

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El diez (10) noviembre 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 **LUZ ADÍELA GÓMEZ ZULUAGA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y la sociedad **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** (en adelante COLFONDOS S.A.), tramitado bajo el radicado **No. 05001-31-05-019-2022-00437-01**.

AUTO

De conformidad con el memorial de sustitución de poder, allegado vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por parte de la sociedad GÓMEZ MEZA & ASOCIADOS S.A.S., quien represente judicialmente los intereses de COLFONDOS S.A. en este proceso, se procede a reconocer personería a la abogada MÓNICA ALEJANDRA RODRÍGUEZ RUBIO portadora de la T.P. 393.539 del C. S. de la Judicatura, para que represente a COLFONDOS S.A. en este proceso como apoderada sustituta.

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

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata la actora, que nació el 18 de febrero de 1965, que inició sus cotizaciones en el ISS hoy COLPENSIONES y que posteriormente se trasladó al RAIS por medio de la AFP COLFONDOS S.A.

Expone que al momento de la afiliación no le brindaron ninguna asesoría profunda y detallada, solo le informaron que la pensión iba a ser mejor debido a los rendimientos financieros que el fondo otorgaba, sin obtener información adicional, pues no le realizaron un estudio previo, individual y concreto sobre las ventajas y desventajas que le aparejaría permanecer o trasladarse de régimen pensional, tampoco le explicaron las diferencias entre en el RPM y el RAIS, ni que tendría una cuenta de ahorro individual, ni le explicaron acerca del derecho de retracto, ni los factores que se tenían en cuenta para determinar la fecha probable de la pensión y su monto, entre otras cosas.

Arguye que presentó un derecho de petición a COLFONDOS S.A. y reclamación administrativa ante COLPENSIONES solicitando el traslado de régimen.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El *a quo* despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de la demandante del RAIS al RPM, declarando que se encuentra afiliada al RPM sin solución de continuidad, condenando a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES dentro de los 30 días siguiente a la ejecutoria de la providencia, los saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, con los rendimientos financieros, los gastos de administración, que se componen de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, primas de seguros y los pagos destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados con cargo a sus propios recursos. Dichos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen y deberá normalizar la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones.

Asimismo, ordenó a COLPENSIONES reactivar la afiliación de la demandante al RPM, y a recibir la devolución de los dineros ordenados.

Finalmente declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, y condenó en costas a COLFONDOS S.A. en favor de la demandante.

Para fulminar condena, el *a quo* argumentó que la Corte Suprema de Justicia tiene fijada una línea jurisprudencial sobre el tema de la afiliación a un régimen pensional que se sintetiza en la obligación de brindar una información completa, suficiente, idónea y comprensible sobre las características de los regímenes, determinando e informando la conveniencia e inconveniencia de uno y otro régimen y la carga de las AFP de demostrar que efectivamente entregó la debida información al afiliado al momento del traslado.

Seguidamente expuso que en el presente proceso no se probó por parte de las AFP demandadas que hayan cumplido con su deber legal de otorgar una explicación integral sobre la regulación de los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, resultando insuficiente como prueba de la existencia de ese consentimiento informado la suscripción del formulario de afiliación, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado de la demandante a COLFONDOS S.A.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:

La apoderada de COLFONDOS S.A. apela la sentencia, argumentando que el traslado de régimen efectuado con COLFONDOS S.A. se dio de manera libre y voluntaria, en virtud del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, como fue confesado en interrogatorio de parte por la demandante. A su vez, debe tenerse en cuenta que, para la fecha del traslado de régimen, esto es el año 1999 no existía para los fondos privados, la obligación legal de resguardar documentales o grabaciones diferentes al formulario de afiliación, circunstancia que hoy en día imposibilita probatoriamente a los fondos demostrar la existencia de un consentimiento informado. Sin perjuicio de lo anterior, solicita al Tribunal analice de manera detenida el interrogatorio de parte rendido en audiencia, pues la demandante indicó que en el año 1999 el asesor de COLFONDOS S.A. le dijo que este era un fondo privado que hacía parte de un régimen pensional diferente al del RPM administrado en ese momento por el ISS, y que sus aportes estaría dirigidos a una cuenta de ahorro individual, al respecto la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, con ponencia del magistrado Hugo Alexander Ríos Garay en Sentencia del 31 de marzo del 2023 con radicado 2020265, dispuso *“en consecuencia, mal haría este Tribunal en considerar que las consecuencias fácticas del presente asunto equivalen a las consideradas en la regla jurisprudencial de la Honorable Corte Suprema de Justicia relativa a la ineficacia del traslado al RAIS, por cuanto las providencias que componen la regla decisoria jurisprudencial se reprocha el incumplimiento de la AFP del deber de información, asesoría y buen Consejo, conforme su desarrollo histórico respecto del afiliado juicio de conducta que no es posible adelantar en el presente asunto, en donde la demandante indicó que no hubo*

participación de asesor alguno de PORVENIR S.A. en el acto de traslado, lo que impide reprochar la conducta de una administradora que no estuvo presente al momento del traslado al RAIS”.

Manifiesta que, conforme a lo anterior no hay lugar a declarar la ineficacia, ni tampoco a condenar a COLFONDOS S.A. a devolver sumas de dinero por concepto de gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima, máxime que dichas sumas de dinero fueron descontadas por autorización legal y podría generarse un enriquecimiento sin justa causa a la parte demandante.

Arguye que los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993 establecen la forma de financiar las pensiones de invalidez y sobrevivencia, que incluye el pago de los seguros previsionales para cubrir dichas contingencias, de las cuales han estado cubiertos los demandantes durante la afiliación con COLFONDOS S.A. Igualmente frente a los gastos de administración, debe tenerse en cuenta que el artículo 104 de la Ley 100 de 1993 prevé el cumplimiento de las condiciones y montos que fije la Superintendencia Financiera de Colombia, además, la ausencia de devolución de dichos dineros no modifica de manera alguna o perjudica las semanas que se trasladen a COLPENSIONES, pues estas solo tienen en cuenta el salario y el período cotizado.

Finalmente indica que es excesiva la imposición de indexación, toda vez que con el traslado de los rendimientos se compensaría la depreciación del poder adquisitivo de los recursos objeto de transferencia a COLPENSIONES, por lo que solicita al Tribunal se revoque la sentencia y se absuelva a COLFONDOS S.A.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados judiciales de la DEMANDANTE, COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES presentaron escritos de alegatos, en los que señalaron resumidamente lo siguiente:

ALEGATOS DE LA DEMANDANTE.

La parte demandante solicita en los alegatos **CONFIRMAR, en su totalidad** la sentencia de primera instancia, arguyendo que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha elaborado un nutrido precedente en materia de la obligación de información de los fondos de pensiones, siendo sus sentencias fundantes la 31314 y 31989 del 9 de septiembre de 2008, a las que ha seguido una copiosa producción al resolver recursos de casación en las sentencias SL1688 de 2019, SL4360 de 2019,

SL4426 de 2019, SL2611 de 2020, SL2877 de 2020, SL-1217 de 2021 y SL782 de 2021.

En las últimas sentencias citadas, el Alto Tribunal fijó unos grados de exigencia de la información, a partir de la vigencia de diferentes normas, estableciendo en lo temporal los siguientes momentos: (i) A partir de la fundación de las AFP, (ii) Expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 241 de 2010 y (iii) Expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

En el caso sometido a estudio, las afiliaciones al régimen pensional RAIS a través de **las A.F.P.(s)** demandadas, implicaba el deber de esas administradoras de pensiones de brindar una información necesaria y transparente, conceptos que son definidos en la sentencia **SL-1452- 2019**, de la siguiente forma:

Información necesaria: consistente en la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, lo que implica un comparativo entre las vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Transparencia: La AFP a través de su promotor debe comunicar a su potencial afiliado en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios.

En esta misma providencia se reiteró, con claridad que la carga de probar que se suministró información necesaria y transparente recae en la administradora, puesto que, al existir por parte del afiliado una negación de la falta de información, es a la administradora a quien correspondía demostrar que explicó de forma diligente a su posible afiliado, los beneficios y desventajas de cada régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En el caso analizado de las A.F.P(s) demandadas, al responder a la demanda, se afirmó que se proporcionó una información libre, espontánea sin presiones o engaños sobre las características del RPM y el RAIS, pero durante el proceso no se demostró esta afirmación, ya que no se obtuvo una confesión de la demandante al respecto, así

como tampoco se allegaron otros elementos de juicio que permitieran su confirmación, debiendo recordar en este punto que la suscripción del formulario de vinculación apenas constituye una prueba de la filiación más no de la debida información, por lo que no existió una debida información.

ALEGATOS DE COLFONDOS S.A.

2. RAZONES FÁCTICAS Y JURÍDICAS

2.1. DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma sin lugar a interpretaciones distintas establece que cualquier persona natural o jurídica, que hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo. Si bien menciona que, quedará sin efecto la afiliación, no hace referencia si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y subsiguientes, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes disposiciones legales para resolver un asunto en concreto. Preciso es mencionar que, el único artículo que refiere a la Ineficacia de pleno derecho de un acto jurídico es el artículo 897 del Código de Comercio, cuando *“un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.*

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

En este asunto, **NINGUNO DE ESTOS PRESUPUESTOS LEGALES, SE ALEGARON NI MENOS RESULTARON DEMOSTRADOS EN EL PROCESO**, pues obligatorio es mencionar que el formulario de afiliación suscrito por la parte actora, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el

artículo 114 de la 100 de 1993, esto es que, la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo.

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

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

2.2. DEL DERECHO DE RETRACTO

COLFONDOS S.A. como Administradora de Fondo de Pensión, siempre le **GARANTIZÓ** a la parte demandante la posibilidad de retornar al régimen de prima media y además, dispuso los canales de comunicación suficientes para permitirle a la actora conocer las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, referentes al funcionamiento, características y requisitos del régimen de ahorro individual con solidaridad, poniendo de presente las implicaciones de su traslado y los requisitos para pensionarse bajo el régimen de ahorro individual de conformidad con lo establecido en el artículo 64 de la misma Ley, como dispuso inicialmente el artículo 3º del Decreto 1161 de 1994, sin que ejerciera esta facultad, lo que debe valorarse como negligencia de su parte.

2.3 DEL DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA

La señora **LUZ ADIELA GOMEZ ZULUAGA**, luego de recibir la información necesaria y suficiente, que pudo comparar con el conocimiento que tenía del RPMPD, decidió

escoger el régimen de ahorro individual, hecho que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación con mi representada, documento que se presume auténtico en los términos del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el parágrafo 54 del CPT.

2.4. DE LA ACREDITACIÓN DEL DEBER DE INFORMACIÓN A CARGO DE COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

Aduce el fallador de primer grado que, mi representada, no allegó pruebas del cumplimiento de sus deberes para con la parte actora al momento de la vinculación, esto es entregar información, completa, veraz, cierta y oportuna. Tal inferencia no se ajusta a la realidad procesal, por cuanto mi representada de manera palmaria, cumplió con la carga procesal impuesta pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba, contrario a lo dispuesto legalmente al respecto, en la medida que, aportó los documentos que de acuerdo con las normas existentes para el momento en que se celebró el acto jurídico del traslado debía mantener en sus archivos; además, pese a que la parte demandante JAMÁS estuvo en imposibilidad absoluta de retornar al RPMPD, permaneció en el RAIS, lo que sin duda al menos debe valorarse como un indicio serio de querer permanecer en él.

Es por lo anterior, que bajo el mismo criterio señalado por la H. Sala Laboral de la Corte Suprema en los asuntos referidos a la “desafiliación tácita de los afiliados” del sistema que, debe apreciarse en conjunto la “**voluntad del afiliado**”, en estos asuntos en los que permanece en el régimen privado por más de 20 años, sin hacer la más mínima manifestación de la cual se pudiera entender que quería retornar al RPMPD. Se cita sólo a título de ejemplo la sentencia con Rad. 47236 del 06 de abril de 2016.

2.5. DE LA IMPOSICIÓN DE CARGAS PROBATORIAS INEXISTENTES

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

Luego, para cuando se celebró el acto jurídico de vinculación con la demandante, mi representada únicamente debía dejar constancia de la libre escogencia a través del formulario de vinculación, sin que, también tuviera la NECESIDAD de registrar en documentos o a través de testigos o cualquier otro medio de prueba que, le

SUMINISTRÓ la INFORMACIÓN NECESARIA Y OBJETIVA acerca de las condiciones, y requisitos para acceder a la pensión de vejez a los futuros afiliados.

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

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

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

De la mayor relevancia es, no confundir la ineficacia de un acto jurídico con la nulidad absoluta, como de manera general se hace, en la medida que: *“Bajo el concepto de ineficacia en sentido amplio suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad.”* Luego, ***“la ineficacia en sentido estricto se presenta en aquellos casos en los cuales la ley, por razones de diferente naturaleza, ha previsto que el acto no debe producir efectos de ninguna naturaleza sin que sea necesario la existencia de una declaración judicial en ese sentido”***.

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

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

*“Si el negocio ha sido cumplido, total o parcialmente, por una de las partes o por ambas, la situación se retrotrae al estado en que las partes estarían de no haber celebrado el negocio. **Es en esta circunstancia donde tienen cabida las restituciones de que trata el artículo 1746, que después de consagrar la regla general según la cual la nulidad judicialmente pronunciada da a las partes derecho a ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el negocio o contrato nulo, establece una serie de excepciones y pautas.*** (negrillas fuera de texto) *Entre las excepciones, se encuentra lo concerniente al objeto o causa ilícita, casos en los cuales no es posible repetir lo que se haya dado o pagado a sabiendas de la ilicitud (1525); como tampoco lo que se haya dado o pagado al incapaz, salvo prueba de haberse hecho este más rico (1747). Tampoco hay lugar a la restitución material del bien cuando ello no sea posible por motivos de utilidad pública o interés social, casos en los cuales se dará una reivindicación ficta o compensatoria (artículo 58 de la Constitución Política).*

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

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

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

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

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

Basta leer apartes de la mentada sentencia SL1637-2022 Radicación n.º 89208, en cuanto a que se “*activa la afiliación*”, para concluir razonablemente que, se traslada el valor de los aportes con los rendimientos que se hubieran causado en el RPMPD. Así lo manifestó:

*“Importa resaltar que la fuente constitucional para tales declaratorias, cuando ellas sean procedentes, resulta ser el artículo 48 de la CP que garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social, y las órdenes emitidas frente a Colpensiones en el sentido de activar la afiliación, percibir las sumas trasladadas por la AFP y tener por vinculado **al afiliado como si nunca se hubiese separado del RPM, (...)**”* Negrillas fuera de texto.

Y lo expuesto en la decisión CSJ SL2877-2020:

“(…)

“Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el Juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tael sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.”

5. DE LA BUENA O MALA FE DE LAS PARTES EN LAS RESTITUCIONES MUTUAS

De acuerdo con el artículo 1746, “(...) *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo*”. Subrayado fuera de texto.

Ahora, el artículo 964 del Código Civil, que aplica para todos los casos en los que hay que restituir frutos, “*El poseedor de mala fe es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder.*”

La Sala de Casación Civil, al respecto expuso:

“(...)

La Sala, en relación con el artículo 964 del Código Civil, ha observado que dicha norma “establece una excepción a la regla general desarrollada en el artículo 716 ibídem, pues hace dueño al poseedor de buena fe de los frutos que haya percibido con anterioridad al enteramiento de la demanda, momento hasta el cual puede atribuírsele dicha condición la de poseedor de buena fe, pues a partir de allí, en el supuesto de ser vencido en el proceso, se le dará el mismo tratamiento establecido para el poseedor de mala fe y, por lo mismo, estará obligado a la restitución de la totalidad de los frutos que perciba” (Cas. Civ., sentencia de 16 de septiembre de 2011, expediente No. 19001-3103-003-2005-00058-01; se subraya). No sobra destacar que esta posición de la jurisprudencia que ha sido constante (...)”

Y luego agregó:

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

5.1. DEVOLUCIÓN DE RENDIMIENTOS FINANCIEROS

Hay que tener en cuenta que, si bien el a quo declaró ineficaz el traslado, esta afiliación supera los 29 años, y mientras la afiliación permaneció vigente, la realidad es que ello produjo efectos jurídicos válidos hasta hoy, por lo que en razón a dicha validez se originaron los rendimientos que se solicitan trasladar a **COLPENSIONES**.

Luego, en atención al principio de la congruencia del artículo 281 del C.G.P, al no haberse discutido y menos probado la mala fe de **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** en la celebración del acto jurídico de traslado, no puede condenarse a mi representada a “restituir a favor del afiliado y por ende de un tercero como es COLPENSIONES”, los rendimientos financieros que logró mi representada por la gestión que adelantó en la administración de los aportes en el RAIS.

5.2. CONDENA A CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN.

La administradora cumplió con el deber de administrar la cuenta del demandante, y fue gracias a su optima inversión se produjeron rendimientos en sus cuenta individual, por lo que es deber del fallador aplicar también principios constitucionales de equidad y justicia, pues se entiende que si se van a trasladar todos los rendimientos no existiría la obligación legal de trasladar las cuotas de administración dado que fue gracias a estos manejos que se generaron los rendimientos generados en su cuenta de ahorro individual, que comparados con los gastos de administración, se entiende que dichos gastos son muy inferiores a los rendimientos.

En consecuencia, es improcedente el reintegro de las cuotas de administración de la cuenta de ahorro individual habría que considerar que están prescritos parcialmente porque si bien es cierto no prescribe el traslado ni prescriben los aportes a pensiones lo cierto es que eso dineros no tienen esa misma naturaleza porque son por unos gastos de administración por administrar unas cuentas de ahorro individual que han administrado por más de 29 años el fondo a quien represento.

Es imperioso señalar la labor del juzgador al momento de fallar en equidad y justicia, por lo que es indispensable que se tenga en cuenta que los rendimientos superan el monto de lo que hubiese producido en el régimen público y la razón es que, es la inversión que los fondos privados pueden hacer, inversiones en la totalidad de los renglones de la economía nacional e internacional, pues tiene libertad de inversión. Se tiene que tener en cuenta que estos rendimientos que no se hubieran producido en el fondo público porque Colpensiones solo puede invertir en dineros públicos en fondos públicos en bonos del tesoro nacional en bono soberano y por consiguiente está muy limitado porque son fondos muy conservadores y es un fondo muy conservador precisamente porque es del Estado es una seguridad correlativamente un menor ingreso o rendimiento, por esta misma razón, no puede ordenarse sin caer en injusticia o inequidad a que se devuelva o traslade de una parte los rendimientos pero que también se traslade los gastos de administración por haber administrado eficientemente esa cuentas de ahorro individual ya que si desconocemos los efectos

ocurridos en el mundo fenomenológico tendría que imaginar que no existieron cuentas de ahorro y tampoco rendimientos de las mismas.

De igual manera si se hace una lectura del Decreto 2555 de 2010, contrario a como siempre se ha concebido los gastos de administración, tiene una destinación específica en exactamente 11 gastos, de los cuales 1 es para garantizar la defensa judicial del fondo, otro es para la compra de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los otros 9 son destinados únicamente para realizar las inversiones que realizan los fondos privados, que generan la rendimientos que son depositados diariamente en las cuentas de ahorro individual de los afiliados. De modo también, que dichos gastos nunca hacen parte del PyG de los fondos de pensiones.

Adicionalmente, el Decreto 2555 de 2010 señala que el manejo de estos recursos son vigilados por la Superfinanciera, e incluso los fondos de pensiones de las utilidades que reciben como sociedad (es decir lo que si reportan dentro del PyG), deben crear reservas que garanticen la rentabilidad mínima mediante el mecanismo creado por este Decreto y que periódicamente señala la Superfinanciera; y si los fondos de pensiones, no garantizan la rentabilidad mínima, deben incluso sus socios responder con su propio patrimonio. Por lo que entonces, la norma y el órgano de vigilancia y control, prevén mecanismos suficientes para que los fondos hagan un buen uso de esos gastos de administración.

5.3. INDEXACIÓN DE LAS CONDENAS IMPUESTAS.

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

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

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

En este orden de ideas y teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFPS, está la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro

individual de cada uno de sus afiliados, es incompatible y excluyente En ordenar la indexación, pues los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante no se han visto afectados por la inflación, por el contrario, han generado rendimientos muy superiores a los que garantiza el RPMPD.

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

5.4. DEVOLUCIÓN DE LAS PRIMAS DE SEGUROS

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

Un argumento de la mayor relevancia para no acceder a las pretensiones de la parte demandante, es lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, al estudiar la exequibilidad de la Ley 797 de 2003, en cuanto a que *“(...) el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidos en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizaciones.”*

1. CON RESPECTO A LOS RENDIMIENTO FINANCIEROS Y CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN.

En el evento de considerar que “la falta al deber de información” constituye una causal estructural para que el traslado de régimen pensional no produzca efectos jurídicos, en aplicación del principio de la congruencia de los fallos judiciales, no se puede ordenar la devolución de los rendimientos financieros que los aportes de la parte demandante produjeron en el RAIS por cuanto no se alegó ni menos probó la mala fe de mi presentada, por lo que solo se deberá trasladar de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS SA. a trasladar a COLPENSIONES los rendimientos equivalentes del RISS (tasa anual efectiva de la rentabilidad acumulada de las reservas pensionales de Vejez, Invalidez y Sobrevivencia administradas por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

Si, por el contrario, la decisión del Tribunal es que se debe reintegrar la totalidad de los rendimientos, comedidamente solicitamos AUTORIZAR a **COLFONDOS S.A.**, a descontar de tal concepto las restituciones mutuas a que haya lugar, como quiera que la AFP realizó una gestión a favor del afiliado que le generó los referidos rendimientos, representados en:

- i) El reintegro del porcentaje equivalente al 3% de la cotización mensual realizada al Sistema General de Pensiones por concepto de los gastos de administración (artículo 20 de la Ley 797 de 2003), durante el periodo en el que el afiliado estuvo vinculado a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**
- ii) A pagar el valor que corresponda al costo de tener una persona afiliada a la AFP y generar los rendimientos obtenidos.

Al declarar la ineficacia del traslado pensional, el valor a trasladar correspondería a los intereses que la persona hubiese obtenido en el régimen de prima media, esto es, *el monto de los aportes + rentabilidad RISS (Colpensiones)*, por cuanto de acuerdo con el precedente judicial, la ineficacia implica retrotraer las cosas a su estado anterior como si nunca hubiese existido y, en aplicación del principio de inescindibilidad de las normas, la condena debería guardar consonancia con este principio.

Ahora, de condenarse a trasladar los aportes con los rendimientos del RAIS, esto es, *el monto de los aportes + rentabilidad Multifondos (RAIS)*, debe aplicarse la figura de las restituciones mutuas, para que, en este asunto a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**, no se le condene a devolver los gastos de administración y de seguros.

2. CON RESPECTO A LAS PRIMAS DE SEGURO PREVISIONAL

De conformidad con los artículos 70 y 77 mi representado ha estado pagando durante 29 años el seguro que financia las pensiones de invalidez y sobrevivientes. En ese sentido la parte demandante hoy en día está siendo protegido por lo que precisamente esas primas están cumpliendo su objetivo el cual es proteger los riesgos y siniestros de la parte demandante en el caso de una invalidez o muerte y a favor de sus beneficiarios. Por lo que se considera un injusto que se ordene la devolución de un concepto que se está pagando de buena fe bajo un contrato, un acto jurídico válido y que están protegiendo a los afiliados aun hasta el momento anterior en que se encuentre ejecutoriada una sentencia condenatoria.

Es necesario indicar que dicha devolución no modifica de manera alguna o perjudica las semanas que se trasladen a COLPENSIONES pues estas solo tienen en cuenta SALARIO y PERIODO cotizado.

Igualmente, de acuerdo al artículo 151 se trata de conceptos de tracto sucesivo que se han causado con la periodicidad que impone la ley, por tanto, aquellos que no se reclamaron dentro de los tres años siguientes a su causación, se encuentran prescritos.

Aplicación indebida de las restituciones mutuas SL2877-2020

“En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia. Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el Juez en cada caso en particular.”

En consecuencia, atendiendo los argumentos brevemente esgrimidos, solicito respetuosamente se abstenga de condenar a mi defendido al pago de **LAS PRIMAS DE SEGURO PREVISIONAL**, y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

En los alegatos de COLPENSIONES, se solicita que se confirme la sentencia de primera instancia en cuanto a la absolución en costas y agencias en derecho a esta entidad.

5. PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER:

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

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

6. CONSIDERACIONES:

De conformidad con lo dispuesto el art. 14 de la Ley 1149 de 2007 además de resolverse la apelación de COLFONDOS 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 afiliado al régimen pensional de prima media administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, según historia laboral que reposa a folio 81 y 82 del expediente (02Demanda), se afilió a la administradora del RAIS COLFONDOS S.A. el 28 de mayo del 1999, como se anota del formulario de afiliación a dicho fondo que reposa a folio 46 del archivo (09ContestaciónColfondos) con efectividad al 1° de julio de 1999 como se advierte del certificado de SIAFP que milita a folio 21 (09ContestaciónColfondos).

De otra parte, en este caso, si bien la demandante no es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por no contar para el 1° de abril de 1994 con 35 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la

AFP COLFONDOS S.A. en el año 1996 estuviera en la obligación de suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; sobre todo **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué dependería su monto en el RAIS.**

Sobre el deber de información antes citado, en el interrogatorio de parte que fue absuelto por la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:19:15 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento (15Audienciaconcentrada), no confiesa que la AFP COLFONDOS S.A. le hubiere brindado toda la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su afiliación al RAIS, pues no manifiesta que se le haya ilustrado sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como lo son las características de uno y otro régimen pensional, los requisitos para acceder a las prestaciones económicas en cada uno de ellos, la forma de liquidación de la mesada pensional en cada régimen, la oportunidad de trasladarse entre regímenes y entre administradoras y los términos para ello, entre otros aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente, contrario a lo apelado por la apoderada de COLFONDOS 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 el *a quo*, en principio, se encuentra acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sin embargo no existe la debida precisión de los dineros a transferir, pues el juez no hizo mención al porcentaje del reaseguro Fogafín durante el tiempo que legalmente se haya descontó de la cotización, por lo que se precisa en esta instancia, que COLFONDOS S.A., debe devolver a Colpensiones la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro pensional de la actora, es decir las cotizaciones allí depositadas con sus rendimientos o intereses, así como indexados, los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín durante el tiempo que legalmente se haya descontó de la cotización, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole, pues contrario a lo alegado por la apoderada de COLFONDOS S.A. en su recurso de alzada, al declararse la ineficacia del acto de traslado, **ningún efecto jurídico puede derivarse de este** y por tanto, deben reintegrarse a COLPENSIONES, la totalidad de las sumas que hubiese recibido la AFP demandada como cotización de la demandante, como lo ha señalado de manera reiterada la S CL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

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

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

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

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

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

“Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuando le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

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, que dichas sumas queden por fuera de las restituciones, de un lado, porque se trata de rubros que pertenecen al régimen de prima media con prestación definida, y por ello son

necesarios para su funcionamiento, y por otro, porque es la indebida actuación por parte de la AFP demandada, al no proveer la información clara, completa y comprensible a través de sus asesores, que tiene como consecuencia, además del hecho de generar la declaratoria de ineficacia, que deban asumir de su patrimonio los perjuicios que se ocasionen a los afiliados y las sumas sufragadas a terceros, como lo son las aseguradoras previsionales, ello con base en los artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

Ahora, respecto de la indexación del porcentaje de la referida cuota de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, contrario a lo manifestado por la apoderada de COLFONDOS S.A. en su recurso y alegatos, 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 COLFONDOS S.A. o gastados para los pagos de las primas, y por ello debe ser devuelto indexado.

En cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN formulada por las demandadas al dar respuesta a la demanda, se tiene que, bajo la óptica jurisprudencial de la ineficacia del traslado de régimen introducido por la SCL de la CSJ, al concluirse que el acto jurídico de traslado de régimen nunca nació a la vida jurídica, no es procedente aplicar la prescripción, conforme puntualmente lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL1689-2019, proferida el 8 de mayo de 2019.

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

COSTAS en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A. por haber sido vencida en su 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 8 de agosto de 2023 proferida por el JUZGADO DIECINUEVE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **LUZ ADÍELA GÓMEZ ZULUAGA** contra **COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A.** PRECISÁNDOLA en el sentido de que COLFONDOS S.A., debe devolver a COLPENSIONES la totalidad de los aportes pensionales o cotizaciones que recibió con motivo de la afiliación de la actora, sin descuento de ninguna índole, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, con sus intereses o rendimientos, indexando el porcentaje de la cotización que no fue consignado en la cuenta de ahorro pensional de la demandante.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A. Las agencias en derecho, las estima el ponente en la suma de \$1.160.000.

La anterior sentencia se notifica a las partes en EDICTO.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

No siendo otro el objeto de esta diligencia se declara culminada, y se firma por quienes en ella han intervenido, los magistrados,

Firmado Por:

Francisco Arango Torres
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jaime Alberto Aristizabal Gomez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

John Jairo Acosta Perez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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: **bd5677579404bff4ddb7544107f227e5c9497a798389c8e3b08375ad5ffd1bc2**

Documento generado en 10/11/2023 03:09:00 PM

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