

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### SALA DE DECISIÓN LABORAL

El nueve (09) de marzo 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 **ADRIANA MARÍA MEJÍA ÁLVAREZ** 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.), y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.) tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-016-2019-00441-01.

### 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 **LÓPEZ & ASOCIADOS ABOGADOS**, quien representa judicialmente los intereses de PORVENIR en este proceso, se procede a reconocer personería al abogado **ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ** portador de la T.P. 115.849 del C. S. de la Judicatura, para que represente a PORVENIR en este proceso como apoderado principal.

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 nació el 29 de noviembre de 1963, y que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES desde el 09 de junio de 1983 y realizó cotizaciones a dicho fondo hasta el 31 de diciembre de 1993, posteriormente se trasladó al RAIS por medio de la AFP PROTECCIÓN S.A. el 09 de septiembre de 1994, y después se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. el 30 de noviembre de 1995.

Aduce que la asesora comercial de PROTECCIÓN S.A. le manifestó que podría acceder a la pensión a cualquier edad, incluso con mayor mesada pensional y le omitieron informarle de las condiciones necesarias para ello.

Señala que al momento del traslado PROTECCIÓN S.A. nunca le suministró información consistente en la edad y en el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual para acceder a la prestación económica por vejez, tampoco se le indico las ventajas o desventajas de trasladarse del RPM al RAIS. No le brindaron información respecto a la forma en que se liquidaba su pensión, ni de las variables que tendría que tener en cuenta al momento de hacerse el reconocimiento pensional.

Arguye que no recibió ninguna clase de soporte informativo que le permitiera identificar los riesgos a que se sometía al trasladarse del RPM al RAIS, tampoco se le preciso la distribución que se le daría a su aporte en el RAIS y las diferencias que tiene dicha distribución en el RPM, no se le informó de las comisiones que se cobraría por el movimiento de su cuenta individual.

Manifiesta que PROTECCIÓN S.A. no la asesoró respecto a las modalidades de pensión que estarían vigentes al momento de la afiliación, las características de cada una de ellas y de cuál sería la modalidad de pensión que a ella le aplicarían.

Indica que PROTECCIÓN S.A. al momento de la afiliación no le suministro una información, suficiente, adecuada, clara, comprensible y cierta con respecto a las consecuencias legales y económicas que tendría su cambio de régimen pensional, que le permitiera tomar una decisión consiente, conociendo las ventajas que le acarrearba el traslado.

Cuenta que en el traslado a PORVENIR S.A. el asesor no le explico las ventajas y desventajas de permanecer en dicho fondo, dicho fondo tampoco le informó de la fecha límite para decidir su traslado de régimen pensional.

Expone que el 05 de febrero de 2019 solicitó ante COLPENSIONES el traslado al RPM, pero dicha entidad niega el traslado argumentando que no es posible el traslado porque se encuentra a diez años o menos del requisito del tiempo para pensionarse.

## **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 en consecuencia que para todos los efectos legales nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPM.

Seguidamente ordenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a la demandante del RAIS, al RAIS administrado por COLPENSIONES.

De otro lado, ordenó a las administradoras PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a devolver, al régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES-, todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la parte demandante, incluyendo todo el dinero recibido por la afiliación, las cotizaciones de forma completa, los bonos pensionales, cualquier suma adicional, frutos e intereses, sin que puedan retener los gastos administrativos ni los aportes de solidaridad ni ningún concepto, pues se considera que en ningún momento debió producir ningún efecto jurídico dicho traslado. Esta erogación deberá realizarla con cargo a sus propios recursos.

Asimismo ordenó a COLPENSIONES a reactivar la afiliación al RPM de la actora y a recibir todos los dineros que sean trasladados por las administradoras de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A., y en consecuencia autorizó a COLPENSIONES a realizar un cálculo de equivalencia de los dineros recibidos desde el RAIS, de forma tal que no le genere perjuicio alguno recibir a la parte demandante al momento de cumplir con las obligaciones pensionales a su cargo.

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 pensionales, determinando e informando la conveniencia e inconveniencia de uno y otro régimen, y la inversión de la carga de la prueba de la información brindada en cabeza de las AFP.

Luego, señaló que en el proceso no se probó por parte de las AFP que, al momento de la afiliación de la demandante, hayan cumplido con el 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 un consentimiento suficientemente informado, la suscripción del formulario de afiliación preimpreso, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado.

Finalmente, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A., y a PORVENIR S.A. y absolvió de las mismas a Colpensiones.

### **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.**

El apoderado de PROTECCIÓN S.A. apela la sentencia, solicitando al Tribunal que revoque de manera parcial la decisión del juzgador de primera instancia, frente a la condena impuesta a PROTECCIÓN S.A. de efectuar la devolución a COLPENSIONES de los dineros descontados en su momento por la afiliación de la demandante a PROTECCIÓN S.A. por conceptos de gastos de administración y seguro previsional.

Manifiesta que los descuentos realizados por gastos de administración son descuentos que fueron autorizados por el legislativo a través de la Ley 100 de 1993 y por Decretos reglamentarios a través de los cuales se facultó y autorizó no solamente a los fondos privados de pensiones sino también al fondo del régimen público a efectuar la deducción con cargo a la cotización de los aportes realizados por los afiliados con el fin de buscar la compensación por la administración de los recursos de los afiliados hacia las administradoras.

Aduce que quedo documentado que en su momento PROTECCIÓN S.A. trasladó a PORVENIR S.A. no solamente los dineros por conceptos de aportes a pensión obligatoria sino que también se adelantó y traslado de unos emolumentos por conceptos de rendimientos financieros, y advierte que en muchas de las oportunidades, diferente a lo que se piensa del supuesto detrimento dentro del patrimonio pensional de los afiliados, los dineros por conceptos de rendimientos

financieros superan el 180% en relación a las cotizaciones a pensión obligatoria que hacen los afiliados del RAIS, y considera que pensar que se efectuó alguna especie de detrimento al patrimonio pensional de los afiliados estaría alejado de la realidad, y lo cierto es que la administración de los recursos por parte de las administradoras lo que generan es un incremento en el patrimonio pensional de los accionantes.

Precisa que con la condena de primera instancia, en la cual se ordena a PROTECCIÓN S.A. devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante más los rendimientos financieros generados y adicionalmente lo descontado por comisión de administración, es claro que se estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES, por recibir una comisión que ni siquiera está destinada a financiar la pensión de vejez de la parte actora y adicionalmente ya se trasladaron los rendimientos de la cuenta de ahorro individual fruto de la gestión que realizó PROTECCIÓN S.A., por lo que PROTECCIÓN S.A. tiene derecho a conservar la comisión como restitución mutua a su favor y no habría razón para que tenérsela que trasladar a COLPENSIONES. Recuerda que el artículo 1746 del Código Civil que es aplicable por analogía a la jurisdicción laboral dispone cuales son los efectos taxativos de la declaratoria de nulidad o ineficacia en estos actos jurídicos.

Señala que si la consecuencia de la ineficacia o de la nulidad es que las cosas vuelvan a su estado anterior, en estricto sentido se producirían las siguientes consecuencias, primero, que el contrato de afiliación nunca existió y que PROTECCIÓN S.A. no debió haber administrado los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante y en ese sentido se presentarían dos circunstancias puntuales, y es que los rendimientos que produjo la cuenta no se debieron haber causado ante la inexistencia de la administración de unos recursos y en ese mismo sentido no debió haber existido un cobro respecto de la comisión de administración por parte de PROTECCIÓN S.A. También arguye que el artículo 1746 habla de las restituciones mutuas, los frutos, los intereses y el abono de mejora y con base en eso debe entenderse que aun que se declare la ineficacia o la nulidad de la afiliación y se haga la ficción de que nunca existió un contrato de afiliación, no se puede desconocer que el bien administrado por parte de PROTECCIÓN S.A. produjo unos frutos y unas mejoras, gracias a la administración de PROTECCIÓN S.A. y es que la cuenta de ahorro individual obtuvo unos rendimientos y en razón a ello tiene derecho PROTECCIÓN S.A. a conservar la comisión de administración ya que efectivamente hizo que ese bien administrado rentara y acrecentara el patrimonio pensional de la parte demandante.

Expone que lo mencionado anteriormente le permite hablar de pretensiones acaecidas que no pueden desconocerse cuando se trata de contratos que tienen que ver con el derecho laboral y de la seguridad social, ya que si se aplicara en estricto sentido la teoría de la nulidad del derecho privado mediante la restitución completa que uno u otro hubieren dado o recibido se concluiría que, si la comisión nunca se debió haber descontado tampoco nunca debieron haber existidos rendimientos en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Recuerda que la teoría de las prestaciones acaecidas fue puesta de presente por la CSJ en la SL a través de una sentencia del 09 de septiembre de 2008. En igual sentido expresa que el Decreto 2555 de 2010 señala que el manejo de los recursos administrados a las AFP es vigilado por la Superintendencia Financiera de Colombia por lo que trae a colación el concepto del 17 de enero de 2020 proferido por la mencionada entidad el cual indica que, cuando se declara la nulidad o la ineficacia de la afiliación debe darse aplicación al artículo 7º del Decreto 3995 de 2008 que establece que cuando se da el traslado de regímenes es procedente el traslado de los aportes, de los rendimientos financieros y de lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima sin lugar a devolver los gastos de administración y el seguro previsional.

Respecto a la prima del seguro previsional manifiesta que este emolumento por la periodicidad que impone la Ley, ya fue destinado o dirigido a una aseguradora para que en caso de que la demandante hubiese sufrido un siniestro de invalidez o sobrevivencia hubiese estado salvaguardada. Precisa que tanto la aseguradora como PROTECCIÓN S.A. con el pago de la prima de seguro previsional cumplieron a cabalidad con el acto contratado por lo que PROTECCIÓN S.A. estaría imposibilitada en primer momento a efectuar el recobro o a solicitar la devolución de los dineros por un servicio ya prestado y en segundo momento, 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. Expone la CSJ en su Sala Civil se a pronunciado frente a los terceros de buena fe al igual que SL de la CSJ en sentencia SL 2324 del 19 de marzo de 2019 indicó que las consecuencia de la ineficacia no puede ser extendida a terceros y que la devolución de aportes no supone una retroactividad plena y en ese sentido deben mantenerse todas las situaciones consolidadas y que se presumieron de buena fe.

Por lo anterior señala que se debe tener presente que en caso de confirmarse la condena impuesta a PROTECCIÓN S.A. de asumir hasta con su propio patrimonio los valores de los descuentos permitidos por mandato legal para comisión de administración y para la primas del seguro previsional, se estaría en presencia de una

condena en perjuicios del patrimonio de PROTECCIÓN S.A., la cual tendría que revisarse a la luz de una responsabilidad civil con los elementos propios de esta, arguye que en el presente proceso no fue materia de prueba los perjuicios ni quedo demostrado la causación de los mismos. Recuerda que la inversión de la carga de prueba opera frente la pretensión de la ineficacia o de la nulidad y no frente a los perjuicios, perjuicios que no fueron demostrados por parte de la actora.

Relata que frente al cobro del 3% que es destinado a cubrir los emolumentos de comisión de administración y de la prima de seguros previsional, estos son susceptibles al término general de prescripción, de conformidad a lo establecido en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo en armonía con el artículo 151 del Código Procesal Laboral teniendo en cuenta que dichos conceptos han sido descontados en la periodicidad que impone la Ley para tal efecto y esos emolumentos no financian de manera directa la prestación económica de vejez de la demandante por lo que no podrían ser cobijados con la condición o con la naturaleza especial de aquellos aportes que si financian de manera directa la prestación económica de vejez.

#### **APELACIÓN DE PORVENIR S.A.**

La apoderada de PORVENIR S.A. apela la sentencia, solicitando al Tribunal que revoque de manera parcial la condena emitida por el despacho, por las siguientes razones: relata que PORVENIR S.A. no conoció las circunstancias de tiempo modo y lugar en las cuales se generó el traslado de régimen de la demandante, señala que sin embargo la condena afecta directamente a PORVENIR S.A., que siempre ha obrado de buena fe y que brindó una información completa y comprensible.

Arguye que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia contenida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 indicando que fue por falta de información porque efectivamente la demandante confeso conocer las características propias tanto del RAIS con del RPM, pero expresa que la declaratoria de ineficacia procede porque no se hizo un estudio del caso en particular, falto una proyección o un buen consejo a la actora, y al respecto manifiesta que el deber del buen consejo también nace a raíz de la jurisprudencia y no se crea en el año 1994 o 1995 que son los momentos en que la demandante se afilia de manera libre y voluntaria con PORVENIR S.A., y por lo tanto PORVENIR S.A para el año 1995 no podía desmotivar dicha afiliación, además de ello precisa que el ISS estaba pasando por una crisis financiera y económica y por ello, si se analiza la conveniencia del traslado se puede dilucidar que la mejor opción que tuvo la demandante para el año 1995 fue la de pertenecer y continuar en el RAIS, y esa conveniencia a la fecha de hoy debe de ser estudiada a que PORVENIR S.A. no debía

saber si la demandante iba a seguir cotizando, si el valor del salario iba a ser igual para el momento de la afiliación y de la misma manera para el momento de su pensión y por lo tanto no se puede hablar de un cálculo que solicita o requiere la parte demandante y que se convalida con la manifestación del fallador de primera instancia.

Menciona que si la demandante conocía los requisitos y la manera de operar de cada uno de los regímenes pensionales no se puede hablar de una falta de información y por lo tanto no se puede hablar de una ineficacia, sin embargo el fallador de primera instancia genera una condena en contra de PORVENIR S.A. que no estuvo al momento del traslado inicial, pues esta lo que hizo fue recibir a la actora como un tercero de buena fe, ya que el artículo 112 de la Ley de 1993 reza que cuando un afiliado cumple con los requisitos para pertenecer al RAIS no es posible que rechace la afiliación debido a que se estaría inmerso en condenas de aplicaciones directas por la Ley ya que PORVENIR S.A. no podía rechazar dicha afiliación.

Frente a los gastos de administración expone que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 indica que también en el RPM se debe descontar determinado porcentaje para administrar la pensión de invalidez y sobreviviente, y en ese mismo sentido expone que los gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez. Y aun que se declara no probada la excepción de prescripción pero considera que si verifica la naturaleza de los gastos de administración estos si prescriben ya que son dineros que se descuentan como contraprestación a la labor que desarrollo PORVENIR S.A. durante más de 25 años por lo que realizar un devolución a COLPENSIONES generaría un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES y más cuando la codemandada nunca hizo la buena administración que si realizó PORVENIR S.A., que genero grandes rendimientos, de los cuales actualmente goza la demandante.

Relata que la Superintendencia Financiera de Colombia de manera expresa afirmo que en los eventos en lo que proceda la nulidad o la ineficacia los únicos dineros que se deben trasladar son los dineros de la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos sin que proceda la devolución de la prima del seguro previsional, en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, así mismo precisa que tampoco procede la devolución de los gastos de administración.

Solicita al Tribunal Superior de Medellín revocar la sentencia en cita y su lugar absolver a PORVENIR S.A de las pretensiones de la demanda.



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

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados judiciales de la parte 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.**

“Le solicito de manera respetuosa a la Sala de Decisión Laboral del Honorable Tribunal Superior de Medellín, confirme en su totalidad la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Medellín el pasado 3 de marzo de 2022.

Lo anterior dado que el caso que nos ocupa contiene las características propias para que se falle de conformidad como lo ha realizado la Honorable Sala en asuntos de similares características.

En casos como éste, el despacho ha mantenido la clara postura de que las AFP's demandadas debieron cumplir con los deberes de honradez, transparencia, ética, de moralidad con la afiliada cuando se trasladó del seguro social al régimen de ahorro individual de conformidad con el numeral primero de los artículo 95 y 97 del Decreto 663 de 1993 que regulaba la conducta de las AFP's, las obligaciones establecidas en el artículo 4 del decreto 656 de 1994, las responsabilidades de los promotores reglamentadas en el artículo 10 del decreto 720 de 1994 y así haber logrado con transparencia el traslado de la afiliada, obligación de informar que debe entenderse y tener punto de partida desde el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia para que se dé un traslado completamente eficaz.

Las subreglas establecidas por la Corte Suprema de Justicia establecen que la información completa, cierta, oportuna, precisa y veraz y al alcance del ciudadano va más allá de la simple transcripción de la información básica del afiliado que se circunscribe en un formulario de afiliación, dado que se exige además, que se haya analizado la situación pensional del usuario tanto al momento del traslado como al como al momento de un eventual reconocimiento pensional.

Quien debe demostrar la eficacia del traslado es el fondo quien la alega como positiva y no la parte que se vio afectada por la carencia del buen deber del consejo por parte del fondo de pensiones a la que se trasladó inicialmente.

En el asunto que nos compete los demandados no lograron probar que hubo un consentimiento informado a la demandante al momento del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual.

La información expresada en el formulario de afiliación no logra probar a su vez, la precedida información necesaria para que el consentimiento que la AFP indica se dio en el mismo, cumpla con las reglas necesarias para la debida información.

Así mismo, los traslados entre administradoras posteriores a la vinculación inicial, no ratifican una afiliación con consentimiento informado, desde la misma premisa que dichas ratificaciones no surten efecto en materia laboral.

La ineficacia entonces, la sanción judicial que debe operar en este caso para el acto jurídico de afiliación sin que la AFP PROTECCIÓN S.A. haya cumplido con el deber de asegurar un consentimiento informado como lo ha manifestado la Corte Suprema de manera recurrente dando lugar a las mismas consecuencias que operan para la nulidad absoluta.

Como aspectos objetivos del caso tenemos que la demandante nació el día 29-11-1963, actualmente tiene 58 años de edad, se vinculó inicialmente al Régimen de Prima media administrado por el otrora seguro social el 9-6-1983 cotizando hasta el 31-12-1993 , se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Protección el día 9 de septiembre de 1994 donde cotizó hasta el mes de octubre de 1995, posteriormente se trasladó de fondo privado AFP PORVENIR desde el día 30 de noviembre de 1995 fondo donde está actualmente afiliada. En total ha cotizado al sistema general de pensiones más de 1300 semanas y para el momento en que la demandante cumplió 57 años de edad tenía un total de 1370 semanas.

Así mismo como obra en el expediente judicial en la proyección pensional realizada por la AFP Porvenir visible a folios 130 y siguientes, se evidencia que hay una clara disparidad en las mesadas pensionales a reconocerse dado que dicha AFP indica que a los 57 años se pensionaría bajo la garantía de pensión mínima cuando en el régimen de prima media su pensión quedaría liquidada en cuantía de 1.555.000 (folio 132) como consecuencia de un Ingreso Base de Liquidación de \$2.356.088 y una tasa del 65.58%, es decir, proyección en 2019 de un 87.77% superior a la que habría de recibir en el fondo privado Porvenir S.A.

Por ello le solicito respetuosamente señores Magistrados, que se emita sentencia que confirme en su totalidad la sentencia de Primera Instancia conforme lo expuesto anteriormente”.

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

### **“ANTECEDENTES**

La señora ADRIANA MARÍA MEJÍA ÁLVAREZ, actuando a través de apoderado judicial interpuso demanda laboral en contra de LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES – COLPENSIONES S.A, y mi representada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que previos los trámites de un proceso ordinario de primera instancia se declare la INEFICACIA del traslado efectuado desde el régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad, (RAIS) y como consecuencia de ello, la condenen a trasladar todos los valores existentes en la cuenta individual de la parte actora en virtud de su vinculación del RAIS al régimen de prima media.

La demanda fue conocida por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Medellín. Admitida, se corrió traslado por el término legal y en la contestación de la demanda nos opusimos a todas y cada una de las pretensiones.

La primera instancia resolvió condenar a PORVENIR S.A., a traslado de aportes, rendimientos financieros, cuotas de administración, primas de seguros previsionales, y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, de manera indexada, por considerar que no se cumplió con el deber legal de información respecto del traslado de régimen de la parte actora.

Contra esta decisión PORVENIR S.A., interpuso el recurso de apelación.

## **II. RAZONES JURÍDICAS Y FÁCTICAS**

### **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 parágrafo 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, 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, así lo acredita entre otros, la publicación que realizó en el diario el Tiempo el 14 de enero de 2004, como dispuso inicialmente el artículo 3º del Decreto 1161 de 1994, sin que ejerciera esta facultad, lo que debe valorarse como negligencia de su parte.

### 3. DEL DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA

La señora **ADRIANA MARÍA MEJÍA ÁLVAREZ**, 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 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 ciería- 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”.**

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 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 CGP-, 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.

Por las anteriores consideraciones, respetuosamente se solicita al H. Tribunal Superior de Medellín – Sala Laboral, analizar las circunstancias particulares de este proceso

que exhiben con suficiencia que en el acto jurídico celebrado entre las partes **produjo los efectos jurídicos que las partes pretendían.**

**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:

- 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.

## **10. DE LA INDEXACIÓN DE LAS CONDENAS IMPUESTAS.**

La sentencia C- 00161 de fecha 13 de mayo del 2010, Magistrado Ponente - Edgardo Villamil Portilla, respecto a la figura de la indexación indicó:

“La actualización monetaria cuya aplicación deja por fuera aspectos subjetivos, pretende mantener en el tiempo el valor adquisitivo de la moneda oficial, que se envilece periódicamente en las economías caracterizadas por la inflación, todo bajo la idea de que el pago, sea cual fuere el origen de la prestación, debe ser íntegro, conforme a decantada jurisprudencia en materia de obligaciones indemnizatorias que a la postre fue recogida por el artículo 16 de la ley 446 de 1998”.

Por su parte, la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL 9316 de fecha 29 de junio de 2016, precisó que la indexación “es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo dada la generalizada condición inflacionaria de la economía”.

En este orden de ideas y teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFP'S, está la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, es incompatible y excluyente En ordenar la indexación, pues los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante no se han visto afectados por la inflación, por el contrario, han generado rendimientos muy superiores a los que garantiza el RPMPD.

Resulta ilustrativo mencionar que, el Tribunal Superior de Cundinamarca en sentencia de fecha 21 de junio de 2022 dentro Proceso Ordinario Laboral promovido por FELISA LEÓN POVEDA con Radicación No. 25899-31-05-002-2021-00111-01 y sentencia de fecha 25 de julio de 2022 proferida por el Tribunal Superior de Cali - Sala Laboral Proceso Ordinario Laboral promovido por EDILSON RICARDO REGALADO GONZÁLEZ con radicación No. 76001-31-05-012-2022-00234-01, consideró que, el traslado de los rendimientos financieros del afiliado a COLPENSIONES compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse presentado respecto de los emolumentos que se ordenan retornar.

En igual sentido, el TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI SALA LABORAL 1 TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA LABORAL, en el proceso que adelantó el señor JHON JAIRO GAVIRIA C en contra de COLPENSIONES Y OTROS RAD. 76001-31- 05-2022-00562-01, el pasado veinte (20) de enero del año en curso, indicó:

“Respecto de la indexación la Sala considera que no hay lugar a dicha imposición, toda vez que, con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generado en los emolumentos a retornar, por tal razón se REVOCA dicha condena a COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. y en su lugar, se les CONDENA a dichos entes a que devuelvan todas las sumas junto con sus rendimientos.”

Luego, ordenar que Porvenir S.A. indexe cualquier suma de dinero, es sin duda imponer una doble sanción, por cuanto sin hesitación alguna y sin que resulte necesario realizar ninguna operación matemática, los rendimientos financieros obtenidos por la gestión que adelantó mi representada a partir del acto jurídico informado que celebró el demandante con plenos efectos jurídicos, con creces, supera la posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros del afiliado representados en los aportes pensionales.

### III. PETICIÓN FINAL

Con fundamento en lo expuesto, comedidamente solicito al Honorable Tribunal Superior de Medellín – Sala Laboral, **REVOCAR** en su integridad la sentencia de Primera Instancia para en su lugar **ABSOLVER** a mi representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda”.

### ALEGATOS DE COLPENSIONES.

**“Sobre los aspectos probatorios y el debido proceso.**

#### **Negaciones indefinidas.**

Sobre lo concerniente a que lo dispuesto en el escrito introductorio se trata de negaciones indefinidas, no se comparte, debido a que las expuestas en la demanda no tienen tal carácter, pues de acuerdo como se encuentran formulados los hechos, corresponden a negaciones definidas, toda vez que “... tienen por objeto hechos

concretos, limitados en tiempo y lugar, que presuponen la existencia de otro hecho de igual naturaleza, el cual resulta afirmado implícita o indirectamente...”. Siendo ello así, no se altera la carga de la prueba, ni se desplaza a la orilla del demandado, puesto que quien pretende valerse de negaciones indefinidas, debe encontrarse en una situación de imposibilidad demostrativa y no ante una mera dificultad.

De acuerdo con lo precedente, era menester que la parte demandante ejerciera el despliegue probatorio atinente a demostrar insuficiencia en la información por parte de la AFP, aspecto que en modo alguno logra satisfacerse únicamente con la declaración de parte, lo que deriva en la asunción del riesgo de no haber probado, que se traduce en desestimar las pretensiones.

Y es que la inercia probatoria no debe privilegiarse bajo el argumento de que cualquier manifestación concerniente a no haber recibido información corresponde a negación indefinida, de una parte, porque en estricto no es así, ya que de acuerdo como se expuso en párrafos anteriores, se trata de hechos concretos, limitados en el tiempo, modo y lugar, elementos que además se encuentran documentados en el formulario de afiliación; de otra, porque es al juez, con apego en la autonomía judicial y salvaguardando el derecho a la prueba de los sujetos procesales, a quien en cada caso concreto le corresponde verificar la imposibilidad de las partes para acreditar su propuesta demandatoria.

Obsérvese que el afiliado de la seguridad social no se halla ante una imposibilidad probatoria, porque la experiencia ha enseñado que en los juicios en los que se ha deprecado ineficacia de traslado de régimen pensional, con antelación al año 2019, los demandantes acudían con testigos o hacían sus esfuerzos probatorios en aras de satisfacer la carga que les correspondía, y, aun así, en forma mayoritaria, obtenían el pretendido traslado; luego, no se trata de hechos imposibles.

### **Interpretación para la aplicación del artículo 1604 del Código Civil.**

Como se ha dejado expuesto y de acuerdo con la jurisprudencia relacionada, se colige que en el caso particular las manifestaciones de la parte actora no configuran negaciones indefinidas, lo que imposibilita pasar a hacer un análisis de lo dispuesto en el artículo 1604 del CC, puesto que, a juicio de este apoderado, en esta disposición no se consagra una presunción de culpa, sino que se hace necesario la demostración de que el deudor ha incumplido, para que ya, con un propósito liberatorio, el demandado intente acreditar la diligencia y cuidado, el caso fortuito o la fuerza mayor. Es decir, primero el demandante debe probar que hubo un incumplimiento del deber legal por



parte de la AFP, para que la carga de la prueba se desplace hacia la orilla del demandado, aspecto que como viene de manifestarse, no ocurrió, por lo que corresponde al juzgador acudir a las reglas que regulan la carga de la prueba.

### **Establecimiento de estándar probatorio y disminución del peso demostrativo del formulario de afiliación.**

Se considera que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al establecer como regla general cuál debe ser el contenido mínimo de la información, según la época en que se haya producido el traslado entre regímenes pensionales, se arroga una función que no le es correspondiente, puesto que "...al legislador, mediante norma general y abstracta, le compete establecer el estándar de prueba «en atención a los valores en juego en cada tipo de proceso»" 5 , así, como, por ejemplo, en derecho penal, que para que haya condena, se requiere de conocimiento más allá de duda razonable, elemento que se encuentra debidamente regulado (Ley 906 de 2004. Art. 381).

Para el caso que nos convoca, se observa que el legislador no definió exactamente el estándar de prueba para el proceso laboral, lo que implica que es al juez, en cada caso concreto, con base en los medios de prueba regular y oportunamente allegados a la causa judicial, a quien le pertenece, en el ejercicio de su autonomía, la valoración de la prueba y deducir si una proposición fáctica se encuentra probada, según los artículos 60 y 61 del CPT y SS y 164 y 176 CGP , por lo que considero que no le es debido a la Corte fijar en forma estandarizada el nivel o intensidad que se debe satisfacer por los llamados ajuicio en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen pensional.

En este orden, el acogimiento expreso o tácito de las etapas determinadas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, atinentes a establecer el contenido mínimo y alcance del deber de información, deriva en la asunción por parte del juzgador para definir el caso concreto, en pautas que determinan prácticamente el establecimiento de un estándar probatorio que resulta imposible, debido a que el modelo fijado por la alta corporación se torna inalcanzable, en la práctica, irrealizable, porque, el aumento del estándar probatorio, esto es, el alto nivel o intensidad de la información que según el órgano de cierre se debe alcanzar por quien edifica su defensa en haber suministrado información debida, aunado a la disminución del valor demostrativo del formulario de afiliación, que cumple con los requisitos legales de la época y que a lo sumo es con lo que cuentan las AFP, deja sin opciones de defensa a las entidades demandadas, puesto que se produce un desbalance en las cargas probatorias, que deriva, ahí sí, en imposibilidad demostrativa para el extremo pasivo, con el agravante de que queda a merced de lo que el actor a bien tenga decir.

En mi sentir, la Corte petrifica una regla mediante la cual se concluye que el formulario de afiliación acredita un consentimiento, pero no informado, lo que prácticamente hace que por vía jurisprudencial se determine en forma previa el peso probatorio del documento, puesto que lo convierte en una prueba legal o tasada. Siendo ello así, el órgano de cierre asume una competencia que no le es propia, toda vez que la determinación del valor anticipado de una prueba le corresponde al legislador, en modo alguno al juzgador.

### **Conclusión.**

Entonces, de acuerdo como lo ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, se establecen reglas tales como que 1) las manifestaciones del afiliado en lo atinente a no haber recibido información constituyen negaciones indefinidas, 2) lo que conlleva a que se desplace la carga probatoria hacia los fondos privados, a quienes se les exige la satisfacción de su deber legal en los términos del artículo 1604 de CC, 3) fija unas etapas dependiendo de la época, en la cual se establece el contenido mínimo y alcance del deber de información, y por último, 4) reduce el valor del formulario de afiliación, aseverando que no es prueba suficiente y que a lo sumo lo que se demuestra es un consentimiento pero no informado.

Como lo expuso el magistrado Rigoberto Echeverri Bueno en aclaración de voto en la sentencia SL 1452-2019 “Contrario a ello, estimo prudente que se analicen las condiciones particulares de cada caso y que no se establezcan o reivindiquen reglas generales y automáticas, que minan la estabilidad del sistema pensional y desconocen principios fundamentales como la autonomía de la voluntad del afiliado y la libre escogencia de régimen.” A lo que le adiciono que además desequilibran las cargas procesales con sacrificio del derecho fundamental a la prueba, se invade la autonomía judicial y convierte los juicios de ineficacia de traslado de régimen pensional, en traslados automáticos ante la administración de justicia.

Por tanto, la aplicación en forma irrestricta de las reglas generales que ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para los casos en los que se depreca ineficacia de traslado de régimen pensional, genera un desequilibrio procesal, que tiene como resultado un grave impacto en el ejercicio del derecho de defensa, pues deja sin opciones probatorias a la parte pasiva, lo que se traduce en transgresión al debido proceso.

En este contexto, comedidamente se llama la atención del juzgador, para que en aras de garantizar el balance probatorio y con ello el debido proceso, acuda estrictamente a las reglas de la carga de la prueba para definir el caso concreto.

### **Sobre periodos mínimos de carencia y sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones.**

La ley 100 de 1993, incorporó dos regímenes pensionales que confluyen, pero son excluyentes entre sí; se trata del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, ambos con marcadas diferencias, pero ajustados al texto constitucional.

La citada ley, en su artículo 13, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, dispone sobre la libertad de elección de regímenes por parte de quienes deben ser afiliados al sistema general de pensiones, delimitando como parte de las características que “b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.” a la par que del literal e del mismo artículo se desprende que “... Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez...”

En sentencia C - 1024 de 2004, la Corte Constitucional, al referirse sobre la constitucionalidad de la norma que limita el traslado de régimen pensional, cuando al afiliado le falten diez años o menos para arribar a la edad mínima pensional, expuso:

“La medida prevista en la norma acusada, conforme a la cual el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, resulta razonable y proporcional, a partir de la existencia de un objetivo adecuado y necesario, cuya validez constitucional no admite duda alguna. En efecto, el objetivo perseguido por la disposición demandada consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, y simultáneamente, defender la equidad en el

reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues se aparta del valor material de la justicia, que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros. La validez de dicha herramienta legal se encuentra en la imperiosa necesidad de asegurar la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social en materia pensional a todos los habitantes del territorio colombiano, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia (C.P. art. 48). Así mismo, el objetivo de la norma se adecua al logro de un fin constitucional válido, pues permite asegurar la intangibilidad de los recursos pensionales en ambos regímenes, cuando se aproxima la edad para obtener el reconocimiento del derecho irrenunciable a la pensión, en beneficio de la estabilidad y sostenibilidad del sistema pensional.”

De acuerdo con los motivos de la Corte Constitucional en torno a la razonabilidad y proporcionalidad de la medida limitante adoptada por el legislador de 2003, se concluye que la disposición analizada se ajusta al texto superior, esto es, que el periodo de carencia o permanencia mínima en un determinado régimen, con antelación al cumplimiento de la edad mínima pensional, es constitucional.

Se aprecia en el presente caso que el traslado por vía judicial se pretende habiendo cercanía a la edad mínima pensional, deduciéndose de acuerdo con las reglas de la sana crítica, específicamente las de la experiencia, que la finalidad de la parte actora es la búsqueda del reconocimiento de una prestación por vejez en el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, encontrándose que por largo tiempo no ha habido aportes al régimen pensional público, esto es, no se han realizado las cotizaciones que permitan la consolidación y proyección de un cálculo actuarial dentro del periodo mínimo de carencia establecido por el legislador, para efectos del reconocimiento pensional, lo que a la postre transgrede parte del objetivo de la norma analizada por la alta corte (Ley 797 de 2003, artículo 2. ), puesto que se pone en riesgo la capitalización del sistema y la intangibilidad de los recursos públicos, debido a que es inminente el deber de reconocimiento pensional al afiliado, ante el regreso de este al régimen público, toda vez que la administradora pensional, además, deberá reconocer un subsidio que no se encontraba dentro de sus proyecciones, situación que produce un desequilibrio en el sistema pensional, con perjuicios para Colpensiones, siendo esta una causa para negar el traslado de régimen pensional.

Por otra parte, ya en lo atinente al acto jurídico de traslado de régimen pensional, se debe destacar que sobre este debe imperar el efecto relativo de los contratos (Art.

1602 C.C.), por lo cual, los efectos del negocio jurídico, deben favorecer o perjudicar a las partes que en él intervienen y en el caso particular, la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, no ha tenido injerencia alguna en la decisión adoptada por la parte demandante para efectos de su paso hacia el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, así como para su permanencia, permitiendo, como era su deber, la movilidad en el Sistema General de Pensiones, lo que impide que lo pactado entre la demandante y la Administradora de Fondos de Pensiones, repercuta en contra de Colpensiones.

Ahora bien, en caso de considerarse que en materia de afiliaciones al Sistema General de Pensiones, puede operar una excepción a la relatividad de los contratos, derivada de la sanción que se puede colegir de la Ley 100 de 1993, por causa de quienes eventualmente trasgredan la libertad de afiliación, se debe destacar que en el asunto particular, se trata de una persona plenamente capaz y que del acto de afiliación no se observan vicios del consentimiento que puedan dar al traste con el traslado a la Administradora de Fondos de Pensiones del RAIS, puesto que conforme con la autonomía de la voluntad privada, optó por cambiar de régimen pensional; además, según emerge de los medios de convicción allegados con el escrito de demanda, el traslado se llevó a cabo en consonancia con la normatividad que para afiliaciones ha regido, pues el formulario suscrito se encuentra ajustado a lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, aunado a que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en materia pensional, no contaba con el beneficio del régimen de transición, concluyéndose que para el momento del traslado, no tenía expectativas legítimas o derechos adquiridos, lo que por contera, da cuenta de otra causa que impide su retorno al Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida.

En síntesis, el traslado entre regímenes pensionales encontrándose el afiliado a diez años o menos de la edad mínima pensional, sólo se encuentra autorizado para los beneficiarios del régimen de transición, que accedieron a este por medio del tiempo de servicio o cotizaciones (Corte Constitucional, sentencias C-789 de 2002, SU- 062 de 2010 y SU – 130 de 2013), por lo que la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional de un contingente de personas con características diferentes a las dispuestas por la Corte Constitucional, pone en peligro la sostenibilidad financiera del sistema, a la par que pondría en riesgo el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados (Arts. 48 y 334 de la Constitución Política de Colombia; exposición de motivos del Proyecto de Ley 56 de 2002 Senado, que luego se convirtió en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 y Corte Constitucional en sentencias C-1024 de 2004 T – 489 de 2010 y SU 062 de 2010).

### **Salvamento de voto en la sentencia SL 3537-2021 Radicación n.º 88432.**

Al momento de proferir la decisión, respetuosamente se solicita tener en consideración los argumentos expuestos por el magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán, en salvamento de voto.

“Contrario a lo aducido, considero que el deber de información y asesoría para la época en que se produjo el traslado, en diciembre de 1997, se circunscribía a poner en conocimiento de los afiliados el reglamento del fondo, de fácil comprensión, en el que estuvieran consignados, entre otros, sus derechos y sus obligaciones, así como la posibilidad de los afiliados de solicitar asesoría al fondo para la contratación de rentas vitalicias, y la responsabilidad de las AFP respecto a los perjuicios que por culpa leve ocasionaran a sus afiliados.

“Empero, el deber de asesoría para el traslado de régimen, con tal nivel de detalle, constitutivo de un consentimiento informado, cuyo incumplimiento conllevara la ineficacia o nulidad del traslado, por ausencia de voluntad en la celebración del acto jurídico o vicios del consentimiento derivados de esa falta de información, no podría establecerse de la normatividad vigente para esa época, ni de la aducida en la decisión de la que me aparto, sino a partir del estatuto del consumidor financiero previsto en la Ley 1328 de 2009, derivado en particular de los principios consagrados en su art. 3º, cuales son, la debida diligencia, libertad de elección, transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, y educación para el consumidor financiero.

“Igualmente, de lo dispuesto en el art 48 ídem, que modificó el literal c) del art. 60 de la Ley 100 de 1993, en cuanto a la libertad de selección y traslado de administradoras y fondos de pensiones, y la obligación de otorgar información que le permita a los afiliados la adopción de decisiones informadas; y, del contenido mínimo de la información establecido en el art. 9º del estatuto, en particular, con la adición a esa obligación, prevista en la Ley 1748 de 2014, en la que se estableció también lo relativo a las proyecciones pensionales.

“Como en este asunto, es de la normatividad vigente en diciembre de 1997, época del traslado de régimen de la parte actora, de donde se pueden derivar las obligaciones de las administradoras de fondos de pensiones del “RAIS frente al deber de información para el caso concreto, no podía imponerse el denominado deber de información con un contenido material, a partir de la Ley 1328 de 2009, y lo previsto en los numerales 1º del art. 97 y 4º del art. 98 del Decreto 663 de 1993, estrictamente relacionados con operaciones financieras, mas no con los procesos de afiliación al

régimen de ahorro individual en el sistema pensional, el que para el momento de su expedición ni siquiera existía.

“Asimismo, para esa época era imposible prever el devenir económico y de los portafolios pensionales, que infortunadamente, a posteriori, mostró no coincidir con las expectativas del nuevo régimen pensional, en el que el valor de la pensión de vejez en sus distintas modalidades, pende del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, acorde con los aportes que se efectúen y los rendimientos financieros que los mismos generen, sin contar con el desconocimiento de las condiciones particulares del afiliado, proyección de ocupación laboral y de ingresos, así como su situación familiar y de beneficiarios, por lo que era imposible anticipar el valor de la pensión.

“Entonces, cualquier cálculo o aproximación a ese valor de mesada pensional, constituiría simple especulación, en cualquiera de los regímenes, máxime si se tiene en cuenta que para la fecha del traslado, a la demandante le faltaban más de 20 años para arribar a la edad mínima pensional en el régimen de prima media, tan solo contaba con 198 semanas cotizadas, esto es, menos de una quinta parte del tiempo requerido en ese momento para la causación de la pensión en el mismo sistema, que se incrementó con la reforma introducida por la Ley 797 de 2003, requiriendo un mínimo de 1300 semanas en el régimen de prima media a partir del año 2015; y, no tenía ningún tipo de expectativa frente al régimen de transición pensional previsto en la Ley 100 de 1993.

“Lo anterior corrobora que, para la fecha de traslado de régimen, en verdad la demandante no tenía ninguna garantía consolidada ni una expectativa legítima de alguna, le sobrevino al acto jurídico de afiliación por primera vez al RAIS, una reforma legal y una constitucional, y no era posible determinar con probabilidad de certeza la verdadera incidencia o las consecuencias de ese acto, en su caso particular.

Además, tuvo la posibilidad de retractarse de su decisión de traslado al régimen de ahorro individual, así como la de retornar al régimen de prima media con prestación definida, hasta antes del 7 de mayo de 2009, pero no lo hizo, decidiendo permanecer en el RAIS; y, en todo caso, en ambos regímenes se garantiza su derecho a la seguridad social, el que conlleva el cumplimiento de los requisitos previstos por el legislador para el reconocimiento de las prestaciones del sistema pensional en cada uno. “Es por ello, que debía asumir las consecuencias jurídicas del acto de afiliación, que comporta la adhesión a las condiciones previstas en la ley para cada uno de los regímenes del sistema pensional, cuya elección es libre y voluntaria, proviene de la decisión del afiliado, con las limitantes de ley, y cuyas contingencias, derechos y

obligaciones resultantes, son las dispuestas por el legislador para el régimen seleccionado, ofreciendo cada uno beneficios diferentes, sin que puedan predicarse unos como mejores o superiores que otros, simplemente distintos y acordes a las necesidades y requerimientos personales de cada afiliado, lo que en principio se determina en el momento de la afiliación, pese a que a posteriori pueda sufrir variación, sin que en ningún caso el error sobre un punto de derecho sea constitutivo de un vicio en el consentimiento, ni redunde en la ineficacia del acto jurídico respectivo.”

Por último, en el evento en que la judicatura opte por acceder a las pretensiones de la demanda, comedidamente solicito que se ordene a la Administradora de Fondo de pensiones y Cesantías, para que, a favor de Colpensiones, realice la devolución integral de las cotizaciones efectuadas por la parte demandante durante la permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, precisando un término perentorio para para el reintegro de los recursos.

Con fundamento en lo expuesto, comedidamente solicito a los Señores Magistrados de la Sala Laboral Del Tribunal Superior De Medellín, revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar, absolver a Colpensiones.

## **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 apelación de PORVENIR S. A. y de PROTECCIÓN 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, estando afiliada al régimen pensional de prima media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, según historia laboral que reposa a folios 40 a 51 del expediente (Documento 01 del expediente digital), se afilió a la administradora del RAIS PROTECCIÓN S.A. el 09 de septiembre de 1994 como se anota en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 55 del expediente ( Documento 01 del expediente digital), posteriormente se trasladó a la administradora HORIZONTE el 30 de noviembre de 1995 como se advierte en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 56 del expediente (Documento 01 del expediente digital).

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 PROTECCIÓN 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 00:10:22 del video de la audiencia de conciliación y trámite (documento 12 del expediente), 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 la explicación clara de 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.

Ahora, conforme lo señaló el *a quo*, y contrario a lo manifestado por la apoderada de PORVENIR S.A en su recurso de alzada 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 1994 cuando se trasladó del RPM administrado en ese momento por ISS hoy COLPENSIONES a la AFP PROTECCIÓN S.A.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES, encuentra la Sala que la orden impartida por la *a quo*, no 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, como lo argumentó Colpensiones 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 y contrario a lo manifestado por el apoderado de PROTECCIÓN S.A en su recurso de apelación, 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.

Respecto de la afirmación que realiza el apoderado 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.

Ahora, en lo concerniente a los argumentos expuestos por el apoderado de COLPENSIONES en el escrito de alegatos, que la declaratoria de ineficacia desconoce el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, se ha de manifestar primeramente, que para efecto de declarar la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, no es jurídicamente viable tener en cuenta el principio antes citado, pues, desde que la actora estuvo afiliada al RPM era beneficiaria de las prerrogativas de este régimen pensional, conforme lo disponía la legislación, y por ello no es posible desconocer los derechos que tiene conforme las norma legales vigentes, so pretexto de someterse al principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano, pues a este principio el que se tiene que someter es el legislador al realizar las reformas pensionales, no que el juez para desconocer derechos ya legislados.

De otra parte, el hecho que la actora regrese al RPM, de COLPENSIONES, no necesariamente le va a causar una carga financiera a esta entidad o mejor a los recursos del fondo común de los afiliados, por un mayor monto de la pensión en el RPM, 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 de la afiliada, que no están plenamente probadas en ese proceso, 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 suceder que el afiliado alcance a obtener la pensión de vejez, y fallezca sin tener beneficiarias 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 que tiene que ver con orden impartida del juez, de reintegrar a COLPENSIONES el bono pensional que se pudiera haberse pagado a favor de la actora, ello no es procedente, toda vez que al ser ineficaz la afiliación de la demandante al RAIS, no se origina el derecho a bono pensional, al menos el tipo A, y por tal razón, si el referido bono fue pagado su devolución se debe realizar al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y no a COLPENSIONES.

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.

De otra parte, respecto de la prescripción de las cuotas de administración ella no opera, toda vez que la obligación de restituirlas estos se origina con la declaratoria de ineficacia del traslado que solo se produce con la ejecutoria de las sentencias que la declaran, por lo que no sería procedente la prescripción de las cuotas de administración.

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 PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A. por haber salido vencidas en el recurso de apelación interpuesto. 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 la 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: MODIFICAR** el numeral **TERCERO** de la sentencia del 03 de marzo de 2022 proferida por el JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **ADRIANA MARÍA MEJÍA ÁLVAREZ** contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** **en el sentido** que PORVENIR S.A., debe devolver a Colpensiones 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 Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole.

Igualmente se PRECISA que la AFP PROTECCIÓN S.A. debe devolver a COLPENSIONES los porcentajes que en su momento descontó de las cotizaciones de la demandante durante el tiempo en que esta estuvo vinculada a esta AFP, referente gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro de Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima.

En lo demás se CONFIRMA la sentencia de primera instancia.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S. A y PORVENIR S.A. en favor de la demandante. Las agencias en derecho, la 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: **49186dc1a5655caa70af4b14b136e6f6854666d14c0bdd2c377d69ec084041b0**

Documento generado en 09/03/2023 01:07:09 PM

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