

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El treinta y uno (31) de agosto 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 **ROSALBINA NAVARRO OCHOA**, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y las sociedades **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.) y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.), tramitado bajo el radicado No. **05001-31-05-007-2020-00009-01**.

AUTO

De conformidad con el memorial de sustitución de poder, allegado vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por parte de la sociedad MUÑOZ Y ESCRUCERIA S.A.S. quien representa judicialmente los intereses de Colpensiones en este proceso, se procede a reconocer personería al abogado DANIEL MATEO ORTIZ GONZÁLEZ, portador de la T.P. 342.083 del C. S. de la Judicatura, para que represente a COLPENSIONES en este proceso como apoderado sustituto.

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

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata la actora que nació el 17 de septiembre de 1952, y que se afilió al RAIS en septiembre de 1995 por medio de la AFP PROTECCIÓN S.A. trasladándose posteriormente a PORVENIR S.A.

Expone que PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. al momento de los respectivos traslados, no fueron claros ni precisos frente a la información de su pensión, pues no le explicaron de manera clara y precisa, los riesgos y beneficios que corría al estar afiliada al RAIS frente al RPM, realizándose la afiliación al RAIS sin informarle el monto de la mesada pensional, y que la obtención de esta solo obedece al capital ahorrado.

Indica que presentó derecho de petición ante PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., recibiendo repuesta el 1° de noviembre de 2019, por parte de PROTECCIÓN S.A. en la que indican que no cuentan con soportes físicos de las ventajas y desventajas, cálculos o proyecciones, puesto que las misma se brindaron de manera verbal, igualmente presentó a COLPENSIONES reclamación administrativa solicitando el traslado de régimen, a lo cual respondieron que no era procedente en razón a su edad.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La *a quo* despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, disponiendo que se encuentra válidamente afiliada a COLPENSIONES sin solución de continuidad teniendo en cuenta que la administradora donde se encontraba afiliada con anterioridad está liquidada, ordenando en consecuencia a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante y los aportes al FGPM con sus respectivos rendimientos financieros, exceptuando la devolución de las sumas que fueron descontadas para cuotas de administración y seguros previsionales, argumentando que PORVENIR S.A. acreditó unos rendimientos financieros importantes al igual que una gestión frente a la cuenta de ahorro individual de la demandante, es por ello que PORVENIR S.A. no está obligado a restituir a COLPENSIONES el valor de cuotas de administración ni lo destinado para cubrir los seguros previsionales de las contingencias de invalidez y sobreviviente.

Seguidamente condenó a COLPENSIONES a validar la afiliación de la demandante y a recibir la devolución de los dineros ordenados, y a tener en cuenta el tiempo cotizado por la demandante en el RAIS, como semanas cotizadas que deberán reflejarse en su historia laboral.

Para fulminar condena, la *a quo* argumentó que la Corte Suprema de Justicia tiene fijada una línea jurisprudencial sobre el tema de la afiliación a un régimen pensional que se sintetiza en la obligación de brindar una información completa, suficiente, idónea y comprensible sobre las características de los regímenes pensionales, determinando e informando la conveniencia e inconveniencia de uno y otro régimen, y la inversión de la carga de la prueba de la información brindada en cabeza de la AFP.

Luego, señaló que en el proceso no se probó por parte de la AFP 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 preimpreso, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado.

Finalmente, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, excepto la inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional y las cuotas de administración que se declaró de forma oficiosa y la de buena fe e imposibilidad de la condena en costas propuesta por COLPENSIONES y condenó en costas a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. absolviendo de las mismas a Colpensiones.

3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN:

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

APELACIÓN DE PORVENIR S.A.

La apoderada de PORVENIR S.A. apela la sentencia totalmente, argumentando que se encuentra inconforme respecto a la declaratoria de ineficacia, pues dicha declaratoria afecta principios fundamentales del derecho, como lo son la confianza legítima y la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, confianza legítima otorgada a través de los formularios de afiliación, los actos realizados por la demandante en el RAIS, por lo que no se puede dejar de lado que la demandante suscribió formulario de afiliación en el año 1995 con COLMENA y posteriormente realizó traslado horizontal con PORVENIR S.A., bajo estas circunstancias para aquel momento en el que suscribió el formulario con COLMENA no existía otra exigencia legal para dejar de manera documental la asesoría, pues existía en cierta medida la

exigencia de firmar el formulario de afiliación, mismo que cumple con lo normado en el artículo 11 el Decreto 692 de 1994; a su vez con el formulario a PORVENIR S.A., el mismo que también había sido autorizado por la Superbancaria.

Por lo que obligársele a los fondos privados allegar otra prueba diferente teniendo en cuenta la vigencia de las vinculaciones de la parte demandante, estaría imposibilitando ejercer el derecho a la defensa para su representada, teniendo en cuenta que la obligación a los fondos como dejar de manera documentada la información o asesoría, nace a través de los cambios jurisprudenciales, esto es a través de la Ley 1328 del 2009 y la Ley 1748 del 2014, serie de obligaciones que se endilgan a los fondos privados, sin embargo, para los años de 1995 y 2000, no existía la exigencia de dejar de manera documentada la asesoría, sino que la misma era de manera verbal.

Expone que como quedó comprobado en el interrogatorio de parte, la demandante no recuerda circunstancias de tiempo, modo y lugar frente a su vinculación, pero si consta en formularios de vinculación, además de ello fueron aceptados por la actora en su interrogatorio de parte, a su vez la demandante indica que con PORVENIR S.A. no realizó o agotó canales de atención que se habían dotado para la aclaración de dudas e inquietudes o recibir quejas y reclamos, pues lo que se observa es una falta de diligencia frente a los deberes que tiene como consumidora financiera por parte de la demandante, además la misma ha permanecido por más de 25 años afiliada en el RAIS y en ninguna circunstancia presento inconformidad, bajo estas circunstancias observamos que la actora no leyó los formularios de afiliación omitiendo lo reglado en el Decreto 2555 del año 2010, frente a sus obligaciones como consumidora financiera; advirtiendo además que la declaratoria de ineficacia del traslado es una prohibición legal contenía la Ley 797 del año 2003, la cual no ha sido impuesta por el legislador de manera caprichosa, sino en aras de que el afiliado que decide permanecer en un régimen pueda contar con 10 años para esa sostenibilidad y también para la efectivización de sus derechos.

Arguye que PORVENIR S.A. cumplió a cabalidad sus obligaciones generando una creación de cuenta, además de ello la administración de los aportes, cumplió a cabalidad con la generación de rendimientos en la cuenta de ahorro, mismos que no tuvieron desmejora sino que favorecieron al capital de la demandante, bajo esta circunstancia para PORVENIR S.A. no se presentó ni se demostró dentro del proceso causal que haya invalidado, afectado o adolecido la libertad escogencia de régimen pensional, más a sabiendas que si se declara una ineficacia de traslado deberá comprobarse ese acto de adormecimiento, sin embargo, al verificarse el acervo

probatorio no se comprobó ni demostró que la demandante allá sido afectada en su libertad de escogencia, ya que tenía la posibilidad de retractarse como también de generar un retorno al RPM y esta situación no fue agotada, encontrando que la única motivación de la accionante para trasladarse es la diferencia en la mesada pensional, así que no se pueden aplicar condiciones que ya no son vigentes para la actora, en la medida que la misma decidió pertenecer al RAIS.

APELACIÓN DE COLPENSIONES.

La apoderada de COLPENSIONES apela la sentencia, solicitándole al Tribunal, que de considerar que es procedente la declaratoria de ineficacia, modifique la sentencia en el sentido de ordenar a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES el 100% de las cotizaciones realizadas por la demandante, sin descuento alguno esto es que además de los aportes y rendimientos, traslade el valor de todos los gastos de administración y cuotas de seguros previsional, si se tiene que en sentencias hito que sirven de base para la declaratoria de la ineficacia de traslado como la sentencia SL 8989 del 2008, se ordenó a los fondos de pensiones privados incluso con cargos de propio patrimonio la devolución de la totalidad de las cotizaciones sin descuento alguno, asimismo todo el avance jurisprudencial de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia han sido vehementes en ordenar tal circunstancia, todo en razón a que al artículo 48 constitucional precisamente porque las personas que se trasladan del RAIS al RP administrado por COLPENSIONES están a puertas de pensionarse y es COLPENSIONES quien debe mantener el equilibrio y la sostenibilidad financiera, y solo financiar aquellas presentaciones económicas con base a las cotizaciones efectivamente realizadas por los que afiliados.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, las apoderadas de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES allegaron escritos de alegaciones, en los cuales se señala resumidamente lo siguiente:

ALEGATOS DE PORVENIR S.A.

1. DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO.

Si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, que hubiera realizado actos atentatorios contra el libre

derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo. Si bien menciona que, quedará sin efecto la afiliación, no hace referencia si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y subsiguientes, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes disposiciones legales para resolver un asunto en concreto.

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.”*

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.

Mi representada de manera palmaria, cumplió con la carga procesal impuesta -pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba, contrario a lo dispuesto legalmente al respecto-, en la medida que, aportó los documentos que de acuerdo con las normas existentes para el momento en que se celebró el acto jurídico del traslado debía mantener en sus archivos; además, pese a que la parte demandante JAMÁS estuvo en imposibilidad absoluta de retornar al RPMPD, permaneció en el RAIS, lo que sin duda al menos debe valorarse como un indicio serio de querer permanecer en el.

5. DE LA IMPOSICIÓN DE CARGAS PROBATORIAS INEXISTENTES.

En un Estado Social de Derecho, no es viable jurídicamente imponerle a los administrados, cargas probatorias distintas a las previstas en las leyes existentes para el momento de la ocurrencia de los hechos.

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

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

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

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

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

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

Ahora, en el caso hipotético de considerar que el negocio jurídico celebrado entre las partes no tuvo validez, no puede olvidarse que, el artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993, menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen, esto es *“el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos (...)”*, lo que impide que legalmente se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes a las referidas en esta norma.

Y es que, en virtud del artículo 1746, la regla general de la nulidad judicialmente pronunciada es que da a las partes el derecho a ser restituidas las cosas *“al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el negocio o contrato nulo, establece una serie de excepciones o pautas.*

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

Entre las excepciones, se encuentra lo concerniente al objeto o causa ilícita, casos en los cuales no es posible repetir lo que se haya dado o pagado a sabiendas de la ilicitud (1525); como tampoco lo que se haya dado o pagado al incapaz, salvo prueba de

haberse hecho este más rico (1747). Tampoco hay lugar a la restitución material del bien cuando ello no sea posible por motivos de utilidad pública o interés social, casos en los cuales se dará una reivindicación ficta o compensatoria (artículo 58 de la Constitución Política).

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

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

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

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

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

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

Y luego agregó:

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

Luego, en atención al principio de la congruencia de la sentencia – artículo 281 del C.G.P-, al no haberse discutido y menos probado la mala fe de PORVENIR S.A. en la

celebración del acto jurídico de traslado, no puede condenarse a mi representada a “restituir a favor del afiliado y por ende de un tercero como es COLPENSIONES”, los rendimientos financieros que logró mi representada por la gestión que adelantó en la administración de los aportes en el RAIS.

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

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.

10. DE LA INDEXACIÓN

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

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

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

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

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

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

Tratándose de la afiliación al sistema pensional, lo primero que se advierte es que los afiliados cuentan con el derecho de elegir libremente a que régimen quieren pertenecer, tal y como lo indica el literal B) y E) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 que fuere modificado por la ley 797 de 2003; en esa libertad de escogencia es fundamental el consentimiento libre que debe asistir al usuario de la seguridad social, hecho que sin lugar a dudas quedo acreditado en el presente caso, ya que como la misma demandante lo informo en su declaración, el fondo le suministro una información suficiente que le genero un grado de confiabilidad que la llevo a optar por pertenecer a dicho régimen entre las cuales resalta la posibilidad de que su capital ahorrado fuera heredable, la posibilidad de optar por pensionarse anticipadamente y en especial los rendimientos que recibiría su ahorro por las gestiones de las administradoras.

Por otra parte y si bien se ha censurado que la administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no proporciono a la demandante una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las implicaciones del traslado, es preciso recordar que con ello, se está desconociendo que el deber de información que tienen las administradoras de pensiones, ha tenido varias etapas, así las cosas, el análisis de la información suministrada por las AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación para el caso concreto, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del contrato o de la materialización del traslado, esto es, para el año 1995 en PROTECCIÓN(otrora

COLMENA) y en 2000 en PORVENIR (otrora HORIZONTE); pues no resulta razonable, ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso, no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige además, como lo expresa el artículo 29 de la Carta Política, el ajuste a las normas preexistentes del acto que se juzga.

Ahora, si bien en las aseguradoras en primera medida recae la carga de la información al momento de afiliar a los asegurados, lo cierto es que en cabeza de los afiliados que pertenecen al Sistema General de Pensiones recaen un serie de responsabilidades entre las cuales está el deber de informarse adecuadamente de las condiciones del Sistema General de Pensiones al cual quieren pertenecer, aprovechar los mecanismos de divulgación de información que suministren los fondos y emplear la adecuada atención y cuidado al momento de tomar decisiones conforme lo establece la ley 1328 de 2009, por lo que se puede concluir que de conformidad con la anterior normatividad existen también deberes mínimos en cabeza de los afiliados al sistema general de pensiones, destacándose que el SILENCIO en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente de permanecer en el Régimen seleccionado; por tanto, la obligación de información no recae exclusivamente en las AFP, es deber del Consumidor Financiero asesorarse de la mejor manera posible para tomar una adecuada decisión, circunstancia que en el presente proceso no fue acreditada por la demandante pues nótese señores magistrados como la demandante manifiesta que solo transcurridos 20 años de su afiliación al RAIS esta se viene a interesar por su situación pensional.

Por otra parte y valga la reiteración, la demandante no puede ser trasladada nuevamente al Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, pues es claro que como lo manifiesta la norma, ya superó la edad permitida por la Ley para realizar el cambio de Régimen, advirtiendo además que dicha pretensión desestabilizaría el sistema financiero del régimen de prima media, conforme fue establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C -1024 de 2004, al estudiar la constitucionalidad de la restricción de retorno cuando faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para pensionarse.

Aunado a lo anterior la ineficacia o nulidad, resultaría inoponible frente a terceros de buena fe como en este caso lo es Colpensiones, a la par que la figura de la

inoponibilidad constituye un mecanismo protector del derecho a la seguridad jurídica, que en el caso de Colpensiones se consolida por el tiempo en que aquellos afiliados permanecieron en el RAIS, a más que la seguridad jurídica que se deriva de la inoponibilidad pretende proteger intereses patrimoniales de terceros, que en este caso, tienen alcance frente al principio de sostenibilidad financiera del sistema y planeación de la reserva pensional en el RPMPD.

La jurisprudencia en la especialidad civil, indica que la inoponibilidad no requiere de la validez del negocio jurídico, muy por el contrario, algo que es ineficaz entre las partes, como en este caso la afiliación al RAIS, si se torna como eficaz frente al tercero de buena fe, como es el caso de Colpensiones. Así se ha dicho: *“cuyo caso no le interesa que no lo alcancen los efectos de un negocio válido e incontrovertible entre las partes, sino todo lo contrario, esto es que se tenga como válido frente a su calidad de tercero un negocio jurídico que carece de eficacia entre los celebrantes”*.

No obstante, y de considerar la sala que es procedente la declaratoria de la ineficacia del traslado, solicito a los honorables Magistrados, se MODIFIQUE el numeral tercero de la sentencia en lo concerniente a ordenar a la AFP PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES el valor del 100% del aporte realizado por la demandante, esto es, que a más de los aportes, rendimientos y el valor del descuento al fondo de pensión de garantía mínima, las cuotas de administración y los valores descontados por cuotas de seguro previsional a que hubo lugar durante el tiempo en que la demandante ha estado afiliada a dicha administradora, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

Asímismo solicito se ADICIONE la sentencia en el sentido de ordenar a la AFP PROTECCIÓN, que traslade el valor de todos los gastos de administración así como las cuotas de seguro previsional de manera indexada y con cargo a su propio patrimonio, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a dicho fondo, informando a la entidad que represento al momento de efectuar el traslado, los diferentes valores que les corresponde, estos es, que los concepto que traslade a COLPENSIONES deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Ello si se tiene que en sentencia SL 81989 de 2008 que sirve de base para la declaratoria de ineficacia de traslado, se ordenó a los fondos de pensiones privados incluso con cargo a su propio patrimonio la devolución de la totalidad de la cotización,

todo el avance jurisprudencial de la Corte Constitucional, como de la Corte Suprema de Justicia en las que se encuentran la sentencia SU 062 de 2010, SU130 de 2014 y de la Corte Suprema de Justicia de las más recientes SL 4989 de 2018 y SL 1688 de 2019, han sido vehementes en ordenar a los fondos privados el traslado de la totalidad de los aportes sin descuento alguno, todo en razón al artículo 48 constitucional precisamente porque las personas que se trasladan del régimen de ahorro individual al RPM administrado por COLPENSIONES, están ad portas de pensionarse y es la entidad que represento quien debe mantener el equilibrio de sostenibilidad financiera y solo financiar aquellas prestaciones económicas con base a las cotizaciones que efectivamente fueron realizadas.

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 la demandante.

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

6. CONSIDERACIONES:

De conformidad con lo dispuesto el art. 14 de la Ley 1149 de 2007 además de resolverse la apelación de PORVENIR S.A. y 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 de la demandante, que el traslado de régimen pensional debe partir de la cabal y completa asesoría que lleve a un asegurado a tomar una decisión responsable e informada, asesoría que ha de entenderse pedagógica, es decir, realmente entendible para cada persona conforme a

su grado de cultura y su situación particular, pues los casos no presentan las mismas características o condiciones.

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

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

1. Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a 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, estuvo vinculada con el DEPARTAMENTO DE ARAUCA desde el 24 de septiembre de 1976, estando afiliada al régimen pensional de prima media administrado por la extinta **CAJA DE PREVISION SOCIAL DEL DEPARTAMENTO DE ARAUCA “CAPREDA”**, conforme se desprende del documento inserto a folio 27 de archivo digital (01 2020-00009 ROSALBINA NAVARRO OCHOA CC 24241103) y del historial válida para bono-certificado por fondos de pensiones RAI / CENISS (33. SUBSANACION DE PORVENIR -SUB CONT 07 2020 0009 - ROSALBINA NAVARRO OCHOA52 a 54); que se afilió a la administradora del RAIS COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 21 de junio de 1995 como se anota en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 297 del expediente (01 2020-00009 ROSALBINA NAVARRO OCHOA CC 24241103- 2020-00009 ROSALBINA NAVARRO OCHOA), con efectividad al 1° de julio de 1995 como se anota del certificado del SIAFP que reposa en la página 301 del citado archivo (01 2020-00009 ROSALBINA NAVARRO OCHOA CC 24241103-2020-00009 ROSALBINA NAVARRO OCHOA), trasladándose a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 28 de julio del 2000, como se observa en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 75 del expediente, con efectividad al 10 de agosto de dicha anualidad, como se lee en el certificado del SIAFP (página 301).

Se advierte que a pesar de que en el citado certificado SIAFP se anota que la demandante estuvo afiliada a COLPENSIONES, al parecer es un error, toda vez que, en la información laboral para bono pensional, se registra que el empleador de la accionante era el Departamento de Arauca.

De otra parte, para el caso de la demandante, para el momento del traslado de régimen pensional, era beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues, conforme a la copia de su cédula de ciudadanía que milita a folio 25 del plenario (01 2020-00009 ROSALBINA NAVARRO OCHOA CC 24241103), para el 30 de junio de 1995 que entró a regir para ella el sistema pensional de la ley 100 de 1993 por ser empleada del nivel territorial, contaba con más de 35 años de edad, pues nació el 17 de septiembre de 1952, y pese a ello, no se advierte por parte de la Sala que a la demandante se le haya puesto de presente tal situación y se le hubiese explicado en el momento del cambio de régimen pensional, que con dicha decisión estaba abandonando dicho beneficio transicional.

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 minuto00:48:15 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento, no se

advierte que esta haya confesado que la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. le hubiere brindado la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su afiliación al RAIS, pues la demandante no confiesa que se le ilustró sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como las características de uno y otro régimen pensional, los requisitos para acceder a las prestaciones económicas en cada uno de ellos, la forma de liquidación de la mesada pensional en cada régimen, entre otros aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

Ahora, conforme lo ha señalado de vieja data la SCL de la CSJ, para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción preimpresa sobre que el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que el traslado se realizó con pleno conocimiento informado, lo cual no probó la AFP PROTECCIÓN S.A., 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 1995 cuando se trasladó del RPM administrado DEPARTAMENTO DE ARAUCA a la AFP PROTECCIÓN S.A.

De otra parte, si bien en este caso para la fecha en que se realiza el traslado de la actora al RAIS, se encontraba afiliada tenía régimen pensional del sector público del ente territorial DEPARTAMENTO DE ARAUCA, no podemos olvidar que el Art. 128 de la ley 100 de 1993 dispone: *“Los servidores públicos que no estén afiliados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, aquéllos que se hallen afiliados a alguna de estas entidades cuya liquidación se ordene, y los que ingresen por primera vez a la fuerza laboral, en caso de que seleccionen el régimen de prestación definida, se afiliarán al Instituto de Seguros Sociales.”*

Igualmente por mandato del Decreto 691 de 1994 los servidores públicos se incorporaron al sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, y los del orden territorial, quedan sujetos a esta ley y por tanto incorporados a su sistema, a más tardar el 30 de junio de 1995, por lo que la ser al momento del traslado de la actora al RAIS, una servidora pública del orden territorial como empleada del DEPARTAMENTO DE ARAUCA, su afiliación de no haber escogido el régimen del RAIS, debió haberse efectuado al ISS, razón por la cual, la decisión de la *a quo* de ordenar el regreso de la accionante al RPM a través de COLPENSIONES y la devolución de los aportes pensionales efectuados en el RAIS, a esta entidad, es acertada y por tanto debe ser igualmente confirmada.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES encuentra la Sala que, la orden impartida por la *a quo*, no se encuentra acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia, asistiéndole razón en su apelación a COLPENSIONES, y por tal razón, la semntencia debe ser ADICIONADA, para declarar que la devolución que debe realizar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES deberá incluir la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro pensional de la actora, es decir las cotizaciones allí depositadas con sus rendimientos o intereses, así como los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín durante el tiempo que legalmente se descontó de la cotización, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole.

Asimismo, PROTECCIÓN S.A. debe devolver a Colpensiones los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín durante el tiempo que legalmente se descontó de la cotización, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir, el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole, pues, conforme a lo manifestado por la apoderada de COLPENSIONES 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 cotizaciones de la demandante, como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Ha explicado la Corte Suprema de Justicia que las consecuencias prácticas de la ineficacia son idénticas a las de la nulidad, señalando la Sala Civil de la alta Corporación que: *«cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás»* (CSJ SC3201-2018).

En este orden de ideas, como lo dispone el art. 1746 del C.C., norma que regula las restituciones mutuas en el régimen de nulidades: *“La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”*.

En este sentido se pronunció igualmente la SCL de la CSJ, sentencia 31989 de 8 de septiembre de 2008 y lo reiteró en sentencias SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019 y SL1688-2019, en la que precisó:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación dla actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

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, 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 expuesta por la apoderada de PORVENIR S.A. en su recurso de alzada y de COLPENSIONES en los alegatos 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.

De otra parte, se afirma en los alegatos y en el recurso de alzada de COLPENSIONES, que la declaración de ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, y la reactivación de la afiliación al RPM, atenta contra el principio de sostenibilidad

financiera del sistema pensional colombiano establecida en el artículo 48 de la Constitución Política.

Respecto del anterior argumento, se ha de manifestar, que para efecto de declarar la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, no es jurídicamente viable tener en cuenta el principio antes citado, pues, desde que la actor estuvo afiliada al RPM era beneficiaria de las prerrogativas de este régimen pensional, conforme lo disponía la legislación, y por ello no es posible desconocer los derechos que tiene conforme las norma legales vigentes, so pretexto de someterse al principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano, principio al que quien se debe someter es el legislador al realizar las reformas pensionales, no que el juez para desconocer derechos ya legislados.

Ahora sobre la teoría de los actos de relacionamiento, alegados por PORVENIR S.A. referentes al traslado de la actora entre distintas AFP del RAIS, que denotarían su voluntad de pertenecer al RAIS, ha de tenerse en cuenta que la Corte en su Sala permanente ha indicado 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.”

Ahora en, lo concerniente a la solicitud de COLPENSIONES en los alegatos que la devolución de los gastos de administración, así como todo lo descontado por pólizas provisionales se reintegren debidamente indexados, se observa a folio 372 (01 2020-00009 ROSALBINA NAVARRO OCHOA CC 24241103) que en la contestación de la

demanda por parte de COLPENSIONES, efectuó solicitud en tal sentido, indexación que es procedente, pues el porcentaje descontado de la cotización como cuota de administración incluido el porcentaje de seguros previsionales y el porcentaje de garantía de pensión mínima no han devengado los intereses del resto del porcentaje de la cotización que sí va a la cuenta de ahorro individual de la afiliada, por lo que es justo equitativo que sean devueltas indexadas.

Respectó de la forma de devolución del porcentaje de cuota de administración incluido el de seguros previsionales y el porcentaje de garantía de pensión mínima, la SCL de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL1689-2019 indicó lo siguiente:

“Está probado que la AFP accionada trasladó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que el demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos (f.º 127), sin embargo, no existe constancia de que hubiese devuelto también los valores correspondientes a gastos de administración, de los cuales, según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos.

En tal sentido, se condenará a la AFP accionada a la devolución de estos dineros, debidamente indexados.”

En razón a lo anterior, se ordenará que el porcentaje de la cotización que no fue consignado en la cuenta de ahorro pensional de la actora, sea reintegrado a COLPENSIONES debidamente indexado.

Ahora atendiendo que la actora cumplió 70 años de edad desde el pasado 17 de septiembre de 2022, es posible que PORVENIR S.A. haya tramitado y recibido a favor de la actora, el importe del bono pensional de parte de DEPARTAMENTO DE ARAUCA, y por tal razón, si el referido bono o cualquier otro concepto, que haya pagado el DEPARTAMENTO DE ARAUCA con motivo de las cotizaciones de la demandante, se debe efectuar también la devolución COLPENSIONES, por lo que el fallo de primera instancia será adicionado en este sentido.

Finalmente, 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 ADICIONADA en los términos anteriormente expuestos.

COSTAS en esta instancia a favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A. 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.

Sin costas a cargo de COLPENSIONES, por haber prosperado parcialmente su recurso de apelación.

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 5 de mayo de 2022 proferida por el **JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **ROSALBINA NAVARRO OCHOA**, contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**, ADICIONÁNDOLA en el sentido que PORVENIR S.A., debe devolver a Colpensiones la totalidad de los aportes pensionales o cotizaciones que recibió con motivo de la afiliación de la actora, sin descuento de ninguna índole, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, con sus intereses o rendimientos, indexando el porcentaje de la cotización que no fue consignado en la cuenta de ahorro pensional de la demandante.

PORVENIR S.A. también deberá reintegrar a COLPENSIONES, el importe del bono pensional o cualquier otro concepto, que haya pagado el DEPARTAMENTO DE ARAUCA con motivo de las cotizaciones de la demandante.

Igualmente, PROTECCIÓN S.A., deberá reintegrar a COLPENSIONES, indexado, el porcentaje de la cotización que no fue consignado en la cuenta de ahorro pensional de la demandante, durante el tiempo que estuvo afiliada a esta AFP.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A. Como agencias en derecho se fija la suma de \$1.160.000.

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: **3ec9d99efbff3b08f42fc5ab77b6d051c203f447eebd513785694debf458cacc**

Documento generado en 31/08/2023 02:18:12 PM

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