

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El treinta y uno (31) 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 **SANDRA PATRICIA CUERVO RICO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.), y la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA** (en adelante SKANDIA) tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-009-2019-00402-01.

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 S.A. en este proceso, se procede a reconocer personería al abogado **ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANO LÓPEZ** portador de la T.P. 115.849 del C. S. de la Judicatura, para que represente a PORVENIR S.A. en este proceso como apoderado principal. En igual sentido se le reconoce personería a la abogada **LUISA FERNANDA RENGIFO MEDINA** portadora de la T.P. 383.547 del C. S. de la Judicatura., para que represente a SKANDIA S.A. en el presente proceso como apodera sustituta. Así mismo y 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 **MUÑOS MEDINA ABOGADOS** quien representa judicialmente los intereses de COLPENSIONES en este proceso, se procede a reconocer personería al abogado **DARÍO MAURICIO TOBÓN CHAMORRO** portador de la T.P. 271.442 del C. S. de la Judicatura, para que represente a COLPENSIONES 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 nulidad de su traslado al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida (en adelante RPM) administrado por Colpensiones.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata la actora que nació el 13 de julio de 1971, estaba afiliada al ISS desde el 10 de octubre de 1990 y en abril de 1994 fue trasladada a la AFP PORVENIR S.A.

Manifiesta que el 1 de marzo de 1997 se trasladó de la AFP PORVENIR S.A. a AFP OLD MUTUAL S.A., trasladándose horizontalmente entre regímenes.

Expone que las AFP demandadas al momento de afiliarla no le brindaron la información adecuada y completa acerca del RAIS, sino que le informaron sobre las ventajas del RAIS, pero en ningún momento le informaron sobre las desventajas del mismo, no le informaron sobre las características, condiciones y diferencias existentes entre un régimen y otro.

Sostiene que el 30 de mayo, radicó reclamación administrativa ante COLPENSIONES, en la que solicitó la declaratoria de nulidad del traslado a la AFP y la reactivación de su afiliación al RPM.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La oficina judicial de primera instancia, despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la actora del RPM al RAIS realizado en el año 1994 a PORVENIR S.A.

Consecuencialmente condenó a las AFP PORVENIR S.A. y a SKANDIA S.A., a devolver a COLPENSIONES según sea el caso, los saldos de la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, que llegaron a cada fondo, en los periodos de afiliación, el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración, las primas

de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a cada administradora.

Seguidamente ordenó a COLPENSIONES, a reactivar de manera inmediata la afiliación de la demandante al RPM, y a recibir la devolución de los dineros ordenados.

Para fulminar condena, la *a quo* argumentó que la Corte Suprema de Justicia tiene fijada una línea jurisprudencial sobre el tema de la afiliación a un régimen pensional que se sintetiza en la obligación de brindar una información completa, suficiente, idónea y comprensible sobre las características de los regímenes, determinando e informando la conveniencia e inconvenientes 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 del demandante, hayan cumplido con el deber legal de otorgar explicación integral sobre la regulación de los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado.

Asimismo declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas y finalmente condenó en costas a PORVENIR S.A., absolviendo a COLPENSIONES de dicha condena.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:

La sentencia fue apelada por los apoderados judiciales de PORVENIR S.A. SKANDIA S.A. y COLPENSIONES.

APELACIÓN DE PORVENIR S.A.

La apoderada de PORVENIR S.A., apela la sentencia solicitándole al Tribunal sea revocada en su totalidad, argumentando que no se acreditó en el proceso la existencia de algún vicio del consentimiento al cambiarse la demandante de régimen pensional, ya que se no alegó y tampoco se probó ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación es eficaz y en ese sentido para la reclamación del presente proceso se encuentra prescrito.

Señala que la figura jurídica de la ineficacia en el artículo 899 del Código de Comercio enseña que el acto o negocio jurídico, contrario a una norma tenga causa y objeto ilícito o lo celebre una persona capaz es nulo absolutamente, norma que no es aplicable al presente asunto.

Aduce que ninguno de los presupuestos legales anteriormente mencionados se alegaron y tampoco resultaron demostrados en el proceso, y que el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante es un documento público, que se presume autentico según los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso, el parágrafo del artículo 54A del Código Del Procedimiento del Trabajo, que además contiene la declaración del que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, ello es que, la selección fue libre, espontánea y sin presiones, debido a que el referido documento no fue tachado ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 252 del Código General del Proceso, es decir que probatoriamente no es valido restarle valor o desconocer el formulario de afiliación.

Arguye que como quiera que se descarta la existencia de un presupuesto para declarar la nulidad absoluta del acto jurídico por no contener ni objeto ni causa ilícita, tampoco el consentimiento de la parte actora estuvo viciado por error, fuerza o dolo, ni esta tampoco suscribió el formulario de afiliación como incapaz absoluta, de presentarse alguna irregularidad distinta la misma estaría saneada de conformidad a lo que indican los artículos 1742 y 1743 del Código Civil, esto es, por la ratificación tácita de la parte demandante al permitir durante todo el tiempo de permanencia en el RAIS el descuento del aporte con destino al régimen privado tal como ella lo manifestó en el interrogatorio de parte.

Expresa que la demandante realizó el cambio de régimen en el año 1994 y con posterioridad a ello hubo unos traslados horizontales, en 1997 a SKANDIA S.A. y en 1998 nuevamente a PORVENIR S.A., y que el traslado a PORVENIR S.A. lo realizó la actora de forma libre y voluntaria, traslado en el cual se le brindó una información oportuna y completa como lo hace ver al suscribir formulario de afiliación a PORVENIR S.A.

manifiesta que el fallador de primera instancia aduce que PORVENIR S.A. no allegó pruebas del cumplimiento de los deberes con la actora al momento de la vinculación, esto es entregar información completa, veraz y oportuna, pero considera que tal injerencia no se ajusta a la realidad procesal porque PORVENIR S.A. de manera palmaria cumplió con la carga procesal impuesta, pese a la inversión que se le hizo a la carga de la prueba, contrario a lo dispuesto legalmente, en la medida en que aportó

los documentos que tenía en su poder para demostrar que la parte demandante estaba vinculada a PORVENIR S.A. producto de una decisión libre e informada, tal y como se acredita solamente con el formulario de afiliación sino que también con la versión que ella rindió en el proceso.

Reitera que el formulario de afiliación es auténtico, y que la accionante ha permanecido durante más de 18 años en el RAIS, permitiendo el descuento con destino al fondo privado, es decir, que la intención de la señora demandante era la permanecer al RAIS.

Menciona que jurídicamente no es viable ponerle cargas distintas a PORVENIR S.A. a las previstas en las Leyes existentes al momento en que sucedió la afiliación de la demandante, pues ello constituye una violación al debido proceso y a la confianza legítima de PORVENIR S.A., ya que para cuando se celebró el acto jurídico de vinculación, no solo la afiliada era jurídicamente capaz sino que además el acto jurídico contenía objeto y causa lícita, y ahora por interpretaciones que se le hace a la norma se desconocen instituciones primarias de una Estado Social de Derecho como son la validez y los efectos de los actos jurídicos.

Enfatiza que frente a la devolución de los gastos de administración, en el hipotético y remoto caso que el fallador de segunda instancia declaré nuevamente la ineficacia, no puede olvidarse que el literal B del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 menciona cuales son los dineros que se deben trasladar cuando existe cambio de régimen, esto es, el saldo de la cuenta individual incluido los rendimientos, lo que impide que legalmente se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes a las referidas en la norma antes mencionada. En ese mismo sentido sostiene que es claro que ningún otro valor está destinado a financiar la prestación del afiliado por lo que condenar a PORVENIR S.A. a pagar valores diferentes configuraría un enriquecimiento sin justa causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico celebrado entre la parte demandante y PORVENIR S.A. como en este caso sería COLPENSIONES.

Considera que ordenar reintegrar los gastos de administración o las seguros previsionales es hacer una simulación de ordenarse a una entidad aseguradora a una compañía de seguros que si el afiliado no está amparado se devuelva el valor de la póliza, y que frente a los gastos de administración la Superintendencia Financiera en concepto del 17 de enero de 2020 indicó en forma expresa que en caso de proceder la nulidad o ineficacia del traslado las únicas sumas a retornar son los aportes y los rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado 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 y tampoco se deben devolver las comisiones de administración, es decir que las primas de seguros y las comisiones de administración al no corresponder a valores que le pertenecen al afiliado en ninguno de los dos regímenes pensionales, en cuanto a que no financian la prestación económica por vejez y por ende no son parte integral de ella, lo que es razón de peso para escapar su imprescriptibilidad, característica de que si goza el derecho pensional, luego estos sí están sujetos al fenómeno previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y el 151 del Código del Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social.

Recalca la buena fe impuesta en los procesos de afiliación, ya que PORVENIR S.A. siempre estuvo en disposición de cumplir con sus obligaciones en administrar los ahorros de la demandante, por lo cual solicita que se evalúen todas y cada una de las excepciones propuestas en la contestación de la demandan ya que existe una inexistencia de obligación en el presente proceso.

En razón a las anteriores consideraciones solicita al Tribunal analizar las circunstancias particulares del proceso, ya que se indica con suficiencia que en el acto jurídico celebrado entre las partes no se probó ninguno de los presupuestos establecidos en la Ley para declarar la nulidad absoluta como tampoco la ineficacia del acto jurídico, por el argumento jurisprudencial de la falta de consentimiento informado, como quiera que PORVENIR S.A. cumplió con la carga probatoria de acreditar que suministró la información suficiente y objetiva al momento de la vinculación como lo refleja el formulario de afiliación y las respuestas brindadas por la demandante en el proceso.

APELACIÓN DE SKANDIA S.A.

La apoderada de SKANDIA S.A. Interpone recurso de apelación de manera parcial frente a la orden que se le impuesto de devolver a COLPENSIONES el dinero que se descontó por conceptos de cuotas o gastos de administración, porcentaje de garantía de pensión mínima y seguros previsionales durante el tiempo que la actora estuvo afiliada a SKANDIA S.A.

Indica que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en cual se consagra que los fondos privados pueden descontar del IBC un porcentaje que se destina a financiar unos gastos de administración, una prima de reaseguros de Fogafin y las primas de seguros previsionales. Adicionalmente con el artículo 20 se tiene el Decreto 692 de 1994 en su

artículo 36, que indica la distribución de las cotizaciones, artículo que señala que tanto el ISS y los fondos de previsión pensional, mientras no se ordene su liquidación deberán llevar siempre unas cuentas separadas de las reservas para las pensiones de vejez y para los gastos de administración.

Manifiesta que de conformidad a las normas anteriores el 3% descontado de los aportes en ambos regímenes pensionales, se destinan a cubrir los gastos de administración y al pago de los seguros de las primas de invalidez y sobrevivientes, aunque correlativamente también señala que dichos gastos son una contraprestación que se tiene para las administradoras de pensiones, dentro de las cuales está la función de administrar la cuenta de ahorro individual de los afiliados, garantizarles una rentabilidad mínima entre otras.

Aduce que las pretensiones en el caso concreto giraron en torno a declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS y la CSJ ha señalado que la consecuencia de la ineficacia es el regreso automático de las cosas a su estado inicial, y en razón a ello expresa que se debe realizar por parte del Juez un estudio de ponderación objetiva en cuanto a las restituciones mutuas, la confianza legítima y la buena fe que ostenta en este caso SKANDIA S.A.

Advierte que SKANDIA S.A. actuó de buena fe dentro de toda la relación contractual que tuvo con la actora, durante el tiempo que SKANDIA S.A. estuvo siendo la administradora de pensiones de sus aportes, en igual sentido SKANDIA S.A. administró en forma correcta la cuenta de ahorro individual de la demandante. Señala que la condición de administración esta direccionada a retribuir todas las actividades que deben desarrollar las AFP que conforman el Sistema General de Pensiones. Indica que las sumas de dinero por administración no son del afiliado, tampoco están destinadas a financiar la pensión de vejez, y es por ello que ordenarle a SKANDIA S.A. a que devuelva el porcentaje de comisión de administración sería generar para COLPENSIONES un enriquecimiento sin justa causa y un pago de lo no debido, porque COLPENSIONES estaría recibiendo un dinero sobre el cual no ha ejercido ningún tipo de administración.

Expone que quedó acreditado con las pruebas documentales que se adjuntaron con la contestación de la demanda, que SKANDIA S.A. cumplió con la rentabilidad exigida por las directrices legales que dicta la Superintendencia Financiera, por lo que tampoco resulta procedente tener que reintegrar la comisión de administración cuando en el ejercicio legítimo y en las normas legales vigentes durante la vinculación de la demandante SKANDIA S.A. cumplió con todos las exigencias.

Expresa que el reintegro de la comisión de administración también es un desconocimiento de los principios constitucionales, de buena fe, confianza legítima y el debido proceso, porque se está ordenando judicialmente devolver una suma de dinero que ya tiene un titular definido legalmente y SKANDIA S.A. llevó a cabo la administración de los recursos, así como todas las labores que exige la Ley respecto de los dineros que conforman la cuenta de ahorro individual de los afiliados, razón por la cual considera que no es viable tener que devolver dichas sumas a COLPENSIONES, y más aún cuando los dineros mencionados generaron unos rendimientos que beneficiaron directamente a la demandante.

Respecto de la prima de seguros de invalidez y sobrevivencia indica que tampoco es procedente que SKANDIA S.A. deba asumir dicho traslado porque la causa de aseguramiento es permanente y la demandante gozó de la cobertura frente a los riesgos de invalidez y muerte por estar afiliada a SKANDIA S.A. y dicho rubro se pagó a la aseguradora para cubrir una eventual invalidez o muerte y por ende esa suma de dinero no se encuentra dentro del patrimonio de SKANDIA S.A, teniendo entonces que cumplir con una obligación de tipo económico para poder cumplir con la orden dada por parte del despacho y deja claro que si el Tribunal Superior de Medellín confirma la sentencia, solamente sería hasta el momento que la misma quede ejecutoriada, se daría el cumplimiento por parte de SKANDIA S.A.

Relata que en el proceso no se llamó en garantía ni en calidad de demandado a la aseguradora y por ende devolver el dinero pagado a la misma implicaría que SKANDIA S.A. lo asumiera de su propio patrimonio, generándose un perjuicio para SKANDIA S.A. cuando no hubo un perjuicio con la afiliación de la parte actora.

APELACIÓN DE COLPENSIONES.

COLPENSIONES interpone recurso de apelación respecto del numeral segundo de sentencia de instancia, solicitándole al Tribunal que adicione la sentencia indicando que los conceptos mencionados en el numeral segundo del fallo se trasladen hacia COLPENSIONES debidamente indexados, teniendo en cuenta las sentencias SL 1421 y SL 1688 de 2019, en razón a que en las arcas de las AFP se encuentran todos los aportes necesarios para cancelar la mesada correspondiente mientras que en el RPM administrado por COLPENSIONES puede haber un detrimento patrimonial y por lo cual trae a colación el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1^a del acto legislativo 001 de 2005 el cual señala que, el Estado garantizará la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

Aduce que COLPENSIONES es un tercero ajeno al negocio jurídico celebrado por la actora con las AFP codemandadas y por ello COLPENSIONES no puede ser ni beneficiada ni perjudicada por acto jurídico celebrado entre las demás partes intervinientes, ello teniendo en cuenta el principio de relatividad de los contratos.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados de todas las partes allegaron escrito de alegaciones, en los que señalaron resumidamente lo siguiente:

ALEGATOS DE LA DEMANDANTE.

es procedente declarar la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, como quiera que en el proceso la entidad demandada no logró demostrar que se otorgó una información clara y completa, respecto de las desventajas y ventajas que el traslado le reportaría a la demandante, pues como se evidencia el único documento que se aportó respecto a la información dada fue la copia del formulario de afiliación, quedando así, demostrado que las administradoras de fondos de pensiones demandadas faltaron al deber legal impuesto en el literal d del artículo 60 de la Ley 100 de 1993 y en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, que hacen referencia a la obligación de los fondos de suministrar una información suficiente, amplia y oportuna respecto del traslado con el fin de generar decisiones informadas.

ALEGATOS DE PORVENIR S.A.

1. DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO.

En este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en los artículos 1508, 1513, 1515, 1517, 1524 y 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.

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 este 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., siempre le GARANTIZÓ a la demandante la posibilidad de retornar al régimen de prima media y además, dispuso los canales de comunicación suficientes para permitirle a la actora conocer las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, referentes al funcionamiento, características y requisitos del régimen de ahorro individual con solidaridad, poniendo de presente las implicaciones de su traslado y los requisitos para pensionarse bajo el régimen de ahorro individual de conformidad con lo establecido en el artículo 64 de la misma Ley

3. DEL DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA.

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

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

Aduce el fallador de primer grado que, mi representada, no allegó pruebas del cumplimiento de sus deberes para con la parte actora al momento de la vinculación, esto es entregar información, completa, veraz, cierta y oportuna. Tal inferencia no se ajusta a la realidad procesal, por cuanto mi representada de manera palmaria, cumplió con la carga procesal impuesta -pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba, contrario a lo dispuesto legalmente al respecto-, en la medida que, aportó los documentos que de acuerdo con las normas existentes para el momento en que se celebró el acto jurídico del traslado debía mantener en sus archivos; además, pese a que la parte demandante JAMÁS estuvo en imposibilidad absoluta de retornar al RPMPD, permaneció en el RAIS, lo que sin duda al menos debe valorarse como un indicio serio de querer permanecer en el.

5. DE LA IMPOSICIÓN DE CARGAS PROBATORIAS INEXISTENTES.

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

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

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., 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.

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

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

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

Basta leer apartes de la mentada sentencia SL1637-2022 Radicación No. 89208, en cuanto a que se *“activa la afiliación”*, para concluir razonablemente que, se traslada el valor de los aportes con los rendimientos que se hubieran causado en el RPMPD. Así lo manifestó:

“Importa resaltar que la fuente constitucional para tales declaratorias, cuando ellas sean procedentes, resulta ser el artículo 48 de la CP que garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social, y las órdenes emitidas frente

*a Colpensiones en el sentido de activar la afiliación, percibir las sumas trasladadas por la AFP y tener por vinculado **al afiliado como si nunca se hubiese separado del RPM, (...)***” Negrillas fuera de texto.

Y lo expuesto en la decisión CSJ SL2877-2020:

“Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el Juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tael sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.”

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

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

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

La Sala de Casación Civil, al respecto expuso:

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 ibidem, 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 ibidem, pues de no haber cometido tales desatinos, habría colegido que el aquí demandado, al ser poseedor de buena fe, como esa misma Corporación lo calificó en su propio fallo, apreciación fáctica que al no estar comprendida en la acusación no puede ser revisada por la Corte, estaba obligado a restituir únicamente los frutos percibidos con posterioridad a la notificación del auto admisorio de la demanda, porque sólo a partir de este momento quedaba sometido al régimen que para los poseedores de mala fe prevé el segundo de tales preceptos.”

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

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

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

Si, por el contrario, la decisión del Tribunal es que se debe reintegrar la totalidad de los rendimientos, 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. SOBRE LA INDEXACIÓN.

La sentencia C- 00161 de fecha 13 de mayo del 2010, Magistrado Ponente - Edgardo Villamil Portilla, señala que la indexación consiste en:

“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 integró, 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”

Adicionalmente, a través de la SL 9316 de fecha 29 de junio de 2016, se 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, se encuentra la de garantizar la

rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, resulta incompatible 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.

ALEGATOS DE SKANDIA S.A.

IMPOSIBILIDAD DE REINTEGRAR GASTOS DE ADMINISTRACIÓN.

Puntualmente, **el artículo 20 de la Ley 100 de 1993** señala:

“En el régimen de prima media con prestación definida el 10.5% del ingreso base de cotización se destinará a financiar la pensión de vejez y la constitución de reservas para tal efecto. El 3% restante sobre el ingreso base de cotización se destinará a financiar los gastos de administración y la pensión de invalidez y sobrevivientes.

En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.” (Se resalta fuera del texto)

Adicionalmente **el Decreto 692 de 1994 en su artículo 36** señala:

“ARTICULO 36. DISTRIBUCION DE LAS COTIZACIONES. Las tasas de cotización para pensiones será a partir del 1 de enero de 1996 del 13.5% la cual se, aplicará al ingreso base de cotización total será del 11.5% y a partir del 1 de enero de 1995 será del 12.5%.

De la tasa de cotización total prevista tanto las administradoras del régimen de ahorro como del régimen de prima media deberán capitalizar en las cuentas de ahorro del afiliado en las reservas del fondo común según el caso los siguientes puntos porcentuales; el 8% en 1994 el 95 % en 1995 y el 10% a partir de 1996.

El ISS y las caja fondos o entidades de previsión mientras no se ordene su liquidación deberán llevar cuentas separadas de las reservas para la pensión de vejez y de gastos de administración. En relación con los riesgos originados en las pensiones de invalidez y sobrevivientes podrá contraer los seguros respectivos o asumir el riesgo directamente. En uno u otro caso deberá llevar cuentas separadas de las primas canceladas o de, las reservas que debe constituir si asume el riesgo, según las normas que establezca la superintendencia bancaria.”

Conforme la norma en mención podemos concluir que el 3% de la cotización en ambos regímenes pensionales se destina a cubrir:

Los gastos y/o comisión de administración y;

El pago de la prima para los seguros de invalidez y sobrevivientes

Correlativamente se crean con ello una serie de obligaciones que deben cumplir las administradoras de pensiones entre las cuales se encuentra:

Administrar la cuenta de ahorro individual del afiliado

Garantizar una rentabilidad mínima de los fondos de pensiones y;

Garantizar que en caso de cumplirse con requisitos de pensión de sobrevivencia e invalidez se pueda financiar dicha prestación al afiliado y sus beneficiarios.

Bajo este escenario, si bien es cierto las pretensiones de la demanda giran en torno a la Ineficacia de la afiliación al RAIS y que la Corte Suprema de Justicia ha adocinado que la consecuencia de esta, es el regreso automático de las cosas al estado inicial (SL 3464 de 2019); pues también lo es, que corresponde al Juez hacer un estudio de ponderación objetiva en cuanto a las restituciones mutuas y la buena fe que ostenta Skandia Pensiones y Cesantías.

Skandia Pensiones y Cesantías S.A. actuó de buena fe dentro de toda la relación contractual con la demandante y administro en forma correcta la cuenta de ahorro individual de la señora **SANDRA PATRICIA CUERVO RICO**; por lo que resulta oportuno el siguiente aparte de la sentencia 25307 (10326) de la Corte Suprema de Justicia, con fecha 5 de agosto de 2014, con ponencia del magistrado Arturo Solarte:

«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 ibidem, 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»

En segundo lugar; y como su nombre lo indica, la comisión de administración esta direccionada a retribuir las diferentes actividades que deben desarrollar las instituciones pensionales que conforman el Sistema General de Pensiones y entre las cuales se encuentra Colpensiones; luego dicha comisión no es del afiliado y no está destinada a la financiación de la pensión de vejez, porque tanto en el RAIS como en el RPM la ley dispone dicho porcentaje a favor de las administradoras de pensiones y si esto es así, ordenar que se devuelva el porcentaje de comisión de administración es generar un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones quien no podrá cumplir en forma retroactiva con dicha obligación, será únicamente a partir de la ejecutoria de la sentencia que podrá asumir con dicha disposición legal.

Finalmente, está acreditado con las pruebas documentales adjuntas a la contestación de la demanda que Skandia Pensiones y Cesantías cumplió con generar una rentabilidad acorde a las directrices legales y de la Superintendencia Financiera; por lo que no resulta procedente reintegrar la comisión de administración cuando en el ejercicio legítimo de las obligaciones legales vigentes durante la vinculación de la demandante a Skandia Pensiones y Cesantías S.A. cumplió con cada una de ellas y sus actuaciones estuvieron dentro del marco de la buena fe.

B) IMPOSIBILIDAD DE REINTEGRAR PRIMAS DE SEGUROS PREVISIONALES.

En lo que respecta a la prima del seguro de invalidez y sobrevivencia tampoco es procedente que Skandia deba asumirlas, en tanto la causa de aseguramiento (invalidez y sobrevivencia) es permanente y la Demandante gozó de la cobertura durante toda la vinculación al fondo de pensiones obligatoria de Skandia S.A., de ahí que parte del mencionado porcentaje, ya fue pagado a la aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez y muerte de la actora y, por tanto, no se encuentra en las arcas de la AFP, afirmación que se ratifica con el concepto No. 2019152169-003-000 de fecha 15 de enero de 2020 de la Superintendencia Financiera que al respecto indicó:

garantía de la pensión mínima y sus respectivos rendimientos.

2. *¿Al decretarse la nulidad de la afiliación o ineficacia del traslado y ordenar la devolución de recursos, se deben respetar las restituciones mutuas y excluir las sumas que por concepto de prima de seguro previsional fueron sufragadas a favor del afiliado mientras estuvo vigente su afiliación, dado que la compañía aseguradora mantuvo la cobertura de los riesgos de invalidez y muerte de su asegurado durante la vigencia del seguro, y además por cuanto operó la figura de la prima devengada?*

En igual sentido, en atención a que el porcentaje de la prima del seguro previsional ya fue sufragado y la compañía aseguradora cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, este Despacho no considera viable el traslado de dichos recursos en el caso consultado; sin perjuicio de la vinculación que a este tipo de procesos se haga a las aseguradoras que han sido contratadas para dichos fines, para que puedan ejercer la defensa de sus intereses.

3. *Conforme al marco normativo vigente, ¿sería válido el siguiente tratamiento legal que han de recibir los aportes recibidos, cuando por virtud de la declaratoria judicial de nulidad de la afiliación o ineficacia del traslado, el afiliado debe retornar al RPM?*

Concepto	Devolución
Cuenta de Ahorro Individual (Aportes y Rendimientos)	Si
FGPM (aportes y rendimientos)	Si
Prima de Seguro Previsional	No
Comisión Administración	No

Calle 7 No. 4 - 49 Bogotá D.C.
Conmutador: (571) 5 94 02 00 – 5 94 02 01
www.superfinanciera.gov.co



En consecuencia, el dinero pagado a título de prima por un seguro obligatorio que ofrece cobertura a la Demandante no puede ser objeto de restitución, en cuanto se trata de un beneficio del que efectivamente goza la actora, y, de cualquier forma, tampoco puede ser exigido a mi representada, en cuanto ésta, según las prescripciones legales al respecto, lo pagó a título de contraprestación a la aseguradora que emitió el seguro previsional respectivo.

C) CON DICHA DEVOLUCION SE CREA UN PERJUICIO ECONOMICO PARA MI REPRESENTADA

Desde el año 1997, año en que se hace efectiva la afiliación de la demandante con mi representada, se ha venido realizando una gestión de administración de cuenta de forma efectiva, la cual ha permitido generar unos rendimientos a la señora SANDRA PATRICIA CUERVO RICO de su cuenta de ahorro individual. Dichos descuentos se vienen realizando entonces desde el año 2013, y los mismos al ser descontados mes a mes, ya no se encuentran en ARCAS de mi representada, por consiguiente, el tener que realizar una devolución de dichos dineros desde la fecha indicada por el Fallador de primera instancia, implicaría que SKANDIA S.A., tomara de su propio patrimonio dichos dineros, generándole un detrimento económico.

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

Sin bien, los apoderados judiciales de COLPENSIONES aportaron en dos oportunidades alegatos, se tendrán en cuenta los primeros alegatos en el tiempo, en el que se anota que conforme a lo establecido en la circular 019 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia que mencionó que cuando el afiliado decida trasladarse de régimen o de administradora, expresará su voluntad mediante el diligenciamiento del correspondiente formulario ante el empleador o ante la nueva entidad administradora, de conformidad con las disposiciones vigentes.

Así las cosas el documento suscrito por la accionante solicitando el traslado obedeció a la decisión de una persona plenamente capaz en ejercicio de la autonomía de la voluntad y del derecho a la libre selección que se consagra en el art 2 de la ley 100 de 1993. Si bien la demandante inició cotizando al RPMPD, la misma se trasladó al RAIS administrado por OLD MUTUAL S.A, y PORVENIR S.A.

Además de lo expuesto, debe tenerse en cuenta que las normas laborales establecen unos requisitos para el traslado de régimen, y prohíbe expresamente el mismo cuando a la persona le falten 10 años o menos para cumplir la edad de pensión, Conforme al Artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993

En lo relacionado con la incidencia del principio constitucional de la sostenibilidad del sistema de la seguridad social. Esto, por cuanto los recursos económicos, que se encuentran en la cuenta de ahorro individual y del bono pensional, pueden ser insuficientes para cubrir cualquier eventual retroactivo pensional al que posiblemente se condenará a mi representada y de esta manera la declaratoria de sin solución de continuidad al régimen de prima media, atentaría contra la sostenibilidad del sistema de seguridad social del régimen de prima media.

Así las cosas, si la sentencia fuese desfavorable para mi representada solicitó muy comedidamente sea tenido en cuenta que la entidad que represento, como entidad estatal que es, está gobernada por el principio de legalidad, por tanto, no puede realizar más actos de los que la Ley le ha permitido, por tanto, cualquier acto administrativo que expida, debe estar acorde al ordenamiento jurídico que lo gobierna. Además sin necesidad de efectuar un dictamen técnico al respecto, en el Régimen de Ahorro Individual se gravan los aportes de los afiliados con un porcentaje de administración, que no existe el Régimen de Prima Media; entonces por no ser equivalente, los aportes transferidos del RAIS al RPMPD, cuando se declara la nulidad y/o ineficacia del traslado (según se advierte en las sentencias CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL17595-2017, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, rad. 56174) hay lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, es decir: i) Recursos cuenta individual de ahorro, ii) Cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, iii) Rendimientos, iv) Anulación de Bonos Pensionales v). Porcentajes destinado al pago de Seguros Previsionales y gastos de administración, **se hagan de manera indexada.**

5. PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER:

El problema jurídico para resolver se circunscribe a establecer si la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es ineficaz y de serlo, en qué términos y condiciones se debe realizar el traslado a COLPENSIONES del importe de las cotizaciones efectuadas en el RAIS por el 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 las partes, 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 del demandante, que el traslado de régimen pensional debe partir de la cabal y completa asesoría que lleve a un asegurado a tomar una decisión responsable e informada, asesoría que ha de entenderse pedagógica, es decir, realmente entendible para cada persona conforme a su grado de cultura y su situación particular, pues los casos no presentan las mismas características o condiciones.

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

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

1. Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. primeramente, con un deber de información necesaria (en vigencia del decreto 663 de 1993), luego de asesoría y buen consejo (en vigencia de la Ley 1328 de 2009 y el decreto 2241 de 2010), y finalmente de doble asesoría (en vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015)
2. La simple constancia del consentimiento informado vertido en el formulario de afiliación, es insuficiente para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acredita un consentimiento, pero no que haya sido informado.
3. La carga de la prueba de demostrar que el afiliado recibió la información debida, veraz y suficiente cuando se afilió, le corresponde a la AFP.
4. El precedente de la CSJ en torno a la ineficacia del traslado no aplica sólo a los casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener

consolidado un derecho pensional, o contar con una expectativa pensional o derecho a la transición del art. 36 de la ley 100 de 1993, sino en todos los casos de incumplimiento del deber de información.

En el presente asunto, está probado, que la accionante, estando afiliada al régimen pensional de prima media administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, según certificado SIAFP que reposa a folio 43 del expediente (Documento 01 del expediente digital), se afilió a la administradora del RAIS PORVENIR S.A. el 19 de abril de 1994, como se advierte del formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 45 del expediente (documento 01 del expediente digital). Posteriormente se afilió a la administradora del RAIS OLD MUTAL S.A., el 13 de enero de 1997, como se observa en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 58 (documento 01 plenario). Finalmente regreso a PORVENIR S.A., el 14 de mayo de 1998 conforme se extrae del certificado SIAFP, con efectividad a partir del 1 de julio de 1998, que milita a folio 43 (Documento 01 del expediente digital).

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

Sobre el deber de información antes citado, en el interrogatorio de parte que fue absuelto por la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:12:58 del video de la audiencia de conciliación y trámite (Documento 19 del expediente digital), no confiesa que las AFP le hubieren brindado toda la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su afiliación al RAIS, pues no manifiesta que se le haya ilustrado sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como lo son las características de uno y otro régimen pensional, los requisitos para acceder a las prestaciones económicas en cada uno de ellos, entre otros aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

Ahora, para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción preimpresa 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 la *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por la demandante en el año 1994 cuando se trasladó del RPM administrado por el extinto ISS a la AFP PORVENIR 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 el *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, 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 SKANDIA 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 del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

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

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

Ahora sobre la teoría de los actos de relacionamiento, alegados por PORVENIR S.A. referentes al traslado de la actora entre distintas AFP del RAIS, que denotarían su voluntad de pertenecer al RAIS, Sala permanente de Casación Laboral de la Corte, se pronunciado en la Sentencia *SL5686-2021* entre otras en el sentido que tales actos de relacionamiento, no pueden ser fundamento para negar la ineficacia del traslado de

régimen pensional, pues la falta al deber de asesoría se debe estudiar al momento de traslado y no en relación con actos posteriores a este. El referido criterio ha sido también expuesto y reiterado en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL 1942-2021 y CSJ SL 1949-2021.

De otra parte, se afirma en el recurso de apelación y en los alegatos de COLPENSIONES, que la declaración de ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y la reactivación la afiliación al RPM, atenta contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano establecida en el artículo 48 de la Constitución Política, al tener que ser COLPENSIONES quien asuma el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la demandante.

Respecto del anterior argumento, se ha de manifestar, que para efecto de declarar la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, no es jurídicamente viable tener en cuenta el principio antes citado, pues, desde que la actora estuvo afiliado al RPM era beneficiario 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.

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

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.

En lo que tiene que ver con la orden de la *a quo*, de reintegrar a COLPENSIONES el bono pensional que pudiera haberse pagado a favor de la actora, tal decisión resulta desacertada, 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 se debe efectuar la devolución al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y no a COLPENSIONES, por lo que tal orden será precisada.

Finalmente respecto del argumentos de Colpensiones en la apelación, y en los alegatos que las sumas de gastos de administración deben ser devueltos debidamente indexados, pedido en el cual cita la sentencia SL1688 de 2019, en efecto en la referida sentencia, la CSJ ordenó que las cuotas de administración fueran devueltas indexadas, por lo que le asiste razón a Colpensiones en este aspecto, de la apelación, por lo que se ordenará en esta instancia, que las referidas cuotas de administración sean devueltas indexadas.

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

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. por haber sido vencidas en los recursos de apelación. Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$1.160.000, de la que responden estas AFP en partes iguales.

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 SEGUNDO de la sentencia del 28 de marzo de 2022 proferida por el JUZGADO VEINTICUATRO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **SANDRA**

PATRICIA CUERVO RICO contra **COLPENSIONES, SKANDIA S.A. y PORVENIR 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 indexados, 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 SKANDIA S.A. debe devolver a COLPENSIONES indexados 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.

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

En lo demás se **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. Las agencias en derecho, las estima el ponente en la suma de \$1.160.000, de la que responden estas AFP en partes iguales.

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: **45877be27c3f858906205417a6478b5c5270c4a6129f4d07a9738fba253adc0f**

Documento generado en 31/03/2023 02:19:58 PM

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