

## 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 el señor **WILLIAM ANDRÉS ECHAVARRÍA BEDOYA**, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** (en adelante COLFONDOS S.A.), **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** (en adelante SKANDIA S.A.), la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.) y la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.) tramitado bajo el radicado No. **05001-31-05-009-2020-00336-01**.

La demandada SKANDIA S.A., llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (en adelante MAPFRE S.A.)

### AUTO

De conformidad con la sustitución de poder allegada vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por parte de la sociedad MUÑOZ MEDINA ABOGADOS S.A.S. quien representa judicialmente los intereses de COLPENSIONES en este proceso, se procede a reconocer personería al abogado DARÍO MAURICIO TOBÓN CHAMORRO, portador de la T.P. 271.442 del C. S. de la Judicatura, para que represente a COLPENSIONES en este proceso como apoderado 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:

El 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 el actor que nació el 23 de mayo de 1964, que se afilió al Sistema General de Pensiones en el RPM administrado por el ISS el 26 de julio de 1989, y posteriormente se trasladó al RAIS por medio de la AFP PORVENIR S.A. el 18 de septiembre de 1997.

Posteriormente se trasladó a administradora de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. después a SKANDIA pensiones y Cesantías hoy OLD MUTUAL y posteriormente en COLFONDOS S.A.

Expone que el traslado efectuado a PORVENIR S.A. el 18 de septiembre 1997, no obedeció a una verdadera, libre y plena manifestación de la voluntad, por el contrario, ese acto desde el comienzo se encontró viciado por error de hecho que recae sobre el objeto, no solo por la falta de información veraz y suficiente que le hubiese permitido a mi mandante sopesar las desventajas que entrañaría un traslado de régimen pensional, desventaja de tal magnitud que la afecta en el goce efectivo de la prestación económica de vejez, sino además por el engaño en el que se vio subsumido por parte del representante del Fondo.

Aduce que el asesor o promotor de PORVENIR S.A., en ningún momento le suministró la información adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta para su traslado, tanto que no se efectuó por parte del fondo privado un estudio previo individual y concreto sobre las ventajas y desventajas que le aparejaría permanecer o trasladarse de régimen, incumpliendo así su deber de diligencia que le impone su responsabilidad profesional y que a la postre indujo en error o engaño al actor a efectos de producirse su traslado al RAIS.

Finalmente, mediante derecho de petición presentado a COLPENSIONES el día 5 de agosto de 2020, se presenta reclamación a la entidad y se obtuvo respuesta quedando agotada la reclamación administrativa de que trata el artículo 6º de la ley 712 2001.

## **2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:**

La oficina judicial de primera instancia, despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado del accionante a PORVENIR S.A, así como el posterior traslado entre administradoras del RAIS, y que le asiste derecho a acceder a los beneficios del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Consecuencialmente ordenó a la AFP COLFONDOS S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los valores que haya recibido con motivo del traslado o vinculación de la demandante a esa entidad, por el periodo en que estuvo afiliada a la AFP, incluyendo para el efecto cotizaciones, con sus respectivos rendimientos financieros, descuentos efectuados para el fondo de garantía de la pensión mínima, las cuotas de administración, seguros previsionales y demás emolumentos descontados en la vigencia de la afiliación del actor, de manera indexada.

De otro lado, ordenó a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. SKANDIA S.A., para que, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, traslade a COLPENSIONES, los descuentos efectuados para el fondo de garantía de la pensión mínima, las cuotas de administración, seguros previsionales y demás emolumentos descontados en la vigencia de la afiliación del actor de manera indexada.

Por otra parte ordenó a COLPENSIONES, a aceptar el retorno y a reactivar la afiliación al RPM del actor, y recibir todos los dineros que le sean trasladados por las AFP demandadas para que su equivalente en semanas se refleje en la historia laboral de la demandante.

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

Luego, señaló que en el proceso no se probó por parte de PORVENIR S.A. y ninguna de las AFP demandadas que, al momento de la afiliación del demandante, haya cumplido con el deber legal de otorgar una explicación integral sobre la regulación de los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, resultando insuficiente como prueba de la existencia de un consentimiento suficientemente informado la suscripción del formulario de afiliación pre impreso, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado.

Finalmente se niegan las pretensiones formuladas por SKANDIA respecto del LLAMAMIENTO EN GARANTÍA a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

Condena en costas a las AFP COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. SKANDIA S.A., se fijan agencias en derecho en la suma de \$1.000.000, que pagarán cada una a favor del demandante.

Respecto al llamamiento en garantía, se condena en costas a SKANDIA S.A. a favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

### **3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN:**

La sentencia fue apelada por la apoderada judicial de PORVENIR S.A., y SKANDIA S.A.

#### **APELACIÓN DE PORVENIR S.A.**

La apoderada de PORVENIR S.A., apela la sentencia de forma parcial, frente a la condena que le fue impuesta de trasladar los conceptos de forma indexada a COLPENSIONES, argumentando que si se retorna las cosas a su estado natural, este no incluye gastos de administración en el RPM no se generan este tipo de rendimientos y las condenas tienen apariencia de pago de perjuicios.

Argumenta que respecto de la indexación la sentencia 00161 del 13 de mayo de 2010 MP Edgardo Villamil Portilla, señaló que la indexación es la actualización monetaria cuya aplicación deja por fuera aspectos subjetivos y pretende mantener en el tiempo el valor adquirido de la moneda oficial, bajo la idea de que el pago, cual fuera el origen, de esa indexación debe ser íntegro, conforme a la jurisprudencia, en materia de obligaciones indemnizatorias recogidas por el art 16 de la Ley 446 de 1998, y en ese orden de ideas, dentro de las obligaciones que cumple la AFP durante la afiliación del demandante y esto solo fue hasta el 2006 era de generar una rentabilidad mínima, en la cuenta de ahorro individual y le resulta incompatible una indexación pues los recursos del demandante no se han visto afectados, sino que ha generado rendimientos que de hecho estos rendimientos ya fueron retornados, en dineros actualizados y no puede generar la entrega de nuevos dineros cuando PORVENIR ha retornado los dineros a la AFP que el demandante eligió en forma indexado y se estaría generando una doble condena por el mismo concepto.

Finalmente, como apoyo de lo anterior, señala las sentencias del magistrado José Alejandro Torres García con radicado 522021111 del Tribunal de Cundinamarca donde se indicó que en efecto existía razón al apelante ya que se estarían haciendo la devolución de los rendimientos financieros, que para este caso en concreto, fueron retornados rublo que ya incluía unos frutos e intereses que se obtuvieron con los dineros recibidos por la AFP como consecuencia de la afiliación del demandante.

En sentencia reciente del 31 de octubre de 2022 MP Carlos Alberto Oliver del Tribunal Superior de Cali sala laboral con radicado 152021489 frente a la indexación la sala consideró que no hay lugar a dicha imposición toda vez que con el traslado de los rendimientos compensa esa depreciación de la moneda del poder adquisitivo que pudiese haberse generado por esos emolumentos a retornar, por tal razón, se ordenó solo a devolver las sumas de dinero con sus rendimientos, que para este caso, ya se retornaron, no hay dineros que PORVENIR tenga que retornar.

Frente al seguro previsional expone que es un seguro pactado con un tercero de buena fe como es la aseguradora, que no fueron llamados en garantía y sería injusto desde el punto de vista de la equivalencia de los contratos, teniendo en cuenta que PORVENIR por medio de su aseguradora cumplió durante la afiliación del demandante con las coberturas de invalidez, vejez y muerte y no se puede retrotraer esas coberturas que ya se prestaron porque devolver esos dineros de PORVENIR de su propio peculio le generaría un detrimento. Por lo anterior dicho, pide al Tribunal, que revoque la sentencia en estos puntos.

### **APELACIÓN DE SKANDIA S.A.**

El apoderado judicial de SKANDIA S.A. apela la sentencia frente al cumplimiento del deber de información, toda vez que se declaró la ineficacia del mismo más allá de que el traslado se hubiera realizado de manera inicial por parte de PORVENIR S.A. Es importante tener en cuenta que SKANDIA S.A., es un tercero de buena fe, toda vez que no realizó el traslado inicial tal y como se identifica con las pruebas documentales que reposan en el expediente fueron realizados por parte de PORVENIR S.A. lo que da a entender que SKANDIA S.A., no tuvo ninguna participación del traslado primigenio. Bajo ese orden de ideas, SKANDIA únicamente actuó conforme lo estipula el art 112 de ley 100 de 1993, en virtud de la libre selección del régimen de pensiones el afiliado escogió este caso en concreto vincularse con SKANDIA S.A. situación que se corrobora con los formulario de afiliación y con el correspondiente SIAFP. Bajo ese

escenario es evidente que SKANDIA se encontraba en la obligación de realizar o aceptar el traslado de carácter horizontal de PROTECCIÓN a SKANDIA S.A.

Argumenta que es importante que se tenga en cuenta que el presente caso que la parte actora realizó múltiples traslados de carácter horizontal, que denotan su intención de permanecer al RAIS. Prueba de ello es que adicional al traslado que realizó con PORVENIR, la parte actora estuvo con SKANDIA, PROTECCIÓN y COLFONDOS a la cual se encuentra vinculada la actora.

Frente a trasladar los emolumentos correspondientes a gastos de administración y primas de seguros del fondo de garantía de pensión mínima de forma indexada. Es necesario tener en cuenta en la forma en que funciona el RAIS, es evidente que se dan rendimientos de carácter financiero, los cuales tratan de subsanar la correspondiente indexación, por lo que habría a un pago doble como lo indicaba la apoderada de PORVENIR bajo el escenario que su representada realice el traslado de esos emolumentos, cuando ya está claro que es una característica del régimen, los valores generaron rendimientos de carácter financieros y en la presente providencia se ordena que el traslado de los mismo se haga de manera indexada.

En la misma línea es importante tener en cuenta que los gastos, las primas y lo correspondiente al fondo de ganancia de pensión mínima, son descuento que realizaron su representada al igual que las demás administradoras de fondos de pensión demandadas en este proceso en estricta aplicación del art 20 de ley 100 de 1993 que posibilita a las mencionadas AFP para que se realicen descuentos sobre esos rubros y bajo ese escenario ha actuado SKANDIA S.A.

Igualmente pone de presente que los gastos de administración desde la fecha vigente a la afiliación del demandante con SKANDIA tuvo como finalidad la retribución de las buenas gestiones que realizó su representada precisamente para obtener rendimientos de carácter financiero, y como consecuencia del manejo de los recursos que reposaron en su momento en la cuenta de ahorro individual, situación que evidentemente es característica del RAIS y bajo esa situación y dentro del principio de buena fe, su representada actuó al realizar los descuentos correspondientes.

Respecto a las primas de seguros, se trata de valores que tengan como finalidad cubrir unos riesgos específicos de invalidez igualmente de sobrevivientes y en caso de que se hubiesen presentado su representada a través de MAPFRE aseguradora con la que tenía póliza de seguro para esa época se encontraba en la obligación de realizar el pago correspondiente.

Expone que en lo concerniente a la falta de prosperidad de las pretensiones del llamamiento en garantía, solicita al Tribunal que revoque la decisión en ese sentido y se acceda a las pretensiones del mismo pues el motivo para llamar a MAPFRE en el presente proceso fue con la finalidad de que realizaría devolución de esos pagos que se hicieron en su momento como consecución de los descuentos al afiliado a raíz de las primas de seguros tanto la muerte como la invalidez, y que esos valores cumplieron con la finalidad durante el tiempo vigente de la afiliación. De modo que al no estar los recursos encabeza de su representada, y en cabeza de un tercero, debería realizar el traslado correspondiente a Colpensiones la correspondiente aseguradora.

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

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados de las partes presentaron alegatos de conclusión anotando resumidamente lo siguiente:

##### **ALEGATOS DE COLPENSIONES.**

Conforme la circular 019 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, cuando el afiliado decida trasladarse de régimen o de administradora, expresará su voluntad mediante el diligenciamiento del correspondiente formulario ante el empleador o ante la nueva entidad administradora, de conformidad con las disposiciones vigentes. Es por ello que la solicitud de afiliación o traslado se analiza de manera directa y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen, de conformidad con lo establecido en la ley 100 de 1993, Artículo 13 Literal B; además las personas que se trasladen al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad y posteriormente se devuelvan al ISS, no conservarán el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

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

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

atentaría contra la sostenibilidad del sistema de seguridad social del régimen de prima media.

Se puede considerar a la sostenibilidad financiera como un principio rector de todo el sistema, el cual podría afectar considerablemente los recursos para el goce efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales. Pero también, se podría llegar a considerar que tenerlo como principio, lo que pretende es garantizar este tipo de derechos en un futuro, buscando que la demanda actual de los mismos no acabe con el capital, para que en las generaciones futuras los puedan disfrutar.

## **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 MAPFRE S.A.**

Señor Magistrado, sírvase declarar improcedentes los argumentos expuestos por Skandia en el recurso de apelación; en cuanto a la insistencia en condenar a la llamada

en garantía a la devolución de las primas de seguro previsional, por lo tanto también debe ser condenada en costas en esta instancia.

Ruego señor Magistrado, tener en cuenta los argumentos expuestos en la contestación al llamamiento en garantía y los alegatos de conclusión presentados en la primera instancia por Mapfre Colombia Seguros de Vida, para confirmar la absolución a la entidad que represento.

## **ALEGATOS DE SKANDIA S.A.**

### **1. SKANDIA S.A CUMPLIÓ A CABALIDAD CON EL DEBER DE INFORMACIÓN QUE LE ERA EXIGIDO PARA LA FECHA DE LA AFILIACIÓN Y/O TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL DEL DEMANDANTE.**

Las condenas impuestas en la sentencia apelada tienen su fundamento en la supuesta ausencia del cumplimiento del deber de información por parte de mi representada en relación con el demandante. Por lo cual pretendo demostrarle al despacho que el a quo erró al proferir sentencia condenatoria frente los intereses de mi representada.

Sea lo primero aclarar que Skandia S.A., siempre actuó de buena fe en relación con la afiliación que realizó de manera libre, voluntaria y consciente tal como quedó expresado en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra ajustada a los requisitos establecidos en el artículo 11 del decreto 692 de 1994, siendo dicho documento prueba suficiente de la libertad de la afiliación de la accionante al R.A.I.S

Respecto a la información esta se entregó de manera verbal y personalizada por parte de Skandia S.A, en cumplimiento de todos los parámetros legales establecidos para la validez del acto de afiliación sin que en ningún momento se exigiera a mi representada documentar la información brindada por lo cual no resulta plausible que, el Juzgado de conocimiento alegue que no existe documentos que logren probar de manera suficiente la amplia asesoría recibida por la actora , imponiéndole a las administradoras la carga de allegar un documento diferente al formulario de afiliación según lo establecidos en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994.

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que mi mandante ha cumplido con todas las obligaciones de carácter legal a su cargo durante el período de afiliación de la accionante, sin que pueda colegirse ni encontrarse probado una acción y omisión de esta que pueda conllevar a la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional. Es más, se resalta que en los hechos de la demanda no se menciona



ninguna inconformidad con la gestión de mi mandante, situación que no fue contemplada por el juez de instancia.

El actor se afilió de manera libre y voluntaria ante Skandia, porque consideraba que era la mejor decisión para su situación pensional, y teniendo la oportunidad de trasladarse de régimen optó por hacer traslados horizontales y no cambiar de régimen pensional.

## **2. DE LAS CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA EN LA AFILIACIÓN**

Ahora bien en el caso en que la sala considere confirmar la decisión de primera instancia es importante resaltar que Old Mutual S.A. descontó un porcentaje que corresponde a gastos de administración como la ley autoriza y en virtud de ellos se han cumplido todas las obligaciones derivadas de la administración de los aportes obligatorios del demandante, los cuales incluso le generaron rendimientos como puede evidenciarse en el estado de cuenta que obra en el plenario y, en esa medida, se cumplió con la finalidad del encargo al garantizar la seguridad y rentabilidad de los recursos, razón por la cual no puede desconocerse de ninguna manera tal gestión, y condenar eventualmente al pago de dicho concepto, pues ello implicaría pasar por alto la gestión de la administradora, cuando de manera contradictoria se disponga la devolución de los rendimientos con destino a Colpensiones.

Así mismo, en lo que corresponde al porcentaje de los aportes con destino a los seguros de invalidez y sobrevivencia, debe tenerse en cuenta que, esos dineros fueron trasladados a las respectivas aseguradoras contratadas por mi representada, y con los cuales el demandante ha tenido cobertura durante todo el tiempo que ha estado afiliado frente a los riesgos de invalidez y muerte, es decir, cumplieron la finalidad establecida en la ley, por lo que tampoco resulta pertinente una eventual devolución de dichos montos.

De igual forma, es pertinente señalar que, aun cuando el accionante no se hubiese traslado de régimen pensional, se tiene que incluso en el RPM un porcentaje de la cotización también se destina a los gastos de administración y a las primas de los seguros de invalidez y sobrevivencia en igualdad de condiciones, tal y como lo dispone el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual no puede desconocerse la gestión y los seguros tomados por las AFP durante la afiliación en el RAIS, ante la eventual revocatoria del fallo proferido y una eventual declaración de la ineficacia o nulidad del traslado de régimen pensional.

Lo anterior, incluso en línea con lo expuesto por la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA que ha precisado la importancia de respetar las restituciones mutuas, en caso de declararse la ineficacia del traslado de régimen pensional. (Ver Radicado: 2019152169- 003-00).

### **3. FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.**

Teniendo en cuenta que **SKANDIA**, en cumplimiento de su obligación legal, celebró con **MAPFRE S.A.** un contrato de seguro previsional destinado a amparar los riesgos de invalidez y muerte de los afiliados a su Fondo Obligatorio de Pensiones (entre ellos el demandante), es evidente que en caso de confirmar la ineficacia de la afiliación, la entidad llamada a realizar la devolución de la prima de seguros es la aseguradora **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, que fue la que recibió la prima pagada por mi representada, esto en virtud del llamamiento en garantía propuesto por mi representada.

Lo anterior, pues al retrotraer los efectos de la afiliación al RAIS, el contrato de Seguro Previsional mencionado también sería parcialmente ineficaz a la luz del artículo 1137 del Código de Comercio y, en consecuencia, la entidad aseguradora prenotada estaría obligada a devolver las primas pagadas por mi representada respecto del demandante. Conforme lo establece el artículo previamente transcrito, el contrato de seguro no producirá efecto alguno ante la falta de uno o todos sus elementos esenciales; situación que se configuraría **parcialmente** respecto del contrato de seguro previsional suscrito entre **MAPFRE S.A.** y **SKANDIA S.A. en relación con el demandante**, toda vez que se extinguiría el interés asegurable, pues lo que legitimó a **SKANDIA S.A.** a contratar el seguro previsional en favor de el demandante, en calidad de asegurada, fue, precisamente, la vinculación **válida** efectuada al régimen de ahorro individual de la misma.

Teniendo en cuenta lo anterior, en caso de confirmar la declaratoria de ineficacia, solicito respetuosamente sea **MAPFRE S.A.** la condenada a trasladar lo atinente a la prima de seguros previsionales en relación con el demandante a Colpensiones.

### **ALEGATOS DEL DEMANDANTE.**

Al señor William Andrés Echavarría Bedoya al momento de su traslado de Régimen Pensional, el fondo privado "PORVENIR S.A", nunca el explico, los eventuales perjuicios o desventajas que podía tener, en permanecer o de trasladarse de régimen Pensional.

Se requería al momento de la afiliación INICIAL de mi representada por parte de la AFP "PORVENIR S.A" una información completa, objetiva, transparente, veraz que se el dijeran las características, las consecuencias, las desventajas de su traslado, y no lo efectuó el Fondo Privado, deber ineludible, teniendo en cuenta que son dos regímenes excluyentes, con requisitos diferentes e insalvables Como una excepción jurisprudencial la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, en aplicación de los principios propios del derecho a la seguridad social, que de cara a estos derechos fundamentales de una garantía necesaria; cuando se discute esa BUENA O MALA INFORMACIÓN por parte del FONDO ACCIONADO, la Corte Suprema de Justicia invirtió la carga de la prueba, que quien debía demostrar el DEBER INFORMACIÓN era el Fondo privado; en este caso "PORVENIR S.A" y no lo demostró en el debate probatorio.

Por lo anterior solicito señores Magistrados en forma respetuosa, SE CONFIRME en su totalidad el fallo condenatorio de primera Instancia.

#### **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 SKANDIA S.A., se consultará la sentencia en favor de COLPENSIONES por haberle resultado adversa, por lo que, la legalidad del fallo será estudiada en su integridad.

Primeramente, es necesario manifestar que el traslado o afiliación a los distintos regímenes pensionales la establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, disponiéndose además en los Arts. 60 y 114 de esta ley, como en los arts. 10, 12 y 15 del Decreto 720 de 1994 vigente para la época del traslado del demandante, que el

traslado de régimen pensional debe partir de la cabal y completa asesoría que lleve a un asegurado a tomar una decisión responsable e informada, asesoría que ha de entenderse pedagógica, es decir, realmente entendible para cada persona conforme a su grado de cultura y su situación particular, pues los casos no presentan las mismas características o condiciones.

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

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

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

derecho a la transición del art. 36 de la ley 100 de 1993, sino en todos los casos de incumplimiento del deber de información.

En el presente asunto, está probado, que el accionante, estando afiliado al régimen pensional de prima media administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, según historia laboral que reposa a folios 14 a 18 del expediente (Documento 13 del expediente digital), se afilió a la administradora del RAIS PORVENIR S.A. el 18 de septiembre del 1997, como se advierte del formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 84 del expediente (Documento 10 del expediente digital), con efectividad del 1º de noviembre de 1997, como se observa en el certificado SIAFP que milita a folio 82 del plenario (Documento 10 del expediente digital).

De otra parte, si bien el demandante no es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues no contaba para el 1º de abril de 1994 con 35 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la AFP PORVENIR S.A. en el año 1997 estuviera en la obligación de suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; sobre todo **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué dependería su monto en el RAIS.**

Sobre el deber de información antes citado, en el interrogatorio de parte que fue absuelto por el demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:27:27 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento, no confiesa que la AFP PORVENIR S.A. le hubiere brindado toda la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su afiliación al RAIS, pues no manifiesta que se le haya ilustrado sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como lo son las características de uno y otro régimen pensional, los requisitos para acceder a las prestaciones económicas en cada uno de ellos, 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, 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 PORVENIR 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 el a

*quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por la demandante en el año 1997 cuando se trasladó del RPM administrado por el extinto ISS a la AFP PORVENIR S.A..

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES, la orden impartida por el *a quo*, de reintegrar todos los valores que haya recibido con motivo del traslado o vinculación de la demandante, se encuentra acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia, por cuanto COLFONDOS S.A., debe devolver a COLPENSIONES la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro pensional de la actora, es decir las cotizaciones allí depositadas con sus rendimientos o intereses, así como los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín 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, 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 las AFP demandadas como cotización del 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.

Así mismo PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. deberán reintegrar 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 porcentaje de la cotización que no fue consignado en la cuenta de ahorro pensional del actor.

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. ”*

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

Ahora, respecto de los argumentos de las apelaciones de PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. que la indexación no es procedente, por cuanto los dineros que fueron trasladados están indexados ya que no se trasladó únicamente los aportes que el señor William Andrés Echavarría efectuó, sino que, estos estuvieron acompañados de los rendimientos financieros que a efectos prácticos hacen las veces de indexación, no les asiste razón, por cuanto la indexación ordenada no es respecto del porcentaje de las

cotizaciones que fue abonada a la cuenta de ahorro pensional de la demandante, sino de los gastos o cuotas de administración, incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, rubros que no generaron los rendimientos o intereses, pues fueron apropiados por las AFP o gastados para los pagos de las primas.

En lo que tiene que ver con la apelación de SKANDIA S.A. referente a la negación de las pretensiones en contra de la llamada en garantía MAPFRE S.A., pretende SKANDIA S.A. MAPFRE S.A. efectúe la devolución de las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes que presuntamente habría pagado para cubrir los referidos riesgos en favor del demandante,

El argumento de SKANDIA S.A. que al declararse la ineficacia se pierde el interés asegurable elemento esencialmente en el contrato de seguros, conforme al artículo 1137 del C. de Comercio, no es de recibo por la Sala que, pues contrario a lo manifestado por la apoderada de SKANDIA S.A. la declaratoria de ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, no genera como consecuencia la nulidad o ineficacia del contrato colectivo de seguro previsional suscrito en su momento entre SKANDIA S.A. y MAPFRE S.A., ya que esta última, tuvo la carga durante el término del amparo de los riesgos asegurados en favor de la afiliada, y en ese orden de ideas al ser MAPFRE S.A. un tercero de buena fe ajeno a la relación de la demandante con SKANDIA S.A., por lo que MAPFRE S.A. no está llamada a responder por las primas de seguros previsionales que debe restituir SKANDIA S.A.

En conclusión, MAPFRE S.A. como aseguradora previsional es un tercero de buena fe que cumplió con su obligación contractual de mantener asegurada a la demandante frente a los riesgos de invalidez y muerte durante el periodo de vigencia de la póliza, que no puede verse afectada por la omisión en el cumplimiento del deber de información en la que incurrió la AFP OLD MUTUAL S.A. hoy SKANDIA S.A., siendo entonces esta AFP quien debe sufragar de su propio patrimonio las sumas que deba devolver a Colpensiones por concepto de las primas del seguro previsional de invalidez y de sobrevivencia.

Y es que, de haberse producido el siniestro de muerte o invalidez, antes de la declaratoria de ineficacia del traslado de la demandante la RAIS, el amparo del seguro, habría operado y por ello al existir una condición especial de la presencia del derecho a la pensión, a juicio de la Sala, no sería procedente la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional, como lo ha sentido en sentencia de unificación por la Sala Especializada Laboral de este Tribunal el 14 de agosto del año 2019, en el



proceso con radicado 05001-31-05-007-2015-01295-01, Magistrado ponente ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA, y la CSJ en la Sentencia SL 373 de 2021, para el caso de que ya existe la pensión de vejez otorgada en el RAIS, y por ello durante el contrato de seguro estuvo vigente el amparo, es decir el interés asegurable surtiendo todos sus efectos.

Por las razones antes expuestas se confirmará la decisión de primera instancia en cuanto negó las pretensiones del llamamiento en garantía.

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 en los términos anteriormente expuestos.

COSTAS en esta instancia a favor del demandante y cargo de PORVENIR S.A. y SKANDIA 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, de la que responden estas AFP en partes iguales.

COSTAS en esta instancia a favor de MAPFRE S.A. y a cargo de SKANDIA S.A. por haber sido vencidas en el recurso de apelación, sobre el tema del llamamiento en garantía. Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$1.160.000.

## **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 28 de noviembre de 2022 proferida por el JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **WILLIAM ANDRÉS ECHAVARRÍA BEDOYA** contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A, COLFONDOS S.A y SKANDIA S.A.**

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a favor del actor y a cargo de PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. como agencias en derecho se fija la suma de \$1.160.000 de la que responden estas AFP en partes iguales.

COSTAS en esta instancia a favor de MAPFRE S.A. y a cargo de SKANDIA S.A. Las agencias en derecho, las estima el ponente en 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

Código de verificación: **bfcf7bdaaac87c95fd621606edffe3c8437e03d905166ba3a1a8459a79e291c8**  
Documento generado en 31/08/2023 02:18:28 PM

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