

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### SALA DE DECISIÓN LABORAL

El dos (02) de marzo de dos mil veintitres (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 OFELIA ROJAS PALACIO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A), proceso tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-005-2020-00189-01.

Igualmente al proceso fueron vinculadas la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A** (en adelante PROTECCIÓN S.A) y **PENSIONES ANTIOQUIA** la tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-005-2020-00189-01.

### AUTO

De conformidad con el memorial de sustitución de poder, allegado vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por parte de la sociedad **LÒPEZ & ASOCIADOS ABOGADOS** quien representa judicialmente los intereses de PORVENIR S.A. en este proceso, se procede a reconocer personería al abogado **ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANO LÒPEZ** portador de la T.P. 115.849 del C. S. de la Judicatura, para que represente a PORVENIR S.A en este proceso como apoderado principal. Así mismo se le reconoce al abogado **CRISTIAN MAURICIO MONTOYA VÉLEZ** portadora de la T.P. 139.617 del C. S. de la Judicatura, para representar a la parte DEMANDANTE como apoderado general.

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 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 fue trasladada del RPM al RAIS, y que, acepta haber suscrito contrato de traslado al RAIS pese a que le omitieron la obligación del buen consejo por parte del RAIS en razón a que no le brindaron una información clara y completa de los beneficios, los pro y las consecuencias del traslado.

Aduce que, el 15 de julio de 2020 solicitó a COLPENSIONES la aceptación del traslado, recibiendo respuesta negativa el 16 de julio de la misma anualidad.

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

El *a quo* despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y declaró que la afiliación al RPM de la actora no ha tenido solución de continuidad en el tiempo en el que ha estado activamente vinculada al Sistema General de Pensiones.

En consecuencia condenó a la AFP PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES, el cien por ciento (100%) de los aportes efectuados por la demandante, y cualquier otro valor que se encuentre en su cuenta de ahorro individual, incluidos los frutos y rendimientos financieros que sobre los mismos se hubieren causado, asumiendo con cargo a su patrimonio los conceptos de comisiones de administración, el valor de las pólizas previsionales, lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y para el Fondo de Solidaridad Pensional, que hubieran sido deducidos desde la fecha en que se hizo efectiva la afiliación de la demandante a esa administradora, y hasta la fecha en que se haga efectivo el traslado de régimen pensional. En igual sentido, se condenó a PROTECCIÓN S. A. a que, traslade con destino a la COLPENSIONES, y con cargo a su propio patrimonio, los conceptos de comisiones de administración, el valor de pólizas previsionales, lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y para el Fondo de Solidaridad Pensional, durante todo el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a dicha administradora, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la sentencia.

De otro lado condenó a COLPENSIONES a recibir los aportes que las AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. le devuelvan como resultado de la ineficacia decretada, y a tener en cuenta el tiempo cotizado en el RAIS por la actora, como semanas cotizadas que deberán reflejarse en su historia laboral.

Seguidamente declaró la prosperidad de la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN formulada por el apoderado de Pensiones de Antioquia, y así mismo declaró la improsperidad de las demás excepciones formuladas por las demandadas.

Absolvio a PENSIONES DE ANTIOQUIA de todas las pretensiones promovidas en su contra por la demandante de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Finalmente indicó que las costas serán asumidas por PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. y absolvió de las mismas a COLPENSIONES.

Para fulminar condena, el *a quo* argumentó que la Corte Suprema de Justicia tiene fijada una línea jurisprudencial sobre el tema de la afiliación a un régimen pensional que se sintetiza en la obligación de brindar una información completa, suficiente, idónea y comprensible sobre las características de los regímenes, determinando e informando la conveniencia e inconveniencia de uno y otro régimen y la carga de las AFP de demostrar que efectivamente entregó la debida información al afiliado al momento del traslado.

Seguidamente expuso que en el presente proceso no se probó por parte de las AFP demandadas que hayan cumplido con su deber legal de otorgar una explicación integral sobre la regulación de los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, resultando insuficiente como prueba de la existencia de ese consentimiento informado la suscripción del formulario de afiliación, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado de la demandante a PORVENIR S.A en el año 1998.

### **3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN:**

La sentencia fue apelada por los apoderados de PROTECCIÓN S.A. y de PORVENIR S.A.

#### **APELACIÓN DE PROTECCIÓN S.A.**

La apoderada de PROTECCIÓN S.A. apela el fallo de primera instancia solicitando al Tribunal la revoque parcialmente en lo relativo a la condena que se le impuso de trasladar a COLPENSIONES el valor que se descontó en su momento por gastos de administración durante la vinculación de la demandante con PROTECCIÓN S.A.; teniendo en cuenta primero que la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, normas que han sido declaradas constitucionales le dieron la facultad a los fondos privados para realizar una deducción sobre el valor de los aportes realizados por los afiliados al Sistema General de Pensiones, este porcentaje que es autorizado por la norma se usa para cubrir los gastos de administración que de manera reciproca le generan a los afiliados un beneficio económico como son los rendimientos, por ello considera que es viable señalar que los gastos de administración no solo se cobran en el RAIS sino que también se pueden descontar en el RPM, es decir, que en el caso en el que la demandante hubiera continuado afiliada ISS hoy COLPENSIONES los gastos de administración también serían descontados, solamente que le estarían generando un rendimiento inferior al que hoy la demandante tiene en su cuenta de ahorro individual a través de la administradora actual.

Aduce que la demandante cuando estuvo afiliada a PROTECCIÓN S.A., dicha administradora cumplió a cabalidad con el deber de administración, generándole beneficios a través de los rendimientos y por ello no existe razón alguna para que PROTECCIÓN S.A. tenga que asumir un perjuicio dentro de su patrimonio restituyéndole a COLPENSIONES unos valores que ni siquiera están destinados o llamados a ser parte de la pensión que va a obtener la demandante, generándose un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES y de la misma demandante porque reitera que son dineros que no van a ser parte de la mesada pensional que recibiría a futuro la actora.

Expresa que PROTECCIÓN S.A. tiene derecho a conservar estos dineros como una restitución mutua a su favor sin que exista razón alguna para tener que trasladárselos a COLPENSIONES y más aún cuando se está realizando una condena en perjuicio por un cumplimiento normativo de buena fe que hizo PROTECCIÓN S.A. Así mismo arguye que para el caso en particular, los gastos de administración son dineros que fueron descontados mensualmente y no hacen parte de la cuenta de ahorro individual de la demandante y por lo tanto se estaría constituyendo en una condena en perjuicio contra el patrimonio de PROTECCIÓN S.A., ya que el mencionado fondo tendría que entrar a reponer esos dineros con su propio patrimonio sin que en la fijación del litigio se haya propuesto una eventual condena en perjuicios contra el patrimonio de

PROTECCIÓN S.A. y más cuando los perjuicios no han sido demostrados a la luz de una responsabilidad civil con los elementos propios de esta.

Respecto a la prima del seguro previsional indica que esos dineros han sido girados a un tercero de buena fe, como es el caso de la aseguradora para que si hubiese llegado a ocurrir un siniestro como el de invalidez o muerte la aseguradora entrara a cubrir los dineros de mesada pensional a los que tiene derecho la demandante, y en tal sentido se cumplió con esa obligación tanto del fondo privado como la aseguradora, sin que hoy PROTECCIÓN S.A. tenga alguna razón para reclamarle a la aseguradora un cumplimiento normativo, en razón a que la aseguradora actuo como un tercero de buena fe que nada tuvo que ver en el contrato suscripto por PROTECCIÓN S.A. y la parte actora. Considera que la demandante desde su afiliación a PROTECCIÓN S.A. en el año 2001, la aseguradora le garantizó la cobertura frente al siniestro de invalidez y sobrevivencia; es por ello que solicitarle a la aseguradora unos dineros que fueron descontados por mandamiento normativo y que ya fueron dados a la cobertura de la demandante en cuanto al sistema general de pensiones, no estaría justificado, para PROTECCIÓN S.A. es imposible cobrar dichos dineros y posteriormente trasladárselos a COLPENSIONES.

En razón a que en el numeral primero de la sentencia lo que se efectuo fue la ineficacia de la afiliación, y si en sentido estricto la consecuencia de la ineficacia es que las cosas vuelvan a su estado anterior, no hay razón para que los fondos privados tengan que trasladar unos rendimientos que se generan única y exclusivamente por la afiliación que se declaro ineficaz y considera que si en tal sentido las cosas vuelven a su estado inicial se haría la devolución de los aportes que realizo la demandante y si es necesario una ponderación de como serian esos rendimientos en el RPM y señala que considerablemente se puede afirmar que van a ser menores a los que dio el RAIS, asi tampoco habría que devolver unos gastos de administración que se dieron exclusivamente por la afiliación al fondo privado.

#### **APELACIÓN DE PORVENIR S.A.**

El apoderado de PORVENIR S.A. apela la sentencia, solicitándole al Tribunal que revoque la en su totalidad, indicando que no comparte la decisión de primera instancia consistente en declarar la ineficacia del traslado realizado por la parte demandante, manifestando que la misma al momento del traslado inicial no contaba con la información suficiente y necesaria para realizar el traslado de régimen pensional, pues como se observa en el interrogatorio de parte absuelto por la demandate se evidenció con total claridad que la misma si tenia conocimiento con relación a las características

particulares del RAIS, arguye que específicamente se le informó sobre la posibilidad de pensionarse anticipadamente y que ello dependía del capital que ahorra, también sobre la posibilidad de heredar las cotizaciones en caso tal la parte actora falleciera y así mismo sobre la posibilidad de realizar aportes voluntarios y que su capital generara unos rendimientos en su cuenta de ahorro individual, razón por la cual la parte demandante toma una decisión conciente, libre y voluntaria de trasladarse del RPM al RAIS y sin que por ello brille su ausencia de falta de información. Aduce que para la época del traslado inicial de la actora, lo cierto era que constaba la obligación de brindar esa información pero no de dejar por escrito pruebas adicionales al formulario de afiliación que constatará la información que se le brindó para ese momento al potencial afiliado, pues esa obligación surge a partir de la Ley 1748 de 2014, razón por la cual en el momento en el que se realiza el traslado inicial de la demandante se estableció con base en un formulario que fue debidamente autorizado por la Superintendencia Bancaria y como consecuencia de ello era un documento público y auténtico que no fue tachado ni objetado por la actora, es decir que cumplió con todos los requisitos que estaban vigentes para ese momento para entenderse que el traslado surgió a la vida jurídica de forma válida y efectiva.

Precisa que se debe valorar en sede de instancia que no solamente es una sentencia de la CSJ que establece la posibilidad de que a través de los actos de relacionamiento la parte demandante pueda entender que la misma adquirió el conocimiento con relación al RAIS, reitera que hay dos sentencias en ese sentido específicamente la SL 3752 de 2020 y la SL 1661 de 2021, donde se constata precisamente que aun cuando obre duda sobre la información que se le brinda al momento del traslado inicial, hay ciertos actos que con posterioridad a ello dan a entender que la misma si adquirió un conocimiento con relación al RAIS y que pese a ello ratificó su deseo de permanecer en el mismo, al no hacer uso de la facultad de retornar al RPM administrado por COLPENSIONES.

Señala que en una de las sentencias hacen alusión a actos de menor embergadura, tales como la actualización de datos o la solicitud de proyección de mesadas pensionales, sin embargo precisa que en el presente proceso hay un acto de mayor trascendencia como son los múltiples traslados horizontales que la actora realiza dentro del RAIS y que como consecuencia denotan de ello una clara e inequívoca voluntad por parte de la demandante de permanecer en dicho régimen y en no declarar precisamente la ineficacia como se está declarando en el fallo de primera instancia. Indica que en el presente proceso no procede la ineficacia del traslado pero de forma subsidiaria solicita al Tribunal Superior de Medellín que en el caso de considerar que

se debe confirmar lo atinente a la ineficacia del traslado realizado por la demandante solicita que se absuelva a PORVENIR S.A de devolver las comisiones de administración, porque en primer lugar esos descuentos son autorizados por la Ley, por la administración que ha ejercido PORVENIR S.A durante el tiempo que ha estado vinculada la accionante al mencionado fondo, y que se genera como una retribución por la buena gestión que ha hecho PORVENIR S.A. durante la afiliación de la actora a la misma, administración que ha incrementado el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Considera que devolver esas sumas de dinero a COLPENSIONES implicaría un enriquecimiento sin causa, pues es en el caso en el que la actora hubiera permanecido afiliada al RPM los descuentos también hubieran sido realizados o generados, porque el 3% de las cotizaciones en el RPM está destinado a financiar la comisión de administración, la pensión de invalidez y de sobreviviente, razón por la cual señala que devolver dichas sumas a COLPENSIONES implicaría un enriquecimiento sin causa, maxime cuando la Ley 100 de 1993 y conceptos de la Superintendencia Financiera de Colombia han establecido que en los procesos de ineficacia solo procede devolver las cotizaciones junto con los rendimientos sin que hay lugar devolverse sumas adicionales y mas cuando dichas sumas de dineros no están destinadas a financiar la pensión de vejez de la parte actora.

Finalmente arguye que si el efecto de la ineficacia es entender que las cosas vuelvan a su estado inicial o anterior, es decir, que no existió contrato de afiliación entre la actora y PORVENIR S.A., ello llevaría a entender que tampoco existió una administración y que como consecuencia de ello no se generaron un rendimientos, sin embargo y pese a ello el juzgador de instancia aplica los efectos de la ineficacia de forma parcializada.

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

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados judiciales de la DEMANDANTE, de PORVENIR S.A y de COLPENSIONES allegaron escrito de alegatos de conclusión, en los que señalaron resumidamente lo siguiente:

#### **ALEGATOS DE LA DEMANDANTE.**

Me permito solicitar de manera respetuosa al Honorable Tribunal Superior que, en el evento de confirmar la sentencia de primera instancia, esta sea adicionada en el

sentido de condenar en Costas y agencias en derecho en esta instancia a los apelantes, en la tasa máxima permitida según el acuerdo PSAA16-10554 en sus artículos 5 y 2, en razón del desgaste del aparato judicial por parte de los demandados, afectando así los principios de celeridad, economía y eficacia procesal, los cuales buscan garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia, sin dilaciones y demoras injustificadas, cumpliendo así, los objetivos que en materia de justicia impone la Carta Magna de 1991.

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

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

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.

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 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.

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, poniendo de presente las implicaciones de su traslado y los requisitos para pensionarse bajo el régimen de ahorro individual de conformidad con lo establecido en el artículo 64 de la misma Ley.

## **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.

Es por lo anterior, que bajo el mismo criterio señalado por la H. Sala Laboral de la Corte Suprema en los asuntos referidos a la “desafiliación tácita de los afiliados” del sistema que, debe apreciarse en conjunto la “**voluntad del afiliado**”, en estos asuntos en los que permanece en el régimen privado por más de 20 años, sin hacer la más mínima manifestación de la cual se pudiera entender que quería retornar al RPMPD. Se cita sólo a título de ejemplo la sentencia con Rad. 47236 del 06 de abril de 2016.

## 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 actúo 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 **SL1637-2022 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.**

***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”.***

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 Constitución Política).

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.”

## **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 SL1637-2022 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 SL2877-2020:

“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.”

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 SA. a trasladar a COLPENSIONES los rendimientos equivalentes del RISS (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, 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:

- i) 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;
- ii) 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 RISS (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 condene a devolver los gastos de administración y de seguros.

### **ALEGATOS DE COLPENSIONES.**

Sea lo primero solicitarles analizar nuevamente lo referente a 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 y estableció claramente que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren menos de 10 años para adquirir su pensión de vejez, supuesto jurídico en el cual nos debemos basar en el caso en concreto toda vez que la parte demandante solicito el traslado posterior al cumplimiento de la edad limítrofe establecida.

Ahora bien, la ineficacia invocada recae sobre un presunto error al que la parte actora fue inducida en razón a su desconocimiento, para lo cual se solicita al despacho tener de presente que el error, fuerza y dolo, es decir, los vicios del consentimiento deben ser probados, no simplemente referenciarse que los mismos se presentaron. En el caso en concreto el engaño invocado no se encuentra válidamente acreditado, ni con el soporte probatorio documental ni con los testimonios brindados, por lo que la ineficacia de traslado invocada carece de viabilidad.

La actora es una persona plenamente capaz según el artículo 1503 del código civil, ya que en el plenario no se acredita lo contrario, que la misma bajo sus facultades de forma libre y espontánea suscribió una afiliación considerando que sería más favorable pensionarse con el fondo privado y posteriormente al enterarse de que había perdido beneficios procede a reclamar unos derechos como se indicó anteriormente bajo una modalidad judicial creada por nuestro legislador para las personas verdaderamente perjudicadas.

Es importante resaltar en este punto que el desconocimiento de la ley en Colombia no excluye de responsabilidad y no se logró probar que hubiese un engaño o coerción por parte de los asesores del fondo privado y por el contrario existe un gran vacío al respecto.

Ahora bien, si esta honorable corporación considera procedente la ineficacia concedida por el aquo, se solicita se ordene al fondo privado la devolución de aportes, rendimientos, gastos de administración y cualquier otro rubro recibido en razón a la



afiliación que se está declarando ineficaz, conforme las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL 1421, SL 1452 y SL 1688 todas del año 2019.

Así las cosas, se solicita en primer lugar revocar la sentencia de primera instancia declarando prosperas las excepciones presentadas por la entidad que represento y por tal improcedentes las peticiones de la demanda por no ser procedente la ineficacia invocada y en segundo lugar, de forma subsidiaria se solicita en el caso de prosperar la ineficacia, se ordene la devolución de todos los rubros percibidos por el fondo privado sin importar el concepto a que se refieran en razón a las cotizaciones efectuadas por la parte actora debidamente indexados.

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

El problema jurídico a resolver se circunscribe a establecer si la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es ineficaz y de serlo, en qué términos y condiciones se debe realizar el traslado a COLPENSIONES del importe de las cotizaciones efectuadas en el RAIS por la demandante.

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 apelacion de PROTECCIÓN S.A, y de PORVENIR S.A. se consultará la sentencia en favor de COLPENSIONES 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 de la 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 las afiliadas 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.

Es así como, en el presente asunto, está probado, que la actora, habiendo tenido vinculación laboral con el DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA desde mayo de 1988 conforme con afiliación al régimen pensional de prima media administrado por PENSIONES DE ANTIOQUIA, desde diciembre de 1991 y hasta julio de 1997 conforme al certificado de esta entidad que aportado con la contestación a la demanda de esta entidad, (Documento 37 del expediente digital), se afilió a la administradora del RAIS PORVENIR S.A. el 09 de febrero de 1998 como se anota en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 61 del expediente (Documento 21 del expediente digital), en calidad de trabajadora del sector privado en el cargo de Vendedora en la empresa NET COMPUTE. Posteriormente se trasladó a la administradora ING S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. el 06 de septiembre de 2001 como se registra en el certificado SIAFP que milita a folio 44 del expediente (Documento 27 del expediente digital), con efectividad al 1º de noviembre de dicha anualidad conforme se advierte en el certificado de SIAFP. Finalmente la actora se afilia nuevamente a PORVENIR S.A. a partir del 1 de julio de 2003 acorde al certificado de esta AFP aportado con la contestación a la demanda (Documento 21 del expediente digital)

Se advierte que a pesar que en el certificado SIAFP que reposa a folio 59 del expediente (Documento 21 del expediente digital) se anota que la demandante estuvo afiliada a COLPENSIONES, al parecer es un error, toda vez que en la información laboral para bono pensional, que obra en la contestación de la demanda de PORVENIR S.A. a folios 113 y siguientes numeración automática (Documento 21 del expediente digital) se registra la observación que hay un posible error en tal información, siendo relevante que la demandante en sus alegatos de esta instancia admite que nunca ha estado afiliada el ISS hoy COLPENSIONES.

No obstante lo anterior, la demandante después de su desafiliación a PENSIONES DE ANTIOQUIA, a pesar que esta administradora de pensiones subsiste, no puede regresar a la misma, toda vez que el Decreto 2527 de 2000 *“Por medio del cual se reglamentan los artículos 36 y 52 de la Ley 100 de 1993, parcialmente el artículo 17 de la Ley 549 de 1999 y se dictan otras disposiciones”* prevé en el artículo 3 lo siguiente:

“...ARTICULO 3. Efectos de la desvinculación laboral de funcionarios públicos. Los servidores públicos que a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones se encontraban afiliados a las cajas, fondos o entidades de seguridad social de que trata el inciso segundo del artículo 52 de la Ley 100 de 1993 y se desvinculen de la entidad pública a través de la cual estaban afiliados a dichas cajas, fondos o entidades, para continuar cotizando al sistema general de pensiones deberán afiliarse al Instituto de los Seguros Sociales o a una administradora de pensiones del régimen de ahorro individual, salvo que su vinculación a la otra entidad se produzca sin solución de continuidad, esto en los términos del artículo 60 del Decreto-Ley 1042 de 1978...”.

Igualmente, la ordenanza 30 del 12 de diciembre de 2003 de la Asamblea de Antioquia en su Art. 4 que establece:

**ARTÍCULO 4º.** Son parte de PENSIONES DE ANTIOQUIA en calidad de afiliados los empleados del Departamento de Antioquia, la Asamblea Departamental, la Contraloría General de Antioquia, los Institutos descentralizados y los que se desvinculen de las anteriores y sin solución de continuidad se vinculen a otra entidad pública. Así mismo, los que expresamente autorice la ley.

De esta manera, como la actora después de haber culminado su relación laboral en el departamento de Antioquia en julio de 1997, su posterior relación laboral con la que se trasladó al RAIS a través de PORVENIR S.A. en febrero de 1998, fue en el sector privado, no podía afiliarse nuevamente a PENSIONES DE ANTIOQUIA por lo que de no haberse afiliado a PORVENIR S.A., su afiliación al RPM obligatoriamente habría sido con el ISS hoy COLPENSIONES, por lo que se confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto ordenó que ante la ineficacia del traslado de la actora al RAIS, su regreso al RPM sea a través de COLPENSIONES.

De otra parte, en este caso, si bien la demandante no es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por no contar para el 1º de abril de 1994 con 35 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que PORVENIR S.A. en el año 1998 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 00:46:48 del video de la audiencia de conciliación trámite y juzgamiento (documentos 53 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, entre otros aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

Ahora, conforme lo señaló el *a quo*, para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción pre impresa sobre que el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que el traslado se realizó con pleno conocimiento informado, lo cual no probaron las AFP, siendo su carga, como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada, por lo que habrá de confirmarse en esta instancia la decisión de el *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por la demandante en el año 1998 cuando se trasladó del RPM administrado en ese momento por ISS hoy COLPENSIONES a la AFP PORVENIR.

Respecto del argumento en la apelación de PORVENIR S.A. sobre los dineros a restituir a COLPENSIONES, la Ley 100 de 1993 menciona cuáles son los dineros que deben ser trasladado cuando existe un cambio de régimen pensional, sin embargo, tal norma legal lo que regula es las devoluciones de cotizaciones en los casos de traslado voluntario de régimen pensional, que no puede ser aplicada a este caso, en el que se define es la ineficacia del traslado al RAIS, por falta de la debida asesoría por parte de las AFP.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES, encuentra la Sala que la orden impartida por el *a quo*, se encuentra acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia, y por tal razón, la devolución que debe realizar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES deberá incluir la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro pensional de la actora, es decir las cotizaciones allí depositadas con sus rendimientos o intereses, así como los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro de Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole

Igualmente PROTECCIÓN S.A., debe devolver a Colpensiones los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, durante el tiempo que la actora estuvo afiliada a esta AFP, pues al declararse la ineficacia del acto de traslado, **ningún efecto jurídico puede derivarse de este** y por tanto, deben reintegrarse a COLPENSIONES, la totalidad de las sumas que hubiesen recibido las AFP demandadas como cotización de la demandante, 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 Corte Suprema de Justicia 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 dla actora, 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 cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”*

Así mismo, contrario a lo manifestado por el apoderado de PORVENIR S.A en su recurso de alzada, 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 las AFP demandadas, al no proveer la información clara, completa y comprensible a través de

sus asesores, la que acarrea como consecuencia, además del hecho de generar la declaratoria de ineficacia, que deban asumir con 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.

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 sobre la teoría de los actos de relacionamiento, alegados por PORVENIR S.A. referentes al traslado de la actora entre distintas AFP del RAIS, que denotarían su voluntad de pertenecer al RAIS, teoría expuesta por la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 413-2018, ha de tenerse en cuenta que dicha Sala de descongestión no tiene la facultad para variar la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte, habiéndose pronunciado ya esta Corte en su Sala permanente en el sentido que tales actos de relacionamiento, no pueden ser fundamento para negar la ineficacia del traslado de régimen pensional, pues la falta al deber de asesoría se debe estudiar al momento de traslado y no en relación con actos posteriores a este.

Al respecto esto, precisó la SCL de la CSJ en la Sentencia SL5686-2021:

*“Ahora, en este punto la Corte no pasa inadvertido que el Tribunal concluyó que el traslado fue voluntario pues la actora se afilió a otras administradoras del mismo régimen pensional, lo cual respalda Colpensiones bajo la teoría de los actos de relacionamiento que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer en el RAIS y, a su vez, la recurrente critica al indicar que el estudio de la acción de ineficacia debe centrarse simplemente en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial, sin que la afiliación misma suponga que ello se acató.*

*Pues bien, la postura del Tribunal es contraria a la que ha adocinado la Corte en su jurisprudencia, que sobre este punto tiene un carácter consolidado y reiterado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021). En estas providencias se ha señalado claramente que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras privadas de este esquema.”*

Respecto de la afirmación que realiza la apoderada de COLPENSIONES en sus alegatos sobre la imposibilidad legal de traslado de régimen, derivada de la restricción temporal 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 demandante, sino la ineficacia de su afiliación inicial al RAIS.

Finalmente 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 a folio 09 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.

Respecto 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.º 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 SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos.*

*En tal sentido, se condenará a las AFP accionadas 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 por las demandadas debidamente indexados.

Finalmente, respecto de lo alegado por PROTECCIÓN S.A. en su apelación, en el sentido que está imposibilitada de solicitar a las aseguradoras la devolución de las primas de los seguros previsionales toda vez que la aseguradora es un tercero de



buena fe que nada tuvo que ver con el contrato suscrito entre la parte demandante y PROTECCIÓN S.A., se ha de manifestar que en la sentencia no se ha proferido orden de que alguna aseguradora deba efectuar devolución de las primas de seguros, por lo que el porcentaje de los seguros previsionales debe ser devuelto por esta AFP de su propio peculio.

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

**COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y de PROTECCIÓN S.A. por haber salido vencidas en el recurso de apelación. Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$1.160.000 de la que responde cada una de estas AFP en un cincuenta por ciento.

## **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 08 de octubre de 2021 proferida por el JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **MARÍA OFELIA ROJAS PALACIO** contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., y PENSIONES ANTIOQUIA**, ADICIONÁNDOLA en el sentido que los porcentajes de cuota de administración incluido el porcentaje de seguros previsionales y el porcentaje de garantía de pensión mínima y reaseguro Fogafín, sean reintegrados a COLPENSIONES por las demandadas debidamente indexados.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR S. A y de PROTECCIÓN en favor de la demandante. Las agencias en derecho, las estima el ponente en la suma de \$1.160.000 de la que responde cada una de estas AFP en un cincuenta por ciento.

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: **52e91610ae626b1f1a7b2dcbc5e1514821c8848943034d05b4425a88225224b8**

Documento generado en 02/03/2023 02:41:39 PM

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