

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El veintisiete (27) de octubre 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 **OLGA TOBÓN CADAVID** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.), tramitado bajo el radicado No. **05001-31-05-017-2022-00503-01**.

AUTO

En atención al certificado de existencia y representación legal de la sociedad TOUS ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S la cual representa los intereses de PORVENIR S.A. (ver escritura pública 1326 de 2022 archivo 06ContestaciónDemandaPorvenir) allegado junto con los alegatos de conclusión, se le reconoce personería al abogado SEBASTIÁN RAMÍREZ VALLEJO portador de la T.P. 316.031 del C. S. de la J. para que represente a PORVENIR S.A. en esta segunda instancia.

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, se declare la ineficacia del traslado al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) efectuado a través de la AFP PORVENIR S.A., ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida (en adelante RPM) administrado por COLPENSIONES, con el consecuente traslado de todos los aportes.

La actora además, solicitó dentro de las pretensiones del libelo, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES, con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sin embargo, tales pedimentos fueron excluidos del proceso al llevarse a cabo la audiencia del artículo 77 del CPT y la SS en la etapa de saneamiento.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata la actora que nació el día 22 de marzo de 1960, y estando afiliada al RPM antes de 1994, fue trasladada al RAIS administrado por la AFP PORVENIR S.A.

Refiere que PORVENIR S.A., no le brindó una asesoría clara, comprensible, completa acerca del tema pensional toda vez que no le explicaron ni le brindaron información respecto las características del régimen de ahorro individual ni las diferencias respecto al régimen de prima media con prestación definida, esto es, no lo dieron a conocer las diferencias de los regímenes, no le explicaron ni le informaron las modalidades de pensiones que tiene el RAIS, como tampoco le explicaron ni le informaron que la pensión estaba supeditada al capital acumulado y los rendimientos, tampoco le explicaron ni le informaron las consecuencias si no acumulaba el Capital mínimo, no le explicaron ni le informaron que la edad de los beneficiarios incide en el reconocimiento de la prestación; PORVENIR no le explicó ni le informó la importancia del RETRACTO ni de manera verbal ni escrita.

Señala que PORVENIR S.A. no le brindó una reasesoría, ni le informó que podía regresar al RPM en el año de gracia consagrado por el legislador ni tampoco antes de cumplir los 47 años de edad, faltando así, en el acto del traslado a todos los elementos esenciales para que produzca efectos jurídicos.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La *a quo* despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, y en consecuencia condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los recursos de la cuenta de ahorro individual de la actora, incluyendo para el efecto el capital, sus rendimientos, los gastos de administración, las cuotas de los seguros previsionales y los recursos del fondo de garantía de pensión mínima. En cuanto a COLPENSIONES, le ordenó recibir los anteriores dineros, reflejarlos en la historia laboral y activar la afiliación de la demandante al RPM. Declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por

las demandadas, y condenó en costas a PORVENIR S.A., fijando las agencias en derecho en la suma de \$2.000.000

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, sin que sea suficiente un simple formato pre impreso el cual demuestra la afiliación, mas no el deber de información.

Indica que en el proceso no se probó por parte de la AFP PORVENIR S.A., que, al momento de la afiliación del demandante, haya cumplido con el deber de información, ni existió. Asimismo, señaló que no hubo confesión por parte de la demandante sobre el particular, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:

La sentencia fue apelada por la apoderada de PORVENIR S.A., manifestando que la condena de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración y los rendimientos financieros, desconoce lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil, ya que en virtud del principio de las restituciones mutuas, debe entenderse que aunque se declare la ineficacia o la nulidad de la afiliación de la demandante al RAIS, y se haga la ficción de que nunca existió tal acto jurídico, no es procedente que se ordene el traslado de los descontado por comisión de administración toda vez que se trata de un descuento autorizado por la ley como contraprestación a la buena gestión de la administración de los dineros que la demandante ha depositado en su cuenta de ahorro individual, que fue precisamente lo que hizo rentar tal capital.

Indica que la orden impartida a PORVENIR de trasladar a COLPENSIONES los aportes en pensión de la demandante, los rendimientos y adicionalmente lo descontado por comisión de administración, constituye un enriquecimiento sin causa, a favor de COLPENSIONES y en detrimento del patrimonio de PORVENIR.

Señala que las cosas no vuelven al estado que estaban antes del traslado, pues antes del traslado, los aportes de la demandante no generaban rendimientos, y después que

de vinculó al RAIS, esos aportes generaron rendimientos los cuales son una característica propia del RAIS y no del RPM.

Expone que en el momento que un afiliado no reúne los requisitos para pensionarse en los fondos que administra el RAIS, se devuelven los aportes más los rendimientos, lo cuales constituyen aproximadamente el 74% del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del afiliado. Pero en el caso del RPM únicamente se paga una indemnización sustitutiva que no es más que la devolución de los aportes sin ningún tipo de rendimiento, por lo que no es de recibo la condena.

Alega que ordenar a PORVENIR devolver los aportes a solidaridad pensional y primas de seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propios recursos, es castigar a la AFP por cumplir con lo ordenado en la ley vigente, ya que cobró esas sumas de dinero por una orden legal y no a su arbitrio, dineros que hoy no se encuentran en sus arcas, ya que cada una de esas sumas descontadas por aportes a solidaridad pensional y primas de seguros previsionales fueron remitidas a sus destinatarios.

Tampoco es de recibo la condena en costas ya que PORVENIR actuó de buena fe y ajustada a la ley vigente para la época del traslado, habiéndose decretado la ineficacia debido a una línea jurisprudencial de la CSJ, sin que PORVENIR pudiese evitar la demanda, ya que por prohibición legal no podía ordenar el traslado de la demandante hacia el RPM.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados judiciales de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., presentaron oportunamente alegatos, anotando resumidamente lo siguiente:

ALEGATOS DE PORVENIR S.A.

Quedó plenamente probado dentro del proceso, que PORVENIR cumplió a cabalidad con el deber de asesoría e información según la normatividad vigente para la fecha en la cual la señora Olga Tobón Cadavid se trasladó de régimen.

En efecto, está probado que dicha AFP le explicó a la demandante, las características propias del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sus diferencias frente al

Régimen de Prima Media con Prestación Definida y las consecuencias derivadas del traslado de régimen con base en la normatividad vigente para tal fecha. Con base en dicha información, la Demandante de forma libre, espontánea y sin presiones, tomó la decisión de vincularse al RAIS.

En el evento en el cual el Tribunal llegare a confirmar la nulidad o ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, solicitamos que, con base en lo dispuesto en el artículo 1746 del C.C., se revoque la condena consistente en trasladar la totalidad de los rendimientos financieros, los descuentos al Fondo de Pensión de Garantía Mínima, los gastos de administración y comisiones, debido a que dicha condena desconoce el hecho de que **existen prestaciones que por su naturaleza no pueden retrotraerse y que constituyen un límite o excepción a los efectos retroactivos de la declaratoria de ineficacia.**

Como la consecuencia lógica de la declaratoria de ineficacia, es crear la ficción jurídica de que la parte actora nunca estuvo afiliada en el régimen de ahorro individual y en su lugar, se considera que la misma siempre estuvo vinculada en RPM, se puede compartir la idea de que todos los aportes realizados por el afiliado, deban ser trasladados a COLPENSIONES, **sin embargo no debe pasar lo mismo en relación con los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, pues si la consecuencia de la declaratoria de ineficacia es que aquella nunca estuvo afiliada al RAIS, los rendimientos que debería girar la AFP serían los rendimientos que dichos aportes hubieran generado en el RPM; esto es, los rendimientos del RISS.**

Sin embargo, en caso de que el Tribunal no se encuentre de acuerdo con lo anterior y confirmare la condena de trasladar la totalidad de los rendimientos financieros generados en el RAIS, debe modificar la sentencia en el sentido de autorizar a PORVENIR a descontar de tal concepto, las restituciones mutuas a que haya lugar, pues sin importar la causa que haya dado origen a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación al RAIS, se debe reconocer a PORVENIR las expensas de los gastos que la misma realizó en favor de la demandante, en procura de generar dichos rendimientos, bien sea i) descontando el 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 la parte actora estuvo vinculada a PORVENIR o bien ii) pagando el valor que corresponda al costo de tener una persona afiliada a la AFP y generar los rendimientos obtenidos.

En cuanto a los descuentos realizados destinados a pagar las primas de los seguros previsionales, al igual que los descuentos destinados al Fondo de Pensión de Garantía Mínima, no hay lugar a que se ordene trasladar dichos montos a COLPENSIONES por cuanto el pago de dichos conceptos se ha realizado mensualmente a una aseguradora y al mencionado Fondo, por mandato legal, para que en caso de que exista un siniestro de invalidez, sobrevivencia o vejez, proceda con el pago de la suma adicional necesaria para financiar las pensiones por dichos conceptos.

Así las cosas, PORVENIR está imposibilitada para recobrar dicho pago a las correspondientes aseguradoras, y por consiguiente, en caso de que se ordene trasladarlo a COLPENSIONES, tendría que asumirlo con cargo a su propio patrimonio, lo cual constituiría un enriquecimiento sin justa causa en favor de COLPENSIONES, en detrimento del patrimonio de PORVENIR.

En cuanto a la condena en costas estamos en total desacuerdo, ya que PORVENIR, actuó con base en la normatividad vigente al momento en que la demandante se trasladó de régimen. La facultad y competencia para declarar la ineficacia de un traslado recae, de forma exclusiva, en la Justicia Ordinaria.

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

Sea lo primero solicitarles analizar nuevamente lo referente a 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.

Ahora bien, la ineficacia invocada recae sobre un presunto error al que la parte actora fue inducida en razón a su desconocimiento, para lo cual se solicita al despacho tener de presente que el error, fuerza y dolo, es decir, los vicios del consentimiento deben ser probados, no simplemente referenciarse que los mismos se presentaron. En el caso en concreto el engaño invocado no se encuentra válidamente acreditado, ni con el soporte probatorio documental ni con los testimonios brindados, por lo que la ineficacia de traslado invocada carece de viabilidad, la mera afirmación de la parte actora de lo que aconteció hace tantos años al momento de su traslado al Régimen de ahorro individual, no puede ser tomado como cierto absolutamente ya que como se dijo han pasado muchos años y se desconoce qué fue lo que realmente aconteció, las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ese traslado y más aún que no se cuenta con la presencia del respectivo asesor del fondo privado, tomar una decisión en dicha magnitud resulta incluso arbitrario y contravía principios legales y constitucionales

como la seguridad jurídica y el debido proceso, está establecido como regla general en derecho que la buena fe se presume y la mala fe se prueba y en el caso en concreto no quedo probada mala fe por ninguna de las partes, pero la buena fe solo se le reconoce a la parte actora existiendo claramente un vacío en la decisión adoptada por el Juzgado en primera instancia.

La parte actora es una persona plenamente capaz según el artículo 1503 del código civil, ya que en el plenario no se acreditó lo contrario, que la misma bajo sus facultades de forma libre y espontánea suscribió una afiliación considerando que sería más favorable pensionarse con el fondo privado y posteriormente al enterarse de que había perdido beneficios procede a reclamar unos derechos como se indicó anteriormente bajo una modalidad judicial creada por nuestro legislador para las personas verdaderamente perjudicadas.

Es importante resaltar en este punto, que el desconocimiento de la ley en Colombia no excluye de responsabilidad y no se logró probar que hubiese un engaño o coerción por parte de los asesores del fondo privado y por el contrario existe un gran vacío al respecto. Así pues, el error alegado y aceptado por el Juez Quinto Laboral claramente se desvirtúa, no existe prueba que permita tener como cierto lo afirmado en la demanda.

Ahora bien, si esta honorable corporación considera procedente la teoría de la ineficacia concedida por el a quo, se solicita se ordene al fondo privado la devolución de aportes, rendimientos, gastos de administración y cualquier otro rubro recibido en razón a la afiliación que se está declarando ineficaz, lo anterior a raíz de que si el afiliado no va a hacer uso del fondo, es claro que no tiene que quedarse el mismo con ningún monto máxime teniendo presente que el traslado efectuado se declaró ineficaz por lo que los efectos surtidos quedan sin valor alguno.

Así las cosas, se solicita en primer lugar revocar la sentencia de primera instancia declarando prosperas las excepciones presentadas por la entidad que represento. De forma subsidiaria se solicita en el caso de prosperar la ineficacia, se ordene la devolución de todos los rubros percibidos por el fondo privado sin importar el concepto a que se refieran en razón a las cotizaciones efectuadas por la parte actora, incluyendo con ellas la devolución de los gastos de administración, así como todo lo descontado por pólizas previsionales debidamente indexado.

5. PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER:

El problema jurídico para resolver se circunscribe a establecer si la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es ineficaz y de serlo, en qué términos y condiciones se debe realizar el traslado a COLPENSIONES del importe de las cotizaciones efectuadas en el RAIS por el demandante.

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

6. CONSIDERACIONES:

De conformidad con lo dispuesto el art. 14 de la Ley 1149 de 2007 además de resolverse la apelación de PORVENIR S.A., 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 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 del traslado de régimen pensional, las que se resumen de la siguiente manera:

1. Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. primeramente, con un deber de información necesaria (en vigencia del decreto 663 de 1993), luego de asesoría y buen consejo (en vigencia de la Ley 1328 de 2009 y el decreto 2241 de 2010), y finalmente de doble asesoría (en vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015)
2. La simple constancia del consentimiento informado vertido en el formulario de afiliación, es insuficiente para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acredita un consentimiento, pero no que haya sido informado.
3. La carga de la prueba de demostrar que el afiliado recibió la información debida, veraz y suficiente cuando se afilió, le corresponde a la AFP.
4. El precedente de la CSJ en torno a la ineficacia del traslado no aplica sólo a los casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional, o contar con una expectativa pensional o derecho a la transición del art. 36 de la ley 100 de 1993, sino en todos los casos de incumplimiento del deber de información.

En el presente asunto, está probado, que la accionante, estando afiliada al régimen pensional de prima media administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, cómo se prueba con la historia laboral (folios 32 a 40 archivo 08ContestacionDemandaColpensiones), se trasladó al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A. el 20 de junio de 2001, conforme se extrae del respectivo formulario de afiliación (folio 57 archivo 06ContestacionDemandaPorvenir) con efectividad al 1° de agosto de ese mismo año como se anota del certificado del SIAFP (folio 95 archivo 06ContestacionDemandaPorvenir).

De otra parte, en este caso, si bien la demandante no era beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en razón del tiempo de servicios, pues no tenía 15 años laborados al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 se observa en la historia laboral de la actora, que para dicha calenda cotizaba a través

del Municipio de Envigado, y como quiera que para los empleados públicos del sector territorial el Sistema General de Pensiones entró regir a más tardar el 30 de junio de 1995, esto la hizo beneficiaria del régimen de transición en razón de la edad, ya que para dicha fecha tenía cumplidos los 35 años de edad, al haber nacido el 22 de marzo de 1960 conforme se extrae de la copia de la cédula de ciudadanía (folio 30 archivo 01DemandaUnificada), hecho que acentúa aún más, el que la obligación que tenía AFP PORVENIR S.A. en el año 2001 de suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; sobre todo que con su traslado al RAIS, perdería los beneficios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y detallándole **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué dependería su monto en el RAIS.**

Sobre el deber de información antes citado, escuchado el interrogatorio de parte que fue absuelto por la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:30:00 del video de la audiencia de conciliación y trámite (archivo 16 del expediente digital), no se advierte que, esta haya confesado que al momento de su traslado de régimen se le ilustró 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, como bien lo sostuvo la Juez de primera instancia, 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 se confirmará la decisión de la *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por el demandante en el año 1994 cuando se trasladó del RPM administrado por el extinto ISS a la AFP PORVENIR S.A.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES, encuentra la Sala que, la orden impartida por la *a quo*, en principio se encuentra acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia, sin embargo no existe la

debida precisión de los dineros a transferir, pues la juez no hizo mención a la devolución del porcentaje del reaseguro de Fogafín durante el tiempo que legalmente se haya descontado de la cotización, por lo que se precisa en esta instancia, que PORVENIR S.A., debe devolver a Colpensiones la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro pensional de la actora, es decir las cotizaciones allí depositadas con sus rendimientos o intereses, así como los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole, pues, al declararse la ineficacia del acto de traslado, **ningún efecto jurídico puede derivarse de este**, como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019; razones por las cuales no le asiste razón a la apoderada de PORVENIR S.A. en la apelación, que se reitera en los alegatos, al oponerse a la devolución de los gastos de administración, las cuotas de los seguros previsionales y los recursos del fondo de garantía de pensión mínima.

No obstante lo anterior, en lo referente al porcentaje de la cotización descontada para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, no desconoce la Sala, que tal porcentaje del aporte pensional, por mandato legal, lo manejan los Fondos de Pensiones, en una cuenta especial, la que se afecta solo con el consentimiento del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al autorizar o aprobar la garantía de pensión mínima en un caso concreto que se requiera al causarse una pensión de vejez en las condiciones del Art. 65 de la Ley 100 de 1993, por lo que a juicio de la Sala, PORVENIR S.A., podrá gestiona y obtiene autorización del citado Ministerio para que el porcentaje de las cotizaciones de la actora que fue destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, le sea restituido de dicho fondo si a él fue consignado, y en caso que no se autorice, podrá PORVENIR S.A., acudir a la justicia para que esta defina lo pertinente. En todo caso PORVENIR S.A. queda obligada a trasladar a COLPENSIONES, las cotizaciones y sus intereses en la forma como fue indicada anteriormente.

Lo anterior tiene su sustento en que, al declararse la ineficacia ya referida, como enseguida se explicará, las cosas vuelven a su estado anterior, y por ello, no se generan algunas obligaciones que solo originan ante la pertenencia al RAIS, como el bono pensional tipo A, y a obligación de contribuir al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, que solo aplica a los afiliados al RAIS.

Ahora, no ocurre lo mismo con, el porcentaje utilizado para el pago de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, pues respecto de este existe un tercero de

buen fe, es decir una asegurada, 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 PORVENIR 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.

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

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

En lo concerniente a la solicitud de la apoderada de COLPENSIONES en los alegatos de esta instancia, en el sentido que de prosperar la ineficacia, se ordene la devolución de todos los rubros, incluyendo los gastos de administración y lo descontado por pólizas provisionales debidamente indexado, esta Sala considera que es procedente, por cuanto este porcentaje de las cotizaciones no fue abonadas a la cuenta de ahorro pensional de la demandante, por lo que no devengaron los rendimientos o intereses

pues fueron apropiados por las AFP o gastados para los pagos de las primas, y por ello debe ser devuelto indexado, por lo que así se decidirá en esta instancia.

Al respecto la jurisprudencia de la CSJ de la que se citan las sentencias SL1688 de 2019 SL 2932 de 2020, SL 3202, 3571, 3706, 3707, 3708, 3709 y 3769 de 2021, la CSJ ha ordenó que las cuotas de administración fueran devueltas indexadas.

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.

Finalmente, frente al punto de apelación de PORVENIR S.A. en el sentido de que se revoque la condena en costas por haber actuado de buena fe y ajustada a la ley vigente para la época del traslado sin que pudiese la AFP, según la recurrente, ordenar el traslado de la demandante por prohibición legal, debe indicarse que la condena en costas, en atención a lo regulado en el artículo 365 del CGP, no puede fungir como acto de sanción o de reproche sobre actos que haya ejercido alguna de las partes, sino que ello constituye una cuestión de carácter meramente procesal, lo que hace procedente la condena en costas a PORVENIR S.A.

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

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. por haber sido vencida 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.

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 11 de julio de 2023 proferida por el JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **OLGA TOBÓN CADAVID** contra **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, PRECISANDO que la devolución que debe realizar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES, deberá incluir la totalidad de los aportes pensionales o cotizaciones que recibió con motivo de la afiliación de la actor, 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.

La restitución en la forma ordenada anteriormente está en su totalidad a cargo de PORVENIR S.A., sin perjuicio, que, pueda gestionar autorización del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que el porcentaje de las cotizaciones de actora que fue destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, le sea restituido de dicho fondo si a él fue consignado, y en caso que no se autorice, podrá PORVENIR S.A., acudir a la justicia para que esta defina lo pertinente.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia 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: **934e81dd3c51f3ec81c3c3b7dfe257eba480476eaa2c12e321ac0470d9f5541f**

Documento generado en 27/10/2023 03:17:48 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>