

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BUGA**



SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

***REFERENCIA: RECURSOS DE APELACIÓN Y CONSULTA EN SENTENCIA PROFERIDA EN PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE MARÍA MARGARITA ROMAN RODAS VS LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-
Radicación: 76-001-31-05-003-2020-00360-01***

A los veintisiete (27) días del mes de junio del año dos mil veintitrés (2023), se congrega la Sala Cuarta de Decisión Laboral, con el fin de dictar sentencia escrita; en atención a Descongestión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali; en la que se resuelve el recurso de apelación, y el grado jurisdiccional de consulta, que obran frente a la sentencia de primera instancia; de conformidad con lo dispuesto en la Ley 2213 de 2022.

**SENTENCIA No. 074
APROBADA EN SALA VIRTUAL No. 023**

ANTECEDENTES

Demanda

La señora MARÍA MARGARITA ROMAN RODAS, convocó a juicio a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, y a las ADMINISTRADORAS DE FONDOS Y PENSIONES PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A. pretendiendo se declare:

PRIMERO: Que se declare la NULIDAD ABSOLUTA del traslado efectuado a la señora MARIA MARGARITA ROMAN RODAS del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

SEGUNDO: Que se declare la NULIDAD ABSOLUTA del traslado efectuado a la señora MARIA MARGARITA ROMAN RODAS de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

TERCERO: Que se declare la NULIDAD ABSOLUTA del traslado efectuado a la señora MARIA MARGARITA ROMAN RODAS de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

CUARTO: Que se declare, como consecuencia de lo anterior, que la señora MARIA MARGARITA ROMAN RODAS siempre estuvo válidamente afiliada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, y que no se surtieron los efectos legales y jurídicos que implica el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

QUINTO: Que se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, representada legalmente por el Doctor JUAN MIGUEL VILLA LORA, o por quien haga sus veces, a reconocer y pagar a la señora MARIA MARGARITA ROMAN RODAS, la PENSIÓN DE VEJEZ, a partir del 1 de octubre de 2015, en cuantía de \$4.176.978, teniendo en cuenta para su liquidación el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años, calculando un IBL de \$4.641.087, y aplicando una tasa de reemplazo del 90%, en virtud de lo dispuesto en el Artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

SEXTO: Que se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, representada legalmente por el Doctor JUAN MIGUEL VILLA LORA, o por quien haga sus veces, a reconocer y pagar a la señora MARIA MARGARITA ROMAN RODAS, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, causados por la tardanza en el reconocimiento de la pensión deprecada.

SÉPTIMO: Que se condene SUBSIDIARIAMENTE a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, representada legalmente por el Doctor JUAN MIGUEL VILLA LORA, o por quien haga sus veces, a reconocer y pagar a la señora MARIA MARGARITA ROMAN RODAS, la indexación de las sumas reconocidas, que no sean sujeto del pago de intereses moratorios.

OCTAVO: Que en el evento de que las entidades demandadas se opongan al reconocimiento de las pretensiones, sean condenadas al pago de las costas procesales y las agencias en derecho.

NOVENO: Que se condene a las entidades demandadas, a pagar a mi poderdante todo derecho prestacional o pensional que llegare a probarse en el decurso del proceso, con base en las facultades extra y ultrapetita, que le asisten al Juzgador de Instancia.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

DÉCIMO: Que en el evento de no acceder a la pretensión del reconocimiento de la pensión de vejez, por parte de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, se condene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., representada legalmente por el Doctor MIGUEL LARGACHA MARTINEZ, o por quien haga sus veces, a reajustar el monto de la PENSIÓN DE VEJEZ, de la señora MARIA MARGARITA ROMAN RODAS, a partir del 1 de octubre de 2015, en cuantía de \$4.176.978, teniendo en cuenta para su liquidación el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años, calculando un IBL de \$4.641.087, y aplicando una tasa de reemplazo del 90%, en virtud de lo dispuesto en el Artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

UNDÉCIMO: Que se condene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., representada legalmente por el Doctor MIGUEL LARGACHA MARTINEZ, o por quien haga sus veces, a reconocer y pagar a la señora MARIA MARGARITA ROMAN RODAS, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, causados por la tardanza en el reconocimiento de mesadas pensionales.

DUODÉCIMO: Que se condene SUBSIDIARIAMENTE a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., representada legalmente por el Doctor MIGUEL LARGACHA MARTINEZ, o por quien haga sus veces, a reconocer y pagar a la señora MARIA MARGARITA ROMAN RODAS, la indexación de las sumas reconocidas, que no sean sujeto del pago de intereses moratorios.

Como sustento de sus pretensiones el mandatario judicial de la parte actora narró los siguientes hechos:

PRIMERO: Mi poderdante, la señora MARIA MARGARITA ROMAN RODAS, nació el 22 de mayo de 1952.

SEGUNDO: La señora MARIA MARGARITA ROMAN RODAS, inició sus cotizaciones para los riesgos de IVM ante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES de manera interrumpida y a través de diferentes empleadores, a partir del 26 de junio de 1985, logrando acumular un total de 232,14 semanas cotizadas.

TERCERO: Mi mandante, señora MARIA MARGARITA ROMAN RODAS, laboró al servicio del MUNICIPIO DE ARMENIA, durante el periodo comprendido entre el 21 de diciembre de 1987 y el 31 de diciembre de 1988, sin que se efectuaran aportes al sistema de seguridad social.

CUARTO: La señora MARIA MARGARITA ROMAN RODAS fue trasladada, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS -, administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a través del formulario de afiliación No. 229919 del 23 de julio de 1996.

QUINTO: Posteriormente, mi mandante fue trasladada a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., mediante formulario No. 502659 del 28 de abril del 2000.

SEXTO: Finalmente, la señora MARIA MARGARITA ROMAN RODAS, fue trasladada nuevamente de PROTECCIÓN a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a través del formulario No. 01847966 del 29 de abril de 2003.

SÉPTIMO: Dichos traslados no se surtieron en debida forma, pues la señora MARIA MARGARITA ROMAN RODAS, no recibió por parte de las administradoras de fondos de pensiones, la información que debe proveerse al momento de ser afiliada o trasladada de régimen pensional.

OCTAVO: La señora MARIA MARGARITA ROMAN RODAS no tuvo ninguna asesoría por parte de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., así como tampoco la recibió de parte de PROTECCIÓN, quienes no entregaron los cálculos o proyecciones respecto a su futuro pensional.

NOVENO: Mi mandante fue pensionada por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., bajo la modalidad de

retiro programado, a partir del 1 de septiembre de 2015, en cuantía de \$1'042.284.

DÉCIMO: La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a través de comunicación del 4 de mayo de 2016, notificó a mi mandante que su pensión seguiría siendo reconocida por la Aseguradora Seguros de Vida Alfa S.A., a partir del mes de mayo de 2016, bajo la modalidad de renta vitalicia, por cuanto se acercaba al salario mínimo legal mensual vigente.

UNDÉCIMO: Lo anterior, se encuentra generando una grave afectación económica a mi mandante, teniendo en cuenta que si la señora MARIA MARGARITA ROMAN RODAS, hubiera continuado afiliado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, su mesada pensional para el año 2015, habría sido de **\$4.176.978**, suma evidentemente superior a la calculada por el fondo privado.

DUODÉCIMO: De tal forma que si la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., hubiese entregado a mi mandante los cálculos matemáticos y proyecciones necesarias, tanto al momento de su traslado así como al solicitar el reconocimiento pensional, la señora MARIA MARGARITA ROMAN RODAS no habría firmado los respectivos formularios de afiliación y por consiguiente no se hubiese pensionado en el fondo privado.

DÉCIMO TERCERO: Con todo, los traslados de mi mandante a los fondos privados, no cumplieron con los requisitos previstos para ello, pues evidentemente no se acredita por parte de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ni de PROTECCIÓN, que el consentimiento de mi mandante hubiere sido, no solo libre y espontáneo, sino debidamente informado sobre las consecuencias adversas del cambio de régimen.

DÉCIMO CUARTO: La señora MARIA MARGARITA ROMAN RODAS, a través del suscrito, procedió a solicitar ante la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., así como a PROTECCIÓN, toda la información referente sus traslados, requiriendo además, copias de los formularios de afiliación, constancia de información del derecho de retractación, así como de los cálculos realizados a efectos de reconocer la prestación económica.

DÉCIMO QUINTO: La anterior solicitud fue contestada por parte de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, mediante comunicación del 17 de julio de 2020, a través de la cual indicó que no cuenta con documentos físicos que soporten la asesoría brindada así como tampoco los cálculos matemáticos o financieros entregados al momento de efectuarse el cambio de régimen.

DÉCIMO SEXTO: Por su parte, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., mediante comunicación del 15 de julio de 2020, indicó que la obligación de brindar asesoría, proyecciones, documentaciones, cálculos, comparativo de ventajas o desventajas de permanecer en el régimen de prima media o trasladarse al RAIS, solo rige a partir del 26 de diciembre de 2014.

DÉCIMO SÉPTIMO: De tal forma que, no existe prueba documental alguna tendiente a demostrar que a la señora MARIA MARGARITA ROMAN RODAS, se le hizo conocedora de las condiciones y consecuencias, tanto adversas como favorables, de trasladarse de régimen; razón por la que no puede tenerse por cumplida la obligación por parte de la, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ni de PROTECCIÓN.

DÉCIMO OCTAVO: Conforme lo anterior, el 4 de agosto de 2020, se radicó petición ante COLPENSIONES, solicitando la nulidad del traslado presentado por mi mandante al RAIS y en consecuencia, reconocimiento de la pensión de vejez, en su favor, así como los intereses moratorios correspondientes.

DÉCIMO NOVENO: En respuesta, COLPENSIONES, emitió el oficio No. BZ2020_7554270-1594438 del 6 de agosto de 2020, a través de la cual determinó que no es posible anular el traslado en consideración a que la señora MARIA MARGARITA ROMAN RODAS, se encuentra pensionada por la AFP PORVENIR S.A., por lo que no es posible activar ninguna afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

VIGÉSIMO: Así mismo, el 10 de agosto de 2020, se radicó petición ante la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., solicitando se declare la nulidad del traslado efectuado por mi mandante, al Régimen de Ahorro Individual.

VIGÉSIMO: Así mismo, el 10 de agosto de 2020, se radicó petición ante la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., solicitando se declare la nulidad del traslado efectuado por mi mandante, al Régimen de Ahorro Individual.

VIGÉSIMO PRIMERO: La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., dio respuesta a la petición No.0103802048675500, indicando que no es procedente declarar la nulidad del traslado, por cuanto dicha facultad se encuentra reservada exclusivamente a los Jueces de la República.

VIGÉSIMO SEGUNDO: La misma petición fue radicada el 10 de agosto de 2020, ante la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

VIGÉSIMO TERCERO: PROTECCIÓN, a través de comunicación del 21 de agosto de 2020, indicó no ser la autoridad competente para determinar vicios en el consentimiento y advirtió que corresponde únicamente a la justicia ordinaria, desvirtuar la presunción de validez de la afiliación presentada.

VIGÉSIMO CUARTO: Mi mandante cumplió sus 55 años de edad, el 22 de mayo de 2007 y logró acreditar más de 1000 semanas de cotización con anterioridad al 31 de julio de 2010, por lo que no se vio perjudicada con la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005.

Admisión de demanda

El asunto fue asignado por reparto al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, donde luego de revisar la demanda se profirió el auto No. 1926 del 16 de septiembre de 2020, en el que se dispuso devolver la demanda, por cuanto « *Con la demanda no se aporta ningún documento que permita evidenciar que conjuntamente se envió por medio electrónico traslado de ella y de sus anexos a la entidad demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES...*», concediéndole a la parte interesada el término de 5 días para corregir los yerros anotados.

Mediante memorial allegado vía correo electrónico por la parte actora el 24 de septiembre de 2020 subsanó el yerro en comento, razón por la cual, la Juez instructora profirió el auto No. 2206 del 07 de octubre de 2020 por el que dispuso admitir la demanda y darla en traslado a la parte plural demandada.

Contestación de demanda

Notificada personalmente la demanda a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, la contestó refiriéndose frente a los hechos 1°, 2°, 18°, y 19° ser ciertos, a los demás hechos dijo no contarles; en cuanto a las pretensiones principales se opuso a cada una de ellas. Finalmente formuló las excepciones mérito de inexistencia de la obligación, buena fe de la entidad demanda, prescripción, legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad, innominada o genérica y cobro de lo no debido, buena fe, y prescripción.

Por su parte, la AFP PROTECCIÓN S.A indicó en su contestación frente a los hechos 5°,14°,16°, 22°, y 23° ser ciertos, en cuanto a

los demás dijo no constarle o no ser ciertos; en cuanto a las pedimentos se opuso a todos, y formuló las excepciones de fondo de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda, validez del traslado de la actora al RAIS, compensación, buena fe de la entidad demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, e innominada o genérica.

A su vez, la AFP PORVENIR S.A. hizo su pronunciamiento frente a las pretensiones se opuso a su prosperidad, en cuanto a los hechos dijo que no eran ciertos y no le constaban, en consecuencia, formuló como mecanismo de defensa la excepción previa rotulada como inepta demanda por falta de integración del litisconsorcio necesario, y de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica.

Posteriormente, a través de auto No. 2597 del 06 de noviembre de 2020, la operadora judicial dispuso integrar al contradictorio a SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. y a la NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO en calidad de litis consorte necesarios, y ordenó darles en traslado la demanda.

Fue así como SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. arribó contestación de la demanda, señalando frente a los hechos 1° y 9° ser ciertos, y en cuanto a los demás no constarle o no ser ciertos; en cuanto a las pretensiones manifestó su oposición. Formuló las excepciones inexistencia de obligación y cobro de lo no debido, a cargo de mi representada respecto de revocar una pensión de vejez bajo la modalidad de renta vitalicia válidamente reconocida, imposibilidad

jurídica y financiera de revocar pensión de vejez bajo la modalidad de renta vitalicia, compensación, buena fe, prescripción, innominada o genérica. Acto seguido y en escrito separado formuló demanda de reconvención solicitando se condenará a la demandante a reintegrar las mesadas pensionales canceladas, costas del proceso, y la suspensión del pago de las mesadas.

De otro lado, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público se refirió en replica frente a los hechos 7°, y 8° ser ciertos, en cuanto a los demás refirió no constarle y no ser hechos; en lo referente a las pretensiones se opuso a cada una de ellas por estar direccionadas a otras entidades; y presentó las excepciones de buena fe, y genérica

El Juzgado profirió la decisión No. 2940 del 15 de noviembre de 2020, en la cual tuvo por contestadas las demandas y admitió la demanda de reconvención formulada por SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. y la dio en traslado a la actora por el término de 3 días, sin que esta hubiese hecho pronunciamiento alguno.

Sentencia de primera instancia

Posterior a la audiencia del artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el despacho procedió con la celebración de la audiencia de trámite de que trata el artículo 80 del citado código, constituyéndose en audiencia de juzgamiento, para proferir la sentencia No. 039 fechada el 18 de febrero de 2021, en la que resolvió:

«PRIMERO. DECLARAR LA INEFICACIA del traslado que hizo **MARÍA MARGARITA ROMAN RODAS** al Régimen de Ahorro Individual administrado por **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.** a

PORVENIR S.A., a ING hoy PROTECCIÓN S.A. y finalmente a PORVENIR S.A.

SEGUNDO. Como consecuencia de lo anterior **SE ORDENA** el retorno automático de **MARÍA MARGARITA ROMAN RODAS** al régimen de prima media administrado por **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**.

TERCERO. SE ORDENA a PORVENIR S.A. y SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., proceda a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, sumas adicionales, frutos e intereses o rendimientos que se hubieran causado, sin descontar de estos el valor de las mesadas pensionales que se hubieren pagado. Además, deberá asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, es decir, la reducción del capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya que lo fue por el pago de las mesadas pensionales en el RAIS y por los gastos de administración en que se incurrió, los cuales serán asumidos por la administradora privada a cargo de su propio patrimonio.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES proceda aceptar el traslado de **MARÍA MARGARITA ROMAN RODAS** del régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida, junto con el dinero que tenga en su cuenta individual y sus rendimientos financieros.

QUINTO: Como consecuencia de lo anterior **ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** que una vez la AFP PORVENIR S.A. de cumplimiento a lo aquí ordenado, proceda a realizar el estudio y el reconocimiento pensional a **MARÍA MARGARITA ROMAN RODAS** si a ello hubiere lugar, la que COLPENSIONES deberá liquidar en los términos del artículo 21 de la Ley 100 de 1993. Respecto al número de mesadas deberá atenerse a lo dispuesto en el acto legislativo 01 de 2005. Dicha entidad está obligada a responder por el pago de las diferencias pensionales, debidamente indexadas, que se abstengan entre la mesada que le fue reconocida por el fondo privado y aquella que arroje como resultado en el fondo público, lo cual debe ser efectivo a partir en que la AFP le traslade los recursos para su financiamiento. Para tal efecto se le otorgara un plazo máximo de 4 meses, contados a partir del traslado de recursos que le haga el fondo privado, vencidos los cuales se generaran intereses de mora sobre el retroactivo pensional a favor del demandante.

SEXTO: Se autoriza a COLPENSIONES a descontar del valor arrojado por concepto de mesadas pensionales ordenando para la demandante **MARÍA MARGARITA ROMAN RODAS** los respectivos aportes en salud conforme lo establece la ley 100 de 1993.

SEPTIMO: CONDENAR en costas a la parte vencida en juicio. Se fija la suma de \$1.000.000 como agencias en derecho a favor de la parte demandante y cargo de PORVENIR S.A, y \$1.000.000 como agencias en derecho a favor de la parte actora y a cargo de PROTECCIÓN S.A., Y \$ 1.000.000 como agencias en derecho a favor de la parte actora y a cargo de SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. Se absuelve de este rubro a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, por las razones acá anotadas.

OCTAVO: ORDENAR a la **AFP PORVENIR S.A. y SEGUROS DE VIDA ALFA S.A** que reintegre a la NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONSO PENSIONALES el bono tipo A modalidad 2 que reconoció a favor de MARÍA MARGARITA ROMAN RODAS debidamente indexado a la fecha efectiva de su reintegro. Conforme a la parte motiva de esta providencia.

NOVENO: ABSOLVER a MARÍA MARGARITA ROMAN RODAS de las pretensiones que en su contra instauro SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. en la demanda de reconvención, por las razones expuestas.

DECIMO; ORDENAR remitir el expediente ante el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.»

Recurso de apelación

Proferida la anterior decisión, SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. la recurrió bajo los siguientes argumentos:

«Diferimos de las consideraciones de tomar la decisión de declarar la ineficacia del contrato de afiliación de la demandante y condenar a seguros alfa a trasladar los recursos a COLPENSIONES por cuanto existe una pensión de vejez otorgada en el RAIS a favor del accionante en observancia de los requisitos legales que constituye un acto legítimo a favor de la señora MARÍA MARGARITA ROMÁN la cual es irrevocable.

Diferimos igualmente del numeral tres, pues en este sentido reitero que seguros de vida alfa obro de buena fe, en ese caso solo estaría obligada a devolver las sumas que estén en la cuenta de la afiliada de la renta vitalicia de la fecha descontando las mesadas pagas y gastos de representación, esta devolución debe ser reintegrada a la AFP PORVENIR, toda vez que mi representada no es un fondo de

pensiones para remitir a Colpensiones los dineros que representa el despacho, además que seguros alfa no tiene ningún vínculo jurídico con Colpensiones

Teniendo encuentra lo anterior solicito al tribunal superior revoque la sentencia y en su lugar absuelva a mi representada de las condenas establecidas en el fallo de primera instancia.»

Por su parte la AFP PORVENIR S.A mostró su descontento con la decisión así:

«Solicito al honorable tribunal proceda a revocar el numeral 1°, 2°, 3°, 7°, 8° y 9° conforme a las siguientes consideraciones:

Si bien es cierto la parte demandante dentro del proceso alega unos vicios en el consentimiento o unas situaciones dentro del proceso para poder arribar a una nulidad de traslado o una ineficacia de este, lo cierto es que, los mismos no han quedado probados su señoría a las voces del artículo 1508 del código civil, los cuales corresponden al error, la fuerza o el dolo. Bajo la premisa contemplada por el juez de primera instancia para el caso que nos ocupa, se debe tener en cuenta que lo que no se pudo probar es lo indefinido pero es afirmación indefinida puede probarse con presunciones e indicios, por lo anterior, esa imposibilidad de no suministrar la prueba debe ser verificada con mayor rigurosidad debiendo tener el juez de primera instancia cuidado en no confundirla con la simple dificultad, situación de la cual se apartó, por cuanto, ... manifestar que mi representada no probó como le fueron explicados todos los detalles e implicaciones del traslado del RPM al RAIS del cual se dejó claro si lo hizo, dejó pasar por alto los mecanismo de carácter legal que tenía la demandante para poder solicitar su devolución al régimen de prima media, en el caso que nos ocupa, la parte demandante dentro de las oportunidades no hizo uso de su derecho de retracto de la afiliación al fondo de pensiones administrado por mi representada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 en el Decreto 1161 de 1994, ni tampoco manifestó su deseo de regresar al régimen de prima media en los términos del artículo 1° del Decreto 3800 de 2003, oportunidad de la cual fue advertida la afiliada al sistema general de pensiones, así como la fecha límite para ejercer dicha acción aspecto que quedo plenamente demostrado en el expediente.

En el presente caso su señoría, lo que hizo la parte demandante fue solicitar los diferentes traslados horizontales ante las diferentes administradoras del régimen individual, y más aún su señoría ratificó su permanencia en el RAIS al solicitar la pensión de vejez de la cual goza conforme a la prueba documental que reposa en el expediente.

Somos insistentes en manifestar que dentro de esta clase de proceso debe darse aplicación a la prescripción teniendo en cuenta que la acción no versa sobre la adquisición o la negación sobre un derecho pensional como tal, sino que esta es encaminada como en este caso la nulidad de la afiliación del sistema pensional en uno de los regímenes pensionales con el propósito de obtener el derecho mismo, sino un valor mayor de la mesada pensional, razón por la cual no puede afirmarse que esta sea imprescriptible aunque sea materia exclusiva del sistema general de seguridad social y se constituya con el fin de asegurar la entrega de la prestación pensional.

Además de ello, su señoría en caso de persistir la condena solicito se revoque todo lo que va más allá de la nulidad de la afiliación, teniendo en cuenta que, como primera medida, los gastos de administración a cargo de mi representada de conformidad con el Decreto 3995 del 2008, en su artículo 7° frente a traslado de regímenes pensionales no se imponen los mismos, por lo cual debe respetar la destinación de los aportes pensionales realizados, y la gestión de administración realizada por mi representada que generó rendimientos que se trasladaron a la administradora del destino.

Debe tenerse en cuenta además su señoría que para el caso en concreto a lo que se refiere a la pensión de vejez, debemos de hablar sobre los bonos pensionales los cuales son los títulos de deuda pública a cargo de la nación, que reciben quienes se trasladan del RPM al RAIS y que constituyen un reconocimiento por las cotizaciones efectuadas al ISS o cualquier otra entidad que administraba pensiones con anterioridad a la afiliación al RAIS, en otras palabras es la materialización de las semanas cotizadas por la demandante asumido con cargo al patrimonio del Estado Colombiano, razón por la cual pretender el traslado constituye claramente un detrimento en el erario y un enriquecimiento sin justa causa en la medida que esas mismas semanas pagadas a través de un bono pensional tendrían que nuevamente tomarse en cuenta para liquidar la pensión en el RPM lo que significaría un doble pago por el mismo concepto sobre todo si tenemos en cuenta que los recursos a trasladarse no financiarían la pensión de la parte demandante sino que entrarían en un fondo común; debemos indicar entonces que las razones por las cuales un pensionado no puede trasladarse de administradora o de régimen están establecidas en la ley y no corresponden a una decisión caprichosa de mi representada, precisamente la superintendencia financiera en su circular externa 001 de 2004 lo estableció, y en el mismo sentido y de manera mucho más específica al analizar un caso similar que hoy se ventila en el presente proceso se pronunció (...) concepto 2008069034-001 del 26 de noviembre del 2007, entonces su señoría aterrizando al caso concreto en relación a las obligaciones que van más allá de la nulidad de la afiliación no pueden ser señaladas por el despacho a que mi representada deba de asumir patrimonio con su propio patrimonio todas las situaciones que van

más allá de la nulidad de la afiliación, teniendo en cuenta que mi representada obro de buena fe, y es solamente después 3 o 5 años que la parte demandante viene a verificar una inconformidad en relación al traslado que realizó del RPM al RAIS, ratificando con ello su señoría la posición nuestra sobre la prescripción teniendo en cuenta que aquí no se verifica en si el reconocimiento de un derecho pensional, sino sobre la nulidad de la afiliación para poder obtener, como en este caso, un mayor valor sobre la mesada pensional. De otro lado su señoría, debe tenerse en cuenta que la parte demandante aquí estaría beneficiada o por un doble beneficio en relación a que ha recibido mesadas pensionales desde hace 4 o 5 años pues conforme se evidencia en la prueba documental, y entrar a recibir del erario sobre la pensión de vejez que pueda recibir por parte de COLPENSIONES, pues entraría un detrimento por parte del Estado y de conformidad como lo acabamos de indicar al contestar la demanda, se incurriría en un enriquecimiento sin justa causa a cargo de la parte demandante, razón por la cual su señoría nos apartamos totalmente de que mi representada AFP PORVENIR tenga que devolver al ministerio de hacienda y crédito público lo correspondiente al bono pensional cuando el mismo fue trasladado a la aseguradora SEGUROS DE VIDA ALFA para que manejara a través de un contrato suscrito entre dicha aseguradora y la parte demandante lo correspondiente al pago que se verifica con la modalidad de pensión de renta vitalicia y en virtud de ello su señoría se escapa de toda orbita a PORVENIR S.A. el manejo que se le ha dado desde el momento de traslado del dinero a la aseguradora para este caso concreto.

En virtud de todo lo anterior también se solicita se declare probada la excepción de prescripción sobre los emolumentos que van más allá de la ineficacia de la afiliación.»

Finalmente, COLPENSIONES expuso los argumentos del recurso en los siguientes términos:

«Me permito presentar de recurso de apelación de manera conjunta entre de los procesos con radicado 202000360 y 202000045, los cuales sustentó de la siguiente manera: Su señoría los aquí demandantes a la fecha cuentan con más de 47 y 52 años de edad, así mismo, que para la época del traslado al RAIS registrado en COLPENSIONES estos estaban en pleno derecho de hacer dicha afiliación, lo cual indica un procedimiento acorde a la Ley por parte de mi representada, ya que de haberse negado el traslado de los aquí demandantes puede estar incurriendo en una violación a libre elección que a ellos les asistía.

Su señoría considera esta apoderada judicial que no procede la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado, ya que tal como lo indica el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, los afiliados no podrán trasladarse de régimen cuando les faltare 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, teniendo en cuenta que los aquí demandantes están próximos a adquirir su derecho pensional legalmente no les estaría permitido trasladarse de régimen.

Su señoría en cuanto al proceso radicado 202000360 considera esta apoderada judicial que no existe derecho a realizar estudio pensional por parte de mi representada, toda vez que la aquí demandante, se encuentra válidamente afiliada al RAIS y además goza de una pensión de vejez con este fondo, por lo cual su señoría no existe lugar ni a estudio ni a reconocimiento del derecho pensional que pretende la aquí demandante, por todo lo anterior su señoría, solicito respetuosamente se revoque el fallo aquí proferido»

Alegatos de segunda instancia

Ejecutoriado el auto que requiere a las partes para que presenten alegatos de conclusión, guardando silencio la parte demandante, la AFP PROTECCIÓN S.A. y el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, los expuso en los siguientes términos:

Respetuosamente solicito se revoque la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali , por medio de la cual se declaró la nulidad o ineficacia del traslado del régimen de prima media al RAIS, así como que también revoque la afiliación de la demandante a la administradora colombiana de pensiones (Colpensiones), en la medida que se pretende invalidar un acto que ya produjo sus efectos jurídicos, toda vez que la demandante efectuó por varios años sus aportes en pensión al fondo privado PORVENIR SA y posteriormente a PROTECCION SA, por lo que no es posible que en la actualidad se le endilguen obligaciones a COLPENSIONES.

Por otra parte, es importante resaltar que la afiliación al fondo privado se realizó en el ejercicio legítimo que tenía la demandante de la libre escogencia del fondo de pensiones (art 13 literal b / ley 100 de 1993), razón por la cual no puede predicarse la existencia de un error por vicios en el consentimiento, por lo tanto, no existen razones fácticas ni jurídicas para que nuestra entidad considere afiliado a quien en la actualidad se encuentra válidamente afiliado en otro fondo de pensiones.

De igual forma, la demandante nunca allego solicitud de retiro cuando le faltaban 10 años para adquirir su derecho pensional, tal y como lo consagra el artículo 2 de la ley 797 de 2003. COLPENSIONES es una entidad que ha venido actuando bajo el principio de buena fe y en total sometimiento al imperio de la ley, es por esto, que le ruego su señoría que en caso de concederse el traslado de régimen se atenué o se exima de la condena en costas a COLPENSIONES, toda vez que como lo mencione anteriormente, se estaría condenando económicamente a una entidad que ha venido actuado en concordancia con las normativas legales vigentes. , por todo lo anterior, respetuosamente solicito revocar la sentencia de primera instancia y absolver a mi representada de todas y cada una de las pretensiones de esta demanda.

Finalmente, tal como lo indicó la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL373 de 2021, Si quien reclama ya tiene la calidad de pensionado, esa es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico que no es razonable revertir o retrotraer, teniendo en cuenta que la aquí demandante goza de una pensión reconocida en el fondo privado ya no es dable retornar a Colpensiones, toda vez que no se puede borrar la calidad de pensionado sin más, es decir, es imposible regresar a Colpensiones cuando ya se está gozando de la mesada y si se permitiera "se estaría dando lugar a disfuncionalidades que afectarían a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su

conjunto", por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad de pensión elegida.

Por todo lo anterior, y en atención a que el demandante goza de una pensión de vejez ya reconocida por el fondo privado, por todo lo anterior, respetuosamente solicito revocar la sentencia de primera instancia y absolver a mi representada de todas y cada una de las pretensiones de esta demanda.

De otro lado, SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. indicó en sus alegatos que:

Me permito enfatizar lo siguiente:

1. La AFP PORVENIR S.A. RECONOCE PENSIÓN DE VEJEZ a favor del accionante.
2. Posteriormente se contrata renta vitalicia para el 12 de mayo de 2016, Póliza a favor del accionante y a cargo de Seguros de Vida ALFA S.A.
3. **El contrato de renta vitalicia** autorizada por el artículo 80 de la Ley 100 de 1993 y demás normas reglamentarias, establece:
"Artículo 80. el pago de una renta mensual hasta su fallecimiento y el pago de pensiones de sobrevivientes en favor de sus beneficiarios por el tiempo a que ellos tengan derecho"
4. Lo anterior, conforme Certificación de relación de pagos de mesadas causadas y pagadas por parte de **Seguros de Vida ALFA S.A** en virtud de la póliza de renta vitalicia contratada desde el mes de MAYO DE 2016 a la fecha de contestación de la demanda.

Así las cosas,

- **Existe una pensión otorgada en el RAIS a favor de la demandante que inicialmente disfrutó como Retiro Programado y actualmente mediante la modalidad de renta vitalicia con Seguros de vida ALFA S.A., en observancia de los requisitos legales y no es procedente revocarla.**

Es del caso recordar, que con posterioridad al reconocimiento de la pensión de vejez por la AFP, se procedió a contratar renta vitalicia con Seguros de Vida ALFA S.A en favor del demandante en el mes de MAYO DE 2016.

Ahora bien, tenemos que, dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, los afiliados que cumplan con los requisitos para acceder al derecho a una pensión, deberán en forma libre y voluntaria, seleccionar una cualquiera de las modalidades de pensión previstas por el artículo 79 de la Ley 100 de 1993, a saber:

- .1 Renta Vitalicia Inmediata.**
- .2 Retiro Programado**
- .3 Retiro Programado con Renta Vitalicia Diferida.**
- .4 Las demás que autorice la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera).**

De hecho, la sentencia SU – 130 de 2013 al referirse a las modalidades de pensión señala:

6.2.7. *Acorde con ello, en la modalidad de renta vitalicia inmediata “el afiliado o beneficiario contrata directa e irrevocablemente con la aseguradora de su elección, el pago de una renta mensual hasta su fallecimiento y el pago de pensiones de sobrevivientes en favor de sus beneficiarios por el tiempo a que ellos tengan derecho. Dichas rentas y pensiones deben ser uniformes en términos de poder adquisitivo constante y no pueden ser contratadas por valores inferiores a la pensión mínima vigente del momento”.*

La renta vitalicia corresponde a una modalidad autorizada por el artículo 80 de la Ley 100 de 1993 y demás normas reglamentarias, establece:

"Artículo 80. Renta vitalicia inmediata. *La renta vitalicia inmediata, es la modalidad de pensión mediante la cual el afiliado o beneficiario contrata directa e irrevocablemente con la aseguradora de su elección, el pago de una renta mensual hasta su fallecimiento y el pago de pensiones de sobrevivientes en favor de sus beneficiarios por el tiempo a que ellos tengan derecho. Dichas rentas y pensiones deben ser uniformes en términos de poder adquisitivo constante y no pueden ser contratadas por valores inferiores a la pensión mínima vigente del momento. Subrayado y negrilla fuera de Texto.*

Lo anterior, a fin de resaltar que la renta vitalicia además de ser irrevocable, en favor del afiliado salvaguardan el valor de la mesada de la volatilidad del mercado financiero asegurando un ingreso cierto y constante en su mesada pensional en contraposición de la modalidad de retiro programado que está sometido a las condiciones del mercado bursátil sea a la alta o a la baja de sus rendimientos.

Al respecto la Superintendencia mediante concepto N° 95019413-9, determinó.

"...la Resolución 530 de 1994, en su artículo 4° numeral 1.5 establece que en los casos en que se celebre un contrato de seguro pensional de renta vitalicia inmediata, la prima será única y pagadera en una sola vez por la sociedad que administre el fondo de pensiones, con lo cual ésta deberá trasladar la totalidad de los recursos con los cuales se financiará la pensión. Así mismo, el numeral 1.11 de la norma mencionada, establece que la vigencia del seguro opera a partir de la fecha en que se efectúe el traspaso de la prima."

Finalmente, diremos que la misma Superintendencia Financiera mediante concepto Concepto 2015083310-001 del 29 de septiembre de 2015, determinó la prohibición de cambiar de modalidad de pensión cuando se ha está disfrutando de la modalidad

"Modalidad Renta vitalicia inmediata, artículo 80 de la Ley 100 de 1993.

1. La mesada pensional la reconoce y pagada una Compañía de Seguros.
2. La mesada pensional se define a partir de la cotización que efectúa de manera previa la Compañía de Seguros, de acuerdo a las características del grupo familiar, del monto del capital que tenga en la cuenta de ahorro individual y demás criterios que estime pertinente la Aseguradora.
3. La Administradora del Fondo de Pensiones Obligatorias traslada los recursos de la cuenta de ahorro individual a la Compañía de Seguros para que ésta se encargue de forma definitiva del pago de la mesada pensional.
4. El valor de la mesada pensional es uniforme en el tiempo y tiene un incremento anual de acuerdo a la inflación.
5. En caso de fallecimiento del pensionado, la pensión pasa a sus beneficiarios (Cónyuge, compañero (a) permanente, hijos con derecho y padres con derecho).

6. **La contratación de esta modalidad de pensión con la Compañía de Seguros es de carácter irrevocable, es decir es que una vez sea elegida la aseguradora, no puede regresar a Retiro Programado.**
7. En caso de fallecimiento del pensionado, sólo pueden recibir la pensión sus beneficiarios de la pensión por ley; el capital no integra la masa sucesoral." Negrilla y Subrayado fuera de texto.

Es preciso remitirnos a la Circular Externa 001 de 2004 de la Superintendencia Financiera de Colombia, que señaló respecto de afiliados al RAIS que desean trasladarse al RPM que es IMPROCEDENTE Cuando la ya existe reclamación de pensión o pensión reconocida en cualquiera de los regímenes, como en el presente asunto:

Precisamente, la Superintendencia Financiera de Colombia en la Circular Externa 001 de 2004 de obligatorio cumplimiento, señala lo siguiente:

"(...) Los operadores del sistema están en la obligación de dar trámite a las solicitudes de traslado presentadas por las personas que se encuentran en el supuesto antes mencionado, pudiendo, únicamente, aducir como causales válidas para negar el traslado, el que el afiliado esté disfrutando una pensión, que exista solicitud de pensión en trámite o que se hubiera presentado un siniestro por invalidez o muerte (artículo 5º del Decreto 3800 de 2003)." (Subraya fuera de texto)

En el mismo sentido y de manera mucho más específica al analizar un caso similar al que hoy se ventila en el presente proceso, se pronunció dicho ente de vigilancia en concepto 2008069034-001 del 26 de noviembre de 2007:

"Síntesis: En materia de traslado de régimen el legislador le atribuyó en forma exclusiva tal facultad a los afiliados, es decir a las personas que aún no han consolidado una situación pensional y, por lo mismo, pueden optar, según sus intereses y bajo ciertas restricciones, por uno u otro régimen. Debido a la naturaleza dispar que tiene cada uno de los regímenes que conforman el Sistema de Pensiones, en especial en cuanto a la forma de cálculo, financiación y los requisitos para acceder a las prestaciones en uno y otro, una vez las personas obtienen el reconocimiento de la pensión, no es posible trasladarse de régimen ni aun de administradora." (Subraya fuera de texto)

- **EL ACCIONANTE CUMPLIÓ REQUISITOS PARA ACCEDER AL RECONOCIMIENTO DE UNA PENSIÓN DE VEJEZ EN EL RAIS, razón por la cual PORVENIR S.A. le RECONOCIÓ PENSIÓN Y FUE CONTRATADA RENTA VITALICIA EN MAYO DE 2016, CONSOLIDANDO UNA SITUACIÓN JURÍDICA.**

Lo anterior, teniendo en cuenta que, dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la pensión de vejez se financia la pensión exclusivamente con el monto ahorrado por el afiliado, rendimientos y bono pensional en caso que se cause; el Artículo 64 de la Ley 100 de 1993 dispone lo siguiente:

"ARTICULO. 64.-Requisitos para obtener la pensión de vejez. Los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual...."Subrayado Fuera de Texto

Lineamiento reiterado por la misma Superfinanciera mediante Concepto 1998055282-2 del 4 de agosto de 1999:

"Según lo anterior, la finalidad de la negociación del bono pensional es completar, el capital necesario para acceder a la pensión de vejez en los términos del artículo 64 de la Ley 100 de 1993, es decir, "(...) a la edad que

escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente (...)".

Por otro lado, el artículo 48 de la Constitución Nacional modificado por el acto legislativo 01 de 2005 establece:

"El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas".

.....

"Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personasserán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido". Subrayado Fuera de Texto

Al respecto, en el presente asunto es relevante que existe una situación jurídica consolidada a favor del accionante, como lo es el reconocimiento de una pensión de vejez debidamente otorgada, al respecto la sentencia C- 789 de 2002 respecto a situación jurídica consolidada determinó que:

"La Corte reiteró que para que se consolide un derecho es necesario que antes de que opere el tránsito legislativo se reúnan todas las condiciones necesarias adquirirlo. En tal oportunidad sostuvo que "configuran derechos adquiridos las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y

consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona." Aclarando posteriormente que "la Constitución prohíbe el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley, con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones legales." Subrayado fuera de Texto

Con fundamento en lo anterior, esto es, teniendo en cuenta la naturaleza de las normas que rigen el Sistema General de Pensiones y el carácter de irrenunciable que la Constitución Política le otorga a la Seguridad Social, considera este Despacho que las sociedades administradoras no pueden revocar pensiones válidamente reconocidas y menos aún revocar una renta vitalicia.

- **EXISTE UNA PENSIÓN DE VEJEZ OTORGADA EN EL RAIS A FAVOR DEL ACCIONANTE, EN OBSERVANCIA DE LOS REQUISITOS LEGALES QUE CONSTITUYE UN ACTO LEGÍTIMO A FAVOR DE LA ACCIONANTE E IRREVOCABLE, MÁS AUN ANTE LA INEXISTENCIA DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN EN EL PRESENTE ASUNTO.**

Recordando que la AFP reconoció pensión de vejez al accionante y desde el mes de JUNIO DE 2019 mediante la modalidad de renta vitalicia con Seguros de Vida ALFA S.A, y que el mismo constituye un acto legítimo a favor del accionante e irrevocable, en gracia de discusión diferimos que tampoco es beneficiario de régimen de transición y consiguiente traslado de régimen al RPM, por lo siguiente:

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993 fue reglamentado por el artículo 11 de Decreto 692 de 1994, establece:

"La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

*Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora".
Negrilla y Subrayado fuera de Texto*

Si bien es cierto el accionante pretende el traslado de régimen al RPM, no puede accederse a aceptar el criterio conveniente del accionante, que pretende revocar una pensión de vejez reconocida en debida forma.

• **ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES DE LA IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD DE UN PENSIONADO**

JURISPRUDENCIA RELEVANTE CALI Y MEDELLIN respecto de la nulidad de pensionados

- Que el Honorable Tribunal superior de Cali- Sala Laboral en sentencia del 27 de noviembre de 2019 en sentencia de Unificación dentro del radicado 07-2018-00699-01, M.P. Dr German Dario Goez, revocó condena que disponía declarar la nulidad de afiliación de un pensionado de vejez reconocida en debida forma, por cuanto en modo general la nulidad del traslado opera para el afiliado NO para el pensionado y el afiliado al conocer y aceptar el monto pensional que recibiría en el RAIS decidió continuar con su trámite pensional convalidando y/o ratificando su afiliación al RAIS para posteriormente alegar la supuesta nulidad.
- Que el Honorable Tribunal superior de Medellín- Sala Laboral en sentencia del 14 de agosto de 2019 en sentencia de Unificación dentro del radicado 07-00215-01295-01, M.P. Dr Orlando Antonio Gallo, confirmó absolución reiterando la negativa a la nulidad de afiliación de un pensionado por de vejez reconocida en debida forma, por cuanto resaltando la diferencia entre afiliado y pensionado y resaltando las consecuencias nefastas para las relaciones jurídicas y sostenibilidad financiera que conllevaría la nulidad de afiliación de quienes ya ostentan la calidad de pensionados. (esta en sentencia de unificación en medellin)

De igual forma, el Tribunal superior de Bogotá, Sala laboral, mediante sentencia rad. 029-2018-00387, del 4 de septiembre de 2020, M.P Lorenzo Torres Russy, determinó revocar una NULIDAD de la afiliación, entre otros, por cuanto:

ONCE: DECLARAR que el acto de afiliación determina la forma de financiamiento de la pensión y no de su monto, razón por la cual no involucra un derecho subjetivo del afiliado sobre este último.

DOCE: DECLARAR que el deber de información está sometido en su contenido a las normas vigentes al momento en que se realizó la afiliación al régimen pensional y no pueden aplicarse normas posteriores, en virtud del principio de irretroactividad de la ley.

También la Corte Suprema de Justicia Sentencia CSJ SL2820-2020 estableció en un caso de nulidad de pensionado con renta que "se ha venido pagando la pensión de vieja data, a través de un convenio cuya validez no ha sido cuestionada en esta sede y por tanto no habría razón alguna para desconocerlo" niega la nulidad de la pensión."

Finalmente, **El contrato de renta vitalicia** autorizada por el artículo 80 de la Ley 100 de 1993 y demás normas reglamentarias, establece:

"Artículo 80. *el pago de una renta mensual hasta su fallecimiento y el pago de pensiones de sobrevivientes en favor de sus beneficiarios por el tiempo a que ellos tengan derecho"*

LA RENTA VITALICIA NO ES UN SEGURO PARA DAÑOS Y PERJUICIOS QUE HUBIERAN CAUSADO LAS AFP A SUS AFILIADOS. Y prima la Buena de Fe de Seguros de Vida Alfa S.A., teniendo en cuenta que mi representada nada tuvo que ver con el traslado de Régimen del demandante, solo a partir del contrato de Renta se ha hecho cargo de los pagos de mesadas pensionales a su favor garantizando su derecho, pagos que se han realizado desde MAYO DE 2016 a la fecha.

Por lo anteriormente sustentado, de manera respetuosa solicito se **REVOQUE** la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali y **ABSUELVA** a **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.**, de las condenas impuestas.

Finalmente, la AFP PORVENIR S.A. expuso sus alegaciones de la siguiente forma:

La señora **MARÍA MARGARITA ROMÁN RODAS** actuando a través de apoderado judicial interpuso demanda laboral en contra de **LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES – COLPENSIONES S.A.**, y mi representada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, para que previos los trámites de un proceso ordinario de primera instancia se declare la INEFICACIA del traslado efectuado desde el régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad, (RAIS) y como consecuencia de ello, la condenen a trasladar todos los valores existentes en la cuenta individual de la parte actora en virtud de su vinculación del RAIS al régimen de prima media.

- La demanda fue conocida por el Juzgado Tercero (03) Laboral del Circuito de Cali. Admitida, se corrió traslado por el término legal y en la contestación de la demanda nos opusimos a todas y cada una de las pretensiones.
- La primera instancia resolvió el 18 de febrero de 2021 sentencia condenatoria, por considerar que no se acreditó el cumplimiento al deber de información.
- Contra esta decisión PORVENIR S.A., interpuso el recurso de apelación.

II. RAZONES JURÍDICAS Y FÁCTICAS

1. DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

En este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez.

Esta norma, claramente prevé que cuando existe: a) objeto o causa ilícita; b) omisión de alguno de los requisitos que prescriben las leyes para el valor de estos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan; c) cuando lo celebra una persona absolutamente incapaz, el negocio jurídico o el contrato está viciado de nulidad absoluta. Advierte esta disposición que, cualquier otra irregularidad produce una nulidad relativa.

De igual forma, el artículo 1508, expresa cuáles son los vicios del consentimiento, esto es, error, fuerza o dolo y en los artículos subsiguientes, se explican que se puede presentar; a) error en la naturaleza del acto o negocio jurídico; b) sobre la identidad del objeto; c) en la calidad del objeto; d) o error en la persona. Así también, el artículo 1513, explica las nociones de fuerza, el 1515 del dolo, el 1517, del objeto ilícito, y el 1524 de la causa ilícita.

De otra parte, 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, como quiera que no contiene objeto o causa ilícita, tampoco el consentimiento de la parte actora estuvo viciada por error, fuerza o dolo, ni 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 PORVENIR S.A., teniendo también la obligación de exigir las explicaciones verbales o escritas necesarias, precisas y suficientes que le posibilitaran la toma de decisiones informadas.

2. DEL DERECHO DE RETRACTO

PORVENIR S.A., como Administradora de Fondo de Pensión, siempre le **GARANTIZÓ** a la parte demandante la posibilidad de retornar al régimen de prima media y además, dispuso los canales de comunicación suficientes para permitirle a la actora conocer las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, referentes al funcionamiento, características y requisitos del régimen de ahorro individual con solidaridad, poniendo de presente las implicaciones de su traslado y los requisitos para pensionarse bajo el régimen de ahorro individual de conformidad con lo establecido en el artículo 64 de la misma Ley, así lo acredita entre otros, la publicación

que realizó en el diario el Tiempo el 14 de enero de 2004, como dispuso inicialmente el artículo 3º del Decreto 1161 de 1994, sin que ejerciera esta facultad, lo que debe valorarse como negligencia de su parte.

3. DEL DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA

La demandante, luego de recibir la información necesaria y suficiente, que pudo comparar con el conocimiento que tenía del RPMPD, decidió escoger el régimen de ahorro individual, hecho que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación con mi representada, documento que se presume auténtico en los términos del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el parágrafo 54 del CPT.

4. DE LA ACREDITACIÓN DEL DEBER DE INFORMACIÓN A CARGO DE PORVENIR S.A.

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 el.

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.

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 actúo 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.

Llama la atención que, en el avance jurisprudencial respecto al alcance de la información -ya vamos en que la misma tiene que ser no solo de calidad sino "CALIFICADA"-, como lo indica la Sala de Casación Laboral en la sentencia **SL1637-2022 Radicación n.º 89208** del once (11) de mayo de dos mil veintidós (2022), cuando expuso: "

*"Así las cosas, el entendimiento de la Corte respecto del tipo o clase de información con la cual se cumplía el mentado deber, **se acompasa con la dinámica legislativa y reglamentaria que siempre quiso poner en cabeza de las administradoras de pensiones tal previsión, la de brindar información**, no de cualquier **calidad sino calificada**, dada la complejidad técnica del tema y las incidencias que una decisión de ese calibre podría llegar a tener en la vida de un trabajador."* Negrillas y subrayado fuera de texto.

Entonces, en forma palmaria se le imponen a las AFP cargas inexistentes, pues la misma Corte en la providencia referida, establece que, el **querer** -eventual, futuro, en ciernes- de las leyes fue colocar en "*cabeza de las administradoras*" el deber de información; es decir, para el momento de la celebración de los actos jurídicos de traslado pensional NO EXISTÍA la obligación de suministrar la información con el alcance que se despliega en la jurisprudencia, esto es que, el afiliado comprenda –se le traslada también a las AFP la responsabilidad del **acto personal** de lo entendido- un tema que, ni siquiera versados en materia laboral logran abarcar, dada la complejidad técnica del asunto, como lo acepta la misma Corporación en el citada decisión.

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.

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

De la mayor relevancia es, no confundir la ineficacia de un acto jurídico con la nulidad absoluta, como de manera general se hace, en la medida que: *“Bajo el concepto de ineficacia en sentido amplio suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad.”*

Luego, *“la ineficacia en sentido estricto se presenta en aquellos casos en los cuales la ley, por razones de diferente naturaleza, ha previsto que el acto no debe producir efectos de ninguna naturaleza sin que sea necesario la existencia de una declaración judicial en ese sentido”*.¹

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. (negritas 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.”*²

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

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

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

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.”

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

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

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

La Sala de Casación Civil, al respecto expuso:

“(…)

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

Y luego agregó:

“Es patente, entonces, que el Tribunal erró en la interpretación del artículo 1746 del Código Civil y que, como consecuencia de tal yerro, no hizo actuar el artículo 964 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.”

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

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

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

cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizaciones.”

Por las anteriores consideraciones, respetuosamente se solicita al H. Tribunal Superior de Cali – Sala Laboral, analizar las circunstancias particulares de este proceso que exhiben con suficiencia que en el acto jurídico celebrado entre las partes **produjo los efectos jurídicos que las partes pretendían.**

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

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

i) El reintegro del porcentaje equivalente al 3% de la cotización mensual realizada al Sistema General de Pensiones por concepto de los gastos de administración (artículo 20 de la Ley 797 de 2003), durante el periodo en el que el afiliado estuvo vinculado a Porvenir;

ii) A pagar el valor que corresponda al costo de tener una persona afiliada a la AFP y generar los rendimientos obtenidos.

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

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 PORVENIR S.A., no se le condene a devolver los gastos de administración y de seguros.

10. DE LA INDEXACIÓN DE LAS CONDENAS IMPUESTAS (SOLO COLOCAREMOS ESTO CUANDO NOS CONDENEN A INDEXAR CUALQUIER SUMA DE DINERO, INCLUIDOS LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN)

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

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

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

En este orden de ideas y teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFPS, está la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, es incompatible y excluyente 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.

Resulta ilustrativo mencionar que, el Tribunal Superior de Cundinamarca en sentencia de fecha 21 de junio de 2022 dentro Proceso Ordinario Laboral promovido por FELISA LEÓN POVEDA con Radicación No. 25899-31-05-002-2021-00111-01 y sentencia de fecha 25 de julio de 2022 proferida por el Tribunal Superior de Cali - Sala Laboral Proceso Ordinario Laboral promovido por EDILSON RICARDO REGALADO GONZALEZ con radicación No. 76001-31-05-012-2022-00234-01, consideró que, el traslado de los rendimientos financieros del afiliado a COLPENSIONES compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse presentado respecto de los emolumentos que se ordenan retornar.

En igual sentido, el TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI SALA LABORAL 1 TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA LABORAL, en el proceso que adelantó el señor JHON JAIRO GAVIRIA C en contra de COLPENSIONES Y OTROS RAD. 76001-31-05-2022-00562-01, el pasado veinte (20) de enero del año en curso, indicó:

“Respecto de la indexación la Sala considera que no hay lugar a dicha imposición, toda vez que, con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generado en los emolumentos a retornar, por tal razón se REVOCA dicha condena a COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. y en su lugar, se les CONDENAN a dichos entes a que devuelvan todas las sumas junto con sus rendimientos.”

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

III. PETICIÓN FINAL

Con fundamento en lo expuesto, comedidamente solicito al Honorable Tribunal Superior de Cali – Sala Laboral, **REVOCAR** en su integridad la sentencia de Primera Instancia para en su lugar **ABSOLVER** a mi representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda.

Con vista en lo anterior, pasa la Sala a tomar la decisión que en derecho corresponda con estribo en las siguientes

CONSIDERACIONES

A tenor del artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y al grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES frente a las condenas impuestas, el estudio de la Sala se centra en establecer, **(i)** si es viable ordenar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, pese a que la accionante goza del estatus de pensionada por vejez en el RAIS ya hace más de 5 años; en caso de ser viable, se procederá a determinar **(ii)** si la señora MARÍA MARGARITA ROMÁN RODAS, recibió información suficiente a la hora de trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, habida

cuenta que la parte plural recurrente sostiene que se le brindó la respectiva asesoría y se suscribió el formulario de afiliación de forma libre y voluntaria, por lo que no procede la declaratoria de dicha nulidad e ineficacia del traslado; **(iii)** la procedencia del traslado de los rendimientos, cuotas a seguros y gastos de administración, ya que los mismos se cobran por las AFP'S para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de los afiliados y que se encuentran debidamente autorizados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003; **(iv)** Establecer si el movimiento de los afiliados dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad convalida el traslado inicial efectuado desde el RPM hacia el RAIS; (v) si la parte actora está obligada a reintegrar las mesadas pensionales canceladas, costas del proceso, y la suspensión del pago de las mesadas en razón a la demanda de reconvención presentada por la aseguradora; vi) y si esta llamada prosperar la excepción de prescripción.

En cuanto a los aspectos fundamentales a tener en cuenta para realizar el análisis jurídico del caso, se trae a exposición el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual dispone que *«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 (...); por su parte, el artículo 16 de la misma ley determina que «ninguna persona podrá distribuir las cotizaciones obligatorias entre los dos Regímenes del Sistema General de Pensiones.»*

De otro lado, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 establece que «*la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores **es libre y voluntaria por parte del afiliado***»; y el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, prevé que «*los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente Ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones.*»

Para resolver el primer problema jurídico y del cual dependerá el desarrollo de los demás interrogantes planteados, esta Corporación traerá a colación lo esgrimido por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL 373 de 2021, frente a la ineficacia de la afiliación a un régimen pensional en personas con estatus de pensionadas, veamos:

*«Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante), **lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso.** No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto.»*

Conforme al anterior precedente, nuestro órgano de cierre jurisdiccional dejó sentada la postura de que solo los afiliados

que no ostenten la calidad de pensionados pueden solicitar la ineficacia de la afiliación o nulidad de traslado.

Descendiendo al caso bajo estudio, se tiene que la prueba documental arribada al plenario da cuenta que la demandante inicio su afiliación al sistema general de pensiones se dio el 26 de junio de 1985 a través del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES -hoy COLPENSIONES-, posteriormente. el 23 de julio de 1996 suscribió formulario de afiliación para trasladarse a la AFP HORIZONTE -hoy PORVENIR S.A-, luego el día 31 de mayo de 1999 decidió trasladarse a la AFP PORVENIR S.A. mediante formulario de afiliación No. 01190147, tiempo después, el 28 de abril de 2000 se trasladó a la AFP ING – hoy PROTECCIÓN S.A. a través de formulario No. 5022659, para finalmente el 29 de abril de 2003 a través de formulario No. 01847966 decidió regresar a la AFP PORVENIR S.A. donde actualmente permanece.

Ahora, la demandada AFP PORVENIR S.A. arribó al plenario formulario denominado «trámite de reclamación por vejez» suscrito por la demandante MARÍA MARGARITA ROMAN RODAS el 03 de julio de 2015 en el cual solicita el reconocimiento de la pensión de vejez en el RAIS, y la respectiva comunicación al empleador de la actora informándole *«La presente tiene por objeto informar que el día 28/08/2015, se reconoció y pagó la PENSION POR VEJEZ NORMAL, al (la) señor(a) MARIA MARGARITA ROMAN RODAS, identificado(a) con cédula 24484049, quien de acuerdo con nuestros registros figura como trabajador activo con EMPRESA DE ENERGIA DEL QUINDIO S.A. E.S.P. EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS.»*

Al acompañar el material probatorio con la cita jurisprudencial en comento, se concluye que en el presente asunto no concurren los presupuestos legales para declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS, pues la convocante tiene el estatus de pensionada por vejez, es decir existe una situación jurídica consolidada, que de revertirse generaría un efecto perjudicial en el sistema general de pensiones.

No obstante, conforme a la sentencia en cita, el pensionado puede demandar al fondo por el cual considera lesionados sus derechos en busca de obtener una indemnización total de perjuicios, veamos:

«Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.»

Sin embargo, en este caso, la pretensión de la demandante se contrajo a la ineficacia de la afiliación y la vuelta al estado de cosas anterior con el objetivo de pensionarse en el régimen de prima media con prestación definida. Por tanto, al no reclamar la reparación de perjuicios, la Sala no se encuentra habilitada para conceder tal indemnización.

En cuanto a los demás problemas jurídicos su estudio se hace inánime, pues su consideración se desprendía de la viabilidad del reconocimiento de la tan anhelada ineficacia de la afiliación al RAIS.

Conforme a lo anterior, y sin más consideraciones por innecesarias, se revocará la sentencia recurrida para en su lugar absolver a todo el extremo pasivo de las pretensiones de la demandante; a excepción del numeral noveno de su parte resolutive, en el entendido que el mismo absuelve a la demandante de obligaciones frente a la aseguradora recurrente, lo que en realidad de verdad corresponde, dado que la actora continuará gozando de su pensión por vejez en el RAIS, por lo que no hay lugar a acoger las pretensiones de la demanda de reconvención.

Costas en ambas instancias a cargo de la demandante y a favor de las demandadas.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Buga, Valle del Cauca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los numerales primero, segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo y décimo de la parte resolutive de la Sentencia No. 039 fechada el 18 de febrero de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, Valle del Cauca, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión, para en su lugar ABSOLVER al extremo plural demandado de todos los cargos incoados en su contra por la actora.

SEGUNDO: CONFIRMAR el numeral noveno de la parte resolutive de la Sentencia No. 039 fechada el 18 de febrero de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, Valle del Cauca, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión

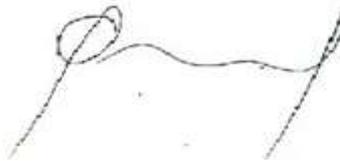
TERCERO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte demandante, y a favor de las demandadas. Como agencias en derecho en esta Sede Judicial, se fija la suma de \$100.000,00.

CUARTO: DEVUÉLVASE el proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, para que proceda a la notificación de esta providencia y trámite posterior, en los términos del Acuerdo PCSJA22-11962 del 22 de junio del año 2022.



MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR

Ponente



MARÍA GIMENA CORENA FONNEGRA



CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE

Maria Matilde Trejos Aguilar

Firmado Por:

**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Laboral
Tribunal Superior De Buga - Valle Del Cauca**

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: **85a4c88de73ec9ecf420bd180177dbac85c584b00ec50c1bdb9399731605ef38**

Documento generado en 27/06/2023 05:02:40 PM

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