

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El trece (13) de abril 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 **ROSA MARÍA MARÍN VALENCIA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), la sociedad **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** (en adelante COLFONDOS S.A.) y la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.) tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-010-2018-00565-01.

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 se afilió al ISS hoy COLPENSIONES el 25 de julio de 1986 hasta el 01 de febrero de 1993, y posteriormente se trasladó al RAIS por medio de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 08 de agosto de 1996.

Expone que el asesor de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. fue quien diligencio el formulario de traslado por cuanto el actor solamente lo firmó y no leyó la letra menuda, teniendo en cuanto que la asesora del fondo no le indicó que debía leerlo antes de suscribirlo, además le indicó que debía pasarse al fondo privado porque el seguro

social iba a desaparecer, y nunca le suministró información consistente en el reconocimiento de una pensión de vejez, ni le informó con que IBC debía cotizar con el fin de obtener una pensión de garantía mínima, pensión anticipada o completar el capital para poder acceder a una pensión de vejez, ni le realizaron un análisis del bono pensional y del acumulado hasta el momento de su traslado, ni los derechos que podría tener en el RPM y el RAIS, ni las ventajas o desventajas de trasladarse del RPM al RAIS, ni recibió soporte informativo que le permitiera identificar los riesgos a los que se sometía al trasladarse del RPM al RAIS, ni la distribución que se daría a su aporte en el RAIS y las diferencias que tiene dicha distribución en el RPM, ni el porcentaje que le correspondería del aporte al fondo por la administración de sus recursos, ni los costos o comisiones que le cobraría dicho fondo por el movimiento de su cuenta individual.

Aduce que le solicitó a PORVENIR S.A. simulación pensional donde se refleje que es posible obtener una pensión anticipada y el valor de la mesada, al igual que la proyección de pensión a los 57 y 60 años, posteriormente le solicitó el traslado de régimen, a lo cual PORVENIR S.A. le indicó que no era posible por cuanto se encontraba a menos de 10 años para pensionarse.

Igualmente, manifiesta que le solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen de pensiones, a lo cual COLPENSIONES negó la solicitud indicando que se encuentra a 10 años o menor del requisito para pensionarse.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El *a quo* accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y condenando en consecuencia a la AFP COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES con cargo a sus propios recursos, los descuentos que efectuó a las cotizaciones de la demandante destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los gastos de administración y el valor de las primas de seguro previsional y reaseguro, debidamente indexados , entre el 01 de diciembre de 1995 hasta el 01 de octubre de 1996.

Así mismo PORVENIR S.A. deberá trasladar a COLPENSIONES con cargo a sus propios recursos y dentro los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, todos los dineros que reposen en la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo las cotizaciones completas y bono pensional, sin lugar a los descuentos

por los conceptos antes aludidos que se hubiesen podido generar entre el 01 de octubre de 1996 hasta la fecha en que se realice el traslado efectivo.

Seguidamente ordenó a COLPENSIONES a recibir de los valores señalados, incorporándolos como aportes pensionales en la historia laboral de la demandante, imputándolos a los periodos en que fueron cotizados en el RAIS.

Para fulminar condena en lo que tiene que ver con la ineficacia de traslado, el *a quo* consideró que la Corte Suprema de Justicia tiene fijada una línea jurisprudencial sobre el tema de la afiliación a un régimen pensional y 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 inconvenientes de uno y otro régimen, y la inversión de la carga de la prueba de la información brindada en cabeza de la AFP.

Luego, señaló que en el proceso no se probó por parte de las AFP demandadas que, al momento de la afiliación de la demandante, haya 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 pre impreso.

3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN:

La anterior decisión fue apelada por las apoderadas judiciales de PORVENIR S.A. y de COLPENSIONES, en los siguientes términos:

APELACIÓN DE PORVENIR S.A.

El apoderado de PORVENIR S.A. apela la sentencia, argumentando que no procede la declaratoria de ineficacia, por cuanto la demandante recibió una asesoría en la cual se le pudo haber informado sobre las incidencias de su traslado al RAIS en 1995 y los posteriores traslados que realizó a HORIZONTE y a PORVENIR S.A. por lo que no se puede deducir que PORVENIR S.A. faltó a su deber de información con la demandante, pues en las últimas ocasiones tuvo la oportunidad de haber escuchado asesorías que le permitieran conocer la incidencia de su decisión de permanecer en el RAIS.

Expone que la CSJ en la Sentencia SL 1452 de 2019, ha manifestado que se debe estudiar cada traslado del régimen pensional, respecto al momento preciso en el que estaba el deber de información, y en el presente caso se observa que estaba en vigencia el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 que si bien le exigía a las AFP brindar una asesoría clara, completa y exigible de las características del RAIS y del RPM no la obligaba por ninguna parte a brindar dicha información conforme a documentos que acreditaran las características de la información brindada, por lo que pasa la Superintendencia Bancaria a expedir la Circular 19 de 1991 en la que se indicaba se entendía válido el consentimiento del traslado de régimen con la sola suscripción del formulario de afiliación, por lo que no es comprensible para PORVENIR S.A. que por no existir documentos para la época del traslado que den cuenta de las características de la información contenida, no pueda cumplir PORVENIR S.A. con una obligación imposible que erradamente se le está imputando a todos los fondos en este tipo de procesos.

Indica que PORVENIR S.A. no estaba en facultad fáctica ni jurídica de conocer los incidentes que tendría desarrollar las asesorías del traslado de régimen pensional como lo estableció el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, en compañía del artículo 15 del Decreto 656 de 1994 y el 720 de 1994 pues PORVENIR S.A. no estaba en la posibilidad de conocer los fallos que posteriormente se producirían respecto a la declaratoria de la ineficacia, por lo que no es comprensible que se declare una ineficacia sustentándola en la falta de información por no haberse cumplido con los criterios establecidos por la CSJ para este tipo de procesos, pues PORVENIR S.A. se encuentra en igualdad de condiciones en imposibilidad de conocer dichas decisiones para el momento en que se desarrollaron los traslados.

Manifiesta que la demandante en el proceso no está solicitando que se declare la ineficacia del traslado por sustento en una falta de información, sino que por el contrario la demandante tuvo la posibilidad de acceder en múltiples ocasiones a la información de la asesoría de ambos regímenes, y quedó demostrado que la demandante está solicitando la ineficacia por el no cumplimiento de una mera expectativa pensional, y esto no es óbice para declarar una ineficacia conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Aduce que no es comprensible que se declare la ineficacia del traslado por cuanto la demandante se encuentra inmersa en la prohibición del artículo 2 de la Ley 100 de 1993.

Expresa que en lo que respecta del interrogatorio de parte se observa que la demandante nada recuerda de sus traslados ni de régimen pensional ni de los traslados horizontales, toda vez que manifiesta que ni siquiera recuerda la suscripción de los formularios de afiliación, pues expone que se enteró que estaba en el RAIS cuando se encontraba inmersa en la prohibición de traslado, sin embargo, en el escrito de demanda expone que conocía las implicaciones del traslado de régimen pensional, por lo que no es comprensible que no se pueda dar aplicación a los actos de relacionamiento como lo establece la Magistrada Ana María Muñoz respecto a que cuando hay una duda en el deber de información se debe entender la actuación de los demandantes como un acto relacionamiento la vinculación entre más de un fondo en el RAIS, lo que le da luces a la demandante de conocer la incidencia de su traslado y la permanencia en el mismo, viéndose beneficiada en los rendimientos y la posibilidad de acrecentar sus dineros en la cuenta de ahorro de individual.

Indica que respecto a los gastos de administración, prima de seguro previsional y fondo de garantía mínima, PORVENIR S.A. no está en facultad de devolver dichos dineros toda vez que también en el RPM se destina un porcentaje de la cotización a financiar dichos rubros y no le pertenecen a ninguno de los afiliados en los dos regímenes, razón a ello no es admisible su devolución, pues la devolución de estos generarían un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES al no haber una norma legal o constitucional que expresa la devolución de dichos rubros.

Por lo anterior, le solicita al Tribunal, se declare la prescripción respecto de todos los dineros distintos a cotizaciones y rendimientos, toda vez que estos no están llamados a financiar la pensión de vejez, y se sirva revocar la sentencia de primera instancia y en lugar absolver a PORVENIR S.A. de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

APELACIÓN DE COLPENSIONES.

El apoderado de COLPENSIONES apela la sentencia, argumentando que no se encuentra afectada la voluntad de la afiliada de estar afiliada al RAIS, pues se evidencia que la voluntad de la demandante para permanecer en el RAIS se reafirma con el gran número de semanas cotizadas posterior a la afiliación, además nunca ejerció el traslado al que tenía derecho, ni buscó asesoría alguna para trasladarse del RAIS al RPM.

Manifiesta que le solicita al Tribunal se adicione la sentencia de primera instancia, conforme a las Sentencias 4360 de 2019, SL 17595 de 2017, SL 4989 de 2019, SL 1421 de 2019, en las que se indica que hay lugar a retornar la totalidad de las cotizaciones como lo indico el *a quo*, se adicione en el sentido de indicar que si la sumatoria de dichos conceptos que se ordena trasladar resultaren inferior al valor total del aporte legal correspondiente, más los rendimientos que se hubieren generado en caso de que la demandante hubiere permanecido en el RPM, sea PORVENIR S.A. quien asuma la diferencia que resulte.

Así mismo, solicita al Tribunal no se condene en costas a COLPENSIONES, pues fue llamada como tercero y en esta apelación solicita es una adición, por lo que considera que no hay lugar a condena en costas en segunda instancia.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

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

ALEGATOS DEL DEMANDANTE.

La Sala de Casación Laboral de la C.S.J refirió algunas situaciones que generan ineficacia a la afiliación relativas a la insuficiencia de la información brindada, así indicó en sentencia SL 2611 de 2020: De manera que, conforme lo discurrido queda claro que existe ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

Se destaca el compromiso que debe asumir la AFP'S que ofrece el traslado de régimen pensional, por cuanto están ubicadas en el campo de la responsabilidad profesional y les compete prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes

a la calidad de instituciones de carácter previsional, debiendo informar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisiones, de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba a la hora de verificar la eficacia en los traslados de régimen.

Al respecto la Sala de Casación laboral de la CSJ ha indicado que no es menester acreditar un acto de coacción en la suscripción del formulario de afiliación, en tanto la voluntad y libertad en su diligenciamiento no excusa del deber de información, clara y precisa, sobre las incidencias o consecuencias del cambio al RAIS, asunto que debe acreditar la administradora de pensiones que pretenda relevarse de las consecuencias que tal omisión acarrea (SL 4811 de 2020).

Descendiendo del caso en concreto, y teniendo en cuenta el interrogatorio de parte realizado a la demandante, tenemos que la señora **ROSA MARIA MARIN VALENCIA** pese a ser abogada, no cuenta con un conocimiento amplio en materia laboral y menos en temas de pensiones, pues nótese que del interrogatorio de parte se desprende que su amplio conocimiento es en materia penal, pues indica mi mandante que nunca realizo ni ha realizado asesorías como abogada en temas de seguridad social, indica en su interrogatorio de parte que uno de sus primeros empleos como abogada fue en una empresa familiar llamada MEGAMOTOS y fue allí donde no se explica cómo apareció afiliada a un fondo privado, pues no sabe en qué momento se efectuó el traslado del RPM al RAIS, en razón a ello no recibió asesoría por parte de ningún asesor de COLFONDOS SA al momento del traslado del régimen pues solamente la persona de recursos humanos de la empresa le indico que documentos firmar para ser afiliada al sistema general de seguridad social, y posteriormente laboro en la DIAN donde le indicaron que se encontraba afiliada a un fondo privado y le recomendaron que siguiera allí en razón a que el extinto ISS hoy Colpensiones desaparecería información suministrada también por la persona de recurso humanos de dicha entidad, y fue por ello que continuo en el fondo privado y afiliada al RAIS, nunca tuvo asesorías ni reasesorias por parte de ninguno de los fondos privados, nunca conoció del derecho de retracto puesto que como ya se indicó anteriormente nunca recibió una asesoría personalizada cuando efectuó el traslado de régimen ni el traslado entre administradoras, no le informaron sobre qué pasaría con el dinero en la cuenta de ahorro individual si no llegare a obtener la pensión de vejez, no le explicaron las modalidades de pensiones, ni la manera en cómo se liquidaba la pensión de vejez en caso de llegar a adquirirla por el fondo privado, indica que nunca entendió muy bien la información que le remitía porvenir respecto a los aportes realizados.

ALEGATOS DE PORVENIR S.A.

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

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

Aduce el fallador de primer grado que, mi representada, no allegó pruebas del cumplimiento de sus deberes para con la parte actora al momento de la vinculación,

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

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

5. DE LA IMPOSICIÓN DE CARGAS PROBATORIAS INEXISTENTES

En un Estado Social de Derecho, no es viable jurídicamente imponerle a los administrados, cargas probatorias distintas a las previstas en las leyes existentes para el momento de la ocurrencia de los hechos - en este caso, para cuando sucedió la afiliación de la parte demandante- pues hacerlo, claramente constituye una violación al debido proceso y a la confianza legítima de mí representada, en tanto que 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 **SL1637-2022 Radicación n.º 89208** del once (11) de mayo de dos mil veintidós (2022), cuando expuso: “*Así las cosas, el entendimiento de la Corte respecto del tipo o clase de*

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

Entonces, en forma palmaria se le imponen a las AFP cargas inexistentes, pues la misma Corte en la providencia referida, establece que, el **querer** -eventual, futuro, en ciente- de las leyes fue colocar en “*cabeza de las administradoras*” el deber de información; es decir, para el momento de la celebración de los actos jurídicos de traslado pensional NO EXISTÍA la obligación de suministrar la información con el alcance que se despliega en la jurisprudencia, esto es que, el afiliado comprenda –se le traslada también a las AFP la responsabilidad del **acto personal** de lo entendido- un tema que, ni siquiera versados en materia laboral logran abarcar, dada la complejidad técnica del asunto, como lo acepta la misma Corporación en el citada decisión.

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

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

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

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

diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad.”

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

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.*

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

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

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

Basta leer apartes de la mentada sentencia SL1637-2022 Radicación n.º 89208, en cuanto a que se *“activa la afiliación”*, para concluir razonablemente que, se traslada el valor de los aportes con los rendimientos que se hubieran causado en el RPMPD. Así lo manifestó:

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

Y lo expuesto en la decisión CSJ SL2877-2020:

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

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

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

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

“(...)”

La Sala, en relación con el artículo 964 del Código Civil, ha observado que dicha norma “establece una excepción a la regla general desarrollada en el artículo 716 ibídem, pues hace dueño al poseedor de buena fe de los frutos que haya percibido

con anterioridad al enteramiento de la demanda, momento hasta el cual puede atribuírsele dicha condición -la de poseedor de buena fe-, pues a partir de allí, en el supuesto de ser vencido en el proceso, se le dará el mismo tratamiento establecido para el poseedor de mala fe y, por lo mismo, estará obligado a la restitución de la totalidad de los frutos que perciba” (Cas. Civ., sentencia de 16 de septiembre de 2011, expediente No. 19001-3103-003-2005-00058-01; se subraya). No sobra destacar que esta posición de la jurisprudencia que ha sido constante (...)”

Y luego agregó:

“Es patente, entonces, que el Tribunal erró en la interpretación del artículo 1746 del Código Civil y que, como consecuencia de tal yerro, no hizo actuar el artículo 964 ibídem, pues de no haber cometido tales desatinos, habría colegido que el aquí demandado, al ser poseedor de buena fe, como esa misma Corporación lo calificó en su propio fallo, apreciación fáctica que al no estar comprendida en la acusación no puede ser revisada por la Corte, estaba obligado a restituir únicamente los frutos percibidos con posterioridad a la notificación del auto admisorio de la demanda, porque sólo a partir de este momento quedaba sometido al régimen que para los poseedores de mala fe prevé el segundo de tales preceptos.”

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

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

Un argumento de la mayor relevancia para no acceder a las pretensiones de la parte demandante, es lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, al estudiar la exequibilidad de la Ley 797 de 2003, en cuanto a que “(...) el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima

Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidos en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizaciones.”

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 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.

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

Solicito al AD-QUEM, MODIFICAR la sentencia del a quo, toda vez que, en relación a las pruebas allegadas dentro del proceso, la parte demandante no logra acreditar los supuestos de hecho y de derecho para la declaratoria de Ineficacia de la Afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en razón a que no cumple con lo preceptuado por el artículo 167 del código general del proceso.

En los eventos de traslado de Régimen, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sin atender las situaciones particulares de cada caso, invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y exime al demandante de probar la existencia de un vicio del consentimiento al momento de afiliarse al RAIS, obligando a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en una de las partes, sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante.

El esfuerzo del demandante solo se reduce, en el interrogatorio de parte, a realizar afirmaciones sin base de sustento y que equivalen a las mismas del escrito de demanda, y que se traducen en meras conjeturas al momento de realizar la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, como las de que el ISS se iba acabar, existiendo un temor infundado que no permite soportar el vicio real en el consentimiento.

Por consiguiente, la posición jurisprudencial creó una situación ventajosa que favorece a los afiliados, puesto que su simple afirmación respecto a que el fondo no les brindó información precisa, clara y exacta, plasmada en una demanda interpuesta en cualquier tiempo, les viene permitiendo obtener el traslado al Régimen de Prima Media, sin que sea necesario que allegue el más mínimo elemento probatorio al interior del proceso.

Dentro de las providencias relacionadas con traslado de régimen, la Corte Suprema desconoció el precedente constitucional al valerse de manera generalizada de la presunta ignorancia de la ley por parte de los afiliados, para considerarlos como parte débil y en consecuencia legos o inexpertos, desconociendo adicionalmente que el error de derecho no es justificable en los negocios jurídicos, menos para buscar un aprovechamiento pensional.

Así las cosas, en aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba, se ha invertido la carga probatoria, quedando en cabeza de los fondos de pensiones, la obligación de desvirtuar los supuestos alegados por los demandantes acerca de la suficiencia de la información suministrada al momento del traslado; exigencia probatoria que no ha podido ser acreditada por los fondos puesto que cuentan únicamente con los formularios de afiliación, conllevando que los fallos judiciales en la actualidad se expidan en contra de dichas entidades y de manera colateral afecten los intereses de **COLPENSIONES**.

El artículo 334 de la Constitución Política, señala que “La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica”, en ese orden de ideas, es necesario que, dando prevalencia al interés general sobre el particular, se tomen las medidas pertinentes en búsqueda de la protección de los recursos que soportan el sistema pensional, conforme a los principios que rigen la Constitución Política, en la medida que el derecho a la seguridad social se encuentra atado al principio de sostenibilidad fiscal y estabilidad financiera del Estado. En consecuencia, la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

Ahora bien, de **CONFIRMARSE** la ineficacia del traslado, decretada por el AD-QUO implica que los fondos de pensiones privados deban regresar la totalidad de los aportes sin ningún descuento, como así se mencionó la Magistrada ponente CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema en la sentencia SL 43602019 con fecha del 9 de Octubre de 2019.

Además, y en concordancia con lo anterior se deben tener en cuenta lo que advierten las sentencias SL17595-2017, SL4989-2018 y SL1421-2019 en las que ordena que hay lugar a reintegrar la totalidad de la cotización.

Finalmente, no debe condenarse en costas en segunda instancia, por cuanto se está solicitando una adición al fallo de segunda instancia que va en PRO de una sentencia

que si ha de salir desfavorable para mi representada, será concreta con lo relacionado a los valores y conforme al principio de la estabilidad financiera del sistema general de pensiones.

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 PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, se consultará la sentencia en favor de esta última entidad 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 historia laboral que reposa a folio 43 del expediente (Documento 01 del expediente digital), se afilió a la administradora del RAIS COLFONDOS S.A. el 24 de noviembre de 1995, como se anota del formulario de afiliación a dicho fondo que reposa a folio 302 del expediente, con efectividad al 1º de diciembre de 1995 como se advierte del certificado SIAFP que milita a folio 164 del expediente, se trasladó a HORIZONTE S.A. el 8 de agosto de 1996, con efectividad al 1º de octubre de 1996, posteriormente se

trasladó a PORVENIR S.A. el 15 de noviembre del 2000, con efectividad al 1 de enero de 2001, retornando a HORIZONTE el 4 de agosto de 2005, con efectividad al 1 de octubre de 2005.

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 la AFP COLFONDOS S.A. en el año 1995 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 00:49:45 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento (documento 10 del expediente digital), no confiesa que la AFP COLFONDOS S.A. le hubiere brindado toda la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su afiliación al RAIS, pues 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, 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, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES, encuentra la Sala que, la orden impartida por el *a quo*, se encuentra acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia, y por tal razón debe ser CONFIRMADA y en consecuencia deben devolverse a Colpensiones el 100% del valor de las cotizaciones, con sus rendimientos financieros sin descuento de ninguna índole, pues contrario a lo manifestado por el apoderado de PORVENIR S.A. en su recurso de alzada, 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 hubiese recibido la AFP demandada 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.

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

En lo que tiene que ver con la orden del *a quo*, de reintegrar a COLPENSIONES el bono pensional que se pudiera haberse pagado a favor del actor, tal decisión resulta desacertada, toda vez que al ser ineficaz la afiliación del 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.

Ahora respecto de la manifestación en la apelación de PORVENIR S.A. que la demandante en el proceso no está solicitando que se declare la ineficacia del traslado por sustento en una falta de información, sino el no cumplimiento de una mera expectativa pensional, tal afirmación no resulta cierta, pues basta leer los hechos de la demanda para concluir que los presupuestos fácticos que sustentan el pedido de ineficacia, es la falta de información al momento del traslado.

En lo relativo al argumento de COLPENSIONES en su apelación, que no se encuentra afectada la voluntad de la afiliada de estar afiliada al RAIS, pues se evidencia que la voluntad de la demandante para permanecer en el RAIS se reafirma con el gran número de semanas cotizadas posterior a la afiliación, además nunca ejerció el traslado al que tenía derecho, ni buscó asesoría alguna para trasladarse del RAIS al RPM, tales situaciones no son óbice para declarar la ineficacia pretendida, pues la misma se genera es ante la falta de información en el momento del traslado inicial, sin que importe situaciones posteriores a tal traslado.

Ahora respecto de la solicitud de COLPENSIONES en la apelación, en el sentido que, se adicione la sentencia de primera instancia en el sentido de indicar que si la sumatoria de los conceptos que se ordena trasladar resultaren inferior al valor total del aporte legal correspondiente, más los rendimientos que se hubieren generado en caso de que la demandante hubiere permanecido en el RPM, sea PORVENIR S.A. quien asuma la diferencia que resulte, es un asunto que no fue objeto del litigio y por ello no es viable realizar ningún pronunciamiento en esta instancia al respecto.

En lo concerniente a la, solicita de COLPENSIONES en la apelación que no se le condene en costas, pues fue llamada como tercero y en esta apelación solicita es una adición, por lo que considera que no hay lugar a condena en costas en segunda instancia, no le asiste razón, pues en su apelación no solo solicitó la adición de la sentencia, sino que se opuso a la declaratoria de ineficacia, por lo que resultó vencida en el recurso, lo que implica que se le deba imponer costas en esta instancia.

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 planteada en la apelación de PROTECCIÓN S.A. ella no opera, toda vez que la obligación de restituirlas estas 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 apelada y consultada será CONFIRMADA y PRECISADA en los términos anteriormente expuestos.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES por haber sido vencidas en el recurso de apelación. Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$1.160.000, de la que responden cada una por el 50%.

7. DECISIÓN:

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 13 de mayo de 2022 proferida por el JUZGADO DÉCIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **ROSA MARÍA MARÍN VALENCIA** contra **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.** PRECISANDO 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. Respecto del importe de bono pensional distinto al tipo A, se confirma que debe ser entregado a COLPENSIONES.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES como agencias en derecho se fija la suma de \$1.160.000, de la que responden cada una por el 50%.

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: **333c4f46d6791e0bfae166e74521040860f89da53a027ec8089d2a6175b9aa53**

Documento generado en 13/04/2023 04:06:31 PM

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