

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El veintinueve (29) de septiembre 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 **MERY DEL SOCORRO CASTRO DE MORALES** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y las sociedades **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.), **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.) y **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS** (en adelante SKANDIA S.A.), tramitado bajo el radicado No. **05001-31-05-003-2018-00219-01**.

El Magistrado del conocimiento, Dr. FRANCISCO ARANGO TORRES, declaró abierto el acto y previa deliberación sobre el asunto, la Sala adoptó el proyecto presentado por el ponente, el cual quedó concebido en los siguientes términos:

1. ANTECEDENTES:

La demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare la nulidad, ineficacia o inexistencia 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, por no habersele brindado la información y asesoría clara, necesaria y suficiente para tomar esta decisión.

Igualmente solicita, que se condene a Colpensiones a reconocerle y pagarle pensión de vejez, e indexación.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata la actora que nació el 11 de abril de 1957, e inició sus cotizaciones en el sistema general de pensiones en el RPM

administrado por el ISS el 17 agosto de 1983, y posteriormente se trasladó al RAIS el 31 de octubre de 1996.

Expone que el asesor comercial de la AFP al momento del traslado la abordó y sin brindarle explicación de su situación pensional, ni hacerle énfasis o claridad sobre el régimen de transición del cual es beneficiaria, ni darle a conocer las desventajas del traslado de régimen pensional, le realizó la afiliación a dicho fondo, pues solo le explicaron las supuestas ventajas del fondo privado, más no las desventajas ni consecuencias de su traslado.

Indica que solicitó a SKANDIA S.A. la nulidad de su afiliación al RAIS y el pago de indemnización de perjuicios, e igualmente, solicitó a COLPENSIONES la nulidad de su afiliación al RAIS, y que como consecuencia de ello reconociera y pagará la pensión de vejez, respondiendo estas entidades de forma negativa.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El *a quo* despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia por inaplicación constitucional del acto jurídico a través del cual la demandante se trasladó del RPM al RAIS, declarando que las AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. faltaron a su obligación de dar información clara, veraz y oportuna a la demandante, y que dicha falta de información le causó un daño grave a la demandante en su acceso real y efectivo a la seguridad social, siendo entonces dichas AFP, responder por del daño causado a la demandante.

Seguidamente el juez, declaró que la demandante tiene derecho a la pensión de vejez de conformidad con los parámetros del régimen de transición pensional, aplicando las disposiciones del Decreto 758 de 1990, en consecuencia, condenó a SKANDIA S.A. a reconocer, y pagar la pensión de vejez, bajo las condiciones del RPM y con el régimen de transición, a partir del 1 de mayo del 2023 en la suma de \$1'823.945,53, ordenando a su vez pagar a título de retroactivo pensional la suma de \$16'970.174,99 desde el 01 de agosto del 2022 hasta el 30 de abril de 2023, suma que se debe indexar hasta la fecha en que se efectuó el pago a la demandante.

Igualmente ordenó a SKANDIA S.A. que en la fecha en que empiece a pagar la pensión de vejez a la demandante bajo el RPM, solicite por escrito a COLPENSIONES la elaboración del cálculo actuarial con miras a la subrogación pensional, el cual deberá liquidar COLPENSIONES e informar su valor a SKANDIA S.A. dentro de los dos meses

siguientes a la solicitud, debiendo ser cancelado dicho cálculo por SKANDIA S.A., y a partir del momento en que se pague dicho calculo actuarial COLPENSIONES asumirá el pago de la prestación.

Autorizó a SKANDIA S.A. para que dentro del mes siguiente a la fecha en que pague real y efectivamente el valor del cálculo actuarial pensional, recobre por escrito de PORVENIR S.A. el 14%, y PROTECCIÓN S.A. el 6% del valor de dicho cálculo actuarial, ordenando a dichas entidades que dentro del mes siguiente a la fecha en que se realice el recobró por parte de SKANDIA S.A. procedan al pago de este valor, autorizando a SKANDIA S.A. a enjuagar parte del valor del cálculo actuarial pensional ordenado a pagar a COLPENSIONES, tomando para sí, los ahorros pensionales de la demandante, rendimientos financieros, bono pensional y cualquier otra suma de dinero adicional de la cuenta de ahorros de la demandante.

Declaró que COLPENSIONES es un tercero en el acto jurídico de traslado del RPM al RAIS y en consecuencia absolvió a dicha entidad de todas las pretensiones incoadas por la parte demandante, sin perjuicio de las órdenes que se le dieron.

Finalmente declaró no prosperas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a la AFP SKANDIA S.A. a favor de la demandante, autorizándole recobrar a cargo de PROTECCIÓN S.A. el 6%, y a cargo de PORVENIR S.A. el 14%

Para fulminar la condena el *a quo* argumentó que la ineficacia de los actos jurídicos en Colombia debe ser declarada cuando una autoridad observa que ha sido violentado un derecho social fundamental. Que cuando la ineficacia de un acto jurídico o la nulidad de ella es declarada por traer efectos adversos a una de las partes, se entra a una institución propia del derecho denominada el principio de relatividad de los actos jurídicos que benefician o perjudican a los que han participado en él, no a los terceros.

Arguye que COLPENSIONES es un tercero absoluto frente al acto jurídico de traslado, porque ni la constitución, ni la ley le obliga a estar atento a ese acto jurídico y, por lo tanto, las consecuencias negativas de la ineficacia del traslado no tienen por qué recaer en esta entidad y obligarle a reconocer una pensión pues habría un detrimento patrimonial al Estado.

Luego adujo que, las actividades que realizan las administradoras de fondos de pensiones con carácter mercantil financiera, realizan una actividad fiduciaria y que está definido por la jurisprudencia de décadas atrás que en ese contrato no hay una obligación de resultado, pero si ha exigido la ley y la jurisprudencia una obligación de

medio que es la de cabal diligencia y asesoría a la persona que realiza el contrato de fiducia. La doctrina lo denomina como la obligación de diligencia debida o de buen consejo y por lo tanto, cuando las administradoras de fondos de pensiones no dan información clara, veraz y oportuna al momento del traslado y a lo largo del proceso, conforme al artículo 10 del Decreto 720 de 1994 son responsables directamente por los perjuicios, por los daños, por el menoscabo al acceso a la seguridad social en pensiones que traiga el beneficiario, mas no a trasladar los dineros de la cuenta de ahorro individual sino a emitir un título pensional, y si la persona ya ha cumplido la edad obligar a la AFP a pagar la pensión como si fuera del RPM, mediante un cálculo actuarial pensional.

Finalmente concluyó el juez, que no encuentra prueba alguna de que los fondos privados demandados hubieren entregado a la actora una información clara, veraz y oportuna al momento del traslado, y si bien en el proceso se encuentran formularios de afiliación, estos son preformatos que contienen una leyenda interior que no demuestran que se ha hecho el traslado de manera libre y voluntaria, por lo que declaró la ineficacia de la afiliación, pero indicó que la consecuencia de esta ineficacia no es la afiliación al RPM porque ya está prohibida al faltarle a la demandante menos de 10 años para pensionarse, por lo tanto la pensión de vejez estará a cargo del fondo privado.

3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN:

La sentencia fue apelada por los apoderados de SKANDIA S.A., PORVENIR S.A, PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES.

APELACIÓN SKANDIA S.A.

La apoderada de SKANDIA S.A. apela la sentencia de primera instancia, argumentando que, hay un exceso de las facultades extra y ultrapetita que le confiere la ley al juez, por cuanto ordenar a SKANDIA S.A. pagar a la demandante la pensión de vejez bajo los parámetros del RPM, y de acuerdo a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, con los parámetros del régimen de transición, desborda los límites constitucionales y legales que se le han otorgado al juez, toda vez que el ordenamiento jurídico dispone que los afiliados se pensionarán conforme a las normas y reglas del régimen al que pertenecen, por tanto si el deseo de la actora es pensionarse por vejez debe hacerlo bajo las reglas y parámetros establecidos en el RAIS, pues en este momento se encuentra válidamente afiliada a dicho régimen.

Expone que la decisión de primera instancia va en contra del principio de congruencia dado que las pretensiones de la demanda giran en torno a la declaración de la nulidad y el reconocimiento de la pensión de vejez, bajo el régimen de transición, pero a cargo de COLPENSIONES, siendo indispensable que el fallo guarde total coherencia o correspondencia con las pretensiones de la demanda. Además considera que la decisión del *a quo* devala una inseguridad jurídica no solo frente a la AFP que está haciendo condenada a reconocer la pensión, si no frente a todas aquellas que administran los recursos pensionales de sus afiliados, pues con este tipo de decisiones se está permitiendo dar paso a la posibilidad de imponerle una carga totalmente desproporcionada y ajena a las administradoras del RAIS, pues el sistema de financiación de las pensiones en cada régimen es diferente, lo que implicaría que la AFP condenada tenga que brindar un escenario totalmente desconocido al momento de estar cumplimiento a este tipo de fallos.

Indica que si la Sala considera dar prosperidad en cuanto a la fijación del litigio que realizó el *a quo*, relacionado con la declaratoria de la ineficacia del traslado, debe atenerse a la línea jurisprudencial de la CSJ que indica que la sanción que debe aplicarse a la falta de información es acudir a declarar la ineficacia del traslado y por ende atendiendo a lo solicitado en las pretensiones de la demanda por la señora Mery Socorro, ordenar a COLPENSIONES reconocer la prestación económica de pensión de vejez.

Aduce que en el escenario en el que procede el reconocimiento de perjuicios, por cuanto el juez en la parte motiva de las sentencias hace referencia de ello, citando las mismas sentencias que el fallador utiliza al indicar que para que procedan los perjuicios, estos deben ser ciertos no hipotéticos o eventuales, pues así lo ha señalado la Sala Civil de la CSJ en la sentencia con radicación 6879 del 29 de marzo del 2003, y en el presente proceso no se revela la existencia de un daño o perjuicio que cumpla con esa característica, adicionalmente dentro de las pretensiones de la demandan no se encuentra la del reconocimiento de perjuicios, ni estos se demostraron, luego en caso de que se entrará a discutir la procedencia o no de ellos, no se habría dado la oportunidad de ejercer contradicción alguna en el proceso, atentando así el derecho al debido proceso siendo los perjuicios y la determinación de la responsabilidad de la AFP respecto del reconocimiento de la prestación económica de vejez, objeto particular de un debate procesal totalmente diferente a este proceso.

En este sentido, si bien el juez laboral tiene derecho a utilizar esas facultades ultra y extrapetita, necesariamente los puntos de decisión tienen que haberse debatido en el

curso del proceso, lo que no ocurrió frente a este punto en específico, por lo que le solicita al Tribunal revocar la sentencia proferida en primera instancia, y se de prosperidad a las excepciones propuestas en la contestación de la demanda.

APELACIÓN PORVENIR S.A.

La apoderada de PORVENIR S.A. apela la sentencia, en cuanto al numeral primero que declara la responsabilidad de PORVENIR S.A., argumentando que existe una extralimitación de las competencias ultra y extrapetita del juez de instancia, por cuanto si bien fundamenta su análisis en que los fondos privados no acreditaron el deber de diligencia que debían tener al momento de la afiliación de la demandante, lo cierto es que no podría hablarse en el presente proceso de ningún menoscabo o de ningún perjuicio en tanto el mismo ni siquiera fue solicitado en la demanda, sin embargo, si ese fuera el caso de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional es a la demandante a quien le correspondía probar el perjuicio en caso de que lo hubiera alegado, pues en este proceso ni siquiera se acredita por parte de la demandante algún tipo de perjuicio que dé lugar a la declaratoria de la responsabilidad que fue declarada en la sentencia de primera instancia, por lo tanto al no haberse pedido en la demanda, y ni siquiera aportarse alguna prueba que acredite lo alegado por el juez de instancia, es claro que hubo un extralimitación de estas facultades.

Arguye que hubo un desconocimiento del ordenamiento jurídico vigente, y que al respecto hay diversos pronunciamientos del Tribunal Superior de Medellín en los cuales establecen que no puede obligarse a una AFP del RAIS a liquidar y reconocer una prestación económica de acuerdo con las reglas propias del RPM, porque de cierta forma eso implica desconocer toda la regulación en cuanto el legislador previamente ha diseñado dos regímenes pensionales con el fin de que sean totalmente excluyentes, con reglas diferentes para liquidar y reconocer prestaciones económicas, por lo tanto bajo ese entendido no podría obligarse a que en el presente caso los fondos privados sean los encargados de reconocer a la demandante una pensión acorde con el RPM pero que sigue inmersa en el RAIS, pues resulta un incongruente esta orden.

Manifiesta que en cuanto al deber de información, en el presente caso sí hubo una acreditación de los deberes que concernían a los fondos privados específicamente en el caso de PORVENIR S.A., ya que si bien PORVENIR S.A en su momento COLPATRIA no fue quien realizó el traslado primigenio, pues sí quedó probado que la demandante recibió una asesoría de carácter verbal, que firmó el formulario con plena

conciencia del acto jurídico que estaba celebrando y que también decidió durante todo este tiempo permanecer en los fondos privados, por lo que no podría hoy desconocerse esos actos jurídicos que se celebraron y que la demandante en su libertad decidió suscribir, adicionalmente indicó que no se analizó con mucha especificidad el interrogatorio de parte que rindió la demandante, que a su juicio fue totalmente vacías las preguntas que se hicieron, pues en este tipo de procesos no bastaría con que una persona con afirmaciones genéricas de que no se le brindó una información suficiente simplemente acuda a la jurisdicción para que se le retorne a un régimen del cual ya perdió la oportunidad de retornar; puesto que la demandante no fue totalmente congruente en sus respuestas y no podría decirse que por el hecho de que exista una inversión de la carga de la prueba se exima plenamente al afiliado o al demandante de siquiera un mínimo de acreditación de los espacios temporales o de las condiciones de tiempo, modo y lugar, porque ello de cierta forma están vulnerando el debido proceso que también la asiste a los fondos privados.

Por lo que solicita que se revoque la sentencia de primera instancia en los términos indicados, al igual que las costas procesales al considerar que no hay lugar a la misma, dado que PORVENIR S.A. ha obrado siempre de buena fe, acorde con el ordenamiento jurídico y respetando las mínimas garantías que le corresponden a los afiliados.

APELACIÓN PROTECCIÓN S.A.

La apoderada de PROTECCIÓN apela totalmente la sentencia, argumentando que respecto a la facultad extra y ultrapetita, si bien el Artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, le otorgan al juez estas facultades, esto no le permite decidir caprichosamente, sino con base en hechos probados y debatidos dentro del proceso, para evitar violar el debido proceso y el derecho a la defensa de las partes, pues así lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3614-2020, al indicar que respecto a las decisiones extrapetita, se requiere que: primero, que los hechos que originan la decisión hayan sido discutidos en el proceso, segundo que tales hechos estén debidamente acreditados. Y respecto a las decisiones ultrapetita se requiere que: primero, la súplica impetrada en el escrito inicial sea inferior a la estatuida en la norma laboral, segundo que del juicio no emerja que el mayor valor hubiese sido cancelado al trabajador acreedor, por tanto, en este orden de ideas, la indemnización de perjuicios ordenada por el *a quo*, no fue una situación presentada dentro de los hechos y pretensiones de la demanda, por ende, no se dio la oportunidad a PROTECCIÓN S.A. de debatirlos al descorrer el traslado, por lo que consideró que

el juez de primera instancia excedió las facultades que le otorga el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Arguye que la sentencia es inquisitiva, teniendo en cuenta que la valoración realizada por el juez es completamente desbordante, como quiera que el interrogatorio solo permite la confesión de parte, es decir, permite dar por probados hechos que desfavorezcan a la parte demandante, no hechos que le favorezcan, como lo dio por acreditado el despacho, en cuanto a la condena de perjuicios el precedente de la CSJ de justicia ha establecido la no inversión de la carga de la prueba, y en este sentido sería la parte demandante la encargada de demostrar la realización de perjuicios, pues en el proceso la parte demandante se vio completamente relevada de dicha carga, al no existir en el proceso documentos, pruebas o hechos siquiera alegados por la parte demandante, lo cual es una alerta de un proceso más de tipo inquisitivo que contradictorio, adicionalmente para que una pretensión indemnizatoria prospere es necesario que se cumplan los siguientes presupuestos; primero una conducta o hecho culposo imputable al demandado, segundo la demostración de un perjuicio y tercero el nexo de causalidad entra la conducta y el perjuicio invocado.

Indica que en el sistema de Seguridad Social particularmente en pensiones se diferencian 2 momentos, primero es aquel en el que el demandante toma la decisión de trasladarse de régimen pensional, y segundo creer que el demandante decidió optar por el reconocimiento de la mesada pensional, por lo tanto, el juez de instancia hace constituir un perjuicio reclamado a partir de una supuesta diferencia en las prestaciones que recibiría en uno y otro régimen el cual en el presente proceso no se demuestra, además él lo hace a partir del hecho de la afiliación, por lo cual si la jurisprudencia pide demostrar los 3 elementos de la responsabilidad para poder aplicar perjuicios, bastaría con que PROTECCIÓN S.A. hubiera desacreditado cualquiera de los 3 elementos que la componen para que no pudiera ser adaptada, y en este caso no se encuentra probado el nexo causal, como quiera que no fue precisamente la afiliación de la demandante a PROTECCIÓN S.A. sino el hecho de nunca regresará al RPM, así como también no se encuentra probado el daño causado, como quiera que el mismo se probó en el proceso por la fecha de afiliación que fue en 1995 y para esta época no existía un daño real contrario a lo plasmado en la sentencia.

Manifiesta que el daño cierto implica un conocimiento seguro y claro de la existencia del daño al momento de la conducta y por lo tanto al predicarse la conducta de la fecha de afiliación al RAIS en el año 1995, por lo que para esta fecha no existía un daño cierto, y por ende no se podía aplicar la consecuencia jurídica de los perjuicios.

Adicionalmente, si se tiene en cuenta que el perjuicio causado se predicó de la diferencia de las mesadas pensionales, es claro que tal diferencia, no es consecuencia de una conducta de PROTECCIÓN S.A., por el contrario, el monto de las mesadas pensionales es una situación legal que ha sido declarada exequible por la Corte Constitucional, por lo tanto, no es un acto que tenga su origen en PROTECCIÓN S.A., por lo que no sería probable la condena en perjuicios. Ahora bien si se analiza la naturaleza de esa condena, es económica y por lo tanto sería prescriptible, y estaría atada término trienal que establece el artículo 488 y 151 del CSTPTS, lo contrario, sería suponer que el daño no se estableció precisamente en la fecha de afiliación, entonces en tal sentido las pretensiones de la sentencia no contiene ni un nexo causal, ni un daño para el momento, sino que tendría que establecerse el daño desde el momento en el evento del reconocimiento pensional.

Expone que, respecto al detrimento de la administración pública, en la sentencia de primera instancia, el *a quo*, más que proteger a la parte demandante al reconocerle unos perjuicios, va dirigida a proteger a COLPENSIONES como representante de la administración pública, sin embargo, y es claro que las facultades extra y ultrapetita las tiene el juez respecto de la parte demandante y no de COLPENSIONES. Además, PROTECCIÓN S.A. se preparó para este juicio entendiendo que la parte demandante era la señora Mery, y no COLPENSIONES, por lo que se le violó completamente el derecho de defensa y al debido proceso.

Alega, que respecto a las pretensiones de la demanda, en el evento que se declare la ineficacia del traslado, en la misma no se debería ordenar el traslado de las cuotas de administración y los seguros previsionales, teniendo en cuenta la sentencia de unificación 313 del 2020, donde se estableció que las primas previsionales solo financian las prestaciones de invalidez y muerte, riesgos que no corrió la parte demandante en vigencia de la administración de PROTECCIÓN S.A., por lo que ordenar la devolución de estos recursos traería un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES, teniendo en cuenta que COLPENSIONES no puede proceder agotar algún tipo de financiamiento previsional o aseguramiento de unos riesgos que no se causaron, y pues si eventualmente fuera una fecha de estructuración retroactiva la sentencia de la Corte Constitucional SU 313 del 2020, estableció, que es la aseguradora vigente al momento de la fecha de siniestro, por lo que no hay ningún argumento financiero, ni político que permita el traslado de estos aportes, además se deben tener en cuenta los pronunciamiento del Tribunal que indica que no es procedente ordenar el regreso o el pago de Fogafín, pues a partir del artículo 99 de la Ley 100 de 1993 estableció que estos seguros surgían como cotizaciones propias de

la administradora que no descuentan de las cotizaciones obligatorias de la pensión, adicionalmente es un concepto que se encuentra derogado desde hace más de una década a partir de la Ley 1250 de 2011.

APELACIÓN COLPENSIONES.

La apoderada de COLPENSIONES apela la sentencia, argumentando que si bien se está absolviendo a esta entidad de las pretensiones de la demanda, la inconformidad radica en la orden concerniente a la elaboración de cálculo actuarial, toda vez que dicha situación no se encuentra cobijada dentro de las obligaciones de su representada cuando se declare una ineficacia del traslado, lo cual tampoco aplica en el presente caso porque lo que se dio fue una inaplicación constitucional de la pérdida del RPM al juez apartarse del presente jurisprudencial, y precisamente no aplicar la ineficacia del traslado, decisión que se comparte por parte de COLPENSIONES y que hace parte de los lineamientos de defensa de COLPENSIONES, en el sentido que no debe proceder la declaratoria de ineficacia por las razones que el juez motivo en la sentencia, por las afectaciones a la sostenibilidad financiera, por el cual se vienen dando las declaratorias de ineficacias del traslado masivo de afiliados a COLPENSIONES. Sin embargo, el hecho de la elaboración de un cálculo actuarial a fin de que COLPENSIONES subrogue unas prestaciones económicas de las cuales fue condenada la AFP privada, esta situación resulta ser de inconformidad, por lo que solicita al Tribunal evaluar la posibilidad de que no se ordene el reconocimiento de una mesa pensional como se indicó por el juez de primera instancia, debiéndose tener en cuenta que lo primero que debería hacer COLPENSIONES partiendo que se confirme la sentencia, es recibir los aportes a fin de validar que semanas son las que acredita la demandante, igual al momento de liquidar la prestación económica, pues indicar en el proceso que la mesada pensional se debe pagar en un valor determinado. No resulta ajustado en tanto COLPENSIONES no recibiera el pago de dicho cálculo actuarial, por lo que solicita al Tribunal de forma subsidiaria a las apelaciones que han hecho las apoderadas del fondo privado, especialmente SKANDIA S.A. que es la que está condenado a reconocer la pensión, se analice el hecho de reconocer esas suma de dinero por esos valores determinados, no sea que se vayan a reconocer en el futuro una suma de dinero excesiva o que no sean la que le corresponde a la parte demandante en el momento en que COLPENSIONES se subrogue con la prestación económica.

Expone que de considerarse en el presente caso, habiendo sido discutido el hecho que la demandante estaba inmersa en el reconocimiento de un régimen de transición, se deben también analizar la verificación exacta de los requisitos, a fin de determinar cuál es el ingreso base de cotización que se le debe calcular, y en caso que se concluya que efectivamente la demandante tiene derecho a ese reconocimiento del régimen de transición bajo la aplicación de los precedentes jurisprudenciales, solicita al Tribunal, que en caso de considerar que no resulta procedente confirmar la sentencia, y a efectos de reconocer dicha prestación económica bajo el régimen de transición, ordene que deben devolverse todas las sumas de dinero sobre las cuales la demandante cotizó al RAIS, a fin de que se pueda financiar una prestación económica en el futuro, toda vez que los pocos dineros que se trasladan no resultan ser suficientes para poder financiar una prestación económica, y se pueda dar la asegurabilidad de que no haber afectación económica por parte de COLPENSIONES en el reconocimiento de esta prestación económica y no va a haber una afectación a la sostenibilidad financiera.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados judiciales de SKANDIA S.A., PORVENIR S.A., y de COLPENSIONES allegaron escritos de alegatos, en los cuales señalaron resumidamente lo siguiente:

ALEGATOS DE SKANDIA S.A.

Constituyen argumentos que sustentan la inconformidad frente al fallo atacado los siguientes:

Validez y eficacia de la vinculación de la demandante al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Old Mutual S.A., hoy Skandia S.A.

Al respecto cabe reiterar, lo ya expresado en la respuesta a la demanda, donde se dejó claramente sentado que la sociedad que represento cumplió a cabalidad con su deber legal de información frente a la señora Mery del Socorro Castro de Morales, al momento que optó por trasladarse de administradora de Fondos de Pensiones en el mismo Régimen al que se encontraba afiliada, ofreciéndole una asesoría integral y completa respecto de las características propias del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así como las del Régimen de Ahorro Individual, las ventajas y desventajas que aparejan dichos regímenes pensionales, además de recordarle la

forma como se construyen y financian las prestaciones económicas que se reconocen a través de dichos regímenes pensionales.

En ningún momento se le omitió información, ni mucho menos se le suministró información errada, ni tampoco se le omitió algún aspecto del traslado, y menos se le presionó o constriñó para que tomara la decisión de afiliarse al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Old Mutual hoy Skandia S.A., máxime si se tiene en cuenta que para el momento del traslado de administradora de fondos de pensiones, a la demandante se le dio a conocer la posibilidad con la que contaba de retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ya que para la fecha contaba 46 años de edad, no obstante la misma optó por continuar afiliada al Régimen de Ahorro Individual a través de la AFP Old Mutual hoy Skandia S.A., suscribiendo el formulario de vinculación respectivo, conforme quedó demostrado en el curso del proceso.

En virtud de lo anterior, y dar por sentado que, la sociedad que represento dio estricto cumplimiento al deber legal de información en lo que respecta a la vinculación de la señora Mery del Socorro Castro de Morales al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por SKANDIA S.A. S.A., se cae de peso la ineficacia declarada por el Juzgado 3 Laboral del Circuito de Medellín, así como las consecuencias derivadas del mismo, teniendo en cuenta que se estableció que su vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias estuvo precedida de información suficiente, comprensible y transparente acerca de las ventajas y desventajas que apareja el régimen al cual se encuentra afiliada, además de contar con el acompañamiento permanente durante su permanencia en el fondo de pensiones.

Frente al reconocimiento de la pensión de vejez bajo la normatividad exclusiva de otro régimen a cargo de Old Mutual S.A.

Al analizar el contenido del artículo 12 de la Ley 100 de 1993, se observa claramente que a través de dicha normatividad se regula el modelo pensional colombiano, integrado por dos regímenes pensionales excluyentes: Régimen de Prima Media con Prestación Definida y Régimen de Ahorro individual con Solidaridad, siendo objeto de regulación cada uno en lo que respecta a su naturaleza y características.

Es así como el Régimen de Prima Media con Prestación Definida atiende a lo regulado por los artículos 31 y siguientes de la referida Ley 100 de 1993, en tanto que el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a lo plasmado en los artículos 59 y siguientes de la citada norma.

Es claro que la selección de dichos regímenes pensionales sólo atiende a la voluntad libre y espontánea de los afiliados conforme a sus expectativas pensionales, tal y como

ocurrió para el caso de la demandante, quien luego de conocer las características de los regímenes que componen el sistema pensional en Colombia, tomó la decisión de vincularse al Régimen de Ahorro Individual a través del Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Protección S.A., optando posteriormente por trasladarse en múltiples oportunidades a las diferentes administradoras del Régimen de Ahorro Individual, lo que lleva a concluir, contrario a lo que afirma la demandante, que esta cuenta con pleno conocimiento respecto de las características y funcionamiento de dicho del Régimen, pues en momento alguno le ha faltado información por parte de las administradoras del RAIS.

Ahora bien, si en gracia de discusión ese Honorable Tribunal considera que faltó información por parte de las AFPS codemandadas, y por ello es procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional y los demás traslados entre administradoras de fondos de pensiones en el mismo régimen efectuado por la actora, es necesario analizar las consecuencias jurídicas que conlleva la figura de la Ineficacia bajo los parámetros que ha trazado la línea jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en torno a este tema.

Es así, como a través de las sentencias fundadoras con radicados 31989, 31314 del 8 de septiembre de 2008, 33083 de 22 noviembre de 2011 y 46922 de septiembre de 2014, se advierte que **la consecuencia de la ineficacia es que las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes del traslado**, ello implica que la demandante conserva válida su afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por Colpensiones, siendo lo procedente la devolución de los aportes que hubiera realizado y los rendimientos financieros generados durante su permanencia en el Régimen de Ahorro Individual, más no el reconocimiento de una prestación económica que no le es propia al Régimen de Ahorro Individual, como erradamente lo ordenó el fallador de instancia.

Al respecto la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín en sentencia proferida el 16 de julio de 2019 dentro del proceso con radicación 05001310500320150182600 indicó lo siguiente:

El reconocimiento de la pensión de vejez de la demandante bajo los parámetros del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA y posterior subrogación de la misma por parte de Colpensiones no es un efecto propio de la ineficacia (...).

De manera que, condenar a las AFPS Old Mutual hoy Skandia S.A, Porvenir S.A. y Protección S.A. a constituir una reserva actuarial para financiar la pensión de vejez

bajo la normatividad exclusiva de otro régimen en favor de la demandante a título de perjuicios, por el supuesto menoscabo en la disminución o limitación a la seguridad social de esta, va en contravía de lo regulado por nuestra Constitución Política y ordenamiento jurídico, que dispone que los afiliados se pensionarán conforme las normas, reglas y requisitos del régimen al que pertenecen.

Obsérvese que, dentro del debate probatorio surtido en el proceso no se despliega ninguna actividad tendiente a demostrar el supuesto detrimento a la seguridad social que pregona el juez de primera instancia, le fue causado a la demandante por la sociedad que represento, que lleve al A quo a hacer uso de las facultades extra y ultra petita, ordenando el pago de una prestación económica, pensión de vejez, en una forma que no le es propia al Régimen de Ahorro Individual y menos aplicar la subrogación pensional a modo de conmutación a cargo de las AFPS codemandadas, Porvenir S.A., Protección S.A. y Old Mutual S.A., creando de esta manera una figura jurídica inexistente en el ordenamiento jurídico colombiano.

Además, ha de tenerse presente que cuando se habla de responsabilidad profesional que lleve como consecuencia una indemnización de perjuicios, estos deben ser ciertos, no hipotéticos o eventuales, y en el presente caso, no existe certeza del presunto menoscabo o perjuicio que se le haya causado a la demandante, ni tampoco se demuestra con prueba idónea alguna, el nexo causal entre el hecho dañoso y el supuesto daño, máxime si se tiene en cuenta que la actora contó con la posibilidad de retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de considerar que el Régimen de Ahorro Individual no le era conveniente, contando con los mecanismos legales para ello, tales como el derecho al retracto, el periodo de gracia consagrado en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 y cuando le faltaba más de diez años para cumplir la edad de pensión en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, no obstante, esta no ejecutó las acciones tendientes a materializar dicha posibilidad, circunstancia que de ninguna manera debe ser endilgada a la sociedad que represento.

Por lo expuesto, al haber cumplido Old Mutual hoy Skandia S.A. con la obligación legal de haber ofrecido información clara, completa, precisa e idónea a la demandante, es inexistente la aplicación de cualquier consecuencia jurídica frente a la validez de la afiliación y de unos supuestos perjuicios a título de responsabilidad profesional, que por demás no fueron probados por la parte actora, que lleve a un reconocimiento pensional que no es propio del régimen al cual se encuentra válidamente afiliada, por lo que la sentencia recurrida inexorablemente debe ser revocada

En los anteriores términos dejó sentadas las alegaciones en esta instancia, y reiteró la solicitud respetuosa de revocar en todas sus partes la sentencia proferida por el Juzgado 3 Laboral del Circuito de Medellín, y en su lugar, se dé prosperidad a las excepciones propuestas.

ALEGATOS DE PORVENIR S.A.

1. “LAS COMPETENCIAS EXTRA PETITAS Y ULTRA PETITAS DEL JUEZ DE INSTANCIA NO SON ILIMITADAS.”

En relación con los perjuicios a los que se refiere el juez de instancia en su motivación y posterior condena, estos no se encuentran demostrados por cuanto las simulaciones pensionales no están en un nicho jurídicamente consolidado. Además, no son un derecho adquirido por la demandante, pues ésta carece de un reconocimiento de derecho pensional por parte de las AFP'S demandadas en el proceso, ya que para el momento del presente pronunciamiento este aún se encuentra en construcción. En este orden de ideas, no se puede pretender por el Juez de instancia el reconocimiento de un perjuicio cuando la demandante no logra probar que éste efectivamente, se presentó, pese a que como se alegó, la diferencia de los montos pensionales no constituye por sí un perjuicio o menos cabo, máxime cuando ni siquiera se ha materializado el derecho pensional por parte de mi representada sobre la actora.

Si bien el Juez hizo uso de las facultades extra y ultra petita, de las que trata el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, claramente hubo un uso indebido de estas facultades, pues en un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3614 de 2020, se establecen los requisitos que el juez debió observar para fallar extra y ultrapetita, y, para el caso de la sentencia extra petita, se debe considerar que, en primer lugar, los hechos que originen la decisión deben haber sido discutidos en el proceso y, segundo, que tales hechos estén debidamente acreditados, requisitos que no se cumplieron para este casos en concreto.

En el presente caso entonces, la demandante en el escrito de demanda no se refiere a un perjuicio en el alcance que el Juez de instancia le está dando y este, además, no fue probado en el proceso.

Así las cosas, no se estaría cumpliendo con los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia para que se puedan dictar sentencias extra o ultra petita, por lo cual se solicita al Tribunal que se revoque la condena en relación con una indebida aplicación de estas competencias.

2. DECLARATORIA DE LA INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RAIS.

En este punto se debe anotar que, pese a que no se declaró en estricto sentido a la ineficacia del acto jurídico de traslado de régimen pensional, sino una supuesta falta a la obligación de diligencia debida de buen consejo por no dar información a la actora, debe indicarse que, no existen razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual, pues la decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza. Además, el formulario de suscripción cumplía con los requisitos exigidos en la ley para el momento de la afiliación, pues:

2.1 Mi representada, al momento de realizar el traslado de la parte accionante al Régimen de Ahorro Individual, cumplió con su deber de información establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues, se le entregó a la parte demandante la información necesaria y obligatoria para entonces dentro del mismo Formulario, el cual se recuerda es revisado y aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, y sus requisitos se regulan en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

2.2 Adicionalmente la parte demandante contó con varias oportunidades para trasladarse nuevamente de régimen y no lo hizo, por el contrario, permaneció en el mismo régimen pensional privado, incluso realizando múltiples traslados horizontales entre fondos privados, de lo cual solamente es posible concluir que siempre mantuvo un interés en mantenerse vinculado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

2.3 Por otro lado, de los hechos narrados en la demanda y de lo sucedido en la audiencia de primera instancia, se infiere que la motivación de la parte actora para iniciar este proceso es la diferencia en la mesada pensional entre los regímenes. Por lo tanto, es palmario que lo que motiva a la parte demandante a solicitar la nulidad o ineficacia de su traslado de régimen de pensiones no reposa en la forma en cómo este se produjo, sino en el supuesto hecho de no cumplirse sus expectativas sobre el eventual monto de la pensión que recibiría en este; monto que, como es obvio supone, no podía ser determinado en el momento en el que se presentó su vinculación, al depender de muchas variables que no eran conocidas en su momento. Esa es la razón por la cual la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que de la sola circunstancia de no cumplirse las expectativas pensionales no puede predicarse un engaño.

Si lo anterior no fuera suficiente, se recuerda que, mi representada ha hecho campañas masivas para la educación del consumidor financiero y ha realizado diferentes comunicados de prensa informando cambios normativos, como se puede extraer de la documental aportada con la contestación de la demanda.

2.4 Aunado a lo anterior, Se recuerda que la prueba documental que extraña el juez de primera instancia en su fallo, frente a aquellos documentos que acrediten la entrega de información, no era una obligación vigente para el momento del traslado de la parte actora, pues esta obligación surgió con la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia financiera de Colombia, teniendo en cuenta lo anterior, no es cierto que mi representada se encuentra en una mejor posición probatoria que acredite lo solicitado.

2.5 Así mismo, se resalta que la obligación del buen consejo, la doble asesoría, e incluso la de desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores, surgidas a partir del año 2010 y 2014, lo anterior fue recapitulado y objeto de pronunciamiento en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL1688- 2019, CSJ SL1689- 2019 y CSJ SL3464- 2019, en consecuencia, tales obligaciones no existían para la época de la afiliación y mucho menos las mismas se pueden aplicar de manera retroactiva.

2.6 En el presente proceso también se avizora un incumplimiento de la parte accionante del deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios, lo cual conlleva a que la misma no pueda ser beneficiaria de su propia culpa o negligencia en su actuar pues como lo manifiesta la actora en su interrogatorio de parte, esta desconoce el comunicado que se le remitió de manera oportuna por parte de PORVENIR S.A., en donde se le ponía de presente la prohibición legal del artículo 2 de la Ley 797 del año 2003, pese a que como consta en la declaración de parte brindada por el representante legal de PORVENIR S.A., dicho comunicado se le remitió y fue recibido, tanto de manera física como electrónica.

2.7 Por último, se resalta que la totalidad de condiciones del Régimen de Ahorro Individual no son impuestas por las Administradoras de Fondos Pensionales, por el contrario, dichas condiciones para adquirir diferentes prestaciones dentro del régimen se encuentran en la Ley 100 de 1993, en consecuencia, la ignorancia o desconocimiento de esta no sirven de excusa, tal y como lo establece el artículo 9 del Código Civil Colombiano.

Teniendo en cuenta lo argumentado anteriormente, y la validez de la afiliación, consideramos que, la presente declaración de ineficacia en el traslado de régimen pensional de la parte demandante consecuencialmente debe ser revocada.

Ahora bien, si se decidiera por parte del Honorable Tribunal, dejar en firme la ineficacia de la afiliación, se solicita no se condene al traslado emolumentos económicos, pues la demandante no se encuentra vinculada con mi representada, además es de poner de presente Honorables Magistrados lo siguiente:

- Las sumas correspondientes a los gastos de administración tienen por mandato legal una destinación específica que, se encuentra en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, destinando así el 10% del IBC a la cuenta de ahorro individual, el 0,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, y el 3% restante a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.
- En el presente caso, es claro que dichos descuentos, han cumplido plenamente con su cometido y no se encuentran en el patrimonio de la AFP, pues se han destinado a cubrir los gastos en que se incurrió, para la generación de frutos o rendimientos que hoy se ven de manera positiva en la cuenta de la afiliada y el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte que se han venido disfrutando hasta la actualidad y que no pueden retrotraerse pues la cobertura y el servicio ya se ha prestado y este último no es posible devolverlo o retrotraerlo por parte del afiliado.
- Atenta contra toda lógica jurídica la declaratoria de un enriquecimiento sin justa causa debido a la inaplicación de las normas legales que regulan las restituciones mutuas, derivadas de una nulidad o ineficacia de un acto jurídico ordenando devolver restituir un bien (en este caso una suma de dinero depositada) las sumas que invirtió para el mantenimiento de dicho bien e incrementarlo
- Por si lo anterior fuera poco, se recuerda que la inversión de dichos gastos de administración en seguros previsionales y en la generación de rendimientos, no se dio de manera arbitraria, sino por el contrario se dio de acuerdo con el mandato legal establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y a la obligatoriedad de la garantía de rentabilidad mínima establecida en el literal e) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993.
- Toda decisión judicial de traslado de régimen pensional, debe tener como objetivo constitucional, la estabilidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por lo que es imperioso en la actualidad, y de

acuerdo a la coyuntura económica, hacer un análisis macro de las consecuencias que se derivan de autorizar solicitudes de traslados que no cuentan con los requisitos para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, tal y como se estudió por este mismo Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en sala extraordinaria del 14 de agosto de 2019 a las 2 PM en virtud de lo establecido en el artículo 35 del CGP donde decidió unificar su jurisprudencia, en sentencia dentro del proceso del proceso 05001310500720150129501 negando las ineficacias de traslado en la afiliación, con base en la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

- Las anteriores conclusiones frente a la ineficacia en la afiliación y en la manera en cómo deben operar las restituciones mutuas para hacer compatible el régimen y la sostenibilidad del sistema se han recogido y enriquecen con el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia del 17 de enero de 2020 Radicación 2019152169-003-000 el cual fue solicitado por ASOFONDOS.
- En el mismo sentido, también es necesario indicar en que no hay lugar a que condene a trasladar algún valor económico de manera indexada, pues si tenemos en cuenta el principio de las restituciones mutuas, que es consecuencia de la declaratoria de ineficacia, es decir que las cosas vuelvan a un estado anterior, los rendimientos que han generados los aportes de la parte demandante dentro del R.A.I.S. no debieron de existir, y son esos mismo rendimientos los cuales compensarían el detrimento económico que sufre el dinero con el paso del tiempo, no la indexación, pues ello impondría una condena doble sobre mi representada, y un enriquecimiento sin justa causa sobre COLPENSIONES, pues ténganse en cuenta que, si bien la actora ya no se encontraría vinculada con mi representada, en el tiempo en que estuvo con mi defendida generó unos altos rendimientos por la gestión de mi defendida.

Así las cosas, el adicionar o imponer la indexación sobre el traslado de los descuentos ordenados, estaría imponiendo una condena doble en contra de mi representada y en un enriquecimiento sin justa causa sobre COLPENSIONES, sumado a que se estaría yendo en contra del principio de congruencia y seguridad jurídica, pues se está condenado a mi defendida en el escenario en que el acto jurídico de traslado de régimen pensional produjo efectos y a su vez se está dejando sin efectos con la declaratoria de ineficacia.

En ese orden de ideas honorables Magistrados, les solicito sea acogida la anterior formula de compensación planteada, a efectos de que no se adicione o se imponga

una indexación sobre los descuentos legales realizados por PORVENIR S.A. a las cotizaciones de la actora, ordenados en el fallo de primera instancia

3. CONDENA EN COSTAS A CARGO DE MI REPRESENTADA

En relación con la condena en costas debemos indicar que mi representada siempre obró con buena fe objetiva, en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes para la época en la que se dio el traslado de la parte demandante dentro del RIAS, sumado a que mi representada no tuvo injerencia en el acto jurídico del traslado de régimen pensional, pues el mismo se efectuó ante otra AFP, y PORVENIR S.A. siempre ha buscado beneficio de la parte demandante, por lo que la condena en costas no es procedente ante la ausencia de mala fe de mi representada, además a que el monto fijado por el Juez primera instancia es excesivo a la luz de los parámetro del acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016.

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

COLPENSIONES, no comparte la sentencia de primera instancia, motivo por el cual se solicita al Honorable Tribunal, sea revocada, debiéndose ABSOLVER a mi representada de las pretensiones de forma integral y no acceder a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen por las razones que se indican a continuación:

➤ *Respecto a la información suministrada por las AFP*

No debe subestimarse la información suministrada por las AFP al momento del traslado y durante el tiempo que duró afiliada al RAIS y cuál es el alcance de la asesoría brindada al momento de la afiliación cuando se trasladó hacia el RAIS.

La Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia **SL1452-2019**, estableció las reglas actuales en materia de ineficacia del traslado, el grado de intensidad del deber de asesoría, debiendo evaluarse el cumplimiento de este deber con base en la vigencia de las normas. No se hace razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, desvirtuándose el principio de confianza legítima, violando el debido proceso inclusive para Colpensiones, quien sin haber participado en el trámite de traslado es quien debe afrontar la carga de la prestación económica de pensión de vejez que solicitada en las pretensiones de la demanda.

Ahora, respecto a que se causó perjuicio económico a la parte demandante por parte de las AFP privada, se evidencia que para la fecha del traslado al RAIS la parte

demandante no tenía ningún derecho consolidado o expectativa legítima respecto de la pensión y, por lo tanto, no era posible determinar la certidumbre de las consecuencias de afiliarse al RAIS. Es por ello, que la carga de la prueba no está sólo en cabeza de las AFP, por lo que se está desconociendo e inaplicando el artículo 1601 del C.C. en la medida en que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe a quien ha debido emplearla, por lo que debe tenerse en cuenta las condiciones particulares de la parte demandante, tal como lo ha resaltado la Corte en sentencia **T-422-2011**, a su vez debe tenerse en cuenta que el afiliado también tiene la obligación de asesorarse en los términos del **artículo 4 del Decreto 2241 de 2010**.

El **SILENCIO** de la parte demandante en el transcurso del tiempo, debe entenderse como una decisión consciente de permanecer en el régimen seleccionado; aspecto que no fue analizado en la sentencia de primera instancia, existiendo elementos notorios que exponían la intención de la parte demandante de permanecer en el RAIS, como fue el hecho de permanecer más de 20 años afiliado al mismo régimen pensional; llama la atención respecto a la ignorancia que alega la parte demandante de desconocer los riesgos de estar afiliado al RAIS, por lo cual no puede ser considerado inexperto o incapaz de tomar una decisión acertada; pero lo único que se tiene en cuenta es la simple manifestación que realiza la parte demandante respecto a la insuficiencia de la información suministrada por el fondo, sin realizar un análisis mínimo respecto a la condición académica de la parte demandante, el tiempo de permanencia en el régimen denota la intención de permanecer afiliado a dicho régimen y que diga que no obtuvo información suficiente.

Es por ello, que las consideraciones tenidas en cuenta por el Juez de Instancia para declarar que la parte demandante perdió el régimen de prima media con prestación definida por aplicación constitucional no resultan ser de recibo por parte de mi representada toda vez que no se evidencia que se le esté violentando ningún derecho social y ningún principio a la parte demandante, toda vez que en el sistema general de pensiones existen dos regímenes y el (la) afiliado (a) acudiendo a su voluntad y autonomía puede escoger entre uno u otro régimen. La postura asumida por la parte demandante después de tantos años no puede ser ahora, pretender alegar el desconocimiento de la ley para valerla de excusa en favor propio, pretender alegar que no le dieron información suficiente cuando hubo información suministrada, alegando que la decisión y/o los efectos de permanecer afiliado al RAIS ahora, no cumplen con sus expectativas pensionales y en consecuencia de ello deba asumir esta carga un tercero como es mi representada COLPENSIONES.

➤ *Cuáles son las consecuencias jurídicas de la declaración de ineficacia o nulidad de la afiliación*

Si partimos del amplio análisis doctrinario, jurisprudencial y constitucional que hace el a quo, resultaría demostrado y probado que no es posible acceder a las pretensiones de la parte demandante por aplicación constitucional de la ineficacia, al resultar violentados principios como el de sostenibilidad financiera conforme lo desarrollado por el **artículo 48 y 334 de la Constitución Política de Colombia** en concordancia con el artículo 2 y 4 de la misma Carta.

La Corte se ocupó del tratamiento dado por la jurisprudencia constitucional a la problemática que surge en torno a quienes se trasladaron al régimen de ahorro individual y unificó su jurisprudencia en sentencia **SU-130 de 2013** advirtiendo que, “de conformidad con lo previsto en los artículos 13, literal e) y 36, incisos 4° y 5° de la Ley 100 de 1993, tal y como fueron interpretados por la Corte Constitucional en las Sentencias **C-789 de 2002** y **C-1024 de 2004**, únicamente los afiliados con quince (15) años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, pueden trasladarse “en cualquier tiempo” y conservar los beneficios del régimen de transición” y el demandante no cumple con los requisitos.

De considerar por la Sala que resulta procedente declarar la ineficacia del traslado, y ordenar a COLPENSIONES asumir las obligaciones que devienen de las pretensiones formuladas por la demandante, le solicito respetuosamente se ordene la devolución de la totalidad de los aportes al RPMPD, (Sentencias CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL 17595-2017, CSJ SL 4989-2018 y CSJ SL 1421-2019, rad. 56174 y la sentencia del CSJ SL2329-2021)

Adicionalmente, si la sumatoria de todos los conceptos que se ordenan trasladar resulten ser inferior al valor total del aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubieran generado en caso de que la parte demandante hubiera permanecido en el RPMPD, será la AFP PORVENIR S.A. quien asuma la diferencia que resultare en proporción al periodo durante el cual la parte demandante permaneció afiliada a dicha AFP.

5. PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER:

El problema jurídico para resolver se circunscribe a establecer si la afiliación de la demandante al régimen pensional de ahorro Individual con solidaridad debe declararse ineficaz y en caso afirmativo, en qué términos y condiciones, se debe realizar, el

traslado a COLPENSIONES del importe de las cotizaciones efectuadas en el RAIS por la demandante.

De confirmarse la decisión de declaratoria de ineficacia ante referida, se verificará si es procedente la condena en contra de COLPENSIONES de reconocer y pagar la pensión de vejez a la demandante, y en caso afirmativo, los términos en que dicha prestación debe ser otorgada.

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 SAKNDIA S.A., PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, se consultará la sentencia en favor de esta última entidad e lo que le haya resultado adversa.

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

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

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

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

En el presente asunto, está probado, que la accionante, estando afiliada al RPM administrado por el extinto ISS hoy COLPENSIONES, según se advierte de la historia laboral emitida por la entidad como se observa a folios 49 y 50 (04ContestacionColpensiones(004), se afilió a la administradora del RAIS PROTECCIÓN S.A. el 31 de octubre de 1996, como se acredita con el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 6 del expediente, con efectividad al 1° de diciembre de 1996 como se acredita con certificado del SIAFP que milita a folio 07 del expediente (06ContestacionProteccion(006), posteriormente se trasladó a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. el 16 de septiembre de 1998, como se certifica con el formulario de afiliación a dicho fondo obrante a folio 40 del expediente digital, con efectividad al 1° de noviembre de 1998 como se lee del certificado del SIAFP que

reposa a folio 38 (07ContestacionPORVENIR (007), haciendo un nuevo traslado a OLD MUTUAL S.A. hoy SKANDIA S.A. el 23 de octubre de 2003 como se colige con el formulario de afiliación a dicho fondo que inserto a folio 4 del expediente, con efectividad al 1° de diciembre de 2003, de conformidad con el certificado del SIAFP que milita a folio 5 del expediente (04ContestacionColpensiones(004).

Se observa que para el caso de la demandante, para el momento del traslado de régimen pensional, era beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues, conforme a la copia de la cédula de ciudadanía que reposa a folio 24 del archivo digital 01EscritoDemanda(001), para el 1 de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad, pues nació el 11 de abril de 1957, y pese a ello, no se advierte por parte de la Sala, que se le haya puesto de presente tal situación y se le hubiese explicado en el momento del cambio de régimen pensional, que con dicha decisión estaba abandonando dicho beneficio transicional.

Sobre el deber de información antes citado, en el interrogatorio de parte que fue absuelto por la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:39:20 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento, 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, para probar dicha asesoría, como bien lo manifestó el *a quo* en sus consideraciones, no basta la firma del formulario con la inscripción preimpresa sobre que el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se prueba 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 como ya se ha dicho en esta sentencia, no se probó por parte de PROTECCIÓN S.A. siendo su carga como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada.

En ilación con lo anterior, es evidente que, como lo concluyó el fallador de primera instancia, la demandada PROTECCIÓN S.A. no le brindó a la demandante o por lo menos no probó, haberle otorgado, la debida asesoría para tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional en el año 1996, por lo que, en sede de instancia se

declarará la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la demandante en el año 1996 cuando se trasladó del RPM administrado por el extinto ISS a la AFP PROTECCIÓN S.A., pero no como consecuencia de la inaplicación constitucional del acto jurídico de traslado, sino debido a que dicho acto nunca nació a la vida jurídica dado que adolece del consentimiento debidamente informado que debía tener la demandante al momento de suscribirlo conforme lo establece el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, frente a la orden dada a SKANDIA S.A., de reconocer y pagar la pensión de vejez a la demandante de conformidad con las normas que regulan la pensión en el RPM y además de pagar a COLPENSIONES el cálculo actuarial para subrogarse en dicha entidad, debe señalar la Sala que al declararse la ineficacia del traslado, contrario a lo argumentado y concluido por el *a quo*, la consecuencia jurídica no puede ser la subrogación del riesgo de SKANDIA S.A. en COLPENSIONES a través de un cálculo actuarial, sino que el acto de vinculación al régimen de ahorro individual no produjo ningún efecto, lo que conlleva a la reactivación de la afiliación de la demandante en el RPM, con la consecuente devolución a COLPENSIONES, actual administrador de este régimen, por parte de SKANDIA S.A. del 100% del valor de las cotizaciones, con sus rendimientos o intereses, sin descuento de ninguna índole, indexando el porcentaje que no fue consignado en la cuenta de ahorro pensional de la actora.

Asimismo, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. deben devolver a COLPENSIONES, indexado el porcentaje de la cotización que no fue consignado en la cuenta de ahorro pensional de la actora, durante el tiempo que estuvo afiliada a estas AFP, pues contrario a lo manifestado por la apoderada de PROTECCIÓN S.A., al declararse la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, **ningún efecto jurídico puede derivarse de este** y por tanto, deben reintegrarse a COLPENSIONES, la totalidad de las sumas que hubiesen recibido las AFP demandadas como cotización de la demandante, como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, ya que será Colpensiones la entidad que reconocerá el derecho prestacional, en caso de que se consolide en cabeza de la accionante.

Ahora atendiendo que e la actora cumplió los 57 años de edad desde el año 2014, es posible que SKANDIA S.A. haya tramitado y recibido a favor de la demandante, el importe del bono pensional tipo A, y por tal razón, si el referido bono fue pagado se debe efectuar la devolución al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

Ahora, en lo que concierne al aspecto recurrido por el apoderado de PROTECCIÓN S.A., sobre la posible orden de devolución del porcentaje del reaseguro de Fogafín, es preciso indicar que sobre el reaseguro Fogafín, se refiere el Art. 7 de la ley 797 de 2003, que modificó el original Art. 20 de la ley 100 de 1993, que dispuso en su Inc. 3 lo siguiente:

“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al fondo de garantía de pensión mínima del régimen de ahorro individual con solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, **la prima de reaseguros de Fogafin**, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.” (negrilla agregada)

Ahora el artículo 99 de la original Ley 100 de 1993, dispuso que fueran las administradoras y aseguradoras quienes la cubrieran con sus propios recursos, sin embargo, la ley 797 de 2003 es posterior y podría interpretarse como modificatoria del 99 de la original Ley 100 de 1993, lo que pudiera llevar a concluir que el reaseguro FOGAFIN al menos hasta cuando estuvo vigente respecto de los Fondos de Pensiones, se tenía como un porcentaje que se debía pagar del 3% de la cotización, destinada a financiar *“los gastos de administración, **la prima de reaseguros de Fogafin**, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.”* Como expresamente lo estableció el citado Art. 7 de la ley 797 de 2003, y en tal sentido no se entendería como un seguro que pagaban las Administraras de Pensiones, de su propio patrimonio, sino con cargo al porcentaje de 3% antes citado, y por ello la orden de devolución de la cotización debe incluir el porcentaje del reaseguro Fogafín, al menos mientras hubo la obligación de tomar le mismo, pues se repite se pagaba con cargo al citado 3% a que hace mención el Art. 7 de la ley 797 de 2003

De otra parte, la obligación de la garantía de FOGAFÍN, fue eliminada para las Administradoras de Cesantías y a las de pensiones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por virtud de lo dispuesto en el Art. 163 de la Ley 1450 del 16 de junio de 2011, sin embargo la orden que se pueda proferir en una sentencia de devolución del porcentaje del reaseguro FOGAFÍN, debe entenderse que es el evento que dicha garantía o reaseguro hubiera podido ser cubierta con la cotización de la afiliada durante el tiempo que estuvo vinculada al RAIS y mientras estuvo vigente dicha obligación para las administradoras de pensiones del RAIS, sin que la orden de devolución de la cotización en ningún caso supere el 100% de la misma. Por manera que, si de la cotización de la actora no se efectuó en alguna época, o en todo el tiempo de la

afiliación, ningún descuento para cubrir el reaseguro o garantía de Fogafín, no tendría por qué hacer devolución alguna de este concepto, por lo que, en todo caso, la devolución, es solo del 100% de la cotización.

En el caso de la demandante, nótese que como ya se indicó, se afilió a PROTECCIÓN S.A. el 31 de octubre de 1996 con efectividad al 1° de diciembre de 1996, y posteriormente se trasladó a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. el 16 de septiembre de 1998 como se con efectividad al 1° de noviembre de dicha anualidad, y más adelante se trasladó a OLD MUTUAL S.A. hoy SKANDIA S.A. el 23 de octubre de 2003 con efectividad el 1° de diciembre de 2003, por lo que respecto del reaseguro Fogafín, en sus distintos momentos se deben aplicar las preceptivas de la original Ley 100 de 1993, la modificación de Art. 7 de la ley 797 de 2003 y desde el 16 de junio de 2011 lo preceptuado en el Art. 163 de la Ley 1450 de este mismo año, por lo que no le asiste razón a la apoderada de PROTECCIÓN S.A, sobre que no se profiera orden de reintegro del porcentaje del reaseguro Fogafín, pues durante estuvo vigente, tenía relación con la cotización que pagaba la afiliada, pues finalmente de su importe se realizaba el pago, independientemente que la Administradora de Pensiones, entendiera que era de su participación en la cotización de la denominada cuota de administración.

Ahora respecto de las consecuencias prácticas de la ineficacia estas son idénticas a las de la nulidad, explicando la Corte Suprema de Justicia, en su 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.

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 las AFP demandadas, 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.

Conforme lo expuesto en precedencia, si bien no le asiste razón a los apelantes, que alegan la improcedencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora, sí les acompaña la razón en lo concerniente que los efectos jurídicos de la declaratoria de ineficacia, no podrían ser los establecidos por el *a quo*, encontrándose que, en la sentencia de primera instancia se ordenó pagar en el RAIS una pensión bajo las reglas del RPM lo que no había sido petitionado en la demanda, pues la consecuencia de la ineficacia del traslado de la actora al RAIS, debe ser que regresa al RPM administrado por COLPENSIONES al que se encontraba afiliado antes de su traslado al RAIS.

Así las cosas, tiene razón a la apoderada de SKANDIA S.A. en cuanto argumenta en su apelación que no se le podía imponer condena a indemnización de perjuicios en lo referente al monto de la pensión de vejez que podría percibir la actora en el RAIS, comparado con el RPM, pues este tema no fue objeto de pretensión, ni de debate procesal.

Ahora, respecto de la afirmación que realiza la apoderada de SKANDIA S.A. en sus alegatos sobre la imposibilidad legal de traslado de régimen, derivada de la restricción temporal impuesta por el legislador en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modifico el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, cuando le falten al afiliado menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, es palmario que tal prohibición, se aplica en los casos de traslado voluntario, que no es lo que pretende el demandante, sino la ineficacia de su afiliación inicial al RAIS.

En cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN formulada por las demandadas; se tiene que, bajo la óptica jurisprudencial de la ineficacia del traslado de régimen introducido por la SCL de la Corte Suprema de Justicia, 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 SCL de la CSJ en la sentencia SL1689-2019.

Ahora, en lo relativo al argumento de la apoderada de COLPENSIONE, que el retorno al RPM faltando diez o menos de diez años para alcanzar la edad de pensión debe realizarse atendiendo las expectativas pensionales del afiliado y la sostenibilidad financiera en concordancia con las sentencias C-789 de 2002, y C-1024 de 2004, las cuales indican que regresar a Colpensiones en cualquier tiempo descapitalizaría el sistema, se ha de manifestar primeramente, que para efecto de declarar la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, no es jurídicamente viable tener en cuenta el principio antes citado, pues, desde que la actora estuvo afiliada al RPM era beneficiaria de las prerrogativas de este régimen pensional, conforme lo disponía la legislación, y por ello no es posible desconocer los derechos que tiene conforme las norma legales vigentes, so pretexto de someterse al principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano, pues a este principio el que se tiene que someter es el legislador al realizar las reformas pensionales, no que el juez para desconocer derechos ya legislados.

Finalmente, con respecto a la oposición de PORVENIR S.A. a la condena en costas que se le impuso, con el argumento que siempre ha actuado acorde a los principios de buena fe, la buena concordancia con las buenas costumbres, y en apego a las normas establecidas para la época en cuanto a la afiliación de las personas a la entidad, si bien es cierto el artículo 365 del Código General del Proceso ratificó el criterio objetivo en cuanto ordena condenar en costas, a quien resulta vencido en el proceso, lo cierto es que no fue la actuación de PORVENIR S.A., la que generó la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante, toda vez que cuando esta se afilió a esta AFP, ya había efectuado el referido traslado a través de la AFP PROTECCIÓN S.A. y por ello PORVENIR S.A., no debe ser condenada en costas, pues se puede considerar que la venida en el proceso fue la AFP PROTECCIÓN S.A., y que las demás demandadas solo comparecen para imponerles, las consecuencias que se derivan de la citada ineficacia, por lo que se revocará la autorización que le confirió a SKANDIA S.A. de recobrar a cargo de PORVENIR S.A. el 14% de la condena en costas impuestas a SKANDIA S.A.

DE LA PRETENSIÓN DE LA CONDENA AL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ A CARGO DE COLPENSIONES:

En este caso, no es motivo de discusión que la accionante, nació el 11 de abril de 1957, lo que además se prueba con la copia de la cédula de ciudadanía que reposa a folio 24 del archivo digital (01EscritoDemanda(001), por lo que es beneficiaria del régimen de transición que establece el Art. 36 de la Ley 100 de 1993, pues al 1 de abril de 1994, que entró a regir el sistema pensional de esta Ley 100, contaba con más de 35 años de edad.

Ahora como la demandante antes del 1 de abril de 1994, se encontraba afiliada al Instituto de Seguros Sociales (en adelante ISS) pues registra cotizaciones desde noviembre de 1983, como se lee de la historia laboral obra a folios 49 a 50 del archivo (04ContestacionColpensiones(004) le son aplicables las preceptivas del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que regula dicha prestación de vejez para los beneficiarios del régimen de transición que establece el Art. 36 de la Ley 100 de 1993 afiliados al ISS.

De esta manera, los 55 años de edad, que le dan derecho a la pensión a la demandante a la luz el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758, los cumplió el 11 de abril de 2012.

Ahora, es preciso indicar que conforme al acto legislativo 01 de 2005, el régimen de transición que establecía el Art. 36 de la ley 100 de 1993, subsistió sólo hasta el 31 de julio de 2010, excepto para quienes a la entrada en vigencia del citado Acto Legislativo (22 de julio de 2005) tuviesen cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios, para quienes se les persiste hasta el año 2014, requisito que cumple la parte demandante, toda vez que para la citada data contaba con 1031 semanas, extendiéndose la transición hasta el año 2014.

Ahora a los 55 años de edad o al menos hasta el 2014, la actora debía contar con las 1000 semanas cotizadas que exige el referido Acuerdo para acceder a la pensión de vejez, con las que holgadamente cuenta conforme a lo explicado en el párrafo anterior, registrando un consolidado de 1.654,86 semanas, como se observa en la historia laboral consolidada emitida por la AFP OLD MUTUAL el 16 de octubre de 2018, obrante a folios 9 a 19 del expediente, por lo que le asiste derecho a la pensión con el fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, con causación al 11 de abril de 2012.

En cuanto al disfrute de la prestación, esta tendrá lugar a partir del día siguiente al que la demandante acredite ante Colpensiones su desafiliación del sistema pensional bien sea tácitamente desde su última cotización, o con el retiro expreso, como lo establece el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, el que estipula lo siguiente:

“La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo,” (subrayado agregado)

Así que, teniendo en cuenta la historia laboral más actualizada de la actora que reposa en el expediente, la cual data del mes octubre de 2018, se colige que para esa fecha la demandante continuaba efectuando aportes al sistema pensional, por lo que la prestación será liquidada por COLPENSIONES, en la forma que luego se indica.

En consecuencia, se revocará en esta instancia igualmente el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A. y se condenará a COLPENSIONES a reconocer y a pagar la demandante la pensión de vejez, en los términos antes indicados, pensión que deberá ser liquidada por COLPENSIONES, en el número de 13 mesadas pensionales al año, de conformidad con lo establecido en el Acto Legislativo 001 de 2005, dado que la prestación se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011, con la tasa de reemplazo del 90% que establece el Decreto 758 de 1990, y con el ingreso base de liquidación que determina el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, respecto de la INDEXACIÓN solicitada en las pretensiones de la demanda, ella es procedente en lo concerniente a las mesadas pensionales retroactivas a las que tenga derecho la demandante, por cuanto con esta lo que se pretende es actualizar el valor adquisitivo de la moneda envilecida por el paso de tiempo, lo que es justo y equitativo en una economía inflacionaria como la nuestra. Así, la indexación de las obligaciones jurídicas en general, obedece a la necesidad de acoplar un fenómeno económico como lo es la depreciación constante del dinero, que se genera por el simple paso del tiempo, constituyendo la indexación no una sanción, sino un mecanismo resarcitorio o restaurativo de la moneda, en tanto, no se está pagando más de lo debido, sino la misma suma causada tiempo atrás traída al valor presente, por lo que las mesadas pensionales retroactivas que se condena a pagar a COLPENSIONES deberán la indexarse conforme la siguiente fórmula:

$$VA = Vh \times \frac{IPC \text{ final}}{IPC \text{ inicial}}$$

En la que VA (valor actualizado) es igual a la mesada pensional dejada de percibir por la demandante (Vh), multiplicada por el guarismo que resulta al dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en el mes anterior al pago, por el índice inicial, vigente en el mes de causación de cada mesada.

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

Sin costas en esta instancia por haber prosperado para cada uno de los apelantes parcialmente el recurso interpuesto. Las costas de primera instancia corren a cargo de SKANDIA S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. las que serán fijadas por el *a quo*.

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 20 de abril de 2023 proferida por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **MERY DEL SOCORRO CASTRO DE MORALES** contra **COLPENSIONES, SKANDIA S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**, en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora y condenó en costas a SKANDIA S.A. con el derecho a recobro del porcentaje a cargo de **PROTECCIÓN S.A.**, pero por las razones expuestas en esta instancia, y se **REVOCA** en todo lo demás para en su lugar:

- **CONDENAR** a SKANDIA S.A., a devolver a COLPENSIONES, la totalidad de los aportes pensionales o cotizaciones que recibió con motivo de la afiliación de la actora, sin descuento de ninguna índole, es decir, el 100% del valor de las cotizaciones, con sus intereses o rendimientos, indexando el porcentaje de la

cotización que no fue consignado en la cuenta de ahorro pensional de la demandante.

- Asimismo, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. deberán devolver a COLPENSIONES indexado, el porcentaje de la cotización que no fue consignado en la cuenta de ahorro pensional de la demandante, durante el tiempo que estuvo afiliada a estas AFP.
- ORDENAR a SKANDIA S.A., que en el evento que se hubiese pagado bono pensional tipo A, a favor de la demandante, del importe del mismo, le sea devuelto al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.
- **ORDENAR** a **COLPENSIONES**, a reactivar la afiliación de la demandante MERY DEL SOCORRO CASTRO DE MORALES al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad y además a recibir la devolución de los dineros ordenada en este proveído, e incluir las cotizaciones realizadas por la actora al RAIS, en su historia laboral de COLPENSIONES.
- **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante MERY DEL SOCORRO CASTRO DE MORALES, la pensión de vejez bajo las preceptivas del Decreto 758 de 1990, a partir del momento en que acredite su desafiliación expresa o tácita del sistema general de pensiones, en el número de 13 mesadas pensionales al año, con la tasa de reemplazo del 90% que establece el Decreto 758 de 1990, y con el ingreso base de liquidación que determina el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Las mesadas pensionales retroactivas a que tenga derecho la demandante, deberán indexarse en la forma indicada en la parte motiva del presente fallo.

- **DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, en cuanto a la autorización que le confirió a SKANDIA S.A. de recobrar a cargo de PORVENIR S.A. el 14% de la condena en costas impuestas a SKANDIA S.A., para en su lugar ABSOLVER a PORVENIR S.A. de cosas procesales.

SIN COSTAS en esta instancia.

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: **03a3195480da392cfb68eb08539fc15b8fb77186bb375c635306eb6504735071**
Documento generado en 29/09/2023 09:53:16 AM

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