Corporación en el citada decisión.

## **6 DEL DEBER DE REALIZAR ANÁLISIS CRÍTICO Y EN CONJUNTO DE LAS PRUEBAS EN CADA CASO**

La primera instancia, sin realizar el análisis en conjunto y crítico de estas pruebas como lo ordena el artículo 60 del C.P.T y S.S., el juzgador de primera instancia declaró la nulidad y/o ineficacia de traslado de RPM al RAIS efectuada por la AFP, sin consideración a las normas antes referidas del ordenamiento civil, relacionadas con la validez de los negocios jurídicos -a las cuales debemos acudir por ausencia de reglas legales en materia laboral-, desconocimiento que, *«Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales»*, como lo señala el artículo 1602 del Código Civil y, están llamados a producir consecuencias respecto de quienes los celebran, reglas básicas de la teoría de las obligaciones.

## **7. DE LA DIFERENCIA LEGAL DE LA INEFICACIA Y LA NULIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS Y SUS EFECTOS.**

De la mayor relevancia es, no confundir la ineficacia de un acto jurídico con la nulidad absoluta, como de manera general se hace, en la medida que: *“Bajo el concepto de ineficacia en sentido amplio suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad.”*

Luego, ***“la ineficacia en sentido estricto se presenta en aquellos casos en los cuales la ley, por razones de diferente naturaleza, ha previsto que el acto no debe producir efectos de ninguna naturaleza sin que sea necesario la existencia de una declaración judicial en ese sentido”***.<sup>1</sup>

Ahora, en el caso hipotético de considerar que el negocio jurídico celebrado entre las partes no tuvo validez, no puede olvidarse que, el artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993, menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen, esto es “el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos (...)”, lo que impide que legalmente se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes a las referidas en esta norma.

Y es que, en virtud del artículo 1746, la regla general de la nulidad judicialmente pronunciada es que da a las partes el derecho a ser restituidas las cosas *“al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el negocio o contrato nulo, establece una serie de excepciones o pautas.*

*“Si el negocio ha sido cumplido, total o parcialmente, por una de las partes o por ambas, la situación se retrotrae al estado en que las partes estarían de no haber celebrado el negocio. **Es en esta circunstancia donde tienen cabida las restituciones de que trata el artículo 1746, que después de consagrar la regla general según la cual la nulidad judicialmente pronunciada da a las partes derecho a ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el negocio o contrato nulo, establece una serie de excepciones y pautas.***  
(Negrillas fuera de texto)

*Entre las excepciones, se encuentra lo concerniente al objeto o causa ilícita, casos en los cuales no es posible repetir lo que se haya dado o pagado a sabiendas de la ilicitud (1525); como tampoco lo que se haya dado o pagado al incapaz, salvo prueba de haberse hecho este más rico (1747). Tampoco hay lugar a la restitución material del bien cuando ello no sea posible por motivos de utilidad pública o interés social, casos en los cuales se dará una reivindicación ficta o compensatoria (artículo 58 de la C En cuanto a las pautas que da el Doce y tres incisos del artículo 1746, está lo relativo a la posesión de buena o mala fe de las partes, tanto para las restituciones mutuas como para la conservación o devolución de frutos, intereses y mejoras, “según las reglas generales”, que son las que establece el artículo 961 y siguientes del Código Civil.*

*Aunque la distinción entre buena fe objetiva y buena fe subjetiva pudiera tener alguna utilidad en un contexto extrajurídico, por ser una cuestión de definición, no puede negarse que al fin de cuentas todo hecho con relevancia jurídica que se origina en una acción humana voluntaria parte de la interioridad del sujeto y tiene que manifestarse en un signo externo interpretable a partir de criterios jurídicos, de otro modo no tendría relevancia para el derecho. De ahí que todo instituto jurídico en el que la buena fe*



*juegue un papel preponderante se concreta finalmente en una buena fe objetivada, es decir normativamente analizable.”<sup>2</sup>*

## **8. DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA H. SALA LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SOBRE LA INEXISTENCIA DEL ACTO JURÍDICO DE TRASLADO PENSIONAL**

En forma reiterada la Sala de Casación Laboral ha explicado que, los efectos de declarar la ineficacia del traslado pensional –se insiste no existe norma que prevea tal situación, ya que lo más aproximado es la ineficacia de la afiliación con las sanciones administrativas que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993–, es hacer la ficción de que el acto jurídico de traslado jamás existió.

De manera que, una construcción lógica y congruente es que, si el acto jurídico del traslado no existió porque el afiliado JAMÁS dejó de pertenecer al RPMPD, se debe ordenar en esta clase de procesos, la devolución de los aportes con los rendimientos que ese sistema le produciría al afiliado, pues entenderlo de otra manera es contrariar nuevamente lo dispuesto en las normas referentes a los efectos de la ineficacia de los actos jurídicos.

Basta leer apartes de la mentada sentencia SL 1637-2022 Radicación n.º 89208, en cuanto a que se *“activa la afiliación”*, para concluir razonablemente que, se traslada el valor de los aportes con los rendimientos que se hubieran causado en el RPMPD. Así lo manifestó:

*“Importa resaltar que la fuente constitucional para tales declaratorias, cuando ellas sean procedentes, resulta ser el artículo 48 de la CP que garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social, y las órdenes emitidas frente a Colpensiones en el sentido de activar la afiliación, percibir las sumas trasladadas por la AFP y tener por vinculado **al afiliado como si nunca se hubiese separado del RPM, (...)**”* Negrillas fuera de texto.

Y lo expuesto en la decisión CSJ SL 2877-2020:

*“Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el Juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal*

*disposición. En otros términos, la sentencia que en tael sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.”*

## **9. DE LA BUENA O MALA FE DE LAS PARTES EN LAS RESTITUCIONES MUTUAS**

De acuerdo con el artículo 1746, “(...) *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo*”. Subrayado fuera de texto.

Ahora, el artículo 964 del Código Civil, que aplica para todos los casos en los que hay que restituir frutos, “*El poseedor de mala fe es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder.*”

La Sala de Casación Civil, al respecto expuso:

*La Sala, en relación con el artículo 964 del Código Civil, ha observado que dicha norma “establece una excepción a la regla general desarrollada en el artículo 716 ibídem, pues hace dueño al poseedor de buena fe de los frutos que haya percibido con anterioridad al enteramiento de la demanda, momento hasta el cual puede atribuírsele dicha condición -la de poseedor de buena fe-, pues a partir de allí, en el supuesto de ser vencido en el proceso, se le dará el mismo tratamiento establecido para el poseedor de mala fe y, por lo mismo, estará obligado a la restitución de la totalidad de los frutos que perciba” (Cas. Civ., sentencia de 16 de septiembre de 2011, expediente No. 19001-3103-003-2005-00058-01; se subraya). No sobra destacar que esta posición de la jurisprudencia que ha sido constante (...)”* Y luego agregó:

*“Es patente, entonces, que el Tribunal erró en la interpretación del artículo 1746 del Código Civil y que, como consecuencia de tal yerro, no hizo actuar el artículo 964 ibídem, pues de no haber cometido tales desatinos, habría colegido que el aquí demandado, al ser poseedor de buena fe, como esa misma Corporación lo calificó en su propio fallo, apreciación fáctica que al no estar comprendida en la acusación no puede ser revisada por la Corte, estaba obligado a restituir únicamente los frutos*

*percibidos con posterioridad a la notificación del auto admisorio de la demanda, porque sólo a partir de este momento quedaba sometido al régimen que para los poseedores de mala fe prevé el segundo de tales preceptos.”*

Luego, en atención al principio de la congruencia de la sentencia – artículo 281 del C.G.P-, al no haberse discutido y menos probado la mala fe de PORVENIR S.A. en la celebración del acto jurídico de traslado, no puede condenarse a mi representada a “restituir a favor del afiliado y por ende de un tercero como es COLPENSIONES”, los rendimientos financieros que logró mi representada por la gestión que adelantó en la administración de los aportes en el RAIS.

Tampoco se debe ordenar la devolución de las primas de seguros por cuanto el afiliado SIEMPRE estuvo protegido en las contingencias que ellas amparan. Imponer esta obligación es tanto como exigirle a cualquier compañía de seguros que, si no se presenta el siniestro amparado, debe devolver, trasladar, reintegrar el valor de la póliza pagada.

Un argumento de la mayor relevancia para no acceder a las pretensiones de la parte demandante, es lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, al estudiar la exequibilidad de la Ley 797 de 2003, en cuanto a que “(...) el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidos en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizaciones.”

**En el evento de considerar que el “la falta al deber de información” constituye una causal estructural para que el traslado de régimen pensional no produzca efectos jurídicos, en aplicación del principio de la congruencia de los fallos judiciales, no se puede ordenar la devolución de los rendimientos financiero que los aportes de la parte demandante produjeron en el RAIS por cuando no se alegó ni menos probó la mala fe de mi presentada, por lo que solo se deberá trasladar a PORVENIR S.A. a** trasladar a COLPENSIONES los rendimientos equivalentes del RAIS (tasa anual efectiva de la rentabilidad acumulada de las

reservas pensionales de Vejez, Invalidez y Sobrevivencia administradas por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

Si, por el contrario, la decisión del Tribunal es que se debe reintegrar la totalidad de los rendimientos, comedidamente solicitamos AUTORIZAR a PORVENIR S.A., a descontar de tal concepto las restituciones mutuas a que haya lugar, como quiera que, la AFP realizó una gestión a favor del afiliado que le generó los referidos rendimientos, representados en:

El reintegro del porcentaje equivalente al 3% de la cotización mensual realizada al Sistema General de Pensiones por concepto de los gastos de administración (artículo 20 de la Ley 797 de 2003), durante el periodo en el que el afiliado estuvo vinculado a Porvenir.

A pagar el valor que corresponda al costo de tener una persona afiliada a la AFP y generar los rendimientos obtenidos.

Al declarar la ineficacia del traslado pensional, el valor a trasladar correspondería a los intereses que la persona hubiese obtenido en el régimen de prima media, esto es, *el monto de los aportes + rentabilidad RAIS (Colpensiones)*, por cuanto de acuerdo con el precedente judicial, la ineficacia implica retrotraer las cosas a su estado anterior como si nunca hubiese existido y, en aplicación del principio de inescindibilidad de las normas, la condena debería guardar consonancia con este principio.

Ahora, de condenarse a trasladar los aportes con los rendimientos del RAIS, esto es, *el monto de los aportes + rentabilidad Multifondos (RAIS)*, debe aplicarse la figura de las restituciones mutuas, para que, en este asunto a PORVENIR S.A., no se le

### **ALEGATOS DE COLPENSIONES.**

En la relación que surgió entre la AFP PORVENIR S.A y la Señora MARÍA DIOMAR ZABALA GÁMEZ, COLPENSIONES es un tercero de buena fe, por lo que la declaratoria de ineficacia del traslado le resulta inoponible a mi representada; a la par que la figura de la inoponibilidad constituye un mecanismo protector del derecho a la seguridad jurídica, que en el caso de COLPENSIONES se consolida por el tiempo en que aquellos afiliados permanecieron en el RAIS, aunado a que la seguridad jurídica que se deriva de la inoponibilidad pretende proteger intereses patrimoniales de terceros, que en este caso, tienen alcance frente al principio de sostenibilidad financiera del sistema y planeación de la reserva pensional.

Ahora, frente a la declaratoria de ineficacia de traslado de la Señora MARÍA DIOMAR ZABALA GÁMEZ, aunque el juzgador de primera instancia, absuelve a COLPENSIONES de las pretensiones de la Señora MARÍA DIOMAR; es ésta quien en últimas asume las consecuencias de dicha declaratoria, pues debe asumir la carga de que se declare que la demandante continúa inmersa en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por esto le solicito respetuosamente al Honorable tener en cuenta los siguientes argumentos jurídicos con el fin de que no conceda la ineficacia de traslado.

El primero de ellos, va dirigido a que el retorno en cualquier tiempo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, faltando menos de 10 años para la edad de pensión debe realizarse atendiendo: (i) las expectativas pensionales del afiliado y (ii) la sostenibilidad financiera. En la Sentencia C-596 de 1997 la Corte Constitucional.

Adicionalmente, las sentencias C-1024 de 2004, y SU-062 de 2010, de la Corte Constitucional en materia de traslados, indican que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría.

El segundo argumento, va encaminado a que se tenga en cuenta la errónea interpretación e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, pues dentro de los fallos relacionados con traslado de Régimen, la interpretación del artículo 1604 del Código Civil que realiza la Corte hace que la responsabilidad en cabeza de los fondos se convierta en objetiva, toda vez que no exige al demandante aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS; pero si obliga a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo, sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante.

Dicha apreciación quiebra la lógica de las cargas probatorias en este tipo de procesos, toda vez, que la responsabilidad objetiva exige que la esfera de control sea exclusiva de quien causa el daño. Este aspecto no aplica en casos de traslado de régimen, dado que los potenciales pensionados, cuentan con el deber de asesorarse.

Frente a este punto debe tenerse presente el Decreto 2241 de 2010 el cual en su Artículo 4 señala los deberes de los consumidores financieros del Sistema General de Pensiones y teniendo en cuenta dicha normativa existen unos deberes mínimos en cabeza de los afiliados al sistema general de pensiones, destacándose que el SILENCIO en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente de permanecer en el Régimen seleccionado. La única manera de desvirtuar esta regla

legal es demostrando la preexistencia de una fuerza que hubiere viciado el consentimiento.

El tercer y último argumento sería la excepción estipulada en la Sentencia de unificación SU 130/13, en torno a quienes se trasladaron al régimen de ahorro individual y unificó su jurisprudencia advirtiendo que, de conformidad con lo previsto en los artículos 13, literal e) y 36, incisos 4° y 5° de la Ley 100 de 1993, tal y como fueron interpretados por la Corte Constitucional en las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, únicamente los afiliados con quince (15) años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, pueden trasladarse “en cualquier tiempo” del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, conservando los beneficios del régimen de transición; es de aclarar que dicha excepción no aplica a la demandante del presente caso.

Ahora, en el hipotético caso que se decreta la ineficacia en el traslado de régimen, se solicita la devolución de todos los aportes efectuados por la demandante al RAIS debidamente indexados, lo anterior conforme a la sentencia de la CSJ 31989 del 9 de septiembre de 2008.

#### **5. PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER:**

El problema jurídico para resolver se circunscribe a establecer si la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es ineficaz y de serlo, qué consecuencias jurídicas se derivan de ello.

Tramitado el proceso en legal forma y por ser competente esta Corporación Judicial para conocer de la APELACIÓN y de la CONSULTA de la sentencia, conforme a lo dispuesto en los artículos 10 y 14 de la Ley 1149 de 2007, se pasa a resolver, previas las siguientes,

#### **6. CONSIDERACIONES:**

De conformidad con lo dispuesto el art. 14 de la Ley 1149 de 2007 además de resolverse la apelación de la demandante, PORVENIR S.A., y COLPENSIONES se consultará la sentencia en favor de esta última por haberle resultado adversa, por lo que, la legalidad del fallo será estudiada en su integridad.

Primeramente, es necesario manifestar que el traslado o afiliación a los distintos regímenes pensionales la establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, disponiéndose además en los Arts. 60 y 114 de esta Ley, como en los arts. 10, 12 y 15 del Decreto 720 de 1994 vigente para la época del traslado del demandante, que el traslado de régimen pensional debe partir de la cabal y completa asesoría que lleve a un asegurado a tomar una decisión responsable e informada, asesoría que ha de entenderse pedagógica, es decir, realmente entendible para cada persona conforme a su grado de cultura y su situación particular, pues los casos no presentan las mismas características o condiciones.

La jurisprudencia de la SCL de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia SL12136-2014 del 03 de septiembre de 2014, abandonando el concepto de **nulidad** del traslado, precisó que la omisión en la debida asesoría de las AFP al momento del referido traslado lo convierte en **ineficaz**, por violentar la exigencia del literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993, sobre la obligatoriedad de que tal manifestación de traslado fuera libre y voluntaria y contempló, que de no ser así, la afiliación respectiva quedaría sin efecto y podría realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Tal posición, que constituye a la fecha la línea jurisprudencial de la SCL de la Corte Suprema de Justicia sobre dicho tema, ha sido ratificada de manera reiterada en todos los pronunciamientos emanados de dicha corporación, como en las sentencias SL1688-2019 y SL1689-2019, ambas proferidas el 8 de mayo de 2019, en las que, además la Corte fijó unas conclusiones jurisprudenciales en torno al tema de la ineficacia o nulidad de traslado de régimen, las que se resumen de la siguiente manera:

1. Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. primeramente, con un deber de información necesaria (en vigencia del decreto 663 de 1993), luego de asesoría y buen consejo (en vigencia de la Ley 1328 de 2009 y el decreto 2241 de 2010), y finalmente de doble asesoría (en vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015)
2. La simple constancia del consentimiento informado vertido en el formulario de afiliación, es insuficiente para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acredita un consentimiento, pero no que haya sido informado.

3. La carga de la prueba de demostrar que el afiliado recibió la información debida, veraz y suficiente cuando se afilió, le corresponde a la AFP.
4. El precedente de la CSJ en torno a la ineficacia del traslado no aplica sólo a los casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional, o contar con una expectativa pensional o derecho a la transición del art. 36 de la ley 100 de 1993, sino en todos los casos de incumplimiento del deber de información.

En el presente asunto, está probado, que el accionante, estando afiliada al RPM administrado por el extinto ISS hoy COLPENSIONES, según se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones obrante de los folios 56 a 57 del documento 19 del expediente digital, se afilió a la administradora del RAIS PORVENIR S.A. el 14 de mayo de 1994, como se acredita con el formulario de afiliación a dicho fondo obrante a folio 33 del expediente.

De otra parte, si bien la demandante no es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues no contaba para el 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993 con 35 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la AFP PORVENIR S.A. en el año 1994 estuviera en la obligación de suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; sobre todo **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué dependería su monto en el RAIS.**

Sobre el deber de información antes citado, escuchado el interrogatorio de parte que fue absuelto por la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:06:45 del video de la audiencia de conciliación trámite y juzgamiento (documentos 29 y 48 del expediente digital), no se advierte que, esta haya confesado que al momento de su traslado de régimen se le ilustró sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como lo son las características de uno y otro régimen pensional, los requisitos para acceder a las prestaciones económicas en cada uno de ellos, la forma de liquidación de la mesada pensional en cada régimen, la oportunidad de trasladarse entre regímenes y entre administradoras y los términos para ello, entre otros aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

Conforme lo expuesto en precedencia, si bien no le asiste razón a los apelantes, sobre la improcedencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional



de la actora, sí les acompaña la razón en lo concerniente que los efectos jurídicos de la declaratoria de ineficacia, no podría ser los establecidos por el *a quo*, encontrándose que, en la sentencia de primera instancia se ordenó pagar en el RAIS una pensión bajo las reglas del RPM lo que no había sido petitionado en la demanda, pues la consecuencia de la ineficacia del traslado de la actora al RAIS, debe ser que regresa al RPM administrado por COLPENSIONES al que se encontraba afilada antes de su traslado al RAIS.

De otra parte, como consecuencia del regreso de la actora al RPM de COLPENSIONES, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES, PORVENIR S.A. debe a reintegrar a COLPENSIONES, el valor de las cotizaciones obligatorias con sus rendimientos o intereses, así como los gastos o comisiones de administración, incluyendo los porcentajes que fueron destinados a pago de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, de reaseguro de Fogafín y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir el 100% de las cotizaciones de la demandante sin descuento de ninguna índole, pues al declararse la ineficacia del acto de traslado, **ningún efecto jurídico puede derivarse de este**, como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Ha explicado la CSJ que las consecuencias prácticas de la ineficacia son idénticas a las de la nulidad, señalando la Sala Civil de la alta Corporación que: *«cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás»* (CSJ SC3201-2018).

En este orden de ideas, como lo dispone el art. 1746 del C.C., norma que regula las restituciones mutuas en el régimen de nulidades: *“La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”*.

En este sentido se pronunció igualmente la SCL de la CSJ, sentencia 31989 de 8 de septiembre de 2008 y lo reiteró en sentencias SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019 y SL1688-2019, en la que precisó:

*“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales,*

*sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.*

*“Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba la actora antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuando le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”*

Al tratarse de la declaratoria de un acto ineficaz que acarrea los mismos efectos de uno nulo, no es dable concebir, so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración del bien, que dichas sumas queden por fuera de las restituciones, de un lado, porque se trata de rubros que pertenecen al régimen de prima media con prestación definida, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otro, porque es la indebida actuación por parte de la AFP demandada, al no proveer la información clara, completa y comprensible a través de sus asesores, que tiene como consecuencia, que además del hecho de generar la declaratoria de ineficacia, que deban asumir de su patrimonio los perjuicios que se ocasionen a los afiliados y las sumas sufragadas a terceros, como lo son las aseguradoras previsionales, ello con base en los artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

Ahora, respecto de los bonos pensionales que eventualmente se hayan pagado en favor de la actora, es necesario indicar que al menos en lo atinente al bono pensional tipo A, no se debe realizar reintegro a COLPENSIONES, toda vez que al ser ineficaz la afiliación de la demandante al RAIS, no se origina el derecho a bono pensional tipo A, y por tal razón, en el hipotético caso que el referido bono hubiese sido pagado de manera anticipada, lo cual no se encuentra acreditado en el plenario, se debe efectuar la devolución al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y no a COLPENSIONES, por lo que tal orden será precisada.

En cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN formulada por las demandadas al dar respuesta a la demanda, se tiene que, bajo la óptica jurisprudencial de la ineficacia del traslado de régimen introducido por la SCL de la CSJ, al concluirse que el acto jurídico de traslado de régimen nunca nació a la vida jurídica, no es procedente aplicar la

prescripción, conforme puntualmente lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL1689-2019, proferida el 8 de mayo de 2019.

Ahora, respecto de la afirmación en los alegatos de COLPENSIONES, sobre la imposibilidad de traslado de régimen impuesta por el legislador en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modifico el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, cuando le falten al afiliado menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, es palmario que tal prohibición, se aplica en los casos de traslado voluntario, que no es lo que pretende la actora, sino la ineficacia de su afiliación inicial al RAIS.

De otra parte, el hecho que la actora regrese al RPM de COLPENSIONES, no necesariamente le va a causar una carga económica, a esta entidad o mejor a los recursos del fondo común de los afiliados, por un mayor monto de la pensión en el RPM, como lo plantea la apoderada de esta entidad en la apelación y los alegatos, pues el monto de la pensión de vejez, tanto en el RAIS como en el RPM depende de muchas situaciones de hecho ciertas y de voluntad del afiliado, que no están plenamente probadas en ese proceso, y otras que incluso pertenecen al mundo del azar, pues si un afiliado al RAIS decide hacer vida marital o casarse con una persona muy joven o tener hijos a avanzada edad cuando está a punto de obtener la pensión de vejez, ello necesariamente influirá en que el monto de la pensión en el RAIS sea reducido, o si por ejemplo en el RPM por azar el afiliado pierde el empleo que le irrogaba un buen salario y no puede seguir cotizando como independiente con el IBC en los últimos 10 años, el valor de su pensión se va a ver menguado.

Pero es más, eventualmente pudiera suceder que un afiliado al RPM, fallezca sin que tengan beneficiarios que legalmente puedan acceder a las prestaciones de sobrevivientes y en tal caso, los dineros de sus cotizaciones, queden en el fondo común de COLPENSIONES. También puede acontecer que el afiliado no alcance a obtener la pensión de vejez, sino la indemnización sustitutiva, la que es evidentemente inferior al monto de las cotizaciones con sus rendimientos. Igualmente puede ocurrir que el afiliado alcance a obtener la pensión de vejez, y fallezca sin tener beneficiarios de una pensión de sobrevivientes, y que los dineros con los que contribuyó al fondo común no se hayan agotado, caso en el cual el saldo no utilizado queda perteneciendo al fondo común, lo que no pasa en el RAIS, pues los dineros deben ser entregados a los herederos.

En lo concerniente a la solicitud de COLPENSIONES en los alegatos que la devolución de los gastos de administración, así como todo lo descontado por pólizas provisionales

se reintegren debidamente indexados, se observa que en la contestación de la demanda por parte de COLPENSIONES, efectuó solicitud en tal sentido, por lo que este asunto hace parte del litigio en este proceso, indexación que es procedente, pues el porcentaje descontado de la cotización como cuota de administración incluido el porcentaje de seguros previsionales y el porcentaje de garantía de pensión mínima no han devengado los intereses del resto del porcentaje de la cotización que sí va al cuenta de ahorro individual de la afiliada, por lo que es justo equitativo que sean devueltas indexadas.

Respectó de la forma de devolución del porcentaje de cuota de administración incluido el de seguros previsionales y el porcentaje de garantía de pensión mínima, la SCL de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL1689-2019 indicó lo siguiente:

*“Está probado que la AFP accionada trasladó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que el demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos (f.° 127), sin embargo, no existe constancia de que hubiese devuelto también los valores correspondientes a gastos de administración, de los cuales, según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos.*

*En tal sentido, se condenará a la AFP accionada a la devolución de estos dineros, debidamente indexados.”*

En razón a lo anterior, se ordenará que los porcentajes de cuota de administración incluido el porcentaje de seguros previsionales y el porcentaje de garantía de pensión mínima, sean reintegrados a COLPENSIONES debidamente indexados.

Ahora, respecto de la solicitud del apoderado del actor que se le resuelva en esta instancia lo relativo a la pretensión del resarcimiento de los perjuicios morales que su a su decir sufrió la actora con el traslado de régimen pensional, pretensión que formulo en contra de PORVENIR S.A., la misma no puede salir adelante, pues revisada la demanda si bien se peticiona la indemnización perjuicios, indicándose en el acápite de “FUNDAMENTOS Y RAZONES DE DERECHO” que los perjuicios solicitados son los morales, no se menciona en los hechos fundamentos fácticos que los puedan originar, requisito indispensable para se pueda evaluar la presencia de tales perjuicios, pues de otra forma se conculcaría los derechos de contradicción y defensa de la demandada PORVENIR S.A. al no poder oponer argumentos fácticos, ni despliegue probatorio para demostrar que no hubo tales perjuicios, lo que sería suficiente para despachar negativamente la apelación en este aspecto.

Igualmente, no existe prueba que acredite algún perjuicio moral, sin que este tipo de perjuicios se puedan presumir en este caso, como se plantea en la apelación.

Como consecuencia de la negación de esta pretensión se imponen costas a cargo de la demandante y a favor de PORVENIR S.A., Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$1.160.000

Finalmente, en lo concerniente a la apelación, PORVENIR S.A. en el sentido que la suma de \$4'000.000 que se le impuso como costas es una suma exorbitante que afecta el soporte de este proceso y olvida el factor objetivo establecido en el código general del proceso en el artículo 365, la Sala, debe manifestar, que sobre el monto de las agencias en derecho las que harán parte de las costas que finalmente se liquiden por el Secretario y se aprueben por el Juez, en su oportunidad una vez el expediente vuelva al juzgado de origen solo es viable apelar contra el auto que apruebe la liquidación de costas que incluyen las agencias en derecho fijadas en la sentencia, pues este auto es apelable a la luz del art. 65 del CPTSS y 366 del CGP, por lo que a sentencia no es apelable en este aspecto.

Conforme a las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia apelada y consultada será CONFIRMADA, REVOCADA, MODIFICADA y ADICIONADA en los términos anteriormente expuestos.

SIN COSTAS en esta instancia por haber prosperado parcialmente la apelación de todas las partes respecto de los asuntos que fueron resueltos en primera instancia que fueron objeto de la apelación.

## **7. DECISIÓN:**

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 07 de febrero de 2022 proferida por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **MARÍA DIOMAR ZABALA GÁMEZ**, contra **COLPENSIONES**, y **PORVENIR S.A.**, en cuanto declaró la ineficacia del traslado de

régimen pensional de la actora, pero por las razones expuestas en esta instancia, y se **REVOCA** en todo lo demás para en su lugar:

**DECLARAR**, que, por efecto de la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante al RAIS, su afiliación válida es la del régimen de prima media en COLPENSIONES, entidad esta a la que se le ORDENA reactivar sin solución de continuidad la afiliación de la actora al RPM, e incluir en su historia laboral las semanas cotizadas en el RAIS.

**ORDENAR** a PORVENIR S.A. efectuar la devolución a COLPENSIONES, del valor de las cotizaciones obligatorias con sus rendimientos o intereses existentes en la cuenta de ahorro pensional de la demandante, así como indexados, los gastos o comisiones de administración, incluidos los porcentajes que fueron destinados a pago de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, al pago de prima de reaseguro de Fogafín y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir el 100% de las cotizaciones de la demandante sin descuento de ninguna índole.

**SEGUNDO: DECLARAR** que en el evento que se hubiese pagado bono pensional tipo A, a favor de la demandante, la devolución del importe del mismo, debe efectuarse al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y no a COLPENSIONES.

**TERCERO: NEGAR** la pretensión de indemnización de perjuicios morales, solicitados por la demandante, por las razones indicadas en esta instancia. Como consecuencia de la negación de esta pretensión se imponen costas a cargo de la demandante y a favor de PORVENIR S.A. Las agencias en derecho, las estima el ponente en la suma de \$1.160.000.

**CUARTO:** SIN COSTAS en esta instancia, respecto de los asuntos que fueron resueltos en primera instancia que fueron objeto de la apelación.

La anterior sentencia se notifica a las partes en EDICTO.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

No siendo otro el objeto de esta diligencia se declara culminada, y se firma por quienes en ella han intervenido, los magistrados,

**Firmado Por:**

**Francisco Arango Torres**  
**Magistrado**  
**Sala Laboral**  
**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Jaime Alberto Aristizabal Gomez**  
**Magistrado**  
**Sala Laboral**  
**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**John Jairo Acosta Perez**  
**Magistrado**  
**Sala Laboral**  
**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **8cb51c9e88d53f799d0c0d597103ef65313e34552823acf644bbc35f3d3a2a50**

Documento generado en 23/02/2023 02:32:21 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**