

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### SALA DE DECISIÓN LABORAL

El primero (01) de diciembre de dos mil veintitres (2023), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, procede a proferir sentencia de segunda instancia, en el presente proceso ordinario laboral promovido por el señor **OCTAVIO ANDRÉS MARÍN CORREA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y las sociedades **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** (en adelante COLFONDOS S.A.) y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.), tramitado bajo el radicado No. **05001-31-05-016-2022-00089-02**.

### 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 GOMEZ MEZA Y ABOGADOS S.A.S. quien represente judicialmente los intereses de COLFONDOS S.A. en este proceso, se procede a reconocer personería al abogado ANDRÉS FELIPE RÍOS GARCÍA portador de la T.P. 331.945 del C. S. de la Judicatura, para que represente a COLFONDOS S.A. en este proceso como apoderado sustituto.

Igualmente conforme a escritura pública, allegada vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por parte de la sociedad GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S. quien represente judicialmente los intereses de PORVENIR S.A. en este proceso, se procede a reconocer personería a la abogada JULIANA ARAQUE QUIROZ portadora de la T.P. 293.693 del C. S. de la Judicatura, para que represente a PORVENIR 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:

El 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 el actor, que se encontraba afiliado en el ISS hoy COLPENSIONES desde el 19 de febrero de 1986 hasta octubre de 1994, fecha en la cual se traslado al RAIS por medio de la AFP COLPATRIA, trasladándose posteriormente en diciembre de 1997 a PORVENIR S.A.

Expone que antes de cumplir los 10 años para tener derecho a su pensión no recibió la doble asesoría conforme a lo establecido en la Ley, ni recibió información necesaria para el traslado, pues no recibió un buen consejo para optar cual régimen de pensiones que le era más conveniente, pues ninguna de las AFP le brindaron una información clara, oportuna y veraz sobre las ventajas y desventajas de permanecer en el fondo privado.

Manifiesta que elevó derecho de petición a COLPENSIONES solicitando el traslado de régimen, a lo cual dicha entidad responde que no es procedente dar trámite a su solicitud, por cuanto se encuentra a 10 años o menos de la edad para tener derecho a la pensión.

## 2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La oficina judicial de primera instancia, despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado del demandante al RAIS y su reactivación de la afiliación al RPM sin solución de continuidad, ordenando a COLFONDOS S.A. y a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES además de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante, el porcentaje correspondiente a gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos desde la fecha de traslado al RAIS, dichos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC y aportes, en el término de 30 días siguiente a la ejecutoria de la providencia.

Así mismo ordenó a COLPENSIONES, reactivar la afiliación del demandante y recibir todos los dineros que sean trasladados de COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. autorizando a COLPENSIONES a realizar un cálculo de equivalencia de los dineros recibidos desde el RAIS, de forma tal que no le genere perjuicio alguno recibir al 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 inconvenientes de uno y otro régimen, y la inversión de la carga de la prueba de la información brindada en cabeza de la AFP.

Luego, señaló que en el proceso no se probó por parte de COLFONDOS S.A., que, al momento de la afiliación del demandante, haya cumplido con el deber legal de otorgar explicación integral sobre la regulación de los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado.

Indicó con relación a la devolución de las cuotas de administración, seguros previsionales y fondo de garantía de pensión mínima, que, conforme a la jurisprudencia pacífica de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, dichas sumas deben ser devueltas a Colpensiones por parte de la AFP demandada, quienes deben asumir con cargo a sus propios recursos dicha devolución, a título de deterioro del bien administrado.

Se abstuvo de resolver las excepciones propuestas por COLPENSIONES, toda vez que no participó en el acto jurídico que se declara ineficaz, respecto de las excepciones propuestas por COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. se declaran no probadas.

Finalmente condenó en costas a COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. en favor del demandante.

### **3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:**

La sentencia fue apelada por las apoderadas de COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.

#### **APELACIÓN COLFONDOS S.A.**

La apoderada de COLFONDOS S.A. apela la sentencia, solicitándole al Tribunal revoque las condenas impuestas a esta AFP de devolver los gastos de administración y seguros previsionales debidamente indexados. Indica que en cuanto a los seguros previsionales, comisiones y demás emolumentos descontados al demandante se realizaron en virtud de lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por lo que no es dable que COLFONDOS S.A. retorne dichos conceptos teniendo en cuenta que al generarse la afiliación con COLFONDOS S.A. se contraen unas obligaciones, como los gastos de administración y el pago de la prima para los seguros de invalidez y sobrevivientes que traen consigo una obligación doble, una es administrar la cuenta de ahorro individual del afiliado y otra es garantizar una rentabilidad mínima de la cual gozó el demandante durante el tiempo de permanencia en la AFP, y en caso de cumplirse los requisitos de pensión de sobrevivencia o de invalidez se pueda financiar esa prestación al afiliado o a sus beneficiarios.

Arguye que si bien las pretensiones de la demanda giran en torno a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, y que la Corte Suprema de Justicia ha doctrinado que la consecuencia de esta es que las cosas vuelvan a su estado natural, lo cierto es que también corresponde al juez hacer una valoración de ponderación en cuanto a las restituciones mutuas y la buena fe que ha presentado COLFONDOS S.A., actuando de buena fe durante toda la relación contractual con el demandante, administrando de forma correcta la cuenta de ahorro individual, por lo que se generaron los rendimientos que hoy posee el demandante, conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, En cuanto a los seguros de invalidez y sobrevivencia indica que COLFONDOS S.A. no lo debe asumir por cuanto la causa del aseguramiento es permanente y estuvo cubierto durante el tiempo de afiliación, además parte del porcentaje ya fue pagado a la aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez y muerte del actor y por lo tanto nunca se han encontrado en las arcas de la AFP, teniendo en cuenta que se pagaron a un tercero, adicional si bien es cierto que las cosas deben volver a su estado natural, lo cierto es que COLFONDOS S.A. cumplió con el deber legal que le asistía de tenerlo asegurado.

Manifiesta que en cuanto a la condena de que COLPENSIONES realice un cálculo a equivalencia, se le estaría condenando a COLFONDOS S.A. que en caso de que presente alguna diferencia sea este, quien responda por ello, por lo que se le estaría causando un perjuicio económico a COLFONDOS S.A. máxime que en el presente fallo se puede observar que en la parte resolutive se está ordenando a los fondos demandados devolver el 100% de la cotización, eso quiere decir que no habría ninguna

diferencia teniendo en cuenta que sería el mismo aporte que hubiese realizado el demandante si estuviera afiliado al RPM.

Finalmente indicó que no se podría hablar de una indexación de los dineros en el momento del traslado teniendo en cuenta que se estaría causando perjuicios, toda vez que dichas indexaciones van encaminadas directamente hacia el reconocimiento de una prestación económica en el momento en que tenga derecho a extraerlo al valor futuro, por todo lo anterior solicita al Tribunal Superior de Medellín revocar las condenas apeladas.

### **APELACIÓN DE PORVENIR S.A.**

La apoderada de PORVENIR S.A. apeló la sentencia, solicitándole al Tribunal, absolver a su representada de todas las pretensiones a que fue condenada, argumentando que la afiliación del demandante al RAIS en el traslado horizontal a COLPATRIA en el año 1994, estuvo precedido de una asesoría clara, expresa, completa, veras y oportuna sobre la información pertinente y necesaria. Asimismo en el presente caso no se dan los supuestos necesarios para declarar la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS y por el contrario se evidencia que el accionante durante el tiempo de vinculación tuvo las posibilidades de conocer las características y condiciones, respecto de este punto debe destacarse especialmente la decisión voluntaria de trasladarse entre administradoras pero siempre del RAIS lo que muestra un fehaciente querer de permanecer en este régimen lo que sin duda equivale a una revalidación de su intereses de estar bajo estas reglas; y si bien es cierto que existe una línea jurisprudencial, ha indicado la Corte que solo puede aplicar de manera diferenciada según puestos de hechos de los que se exigen una similar similitud que en el presente caso no se da, como quiera que el afiliado de manera libre, voluntaria e informada realizó su traslado horizontal, los términos tan rigurosos por los que dice reprocha a la AFP solo fueron expuestos posteriormente y las declaraciones y condenas en su contra solo desconocen el principio de irretroactividad y seguridad jurídica.

Aduce que el demandante afirma en el interrogatorio, que le informaron que su dinero iría a una cuenta de ahorro individual, que se generarían rendimientos, incluso habló de una característica especial del RAIS como es la posibilidad de pensionarse anticipadamente, asimismo se recuerda que para la data de afiliación no existía la obligación de informar sobre beneficios puntuales y sobre el monto de las mesadas, como tampoco se podía exigir a los fondos el deber de asesoría u buen consejo, pues

estas cargas fueron impuestas hasta la expedición del Decreto 2555 del 2010, la Ley 1748 de 2014, Decreto 2071 de 2015, en todo caso la única motivación para declarar está en eficacia se deriva del moto de la mesa, factor que primero no es suficiente para alegar la falta de información y en segundo no es suficiente para ser considerado como un elemento que vicie la voluntad del actor, en tanto que las prestaciones que se reconocen en uno y otro régimen no son comparables, máxime teniendo en cuenta que la manera de financiar la pensión de vejez es sustancialmente diferente.

Por otra parte, las sumas correspondientes a los gastos de administración contenidas en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, no deben de ser trasladadas ya que durante el periodo de la afiliación la AFP cumplió con la finalidad pensional del afiliado aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte que fueron debidamente invertidas en la forma como lo exige la Ley. La Superfinanciera ha indicado, que en estos casos se deben respetar las restituciones mutuas, no se debe ordenar el traslado de las primas de seguros, ni la devolución de las cosas de administración y también debe indicarse que conforme a lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil será necesario autorizar el descuento de las restituciones mutuas a que haya lugar, independiente del motivo que da lugar a la ineficacia, al fondo se le deben reconocer los gastos de administración que ha hecho a favor del afiliado para generarle a este unos rendimiento financieros y debe reconocerse que la AFP administró unos recursos ostensiblemente aumentados y tiene derecho a la compensación económica y no un traslado plano de los recursos hacia COLPENSIONES.

Arguye que no ordenar la aplicación de las restituciones mutuas, ni compensaciones económicas, conlleva a un enriquecimiento sin justa causa a favor del RPM, en lo que respecta a la condena de devolver conjuntamente rendimientos y gastos de administración y teniendo en cuenta lo expresó por la Corte Suprema de Justicia esto es que la consecuencia de aplicar la ineficacia es que el negocio no se ha celebrado jamás, por lo que no se tendrían que devolver los frutos dados por la administración de los recursos del demandante por parte de PORVENIR S.A., asimismo no es posible adicionar a la condenada una indexación de los valores ordenados a trasladar ya que tienen el detrimento que sufre el valor, pues se ve recompensado con los rendimientos por lo que también se estaría imponiendo una condena doble en contra de PORVENIR S.A.

Finalmente solicita al Tribunal, absolver a PORVENIR S.A. de la condena en costas, teniendo en cuenta que siempre ha actuado conforme a la buena fe y en cumplimiento

de las disposiciones legales para la época, añadiendo que no fue la AFP responsable de dar origen al traslado inicial hacia el RAIS.

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

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES allegaron escritos de alegaciones, en los que se señala resumidamente lo siguiente.

##### **ALEGATOS DE COLFONDOS S.A.**

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 párrafo 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, como quiera que 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. PENSIONES Y CESANTÍAS.**, 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

El señor **OCTAVIO ANDRES MARÍN CORREA**, 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 en este caso, para cuando sucedió la afiliación de la parte demandante pues hacerlo, claramente constituye una violación al debido proceso y a la confianza legítima de mí representada, en tanto que actuó amparada por lo señalado en la Ley 100 de 1993, los decretos reglamentarios y en las disposiciones del órgano de vigilancia.

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.

#### 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 lleva un largo tiempo, y mientras la afiliación permaneció vigente, la realidad es que ello produjo efectos jurídicos validos 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 habrían 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 el tiempo en que el demandante ha estado afiliado al fondo a quien represento.

### **5.3. INDEXACIÓN DE LAS CONDENAS IMPUESTAS.**

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. PENSIONES Y CESANTÍA**, 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.

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 PORVENIR S.A.**

#### **1. Declaratoria de la Ineficacia de la afiliación al RAIS.**

En este punto se debe anotar que, no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, pues la decisión de la parte actora se

realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza, y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley para la fecha de afiliación al RAIS, como se expone a continuación:

- 1.1. 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.
- 1.2. 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, de lo cual solamente es posible concluir que siempre mantuvo un interés en mantenerse vinculado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.
- 1.3. Por otro lado, a razón de los hechos narrados en la demanda, y de lo sucedido en la audiencia de primera instancia, se logra inferir que la motivación de la parte actora para iniciar este proceso es el carácter económico de la mesada pensional. 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 suponer, 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.
- 1.4. 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.

- 1.5. 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 SL 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.
- 1.6. 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.
- 1.7. 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.

**2. Los valores recibidos con motivo de la afiliación, y especialmente el porcentaje correspondiente a gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos desde la fecha de traslado al RAIS.**

Teniendo en cuenta lo argumentado en el aparte anterior y a la validez de la afiliación, consideramos que, la presente condena de traslado a Colpensiones de los valores recibidos con ocasión a la afiliación de la parte demandante consecencialmente debe ser revocada.

Ahora bien, si se decidiera por parte del Honorable Tribunal dejar en firme la ineficacia de la afiliación, se solicita que no se condene al traslado de los



porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, y no incluir las cuotas de administración, y seguros previsionales, pues:

- 2.1. 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 las cuentas 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 del afiliado 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 al afiliado.

- 2.2. 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 o restituir un bien, en este caso una suma de dinero depositada, sumas que invirtió para el mantenimiento de dicho bien e incrementarlo.
- 2.3. 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 parte del 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.

- 2.4. 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.

### **3. CONDENA EN COSTAS**

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 del RPM al RAIS y buscando siempre el beneficio de la parte demandante, por lo que la condena en costas no es procedente ante la ausencia de mala fe de mi representada.

### **ALEGATOS DE COLPENSIONES:**

De acuerdo como lo ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, se establecen reglas tales como que 1) las manifestaciones del afiliado en lo atinente a no haber recibido información constituyen negaciones indefinidas, 2) lo que conlleva a que se desplace la carga probatoria hacia los fondos privados, a quienes se les exige la satisfacción de su deber legal en los términos del artículo 1604 de CC, 3) fija unas etapas dependiendo de la época, en la cual se establece el contenido mínimo y alcance del deber de información, y por último, 4) reduce el valor del formulario de afiliación, aseverando que no es prueba suficiente y que a lo sumo lo que se demuestra es un consentimiento pero no informado.

### **Sobre periodos mínimos de carencia y sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones.**

La ley 100 E 1993, en su artículo 13, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, dispone sobre la libertad de elección de regímenes por parte de quienes deben ser afiliados al sistema general de pensiones, delimitando como parte de las características que “b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en

cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.” a la par que del literal e del mismo artículo se desprende que “... Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez ...”

En síntesis, el traslado entre regímenes pensionales encontrándose el afiliado a diez años o menos de la edad mínima pensional, sólo se encuentra autorizado para los beneficiarios del régimen de transición, que accedieron a este por medio del tiempo de servicio o cotizaciones (Corte Constitucional, sentencias C-789 de 2002, SU- 062 de 2010 y SU – 130 de 2013), por lo que la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional de un contingente de personas con características diferentes a las dispuestas por la Corte Constitucional, pone en peligro la sostenibilidad financiera del sistema, a la par que pondría en riesgo el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados (Arts. 48 y 334 de la Constitución Política de Colombia; exposición de motivos del Proyecto de Ley 56 de 2002

Por último, en el evento en que la judicatura opte por acceder a las pretensiones de la demanda, comedidamente solicito que se ordene a la Administradora de Fondo de pensiones y Cesantías, para que, a favor de Colpensiones, realice la devolución integral de las cotizaciones efectuadas por la parte demandante durante la permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, precisando un término perentorio para para el reintegro de los recursos.

## **5. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:**

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

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

## 6. CONSIDERACIONES:

De conformidad con lo dispuesto el art. 14 de la Ley 1149 de 2007 además de resolverse la apelación de COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., se consultará la sentencia en favor de COLPENSIONES por haberle resultado adversa, por lo que, la legalidad del fallo será estudiada en su integridad.

Primeramente, es necesario manifestar que el traslado o afiliación a los distintos regímenes pensionales la establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, disponiéndose además en los Arts. 60 y 114 de esta ley, como en los arts. 10, 12 y 15 del Decreto 720 de 1994 vigente para la época del traslado 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 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 las afiliadas o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. primeramente, con un deber de información necesaria (en vigencia del decreto 663 de 1993), luego de asesoría y buen consejo (en vigencia de la Ley 1328 de 2009 y el decreto 2241 de 2010),

y finalmente de doble asesoría (en vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015)

2. La simple constancia del consentimiento informado vertido en el formulario de afiliación, es insuficiente para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acredita un consentimiento, pero no que haya sido informado.
3. La carga de la prueba de demostrar que el afiliado recibió la información debida, veraz y suficiente cuando se afilió, le corresponde a la AFP.
4. El precedente de la CSJ en torno a la ineficacia del traslado no aplica sólo a los casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional, o contar con una expectativa pensional o derecho a la transición del art. 36 de la ley 100 de 1993, sino en todos los casos de incumplimiento del deber de información.

En el presente asunto, está probado, que el accionante, estando afiliado al régimen pensional de prima media administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, según historia laboral que reposa a folio 8 y 9 del expediente (05AnexosDemanda), se afilió a la administradora del RAIS COLFONDOS S.A. el 12 de abril de 1994, con efectividad al 1° de mayo de 1994 como se advierte del certificado de SIAFP que milita a folio 01 (018AnexosContestaciónDemandaPorvenir), posteriormente se trasladó a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. el 19 de octubre de 1994, como se anota del formulario de afiliación a dicho fondo que reposa a folio 03 del archivo (018AnexosContestaciónDemandaPorvenir), con efectividad al 1 de noviembre del 1994 como se advierte del certificado de SIAFP que reposa en la página 1 (018AnexosContestaciónDemandaPorvenir), trasladándose a HORIZONTE el 20 de agosto del 2000, con efectividad al 29 de agosto del 2000 como se advierte del certificado de SIAFP obrante a folio 1 del archivo (018AnexosContestaciónDemandaPorvenir), trasladándose finalmente a PORVENIR S.A. el 1° de enero del 2014, como se anota del formulario de afiliación a dicho fondo que reposa a folio 04 del archivo (018AnexosContestaciónDemandaPorvenir), con efectividad al 1° de enero del 2014 (018AnexosContestaciónDemandaPorvenir).

De otra parte, en este caso, si bien el demandante no es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por no contar para el 1° de abril de 1994 con 40 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que COLFONDOS S.A. en el año 1994 estuviera en la obligación de suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada

régimen pensional; sobre todo **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué dependería su monto en el RAIS.**

Sobre el deber de información antes citado, en el interrogatorio de parte que fue absuelto por el demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:17:00 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento (032grabación audiencia completa), 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, entre otros aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

Ahora, conforme lo ha señalado de vieja data la SCL de la CSJ, para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción pre impresa sobre que el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que el traslado se realizó con pleno conocimiento informado, lo cual no probó la AFP COLFONDOS S.A., siendo su carga como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada, por lo que habrá de confirmarse en esta instancia la decisión de la *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por el demandante en el año 1994 cuando se trasladó del RPM administrado por el extinto ISS a la AFP 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 PORVENIR S.A., debe devolver a Colpensiones la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro pensional del actor, 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.

Asimismo COLFONDOS S.A., deberá reintegrar a COLPENSIONES indexado los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín durante el tiempo que legalmente se haya descontado de la cotización, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, pues contrario a lo alegado por las apoderadas de COLFONDOS S.A. y PORVENIR 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 las AFP demandadas como cotización del demandante, como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

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).

Así lo dispone el art. 1746 del C.C., según el cual, “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, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019, en la que precisó:

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

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

“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 la actora 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.”

Asimismo, 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 ninguna suma quede 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, al no proveer la información clara, completa y comprensible a través de sus asesores, la que acarrea como consecuencia, además del hecho de generar la declaratoria de ineficacia, que deba asumir con su patrimonio los perjuicios que se ocasionen a los afiliadas 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 las apoderadas de COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. en su recurso, esta Sala considera que es procedente, por cuanto este porcentaje de las cotizaciones no fue abonadas a la cuenta de ahorro pensional del demandante, por lo que no devengaron los rendimientos o intereses pues fueron apropiados por dichas AFP'S o gastados para los pagos de las primas, y por ello debe ser devuelto indexado.

De otra parte, en lo concerniente a la autorizando del *a quo* a COLPENSIONES a realizar un cálculo de equivalencia de los dineros recibidos desde el RAIS, de forma tal que no le genere perjuicio alguno recibir al demandante, aspecto apelado por COLFONDOS S.A., considera la Sala, que le aiste razón a este AFP en su oposición a tal decisión, pues la misma es imprecisa y se gobernaría por el subjetivismo de COLPENSIONES, lo que vulnera el principio de proferir sentencias en concreto y de otra parte, la jurisprudencia de la CSJ, lo que tiene establecido es que lo que deben devolver los fondos privados de pensiones ante la declaratoria de ineficacia, es todos los dineros recibidos como cotización por cuenta de la afición al RAIS, por lo que la referida decisión del *a quo* será revocada.



En cuanto a la teoría de los actos de relacionamiento, alegados por PORVENIR S.A. referentes al traslado del actor entre distintas AFP del RAIS, que denotarían su voluntad de pertenecer al RAIS, ha de tenerse en cuenta que la Corte en su Sala permanente ha indicado que tales actos de relacionamiento, no pueden ser fundamento para negar la ineficacia del traslado de régimen pensional, pues la falta al deber de asesoría se debe estudiar al momento de traslado y no en relación con actos posteriores a este.

Al respecto esto, precisó la SCL de la CSJ en la Sentencia SL5686-2021:

*“Ahora, en este punto la Corte no pasa inadvertido que el Tribunal concluyó que el traslado fue voluntario pues la actora se afilió a otras administradoras del mismo régimen pensional, lo cual respalda Colpensiones bajo la teoría de los actos de relacionamiento que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer en el RAIS y, a su vez, la recurrente critica al indicar que el estudio de la acción de ineficacia debe centrarse simplemente en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial, sin que la afiliación misma suponga que ello se acató.*

*Pues bien, la postura del Tribunal es contraria a la que ha adocinado la Corte en su jurisprudencia, que sobre este punto tiene un carácter consolidado y reiterado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021). En estas providencias se ha señalado claramente que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras privadas de este esquema.”*

Respecto a la oposición de PORVENIR S.A. a la condena en costas que se le impuso, se ha de manifestar que si bien es cierto el artículo 365 del Código General del Proceso ratificó el criterio objetivo en cuanto ordena que en los procesos y en las actuaciones posteriores en que haya controversia, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto, entre otros casos, lo cierto es que no fue el actuar de PORVENIR S.A. el que genera la declaratoria de ineficacia del traslado, de régimen pensional, pus conforme a la jurisprudencia de la CSJ, lo que genera la ineficacia, es la omisión en la asesoría en la primera afiliación al RAIS, que en este caso, se produjo a través de la AFP COLFONDOS S.A., por lo que a juicio de la Sala, PORVENIR S.A., no debe asumir las costas del procesales, por lo que se revocará la condena que le fue impuesta a las mismas, para en su lugar abstenerse de imponerle costas.

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

establecida en el artículo 48 de la Constitución Política, puesto que se pone en riesgo la capitalización del sistema y la intangibilidad de los recursos públicos, debido a que es inminente el deber de reconocimiento pensional al afiliado, ante el regreso de este al régimen público, toda vez que la administradora pensional, además, deberá reconocer un subsidio que no se encontraba dentro de sus proyecciones, situación que produce un desequilibrio en el sistema pensional, con perjuicios para Colpensiones.

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

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

Finalmente, respecto de la excepción de prescripción formulada por las demandadas al dar respuesta a la demanda, para esta Sala, 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 SCL de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL1689-2019.

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

Sin costas en esta instancia, por haber prosperado parcialmente el recurso de apelacion de COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.

## **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:** **REVOCAR** la sentencia del 15 de mayo del 2023 proferida por el JUZGADO DIECISEIS LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **OCTAVIO ANDRÉS MARÍN CORREA** contra **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.**, en cuanto autorizó a COLPENSIONES a realizar un cálculo de equivalencia de los dineros recibidos desde el RAIS, de forma tal que no le genere perjuicio alguno recibir al demandante, para en su lugar abstenerse de imponer tal condena.

Igualmente se REVOCA el fallo de primera instancia, en lo relativo a la condena en costas que se le impuso a PORVENIR S.A., para en su lugar, abstenerse de imponerle costas a esta AFP.

En lo demás se CONFIRMA la sentencia de primera instancia, 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 del actor, 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 del demandante.

Asimismo, PORVENIR S.A. debe devolver a COLPENSIONES la totalidad de las cotizaciones que recibió con motivo de la afiliación del actor, 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 del demandante.

**SEGUNDO:** 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: **500a4f744d2825395eb1cd28f30028baee22790a70aab922814d65131860b506**

Documento generado en 01/12/2023 03:46:54 PM

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