

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El once (11) de mayo de dos mil veintitrés (2023), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, procede a proferir sentencia de segunda instancia, en el presente proceso ordinario laboral promovido por la señora **MARÍA CECILIA RUIZ CÓRDOBA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S. A** (en adelante SKANDIA S.A.), la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN 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. **05001-31-05-007-2021-00430-01**.

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 y/o ineficacia de su traslado al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida (en adelante RPM) administrado por Colpensiones.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata la actora que estuvo afiliada al RPM administrado por el extinto ISS hoy COLPENSIONES, desde el 8 de diciembre de 1995, afiliándose al RAIS a partir del 1º de agosto de 1996, en la AFP OLD MUTUAL hoy SKANDIA, luego se afilió las AFP COLMENA AIG S.A. e ING hoy PROTECCIÓN S.A. y por último a PORVENIR S.A. donde está actualmente afiliada.

Aduce que, al momento de su afiliación al RAIS, las administradoras no le suministraron información documentada y objetiva sobre las consecuencias negativas

de dejar el RPM, no le informaron sobre el monto del capital que tendría que reunir en su cuenta de ahorro individual para recibir la pensión de vejez, ni de las variables que influyen en la liquidación de la mesada pensional, no se le hizo una proyección del valor de la primera mesada pensional por vejez que recibiría si se quedaba en el RPM y la que le pagarían en el RAIS. Señala que, por la falta de información documentada, las AFP privadas la indujeron en error al trasladarse de régimen, abandonando el que administraba el ISS, perjudicando de esa manera su situación pensional y derechos como usuaria del sistema de pensiones.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La *a quo* accedió a las pretensiones de la demanda resolviendo lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por la señora MARÍA CECILIA RUÍZ CÓRDOBA identificada con C.C. 42.774.545 del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por SKANDIA, y los posteriores traslados a las AFP PROTECCIÓN, Y PORVENIR.

SEGUNDO: Se DECLARA que la demandante se encuentra válidamente afiliada a COLPENSIONES, sin solución de continuidad.

TERCERO: En consecuencia, se CONDENA a ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A a trasladar los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante MARÍA CECILIA RUÍZ CÓRDOBA y los aportes al FGPM con sus respectivos rendimientos financieros de la demandante con destino al fondo común de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. A EXCEPCIÓN de las sumas que hubiesen sido destinadas a la comisión de administración y el pago de seguros previsionales para los riesgos de invalidez y muerte. Esta devolución deberá realizarse en los treinta (30) días posteriores a la ejecutoria de la presente providencia.

CUARTO: Se CONDENA a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a validar la afiliación de la demandante MARÍA CECILIA RUÍZ CÓRDOBA y a recibir la devolución de los dineros ordenada en este proveído, además de tener en cuenta el tiempo cotizado por la demandante en el RAIS, como semanas cotizadas en el RPM que deberán reflejarse en su historia laboral.

QUINTO: Las excepciones propuestas por las codemandadas se declaran no probadas, salvo, la excepción de BUENA FE E IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS a favor de COLPENSIONES y DE OFICIO, se declaran las excepciones de la de inexistencia de la obligación de devolver comisión de administración y del seguro previsional a favor de la AFP

SKANDIA, AFP PROTECCIÓN Y AFP PORVENIR.

SEXTO: Se condena en costas a las codemandadas, fijando el despacho como agencias en derecho la suma de 3 SMMLV, es decir, \$1.000.000 en cabeza de cada una de las codemandadas y a favor de la demandante. Se abstiene el despacho de condenar en costas a COLPENSIONES, por lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

Para fulminar la 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 inconveniencia de uno y otro régimen y la carga de las AFP de demostrar que efectivamente entregó la debida información al afiliado al momento del traslado.

Seguidamente expuso que, en el presente proceso no se probó por parte de las AFP demandadas que, al momento de la afiliación del demandante, hayan cumplido con el deber legal de otorgarle 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, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado del demandante al RAIS.

Indica que, la expresión libre y voluntaria del literal b del artículo 13 de la Ley 100 necesariamente presupone conocimiento y este solo es posible alcanzarlo cuando se conoce las consecuencias de una decisión, por lo que considera que, no puede alegarse que hay una manifestación libre y voluntaria cuando afiliado no conoce las consecuencias que se pueden generar frente a sus derechos prestaciones.

Señala que, es importante tener presente lo consagrado en el decreto 633 de 1993, ya que las entidades financieras tienen la obligación de suministrar la información necesaria para lograr la mayor transparencia posible en cada una de las operaciones que realice, de suerte que le permita a los afiliados escoger las mejores opciones del mercado.

Arguye que, cuando las AFP logran acreditar la gestión realizada frente a los aportes del demandante, el despacho no condena a la devolución de las cuotas de

administración, en razón a que fueron descuentos que se hicieron por parte de las AFP para lograr el cumplimiento de las gestiones fiduciarias que les corresponde.

Frente a las primas de seguro previsional, manifiesta que es claro que, fueron descuentos que se hicieron en virtud de la responsabilidad asignada a la AFP y eso descuentos se destinaron para las contingencias de invalidez y sobrevivencia, dichas sumas están en el patrimonio de las aseguradoras, con las que se contrataron los seguros previsionales durante la permanencia del afiliado a las AFP demandadas, cumpliendo con el deber de proteger al afiliado, en el sentido que de haber ocurrido un siniestro estas estaban en la obligación de pagar la suma adicional que hiciera falta para la prestación económica eventual. Considera que las aseguradoras que, tienen dichos recursos son terceros de buena fe que no hicieron parte del proceso, razón por la cual el despacho no condena a la devolución del seguro previsional.

Precisa que, con la devolución que se hace de los aportes y del aporte de garantía de pensión mínima, se está realizando la devolución del 3% que es lo que hubiese entrado al fondo común de COLPENSIONES, en el caso de no haber existido el traslado al RAIS y adicionalmente se están trasladando los rendimientos generados por la cuenta de ahorro individual que en ultimas reportan un beneficio para el fondo común de COLPENSIONES, ya que son rendimientos que claramente no se hubieran generado teniendo en cuenta la naturaleza de COLPENSIONES.

De otro lado, la juez, declaró no probadas las excepciones de las demandadas salvo las de imposibilidad de condena en costas propuesta por COLPENSIONES y frente a las AFP PORVENIR, PROTECCIÓN y SKANDIA, declaró de oficio la de inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y la prima del seguro previsional.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES, señala que no es aplicable en este tipo de procesos, atendiendo a la naturaleza de los derechos que se discuten como la ineficacia de un traslado de régimen pensional.

Condenó en costas a las AFP PORVENIR, PROTECCIÓN y SKANDIA, teniendo en cuenta que la primera no contestó la demanda, y las otras se opusieron a las pretensiones de la demanda, resultando vencidas en juicio y absolvió de las mismas a COLPENSIONES.

3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN:

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

APELACIÓN DE LA DEMANDANTE.

El apoderado de la demandante interpone el recurso contra el Fallo de manera parcial en cuanto a la no condena de la devolución de los rubros destinados para la comisión de administración y primas de seguro previsional. La línea jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, está decantado claramente que los efectos jurídicos de la declaratoria de ineficacia de la afiliación por falta de información, implica el traslado a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, lo que lo obliga la devolución de los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al RPM. De la misma manera, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. No observa en los argumentos de la a *quo* alguna relación jurisprudencial al respecto, solamente un criterio propio que se aparta de la línea jurisprudencial que ha decantado la Corte Suprema de Justicia en todo el desarrollo de este tipo de procesos, ya que desde la misma afiliación o traslado al régimen de ahorro individual se presentó una ineficacia, retrotrayéndose toda actividad surtida al punto inicial. Por lo tanto, tanto la afiliación o cualquier otra actuación generada por la misma por parte de los fondos privados, no les puede generar ninguna retribución económica, porque sería tener, de alguna manera, como válida esa afiliación. De esta manera solicita que se le ordene a los fondos privados, devolver todo a COLPENSIONES, sin que se beneficien de manera alguna, de los aportes o rendimientos que hayan tenido los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, al quedarse con las comisiones cobradas por administración, ni tampoco con los descuentos destinados a las primas de reaseguramiento previsional, debiendo ser devueltas con cargo a sus propias utilidades.

APELACIÓN DE PORVENIR S.A.

La apoderada de PORVENIR S.A. indica que no procede la ineficacia por la falta de información, ya que de conformidad con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 deben existir actos con dolo que atenten o impidan la afiliación del traslado, es decir, actos que tengan la intención de causar daño al afiliado y en este caso, no se alegó el dolo por parte de PORVENIR, por el contrario, la demandante suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria. La demandante fue asesorada debidamente al

momento de trasladarse a PORVENIR de conformidad con la Ley que para su momento estaba vigente, se le enviaron los extractos pensionales y dado que era su tercer traslado, se puede colegir que ya conocía las características del RAIS, decidiendo permanecer en este régimen durante todos estos años. Indica que para la fecha del traslado no se puede hablar de buen consejo que hubiera sido obligatorio realizar una proyección pensional porque estas normas tratan del 2014 en adelante y la Ley es ultra activa y no retroactiva. La doble asesoría nace a partir del Decreto 2071 de 2015 y traslado horizontal hacia PORVENIR tuvo lugar en el 2003. Es un hecho objetivamente demostrable que el tiempo que estuvo afiliada a PORVENIR, permitió que se realizaran descuentos con lo que se verifica la voluntad de la afiliación. Si bien hay una línea jurisprudencia respecto del deber de información, debe considerarse que todos los casos fueron estudiados con actores amparados por el régimen de transición y la demandante claramente no está amparada por este régimen, y aunque en varias sentencias se ha indicado que no importa si tiene o no régimen de transición vuelven y se estudian casos con estos actores. Solicita que se absuelva a PORVENIR de las condenas de la sentencia.

APELACIÓN COLPENSIONES.

El apoderado de COLPENSIONES apela la sentencia indicando que con lo decidido, se menoscaba el patrimonio del RPM, pues de acuerdo al artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, se estableció el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano con el cual se establecen dos dimensiones de la seguridad social, conociéndola por un lado como un derecho constitucional fundamental y por otro como un servicio público de carácter obligatorio, el cual se prestar bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en aras a la materialización de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. La declaración injustificada de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS y la reactivación de la afiliación a COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera y pone en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados, dada la inexistencia de equivalencia entre los valores recibidos y los valores requeridos para el posterior reconocimiento de la pensión de vejez de la demandante.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

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

ALEGATOS DE LA PARTE DEMANDANTE.

I. ARGUMENTOS PARA LA MODIFICACIÓN DE LA SENTENCIA

Como se indicó anteriormente, en calidad de apoderado de la parte accionante presenté recurso de apelación parcial en contra de la sentencia de primera instancia por considerar que se debió imponer condena en contra de AFP SKANDIA, la AFP PROTECCIÓN y la AFP PORVENIR S.A. por la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, a favor de la demandante y con destino a COLPENSIONES.

Lo anterior en razón a que, tal y como ha sentado de manera clara y estable la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en su SALA DE CASACIÓN LABORAL, los efectos de la declaratoria de la ineficacia de traslado de régimen pensional son ex tunc, es decir, que las cosas regresan a su estado anterior, como si el acto de afiliación a la AFP jamás hubiera existido.

En efecto, en la reciente sentencia SL1377-2022 del 27 de abril de 2022, Radicación No. 88665, con ponencia del Magistrado JORGE PRADA SÁNCHEZ, en un caso similar al de marras, donde el Tribunal absolvió y en primera instancia no habían condenado a la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, la Corte consideró y dispuso lo siguiente:

“Si bien, la a quo declaró ineficaz el traslado, se impone recordar que, en criterio de esta Sala, la declaratoria de ineficacia acarrea efectos ex tunc, por manera que las cosas se retrotraen a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, se ha ilustrado que tal declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos han debido ingresar al RPM administrado por Colpensiones; tal medida se extiende al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL3199-2021).

En ese orden, se modificará el numeral segundo del fallo que puso fin a la instancia inicial, para condenar a Porvenir S.A. a trasladar indexados a Colpensiones las comisiones y gastos de administración cobrados al demandante, así como los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos.

Costas en esta instancia, a cargo de Porvenir S.A. y a favor del demandante.

I.DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia dictada el 3 de septiembre de 2019, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., en el proceso que instauró JUAN AGUSTÍN CHINCHILLA VARGAS contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, en cuanto revocó la dictada el 24 de abril de 2019, por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C.. En sede de instancia, modifica el numeral segundo de este pronunciamiento, para ordenar a Porvenir S.A. que traslade a Colpensiones, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual y sus rendimientos, las sumas adicionales con intereses, los bonos pensionales, y lo recaudado por comisiones y gastos de administración, debidamente indexados durante el tiempo en que Juan Agustín Chinchilla Vargas permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y el porcentaje destinado a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

Confirma en lo demás.

Costas. Como se dijo.” (Negritas subrayadas fuera del texto original).

Véase que es claro como la CORTE, incluso en sede de casación, modifica un fallo de primera instancia para agregar la condena en contra de la AFP PORVENIR de trasladar indexados a Colpensiones las comisiones y gastos de administración cobrados al demandante, así como los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos, que son los conceptos por los cuales se presentó el recurso parcial de apelación en esta causa judicial.

Ahora bien, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se ha referido a la obligatoriedad de la aplicación del precedente judicial en casos de ineficacia del traslado de régimen pensional.

En efecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de tutela STL3202-2020 del 18 de marzo de 2020, Radicación N° 57444, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en un caso similar al de marras, se pronunció sobre la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales y específicamente teniendo en cuenta como causal el desconocimiento del precedente judicial:

“2. Desconocimiento del precedente judicial como causal específica de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Conforme a lo consagrado en los artículos 234, 237 y 241 de la Constitución Política, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, como tribunales de cierre de las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa, al igual que la Corte Constitucional, como órgano encargado de salvaguardar la supremacía e integridad de la Carta, tienen el deber de unificar la jurisprudencia al interior de sus jurisdicciones, de tal manera que los pronunciamientos que emitan se conviertan en precedente judicial de obligatorio cumplimiento.

La Corte Constitucional ha definido el precedente judicial como «la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo» (SU-053-2015). Asimismo, la doctrina ha definido como el mecanismo jurisdiccional que tiene su origen en el principio stare decisis o estar a lo decidido, el cual consiste en la aplicación de criterios adoptados en decisiones anteriores a casos que se presenten en situaciones posteriores y con circunstancias similares (T-460-2016).

De acuerdo a la autoridad que emitió el pronunciamiento, se puede clasificar el precedente en dos categorías: (i) el precedente horizontal, el cual hace referencia a las decisiones proferidas por autoridades del mismo nivel jerárquico o, incluso, por el mismo funcionario; y (ii) el precedente vertical, que se refiere a las decisiones adoptadas por el superior jerárquico o la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia. El precedente horizontal tiene fuerza vinculante, atendiendo no solo a los principios de buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, sino al derecho a la igualdad que rige en nuestra Constitución. Asimismo, el precedente vertical, al provenir de la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia dentro de cada una de las jurisdicciones, limita la autonomía judicial del juez, en tanto debe respetar la postura del superior, a menos que de manera suficiente y coherente explique las razones que motivan a apartarse de la misma.

El respeto al precedente judicial de los máximos tribunales de cierre guarda una estrecha relación con el derecho a la igualdad, en tanto garantía constitucional que le permite a los ciudadanos obtener decisiones judiciales idénticas frente a casos semejantes. Paralelamente, el respeto de los jueces a los precedentes sentados por las Altas Cortes tiene un carácter ordenador y unificador, en tanto asegura una mayor coherencia del sistema jurídico, seguridad, confianza y certeza del derecho. Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia SU-053-2015, refirió:

En la práctica jurídica actual, las instancias de unificación de jurisprudencia son ineludibles, debido a que el derecho es dado a los operadores jurídicos a través de normas y reglas jurídicas que no tiene contenidos semánticos únicos. Por tanto, el derecho es altamente susceptible de traer consigo ambigüedades o vacíos que pueden generar diversas interpretaciones o significados que incluso, en ocasiones deriva de la propia ambigüedad del lenguaje. Eso genera la necesidad de que, en primer lugar, sea el juez el que fije el alcance de éste en cada caso concreto y, en segundo lugar, de que haya órganos que permitan disciplinar esa práctica jurídica en pro de la igualdad.

De esta forma, el respeto al precedente es una condición necesaria para la realización de un orden justo y la efectividad de los derechos y libertades de los ciudadanos, dado que solo a partir del cumplimiento de esa garantía podrán identificar aquello que el ordenamiento jurídico ordena, prohíbe o permite (C-884-2015).

Lo anterior, no significa que los jueces no puedan apartarse de la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de cierre, como expresión de la autonomía judicial constitucional. Sin embargo, para que ello sea válido es necesario el previo cumplimiento del estricto deber de identificación del precedente en la decisión y de la carga argumentativa suficiente, «ya que la jurisprudencia de las corporaciones judiciales de cierre no puede ser sencillamente ignorada frente a situaciones similares a las falladas en ella» (SU-354-2017). Puntualmente, se requiere la observancia de dos requisitos:

El primero, refiere al requisito de transparencia, es decir, del cual se colige que “las cargas que se imponen para apartarse de un precedente, dependen de la autoridad que la profirió”. En efecto, el juez “en su providencia hace una referencia expresa al precedente conforme al cual sus superiores funcionales o su propio despacho han resuelto casos análogos, pues ‘sólo puede admitirse una revisión de un precedente si se es consciente de su existencia’. El segundo, es decir, el requisito de suficiencia, tiene que ver con que el juez debe exponer razones suficientes y válidas, “a la luz del ordenamiento jurídico y los supuestos fácticos del caso nuevo que justifiquen el cambio jurisprudencial”, es decir, que no basta con ofrecer argumentos contrarios a la posición de la cual se aparta, sino que debe demostrarse que el anterior precedente ha perdido vigencia para resolver asuntos futuros, bien sea por el cambio normativo o por la simple transformación social (...).

Por tanto, una vez identificada la jurisprudencia aplicable al caso, la autoridad judicial solo puede distanciarse de la misma mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del disenso bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto, (ii) cambios normativos, (iii) transformaciones sociales que obligan a dar una nueva mirada a determinada cuestión, o (iv) divergencias hermenéuticas fundadas en la prevalencia de mejores y más sólidos argumentos que permiten un desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales. Así, la posibilidad de separarse del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente, de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga (C-621-2015).” (Negritas subrayadas fuera del texto original).

Como el presupuesto de la suigeneris ineficacia es la falta al deber de información al no darse de manera exacta, precisa, detallada, completa y fundada en la ética, sobre la selección del régimen pensional que a voces del art. 13 de la ley 100 del 93 debe ser libre y voluntaria, cualquier desconocimiento implica la consecuencia jurídica prevista en el art. 271 de la misma ley, esto es en su doble condición, una sanción pecuniaria a la persona natural o jurídica que atente contra ese derecho, pero la más grave, la ineficacia de la afiliación o del traslado, que “quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”.

Y es tan ostensible, tan cierto, que este acto de afiliación o de traslado de régimen es un acto jurídico laboral, y no civil, que además es la misma Ley 100 de 1993 en el pulimentado art. 13, modificado por el art. 2, literal a) de la ley 797 de 2003 que lo impone como una obligación, cuando ordena: “La afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes”.

Y como si fuera poco, también es la misma ley en el art. 271 que dispone qué se debe hacer con los dineros que se recaudan por la imposición de las multas pecuniarias cuando los fondos actúan contrariando dichas normas. Si fuera este acto de afiliación o traslado un acto de tipo civil no hubiese el legislador entrado a regular las consecuencias jurídicas y económicas en contra de los fondos cuando estos logran afiliaciones o traslados echando mano de esas conductas engañosas.

Siendo ello así, se puede afirmar que la Administradora de Pensiones quebrantó el deber de diligencia y cuidado que la responsabilidad profesional les imponía en un tema tan neurálgico, no solo para el afiliado sino para su grupo familiar y la sociedad misma, de tal suerte que la afiliación como se dijo, es ineficaz, pues, se insiste, el afiliado podría aspirar por una pensión en el régimen de prima media mucho más alta que la que le ofrece el fondo privado y por tanto esa ineficacia tiene su sanción como ya se dijo en el mismo art. 271 de la normatividad de seguridad social.

Volviendo al caso concreto, la falta de información adecuada en cuanto a lo que le conviene o no al actor, también constituye un engaño que puede generar una nulidad en el actor de traslado de régimen pensional pues se está jugando un derecho vital y fundamental del asegurado.

En este caso al momento de la afiliación los funcionarios del fondo de pensiones privado indujeron en error al actor, ya que nunca se le suministró información documentada en cuanto al saldo que debía acumular en su cuenta individual para tener derecho a una pensión de vejez, en cuanto a la cuantía de la mesada en el RPM y el RAIS, entre otros temas.

Por último, conviene referir también lo que dijo la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, M. P. Eduardo López Villegas en Sentencia del 9 de septiembre de 2008, Expediente 31989, de la cual se extrae el siguiente texto:

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.”

Por lo tanto, es claro que el acto de traslado de régimen de la accionante carece de eficacia, lo que nos lleva a concluir que su única afiliación en pensiones válida es la que hizo en el Régimen de Prima Media administrado por el ISS, hoy por COLPENSIONES, tal y como lo dispuso el juez de primera instancia en la sentencia que se recurrió parcialmente por parte del demandante.

Por consiguiente, y en aplicación del precedente jurisprudencial, pedimos respetuosamente a los magistrados que:

PETICIONES:

1.- Que se MODIFIQUE EL NUMERAL TERCERO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de CONDENAR a la AFP SKANDIA, AFP PROTECCIÓN y AFP PORVENIR S.A. que trasladen a COLPENSIONES, los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante MARÍA CECILIA RUÍZ CÓRDOBA y los aportes al FGPM (Fondo de Garantía de Pensión Mínima) con sus respectivos rendimientos financieros, así como lo recaudado por comisiones y gastos de administración, y los valores utilizados en seguros previsionales para los riesgos de invalidez y muerte, durante el tiempo en que la señora MARÍA CECILIA RUÍZ CÓRDOBA permaneció en el RAIS, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

2.- Que, en consecuencia, se MODIFIQUE EL NUMERAL QUINTO, en el sentido de que se tengan por no probadas las excepciones denominadas “Inexistencia de la obligación de devolver comisión de administración y del seguro previsional” declaradas en primera instancia a favor de la AFP SKANDIA, AFP PROTECCIÓN y AFP PORVENIR.

3.- Que se CONDENE EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO a las partes apelantes PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y a favor de la demandante.

ALEGATOS PORVENIR:

I. ANTECEDENTES

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

-La demanda fue conocida por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Medellín. Admitida, se corrió traslado por el término legal y en la contestación de la demanda nos opusimos a todas y cada una de las pretensiones.

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

II. RAZONES JURÍDICAS Y FÁCTICAS

1. DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

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

Esta norma, claramente prevé que cuando existe: a) objeto o causa ilícita: b) omisión de alguno de los requisitos que prescriben las leyes para el valor de estos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan;

c) cuando lo celebra una persona absolutamente incapaz, el negocio jurídico o el contrato está viciado de nulidad absoluta. Advierte esta disposición que, cualquier otra irregularidad produce una nulidad relativa.

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

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

Preciso es mencionar que, el único artículo que refiere a la Ineficacia de pleno derecho de un acto jurídico, es el artículo 897 del Código de Comercio, cuando “un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.” Pese a lo diáfano de las normas, la H. Corte Suprema de Justicia realiza una mixtura para poder resolver las ineficacias de los traslados de régimen pensional, por cuanto acude a normas propias del sistema general de pensiones - artículo 271 de la Ley 100 de 1993- para decir que el acto jurídico de traslado es ineficaz, pese a que nada dice esta norma al respecto- y, para establecer los efectos de esta “ineficacia”, acude a disposiciones del Código Civil, sin igualmente tener en cuenta que este compendio normativo consagra los presupuestos para que se declare la nulidad de un acto o contrato y no la ineficacia del traslado pensional.

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

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

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

2. DEL DERECHO DE RETRACTO

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

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

3. DEL DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA

La señora MARÍA CECILIA RUIZ CÓRDOBA, 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.” Negrillas y subrayado fuera de texto.

Entonces, en forma palmaria se le imponen a las AFP cargas inexistentes, pues la misma Corte en la providencia referida, establece que, el querer -eventual, futuro, en ciente- de las leyes fue colocar en “cabeza de las administradoras” el deber de información; es decir, para el momento de la celebración de los actos jurídicos de traslado pensional NO EXISTÍA la obligación de suministrar la información con el alcance que se despliega en la jurisprudencia, esto es que, el afiliado comprenda –se le traslada también a las AFP la responsabilidad del acto personal de lo entendido- un

tema que, ni siquiera versados en materia laboral logran abarcar, dada la complejidad técnica del asunto, como lo acepta la misma Corporación en el citada decisión.

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

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

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

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

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

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 y pautas.

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

Entre las excepciones, se encuentra lo concerniente al objeto o causa ilícita, casos en los cuales no es posible repetir lo que se haya dado o pagado a sabiendas de la ilicitud (1525); como tampoco lo que se haya dado o pagado al incapaz, salvo prueba de haberse hecho este más rico (1747). Tampoco hay lugar a la restitución material del bien cuando ello no sea posible por motivos de utilidad pública o interés social, casos en los cuales se dará una reivindicación ficta o compensatoria (artículo 58 de la Constitución Política).

En cuanto a las pautas que da el Doce y tres incisos del artículo 1746, está lo relativo a la posesión de buena o mala fe de las partes, tanto para las restituciones mutuas como para la conservación o devolución de frutos, intereses y mejoras, “según las reglas generales”, que son las que establece el artículo 961 y siguientes del Código Civil.

Aunque la distinción entre buena fe objetiva y buena fe subjetiva pudiera tener alguna utilidad en un contexto extrajurídico, por ser una cuestión de definición, no puede negarse que al fin de cuentas todo hecho con relevancia jurídica que se origina en una acción humana voluntaria parte de la interioridad del sujeto y tiene que manifestarse en un signo externo interpretable a partir de criterios jurídicos, de otro modo no tendría relevancia para el derecho. De ahí que todo instituto jurídico en el que la buena fe juegue un papel preponderante se concreta finalmente en una buena fe objetivada, es decir normativamente analizable.”²

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.

III. PETICIÓN FINAL

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

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

La parte demandante pretende se declare la nulidad del traslado surtido del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, por considerar que se hizo con fundamento en información precaria, así como también solicita se condene a colpensiones al reconocimiento de la pensión de vejez.

Para iniciar; señores magistrados indicar que en estos casos de nulidades es importante hablar acerca de la existencia de la institución de la carga dinámica de la prueba, institución que señala que quien puede debe probar, esta ha sido la posición jurisprudencia en los últimos años de las altas cortes, pero no es menos cierto que esta situación ha creado 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.

Pues por lo regular, la parte actora toma una actitud pasiva, en el debate probatorio, y solo le basta como ya se indicó con afirmar la falta de información, para que la justicia acceda a sus pretensiones, y con tal situación se le impone al juez la obligación de acudir en todos los eventos a la institución de la carga dinámica de la prueba, y no de manera ponderada de acuerdo con las particularidades de cada caso y los principios generales de la Ley 1564 de 2012, pues con esta situación se altera la lógica probatoria prevista en el estatuto procesal diseñado por el Legislador.

llamar su atención señores magistrados, respecto a la protección del sistema de prima media con prestación definida, pues es sabido que estos casos de nulidades están teniendo un impacto fiscal considerable para la entidad administradora de dicho régimen, pues cuando se efectúa el traslado de régimen de estos afiliados, cuando están próximos a cumplir la edad para acceder a la pensión de vejez, se contribuye a desfinanciar el sistema de prima media y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

También señalar que los fallos relacionados con la nulidad o ineficacia de traslado entre regímenes pensionales, se culpa que la administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, no proporcione al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las implicaciones del traslado,

desconociendo que el deber de información que tienen las administradoras de pensiones, ha tenido varias etapas:

Primera Etapa: el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la obligación de las entidades de” suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen:

Segunda etapa: La ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, reglamentaron los derechos de los consumidores y establecieron el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones.

Tercera etapa: la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa N.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, establecieron que los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a la doble asesoría.

Se entiende de lo anterior, que la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado.

No es razonable imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen.

Por todo lo anterior, solicito que las pretensiones de la parte demandante sean denegadas, y en consecuencia se absuelva a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

Por último, hacer referencia a la sentencia SL 373-2021 Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la cual moderó el precedente respecto a la posibilidad de materializar los efectos de la ineficacia, esto es, retrotraer las cosas al estado anterior, tratándose de demandantes que ya tienen una situación jurídica consolidada o adquirieron el estatus de pensionados en el régimen de ahorro individual.

A este respecto, el al Alto Tribunal de la especialidad laboral reflexionó que, al haberse adquirido la calidad de pensionado, se produce la imposibilidad de retornar al estatu quo ante, es decir, tal condición no puede deshacerse o desaparecerse del plano jurídico, pues ello conllevaría a “disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas,

entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto.”

Para soportar su tesis, la mencionada Corporación razonó que no es posible revertir ciertos efectos económicos como el deterioro que sufre el capital que ya ha sido objeto de pago a través de mecanismos de financiación como los bonos pensionales y las cuotas partes de entidades contribuyentes, como consecuencia ineludible del pago de mesadas pensionales.

En efecto, es irreparable la pérdida de integridad del músculo financiero con que se respalda el pago de la prestación, por lo que forzar a través de una ficción jurídica la vuelta al estado anterior en que se encontraba las cosas, va en detrimento de los recursos de la Seguridad Social, bien sea que provengan de la Nación y/o demás entidades que deben contribuir al financiamiento del pasivo pensional.

Sumado a lo anterior, se torna inviable la realización de los efectos de la ineficacia, por cuanto no es posible cesar los efectos jurídicos de las operaciones, contratos y actos que involucran a terceros como aseguradoras, entidades oficiales e inversiones, que según la modalidad pensional en que se encuentre el actual pensionado, hayan concurrido en la administración y gestión del riesgo financiero, entre otras muchas problemáticas de orden financiero, que ocasionarían un déficit económico entre los actores del Sistema que han confluído en la gestión de los recursos a través de relaciones jurídicas válidamente suscitadas en el mundo jurídico del Sistema General de Pensiones, en cumplimiento de obligaciones y deberes contractuales que ya se encuentran consumados y perfeccionados con las consecuencias de orden legal y financiero que ello acarrea.

Así pues, si la demandante tiene una situación jurídica consolidada o se encuentra pensionada ruego por favor, no se declare la nulidad o ineficacia de traslado.

En caso de salir abantes las pretensiones de la demandante solicito se devuelvan todos los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, tales como cuotas de administración, primas provisionales, porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima rendimientos y utilidades y que los mismos sean devueltos indexados.

5. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

En lo que interesa para resolver a esta instancia, el problema jurídico se circunscribe a establecer si la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con

Solidaridad es ineficaz y de serlo, en qué términos y condiciones se debe realizar el traslado a COLPENSIONES del importe de las cotizaciones efectuadas en el RAIS por la demandante.

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

6. CONSIDERACIONES:

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

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

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

Tal posición, que constituye a la fecha la línea jurisprudencial de la SCL de la Corte Suprema de Justicia sobre dicho tema, ha sido ratificada de manera reiterada en todos los pronunciamientos emanados de dicha corporación, como en las sentencias

SL1688-2019 y SL1689-2019, ambas proferidas el 8 de mayo de 2019, en las que, además la Corte fijó unas conclusiones jurisprudenciales en torno al tema de la ineficacia o nulidad de traslado de régimen, las que, contrario a lo argumentado por el apoderado de PORVENIR en su recurso de alzada, 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 se desprende de la historia laboral emitida por COLPENSIONES (folios 536 y 537 del documento 03 del expediente digital), se afilió a la administradora del RAIS PENSIONAR hoy SKANDIA S.A. el 25 de julio de 1996 como se evidencia del formulario de vinculación a dicha AFP (folio 494 del expediente digital), posteriormente, el 24 de abril de 1997 se afilio a la administradora del RAIS COLMENA hoy PROTECCION S.A. y finalmente a la AFP PORVENIR S.A. el 24 de julio de 2003, según se desprende del certificado del SIAFP que milita a folio 511 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 1° de abril de 1994 con 35

o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la AFP PENSIONAR hoy SKANDIA S.A. en el año 1996 estuviera en la obligación de suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; sobre todo **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué dependería su monto en el RAIS.**

Sobre el deber de información antes citado, escuchado el interrogatorio de parte que fue absuelto por la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:48:05 del video de la audiencia de conciliación y trámite (documento medio magnético 16), no se advierte que, este haya confesado que al momento de su traslado de régimen se le ilustró sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como lo son la explicación clara de las características de uno y otro régimen pensional, los requisitos para acceder a las prestaciones económicas en cada uno de ellos, la forma de liquidación de la mesada pensional en cada régimen, la oportunidad de trasladarse entre regímenes y entre administradoras y los términos para ello, entre otros aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

Ahora, como bien lo manifestó la *a quo*, ha señalado claramente la Jurisprudencia de la SCL de la CSJ que para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción pre impresa sobre que el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que el traslado se realizó con pleno conocimiento informado, lo cual no probaron las AFP demandadas, 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 1996 cuando se trasladó del RPM administrado por el extinto ISS a la AFP PENSIONAR hoy SKANDIA S.A.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES y frente a las cuales la *a quo* determinó que la AFP PORVENIR S.A., debe trasladar a COLPENSIONES los dineros de la cuenta de ahorro individual y los aportes al FGPM con sus respectivos rendimientos financieros con destino a COLPENSIONES A EXCEPCIÓN de las cuotas de administración y las sumas que hubiesen sido destinadas al pago de seguros previsionales para los riesgos de invalidez y muerte, encuentra la Sala que la orden impartida por la *a quo*, no se encuentra del todo acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia y por tal razón, como lo

indico la apoderada de Colpensiones tanto en el recurso de alzada como en los alegatos, la misma debe ser ADICIONADA, para en su lugar indicar que la devolución que debe realizar PORVENIR S. A a COLPENSIONES deberá incluir no solo el valor de la cuenta de ahorro individual, los aportes al fondo de garantía de pensión mínima con sus respectivos rendimientos sino también la totalidad de los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones obligatorias, gastos de administración, es decir, las comisiones de administración y los porcentajes que en su momento fueron descontados por dicha AFP de las cotizaciones de la demandante y destinados al pago de primas de seguros previsionales, pago de prima de reaseguro de Fogafín. Además, SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A. deberán devolver igualmente a COLPENSIONES las sumas que en su momento descontaron de las cotizaciones del demandante y que fueron destinados a comisiones de administración, al pago de primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, al pago de la prima de reaseguro de Fogafín y Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir, que ambas AFP deberán devolver a Colpensiones el 100% del valor de las cotizaciones, con sus rendimientos financieros, con sus rendimientos financieros y sin descuento de ninguna índole, pues al declararse la ineficacia del acto de traslado, **ningún efecto jurídico puede derivarse de este**, como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Ha explicado la 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 la actora antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Teniendo en cuenta lo anterior, y contrario a lo manifestado por la juez, 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, o de no afectar a terceros de buena fe como las aseguradoras previsionales, 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 deba 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.

En relación con el argumento de la apelación de PORVENIR S.A. que la ineficacia supone un dolo que, no fue ni probado ni alegado dentro del proceso, considera la Sala que no le existe razón a esta AFP, pues para declarar la ineficacia de un acto jurídico por falta de uno o varios de sus requisitos para que se validó, no se requiere la presencia de dolo, sino simplemente que el requisito legal, en este caso de la debida asesoría, no se haya cumplido.

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

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

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

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

En cuanto a lo expresado en la apelación de PORVENIR S.A., referente a que la línea jurisprudencial que existe sobre el deber de información, gira únicamente en torno a personas beneficiarias del régimen de transición, no le asiste razón conforme se ha explicado en párrafos anteriores, respecto a que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados.

De otra parte, se afirma en la apelación de COLPENSIONES, que la declaración de ineficacia del traslado del 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, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, por la inexistencia de equivalencia entre los valores recibidos y los valores requeridos para el posterior 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 el actor 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, principio al que quien se debe someter es el legislador al realizar las reformas pensionales, no que el juez para desconocer derechos ya legislados.

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

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

Finalmente respecto de la solicitud de la apoderada de COLPENSIONES en los alegatos de esta instancia, en el sentido que se ordene la indexación de las anteriores

sumas, se trata de una cuestión que debió plantearse en la contestación de la demanda o cuando menos, en el recurso de apelación, de manera que una decisión en tal sentido implicaría decidir más allá de lo pedido, lo que no resulta improcedente en la sentencias de segunda instancia, pues fue un asunto que las partes no tuvieron la oportunidad de debatir en el proceso, lo que violentaría los derechos de contradicción y defensa de las partes, por lo que no se resolverá sobre este solicitud.

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.

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 de COLPENSIONES, por haber resultado vencidas en el recurso de apelación. Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$1.160.000, de la que responde cada una 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 parcialmente la sentencia del 27 de abril de 2022 proferida por el **JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **MARÍA CECILIA RUIZ CÓRDOBA** contra **COLPENSIONES, SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**, ADICIONÁNDOLA en el sentido de DECLARAR que PORVENIR S.A., debe devolver a Colpensiones la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro pensional del actor, 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 se DECLARA que SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A., deberá reintegrar a COLPENSIONES 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, durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a dichas AFP.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y de COLPENSIONES. Las agencias en derecho, las estima el ponente en la suma de \$1.160.000, de la que responde 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: **45acda9d508ca5fb915897e711f77f288315c42c3fe8fd4028fc209572ae64f4**

Documento generado en 11/05/2023 03:15:09 PM

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