

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El veintitrés (23) de junio de dos mil veintidós (2022), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, se constituyó en audiencia, con el fin de resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, contra la sentencia proferida en primera instancia en el presente proceso ordinario laboral promovido por la señora **BEATRIZ ELENA DEL SOCORRO SALAZAR URIBE**, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y las sociedades **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** (en adelante COLFONDOS S.A.), y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.), tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-018-2019-00258-01.

AUTO

De conformidad con la sustitución de poder allegada por Colpensiones y con el certificado de existencia y representación allegado al plenario por COLFONDOS S.A. junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia, se reconoce personería a la abogada ADRIANA DEL ROSARIO OCAMPO MAYA, portadora de la T.P. 135.035 del C. S. de la Judicatura, para que continúe representando los intereses de COLPENSIONES en el presente proceso, en calidad de apoderada sustituta, y al abogado JAIR FERNANDO ATUESTA REY, portador de la T.P. 219.124 del C. S. de la Judicatura, para que continúe representando los intereses de COLFONDOS S.A. en el presente proceso en calidad de apoderado principal.

Así mismo, de conformidad con la Escritura Publica N° 2291 del 23 de agosto de 2021 de la Notaria Dieciocho del Círculo Notarial de Bogotá y el certificado de existencia y representación de la firma GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S., sociedad que funge como apoderada principal de PORVENIR S.A. en este proceso, documentos allegados junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia, se reconoce personería para continuar representando los intereses de dicha AFP en calidad de

apoderada sustituta, a la abogada MARIA ALEJANDRA RAMÍREZ OLEA, portadora de la T.P. 359.508 del C. S. de la Judicatura.

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

1. ANTECEDENTES:

La demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare la nulidad o ineficacia de su traslado al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida (en adelante RPM) administrado por Colpensiones.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata la actora que estuvo afiliada al RPM administrado por el ISS hasta el año 1994 y que a partir del 17 de abril de 1994 se trasladó al RAIS a través de la AFP COLFONDOS S.A., trasladándose posteriormente en el año 2003 a la AFP PORVENIR S.A.

Expone que los asesores de los fondos privados encargados de su traslado al RAIS no le indicaron los riesgos de trasladarse de régimen, no le advirtieron que la pensión en el RAIS podría ser menor que en el RPM, no le informaron que eventualmente podría no pensionarse en caso de que el capital fuera insuficiente, no le hablaron sobre las diferentes modalidades de pensión, no le señalaron que el valor de la pensión dependería de la modalidad escogida, no le advirtieron que una eventual negociación del bono pensional implicaría un sacrificio financiero, no le explicaron el funcionamiento del fondo privado, y únicamente se limitaron a señalarle que su condición pensional en el fondo privado sería mucho más ventajosa, que el régimen de prima media desapreciaría, que la pensión iba a ser mucho mejor y que podría acceder a una pensión de manera anticipada.

Indica que, conforme a lo anterior su decisión de trasladarse al RAIS no fue espontánea, voluntaria ni libre, pues se le ocultó información y la tomó engañada debido a las bondades ofrecidas por los asesores.

Finalmente señala que el 13 de febrero de 2019 presentó ante Colpensiones reclamación administrativa en la cual solicitó la nulidad de su traslado al RAIS, solicitud que le fue despachada de manera negativa mediante comunicación de la misma fecha.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La *a quo* despachó de manera favorable las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y condenando en consecuencia a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales en caso de existir, los rendimientos que se hubieran causado, sumas adicionales de las aseguradoras y cuotas de administración, ordenando a COLPENSIONES a reactivar la afiliación del demandante en el RPM, a recibir las sumas antes señaladas y a consolidarlas en la historia laboral de la actora.

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

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

Finalmente, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, entre ellas la de prescripción.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:

La sentencia fue apelada por los apoderados judiciales de la demandante y de PORVENIR S.A. con los argumentos que se exponen a continuación:

APELACIÓN DE LA DEMANDANTE.

La apoderada judicial de la demandante, apela parcialmente la decisión de la *a quo* de no condenar en costas a COLPENSIONES, indicando que debe tenerse en cuenta que dicha entidad resultó igualmente vencida en juicio en el presente proceso, puesto que las pretensiones salieron avantes y una de ellas era la condena en costas, pretensión que fue debidamente controvertida por la entidad, ya que se opuso en forma activa a la misma y siendo una consecuencia directa de la puesta en marcha del aparato jurisdiccional, las mismas deben ser reconocidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

Aduce que debe tenerse en cuenta que COLPENSIONES, en su calidad de demandada se opuso activamente a la presente Litis, propuso excepciones en contra de la demanda, solicitó interrogatorio de parte a la demandante y presentó sus alegatos, razón por la cual solicita revocar dicho aspecto de la sentencia y en su lugar condenar en costas a Colpensiones.

APELACIÓN DE PORVENIR S.A.

El apoderado de PORVENIR, apela la sentencia, solicitando que sea revocada, y en consecuencia se nieguen las pretensiones de la demanda, indicando que en el presente caso se cumplió a cabalidad con lo dispuesto en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma aplicable para el momento de traslado de la demandante al RAIS, dado que al rendir su interrogatorio de parte, esta confesó haber tenido una reunión grupal y luego individual con asesores de la AFP COLFONDOS S.A.

Aduce que el formulario de afiliación que se suscribió por parte de la demandante es un documento que se presume auténtico que no fue tachado de falso, por lo cual tiene el 100% de su valor probatorio, evidenciándose con este la entrega de la información a la demandante, señalando además que para el momento en que se presentó el traslado de la demandante no se encontraba vigente ninguna norma que obligara a las AFP a dejar por escrito la información entregada y en consecuencia se está exigiendo y obligando a lo imposible a PORVENIR S.A..

En lo que tiene que ver con la orden de devolver a Colpensiones los valores recibidos por concepto de cuotas de administración, indica que dichos descuentos fueron realizados de manera legal de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y que la orden de devolución constituye un enriquecimiento sin casusa en favor de la demandante y del sistema, dado que por un aparte, se ordena devolver las comisiones de administración que permitieron generar los rendimientos y a su vez la devolución de dichos rendimientos y por otra parte se ordena devolver el porcentaje destinado al pago de los seguros previsionales, los cuales tuvieron una cobertura efectiva de la cual se ha visto beneficiada la demandante.

Solicita al Tribunal realizar un análisis de la coyuntura económica, tal y como lo ha realizado en otras sentencias como en la que negó los traslados de las personas ya pensionadas, aduciendo la coyuntura de la sostenibilidad financiera del sistema, análisis que debe efectuarse en el presente caso, pues el traslado de estas personas que no cumplen con los requisitos afecta la sostenibilidad financiera de Colpensiones, manteniéndose eso sí, el concepto de restituciones mutuas consagrado en el artículo 1746 del Código Civil.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados judiciales de la parte demandante, de COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y de COLPENSIONES allegaron escritos de alegaciones, en los cuales señalaron textualmente lo siguiente:

ALEGATOS DE LA DEMANDANTE.

“1. De la declaratoria de Ineficacia de Traslado.

En relación con la decisión del Juzgado 18 Laboral del Circuito de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional que hiciese mi representada y las consecuencias que de ello se derivan, solicito señores magistrados **se confirme** dicha determinación, toda vez que la misma se sustentó en los parámetros que ha venido estableciendo la Honorable Corte Suprema de Justicia en la línea jurisprudencial desarrollada desde el año 2008 hasta la fecha, y cuyas decisiones hasta hoy uniformes, en relación con el caso que nos ocupa son completamente aplicables, tales como las proferidas en sentencias SL1452-2019; SL1688-2019; SL 1689-2019; STL3202-2020, que han reiterado y compilado las reglas de derecho que se han definido claramente, respecto

del tema objeto de estudio y que han establecido que en estos casos, no importa cosa diferente al cumplimiento o no del deber de información, que existe desde que nació la Ley 100 de 1993, y que no se probó por parte del fondo privado.

En primera instancia quedó plenamente acreditado que **los fondos privados demandados no cumplieron con el deber legal, profesional y ético que les asiste a las Administradoras de Fondos de Pensiones, de brindar una información completa, veraz, clara, precisa, técnica, adecuada y oportuna**, y que por demás se encuentra revestida de gran importancia para la vida y dignidad de mi representada.

Se colige del interrogatorio de parte absuelto por la demandante que los promotores u “asesores” de los diferentes fondos privados nunca le advirtieron de los **Riesgos** de su traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por los distintos fondos donde estuvo afiliada; ya que solo le hablaron sobre los **beneficios**, NUNCA se hicieron advertencias y está claramente manifiesta que nunca pudo conocer la verdadera incidencia de su traslado.

De la línea jurisprudencial a que se hace referencia se pueden extraer las siguientes reglas:

1. El deber de asesoría existe desde que nació el sistema pensional de la Ley 100 de 1993. Así se deduce del contenido del Decreto 663/93, artículo 97.
2. El consentimiento vertido en formulario no es suficiente para demostrar deber de información profesional pues ni la firma ni las afirmaciones que se consignan en un formulario pre impreso por el mismo fondo privado lo demuestra. Lo que hace el usuario es adherirse al contenido de tal documento.
3. Desde siempre, la información que se entregue debe ser clara, cierta, comprensible y oportuna.
4. En todos los casos se invierte la carga de la prueba por cuanto:
 - a. Se presenta una negación indefinida de que no se dio la información en los términos anteriores. Corresponde al fondo demostrar el supuesto contrario a esa negación, es decir, que si dio la información con esas características.
 - b. Por lo establecido en el artículo 1604 del Código Civil según el cual quien ha debido tener la diligencia y cuidado debe demostrarlo.
 - c. Es una regla de justicia. El afiliado está en una posición probatoria complicada y el fondo está en mejor posición de demostrar.

- d. La información suministrada al momento de la afiliación debe reposar en los archivos del fondo.
- e. El afiliado es la parte débil pues los fondos tienen una clara preeminencia frente a él por ser un lego en la materia y ellos unos expertos derivado de su posición en el mercado, la experticia y el control de la operación.
- 5. Alcance de la jurisprudencia de la Corte en el tema. La regla identificable en todas las sentencias de la Corte es que los fondos debieron asesorar desde el principio y que en todos los casos se invierte la carga de la prueba.
- 6. En estos casos no importa cosa diferente al cumplimiento o no del deber de información. Por ello, en estos asuntos no tiene incidencia si la persona está o no en transición, si se tiene o no un derecho consolidado, si se está o no próximos a pensión, etc. Dijo textualmente la Corte que “La violación al deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo”.
- 7. La reasesoría no convalida el acto. La oportunidad y completitud de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado y no con posterioridad. Por ello, si no se dio la información necesaria al momento de la afiliación inicial que implicó el cambio de traslado, se considera que no se cumplió con el deber de información. Por esta misma razón los traslados posteriores entre fondos privados no convalidan el acto.
- 8. En este tipo de asuntos debe ordenarse la devolución de todos los dineros INCLUYENDO LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN.
- 9. No hay prescripción. El tema de ineficacia es imprescriptible. Desde el nacimiento el acto carece de efectos jurídicos y la sentencia comprueba o constata ese hecho. Además, la declaratoria de ineficacia va atada al derecho a la pensión misma que es imprescriptible.
- 10. El afiliado tiene derecho a reclamar la mejora en el valor de su pensión en cualquier tiempo. Esta afirmación permite deducir que incluso en los casos en los cuales la persona ya está percibiendo pensión del fondo privado aplican estas reglas.
- 11. En este tipo de asuntos no se aplican normas civiles. Por ello, no existe la figura del saneamiento de la nulidad pues lo que debe declararse es la ineficacia y no la figura de las nulidades sustanciales. La excepción en este caso es lo relacionado con las consecuencias prácticas de la nulidad en lo que si se aplica el artículo 1746 del Código Civil.
- 12. No se puede exigir al demandante en este tipo de asuntos que demuestre vicios en el consentimiento pues no es la nulidad la figura que se aplica.

Por estas razones señores magistrados se puede evidenciar que en el caso concreto, la parte demandada no cumplió con su deber de información, lo cual incidió directamente en el derecho pensional fundamental de mi representado, en el aseguramiento del mínimo vital y una vida digna, y lo impulsó a iniciar el presente proceso, con todo el desgaste que ello conlleva. En este orden de ideas, se dan todos los elementos que tiene la Corte Suprema de justicia hasta hoy unificada, para que las pretensiones que aquí se han formulado sean acogidas y en consecuencia sea confirmada la decisión de primera instancia en lo que respecta a la declaración de ineficacia de traslado con las consecuencias de dicha declaratoria.”

ALEGATOS DE COLFONDOS S.A.

“De manera respetuosa, se solicita a la Honorable Sala de Decisión Laboral, se confirme la decisión de A quo de no ordenarle a mí representada, retornar ningún concepto al Régimen de Prima Media, teniendo en cuenta que Colfondos trasladó todos los aportes existentes en la cuenta pensional que alguna vez tuvo en esta AFP, a la administradora Porvenir, en virtud de la decisión de la actora de vincularse a dicha AFP, **traslado que incluyó el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima**, por lo que dicha cuenta se encuentra en estado trasladado y sin recursos para retornar al RPMD.

En cuanto a los gastos de administración y del seguro previsional, estos se realizaron por disposición legal y no por capricho de la AFP y por ende son exequibles, exigibles y vigentes.

Por otra parte, el Decreto 2555 de 2010, refleja que contrario a como siempre se han concebido los gastos de administración, estos tienen una destinación específica en exactamente 11 gastos, de los cuales 1 es para garantizar la defensa judicial del fondo, otro es para la compra de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, en virtud de los cuales, la demandante estuvo amparada por los riesgos de invalidez y muerte durante el período de afiliación a Colfondos, **entonces, la contratación y el pago de las pólizas previsionales, cumplieron su específica destinación.** Los otros 9, son destinados únicamente para realizar las inversiones que realizan los fondos privados, que generan los rendimientos que son depositados diariamente en las cuentas de ahorro individual de los afiliados. De modo que dichos gastos nunca hacen parte del P y G de los Fondos de Pensiones.

Adicionalmente, ese mismo Decreto, señala que el manejo de estos recursos es vigilado por la Superintendencia Financiera e incluso los Fondos de Pensiones de las utilidades que reciben como sociedad (es decir lo que si reportan dentro del P y G), deben crear reservas que garanticen la rentabilidad mínima mediante el mecanismo creado por esa norma y que periódicamente señala el Órgano de Control y si los fondos de pensiones, no garantizan la rentabilidad mínima, deben incluso sus socios responder con su propio patrimonio. Por lo que entonces, la norma y el Órgano de Vigilancia y Control, prevén mecanismos suficientes para que los fondos hagan un buen uso de esos gastos de administración.

Para el caso de Colfondos, mi representada es la que mejor uso hace de los gastos de administración, ya que es la que mayor rentabilidad genera en el mercado, dado que rentabilidad mínima exigida es en promedio del 4.50% y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías siempre ha generado sobre el 8%, es decir el doble de la rentabilidad mínima exigida.

A su vez, si se mira la rentabilidad que genera mi mandante, esta es muy superior a la rentabilidad que genera Colpensiones en los inversión de los TES, por lo que si se hace un estudio de equivalencia financiera, de los dineros de la cuenta de ahorro individual con rendimientos generados por mi representada durante el período en que administró los recursos pensionales de la actora y que se trasladarían con destino a Colpensiones a través de la AFP Protección, ello arrojaría que los rendimientos que produjo Colfondos fueron muy superiores a los rendimientos que hubiese podido generar el Régimen de Prima Media, si la demandante siempre hubiera permanecido en el mismo.

Es por lo anterior, que ordenar a Colfondos devolver los gastos de administración, generaría un enriquecimiento injustificado, de parte del fondo que va a recibir los aportes de la demandante, **teniendo en cuenta que dichos rubros, no son factor de financiación de la pensión de vejez ni siquiera en el régimen de prima media. Adicionalmente por esa misma circunstancia (no constituir factor de financiación del derecho imprescriptible) y por tratarse de conceptos de tracto sucesivo que se han causado con la periodicidad que impone la ley, Sí son susceptibles de ser extinguidos por el transcurso del tiempo y por ende aquellos gastos que no fueron reclamados dentro de los tres años siguientes a su**

causación, se encuentran prescritos y por ende no hay, ni había lugar a ordenar que Colfondos, traslade dichos rubros

Por otra parte, estos recursos NO se encuentran en poder de Colfondos y en la etapa de fijación del litigio, jamás se estableció de devolución dineros que estuvieran en poder de terceros, que ni siquiera fueron vinculados al proceso, violándose su derecho de defensa y contradicción, al paso que dichas garantías también serían desconocidas para Colfondos, por tanto, solicito confirme la decisión adoptada por el Juez de Primera Instancia, de no ordenar retorno alguno al RPMD a cargo de Colfondos.

Ahora, no será posible que se disponga aplicar la indexación sobre los conceptos que se ordenaron u ordenaran devolver al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en virtud del Grado Jurisdiccional de Consulta que le asiste a Colpensiones, porque con los rendimientos generados por mí representada durante el período en que administró los recursos pensionales de la actora, en todo caso superiores a los que hubiera podido generar el Régimen de Prima Media, si la demandante siempre hubiera permanecido en dicho régimen, quedó más que compensado este concepto, además que el mismo, no fue solicitado en la demanda, ni incluido en la fijación del litigio; ni fue objeto de impugnación por las partes trabadas en esta Litis, por tanto, una condena en ese sentido, desconocería el principio de consonancia y congruencia de la sentencia con las pretensiones de la demanda y comportaría violación del derecho de defensa y el debido proceso, porque en segunda instancia, no se puede fallar más allá de lo pedido.

Sobre el tema, en la sentencia del 28 de marzo de 2022, con ponencia de la Magistrada María Eugenia Gómez Velásquez, proferida dentro del proceso con radicado 05001 31 05 020 2017 00603 01, se señaló: “**De otro lado, la apoderada de COLFONDOS S.A. se opone a la condena por indexación. Habiendo considerado esta Sala de Decisión Laboral, que no hay lugar a imponer condena por este concepto, sobre las cuotas de administración y demás emolumentos cuyo traslado se ordenó, teniendo en cuenta que a la Administradora de Fondos de Pensiones donde actualmente se encuentra activa la vinculación del afiliado, se le impuso la obligación de devolver a COLPENSIONES, la totalidad de las cotizaciones recibidas con motivo de la afiliación, sin descuento alguno, incluyendo los rendimientos financieros generados; así mismo, las AFP anteriores, trasladaron la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, concepto éste que puede compensar la devaluación que se hubiere causado con el transcurso del tiempo.**

Por tanto, se revocará la condena impuesta por este concepto a cargo de COLFONDOS S.A. El resaltado es nuestro

En sentencia del 24 de marzo de 2022, con ponencia del Magistrado Carlos Alberto Lebrún Morales, proferida dentro del proceso con radicado 05001-31-05-012-2019-0140-01, se señaló: “ *Lo anterior conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación del demandante con el ISS, hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual, esto es, la AFP PROTECCIÓN S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD no solo los dineros de la cuenta de ahorro individual, incluyendo sus rendimientos, sino también los dineros descontados por gastos de administración, seguros previsionales, Fondo de Garantía de Pensión Mínima y demás conceptos retenidos o deducidos, **sin indexación alguna, pues esta Sala ha estimado que los rendimientos generados cubren con creces cualquier pérdida de poder adquisitivo, todo en aras de preservar la sostenibilidad financiera del régimen, tal como lo dispuso la falladora de primer grado:..***” El resaltado es nuestro

En sentencia del 22 de marzo de 2022, con ponencia de la Magistrada, María Eugenia Gómez Velásquez, dentro del proceso con radicado 05001-31-05-004-2018-00492-01, se dijo: “**4° Solicita la apoderada de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías se absuelva de la indexación de los valores a trasladar; encontrando esta Sala de Decisión procedente lo pretendido, toda vez que se ha considerado que no hay lugar a imponer condena por este concepto, teniendo en cuenta que a la Administradora de Fondos de Pensiones se le impuso la obligación de devolver a Colpensiones, la totalidad de las cotizaciones recibidas con motivo de la afiliación de la demandante, sin descuento alguno, incluyendo los rendimientos financieros generados; concepto éste que puede compensar la devaluación que se hubiere causado con el transcurso del tiempo (Ver Sentencias SL2207, SL2208 y SL2279 de 2021). Así las cosas, esta Sala de Decisión Laboral revocará parcialmente la decisión en cuanto condenó a la indexación de las condenas y en su lugar se absolverá.**” El resaltado es nuestro.

En providencia del 18 de marzo de 2022, con ponencia de la Magistrada, Sandra María Rojas Manrique, dentro del proceso con radicado 05001-31-05-008-2019-00170-01, se expuso:

“Indexación de los conceptos a trasladar

*En relación con la solicitud presentada por la apoderada de Colpensiones, en cuanto a que se ordene el traslado de todos los conceptos de manera indexada, **debe señalarse, que a juicio de esta Sala, no procede dicha indexación, teniendo en cuenta que se está ordenando a las AFP demandadas, devolver todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización realizada por la actora con los rendimientos financieros, los cuales compensan ampliamente la pérdida de capacidad adquisitiva de los valores a trasladar, aunado al hecho que las órdenes así impartidas, se encuentran conforme a las directrices planteadas por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral y con ello se está asegurando que Colpensiones reciba todos los valores que la entidad habría recibido, en el evento en el que el accionante, siempre hubiera estado afiliado en esa administradora pensional...** El resaltado es nuestro.*

En sentencia del 15 de marzo de 2022, con ponencia de la Magistrada, María Eugenia Gómez Velásquez, dentro del proceso con radicado 05001 31 05 010 2019 00328 01, se expuso: **“En cuanto a que se ordene la devolución debidamente indexada, de los dineros que las AFP deberán trasladar al RPMPD, según lo solicita la apoderada de COLPENSIONES: Ha considerado esta Sala de Decisión Laboral que no hay lugar a imponer condena por este concepto, teniendo en cuenta que, a la Administradora de Fondos de Pensiones se le impuso la obligación de devolver a COLPENSIONES, la totalidad de las cotizaciones recibidas con motivo de la afiliación del demandante, sin descuento alguno, incluyendo los rendimientos financieros generados; concepto éste que puede compensar la devaluación que se hubiere causado en el tiempo...”** El resaltado es nuestro.

En la sentencia del 24 de febrero de 2022, proferida por la Honorable Sala de Decisión Laboral con ponencia del Magistrado Carlos Jorge Ruiz Botero, dentro del proceso con radicado N° 05001 31 05 002 2018 00770 01, en la que se dijo: “...Sobre la indexación solicitada en la alzada por Colpensiones, debe decirse que considera la Sala que este aspecto no es procedente en este asunto particular, ya que es un tema que no fue discutido en esta controversia, no fue incluido en la fijación del litigio, ni rebatido por la entidad accionada en la contestación de la demanda, siendo una situación nueva que no coincide con la oposición, ni con lo señalado por el Juez de Primera Instancia, estando en contravía con el principio de congruencia previsto Radicado en el artículo 281 del Código General del Proceso, que establece que la sentencia debe estar “...en

consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda... y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley...". Y no obstante existir la posibilidad de pronunciamientos ultra y extra petita, dada la protección especial que legal y constitucionalmente tienen los derechos involucrados en los procesos de ese linaje, dicha facultad sólo está otorgada al Juez de primera instancia, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el juicio y estén debidamente probados, siendo claro que este argumento del recurso, constituye una petición nueva, que no puede ser considerado por esta Corporación..."

En sentencia del 19 de noviembre de 2021, proferida por la Honorable Sala de Decisión Laboral con ponencia del Magistrado Víctor Hugo Orjuela Guerrero, dentro del proceso con radicado 05001-31-05001-2018-00418-01, dentro del proceso de JAIRO DE JESÚS LÓPEZ TRUJILLO, en la que se dijo, respecto a dicha condena, lo siguiente:

"... Así mismo, vale señalar que no era posible ordenar que la devolución de los descuentos se realice de manera indexada, en razón de que dicha actualización monetaria no se pretendió con la demanda, ni se planteó en la contestación, de lo que se sigue que, la indexación de las sumas por trasladar no fue materia de debate en el presente proceso, y siendo que la obligación de trasladar entraña una prestación de hacer y no de dar -cancelar una suma de dinero-, no es aplicable en este punto el reconocimiento oficioso de la misma, imponiéndose de esa forma su revocatoria en esta instancia ..." **Este criterio, fue reiterado dentro del proceso en sentencia del 14 de febrero de 2022, dentro del proceso de ANCIZAR OSPINA BEDOYA, con radicación 05001-31-05-011-2018-00321-01.**

En sentencia del 24 de junio 2021, dentro del proceso de Clara Inés Rodríguez Muñoz con radicación 05001-31-05-015-2019-00531-01 y ponencia de la doctora María Eugenia Gómez Velásquez, se señaló: **"No hay lugar a imponer condena por concepto de indexación, teniendo en cuenta que a la Administradora de Fondos de Pensiones se le impuso la obligación de devolver a COLPENSIONES, la totalidad de las cotizaciones con motivo de la afiliación de la demandante, sin descuento alguno, incluyendo rendimientos generados, concepto que puede compensar la devaluación que se hubiere causado en el tiempo. Por lo anterior, se modificará la sentencia de primera instancia, revocándose en cuanto a condenó a Colfondos al pago de la indexación, sobre los valores que deberá trasladar a Colpensiones (ver sentencias SL2207, SL2208 y SL 2279 de 2021)."** (El resaltado es nuestro).

En sentencia del 04 de junio 2021, dentro del proceso de Cruz Magdalena Gutiérrez Lopera, con radicación 05001-31-05-007-2018-00761-01 y ponencia de la doctora Martha Teresa Flórez Samudio, se señaló: “ **Finalmente, respecto a la indexación reclamada en los alegatos de instancia por parte de COLPENSIONES, frente a los conceptos que deben ser trasladados al régimen de prima media con prestación definida, estima la Sala, que la misma resulta improcedente, por cuanto la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, que es precisamente la finalidad de esta indexación, ya se encuentra conjurada con la condena a la devolución de los rendimientos financieros, pues con estos últimos, se asegura que el capital a trasladar corresponda a un valor real y actual, para no afectar la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, máxime que la referida indexación no fue solicitada en la demanda, ni tampoco hizo parte de la fijación del litigio**” (El resaltado es nuestro)

Igualmente, en sentencia del 03 de junio 2021, dentro del proceso de María Deyser Gutiérrez Álvarez, con radicación 05001 3105 001 2019 00264 01 y ponencia de la doctora Luz Amparo Gómez Aristizábal “... **y sin la indexación dispuesta en la providencia revisada, toda vez que al encontrarse los saldos en poder de la AFP deben estos generar unos rendimientos mínimos que evitan su envilecimiento, acogiéndose así planteado por la apelante...**” (El resaltado es nuestro)

En sentencia del 03 de julio de 2020, con notificación por estados el 07 de julio de 2020, dentro del proceso de MURIEL ENRIQUE HERRERA LEON, con radicación 05001 3105 014 2018 00260 01 y ponencia del doctor John Jairo Acosta Pérez, se señaló: “**aunque sin que dichas sumas deban ser indexadas según se solicita en los alegatos de conclusión presentados en esta instancia, pues se trata de una cuestión que debió plantearse en la contestación de la demanda o en el recurso de apelación, de manera que una decisión en tal sentido implicaría decidir más allá de lo pedido, lo que no resulta procedente en sentencias de segunda instancia...**” (El resaltado es nuestro)

Se destaca igualmente que la Corte Constitucional en sentencia SU 062 del 03 de febrero de 2010, le impuso la obligación al I.S.S., hoy Colpensiones, de informarle al afiliado cuál era la diferencia en el valor de los aportes entre los dos regímenes sobre el saldo a trasladar y acordar con éste un plazo prudencial para que el interesado asumiera la diferencia resultante, por lo que de presentarse la misma, será la parte

demandante quien la asuma. Así las cosas, tampoco podrá ordenarse en segunda instancia, que Colfondos asuma una eventual diferencia en el valor de los aportes. Nótese que en la demanda tampoco fue elevada pretensión alguna en ese sentido, por lo que no podría impartirse condena alguna en ese sentido, porque en segunda instancia, no puede fallarse más allá de lo pedido, como antes se anotó.

En los anteriores términos, se dejan sustentados los alegatos de conclusión en esta instancia.”

ALEGATOS DE PORVENIR S.A.

“ [...]

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

En este punto se debe anotar que, no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, pues la decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley pues:

- 1.1. La actora contó con varias oportunidades para trasladarse nuevamente de régimen y no lo hizo, por el contrario, permaneció en el mismo régimen pensional privado, de lo cual solamente es posible concluir que siempre mantuvo un interés en mantenerse vinculado al Régimen de Ahorro Individual.
- 1.2. La accionante manifiesta que su motivo para realizar este proceso es la diferencia en la mesada pensional entre los regímenes. Por lo tanto, es palmario que lo que motiva a la demandante a solicitar la nulidad o ineficacia de su traslado de régimen de pensiones no reposa en la forma como este se produjo, sino en el supuesto hecho de no cumplirse sus expectativas sobre el eventual monto de la pensión que recibiría en este; monto que, como es obvio suponer, no podía ser determinado en el momento en el que se presentó su vinculación, al depender de muchas variables que no eran conocidas en su momento. Esa es la razón por la cual la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que de la sola circunstancia de no cumplirse las expectativas pensionales no puede predicarse un engaño.

- 1.3. Mi representada, al momento de realizar el traslado de la parte accionada al Régimen de Ahorro Individual, cumplió con su deber de información establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues, se le entregó a la parte actora una asesoría generalizada, tal como él mismo asegura en los hechos de la demanda incoada, sobre la información del Régimen de Ahorro Individual de forma verbal al momento de suscribir el Formulario de Afiliación y finalmente dentro del mismo Formulario, el cual se recuerda es revisado y aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, y sus requisitos se regulan en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

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

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

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

- 1.5. Incumplimiento de la parte accionada del deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios, lo cual conlleva a que la misma no pueda ser beneficiaria de su propia culpa o negligencia en su actuar, lo anterior queda

corroborado con el accionar sistemático y reiterado por la parte demandante, pues esta dentro de su interrogatorio de parte, manifestó en diferentes ocasiones, no haber realizado comparaciones con otros Fondos Pensionales, no haber hecho preguntas o indagaciones en el momento de suscripción del formulario y no hacer uso de los diferentes canales de atención al usuario que tiene mi representada.

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

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que la parte demandante solicita desde la pretensión de la demanda la figura de la ineficacia, con ocasión, a una supuesta ausencia en la entrega de la información consistente en las condiciones del Régimen de Ahorro Individual, sin embargo, se recuerda que las mismas se encuentran en la ley 100 de 1993 y su desconocimiento no sirve como excusa para inaplicar las mismas.

2. Los valores recibidos con motivo a la afiliación, especialmente los gastos o cuotas de administración.

Respecto de esta condena es oportuno precisar que la misma no es procedente, toda vez que la parte actora se trasladó de régimen pensional en forma consciente, espontánea, sin presiones y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo, y antes de adoptar la decisión se le informó en relación con la incidencia de su traslado.

Es claro, así las cosas, que el acto de traslado de régimen es completamente válido, pues cumplió con los requisitos establecidos en la normatividad entonces vigente y no pesa sobre él ningún vicio u omisión que lo invalide y en consecuencia con lo anterior no es procedente que la administradora deba restituir estas sumas.

En ese mismo sentido, es oportuno precisar lo siguiente:

- 2.1. Las sumas correspondientes a las sumas adicionales de las aseguradas tienen por mandato legal una destinación específica, la cual se encuentra consagrada en el artículo 20 de la ley 100 de 1993. El mencionado artículo señala que: “en el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes” (Subrayado y negritas fuera del texto original).
- 2.2. Así las cosas, en el presente caso es claro que los descuentos efectuados por mi representada en su momento cumplieron a cabalidad con el objetivo y la destinación legal, por lo que los mismos ya no están en poder de la administradora que represento, sino en el de la compañía aseguradora que contrató para la cobertura del pago de las sumas adicionales necesarias para financiar las prestaciones que, por mandato legal, así lo requieran. La destinación de estas sumas también cumplió su objetivo y, en consecuencia, aquellas se agotaron y extinguieron.
- 2.3. En ese orden de ideas, si la condena a devolver las sumas adicionales de las aseguradas fuese confirmada por este honorable tribunal estaríamos frente un enriquecimiento sin causa a favor de la parte demandante en la medida en que se estarían inaplicando las normas legales que regulan las restituciones mutuas derivadas de una nulidad o ineficacia de un acto jurídico, siendo necesario reiterar que las sumas descontadas por mi representada , durante el periodo de afiliación cumplieron con la finalidad de proporcionar a la parte actora el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte, es decir, se invirtieron conforme con la estructura del Régimen de Ahorro. “

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

“Le solicito a los Honorables magistrados, revocar la sentencia de primera instancia, por cuanto es improcedente autorizar el traslado del accionante del Régimen de Ahorro

Individual con Solidaridad al del Régimen del Prima Media con Prestación Definida administrado actualmente por COLPENSIONES, lo anterior, de conformidad con el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo segundo de la Ley 797 de 2003, a quienes les faltare menos de 10 años para pensionarse, se encuentran impedidos para efectuar dicho traslado, es por tal motivo que, no sería procedente que se le reconozca la pretensión solicitada. Norma que establece que:

"Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez".

Además de lo anterior, hay que tener en cuenta que estamos en presencia de una situación fáctica y jurídica totalmente ajena a Colpensiones, cuyo actuar siempre estuvo ajustado a derecho y el traslado de régimen no le es imputable a mi representada, sino a decisión y voluntad de la demandante, plasmada con su firma en el documento de afiliación que obra en el proceso.

La demandante bien pudo haber acudido a Colpensiones para solicitar asesoría y no lo hizo. Bien pudo haber preguntado si tenía dudas, o requerimientos al Fondo privado al cual hizo su traslado, y nada de esto hizo, por consiguiente, no hay vicio del consentimiento, y se garantizó su libre escogencia de régimen, lo que conlleva a que no se acceda a las pretensiones de la demanda.

Máxime que tampoco procede su intención de trasladarse estando a menos de 10 años para adquirir su derecho a la pensión tal como lo proscribe la Ley y la Jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Por lo anterior les solicito sea revocado el fallo de primera instancia y absolver a la entidad que represento de todo cargo.

Por otro lado, en caso de confirmarse la sentencia de primera instancia, le solicito se confirme con respecto a la devolución de las cuotas de administración, pero se solicita al honorable tribunal, se adicione la sentencia en el sentido de ordenar dicha condena con la respectiva **indexación**, de conformidad con lo establecido en la sentencia SL 1689 de 2019."

5. PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER.

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

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

6. CONSIDERACIONES:

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

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

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

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

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

En el presente asunto, está probado, que la accionante, estando afiliada al régimen pensional de prima media administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, según se desprende de la historia laboral emitida por Colpensiones que milita a folios 38 a 40 del expediente (Documento 01 del expediente digital), se afilió a la administradora del RAIS COLFONDOS S.A. el 17 de abril de 1994 como se evidencia del formulario de vinculación a dicha AFP que milita a folio 30 del expediente, con efectividad a partir del 1° de mayo de dicha anualidad, trasladándose posteriormente a la AFP PORVENIR S.A. el 30 de marzo de 2003, como se observa en el certificado SIAFP que milita a folio 212, (Documento 01 del expediente digital).

De otra parte, si bien la demandante no es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues no contaba para el 1° de abril de 1994 con 35 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la AFP COLFONDOS S.A. en el año 1994 estuviera en la obligación de suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; sobre todo **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué dependería su monto en el RAIS.**

Sobre el deber de información antes citado, escuchado el interrogatorio de parte que fue absuelto por la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:39:15 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento (documento 17 del expediente digital), no se advierte que, además de manifestar que el asesor de COLFONDOS S.A. le indicó que le era mucho más beneficioso trasladarse a dicho fondo privado dado que el ISS se iba a acabar y que en dicho fondo podría pensionarse a una menor edad y con una mejor pensión, esta haya confesado que al momento de su traslado de régimen se le ilustró sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como lo son la explicación clara de las características de uno y otro régimen pensional, los requisitos para acceder a las prestaciones económicas en cada uno de ellos, la forma de liquidación de la mesada pensional en cada régimen, la oportunidad de trasladarse entre regímenes y entre administradoras y los términos para ello, entre otros aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

Ahora, manifestó la demandante, que efectivamente recibió una asesoría en su momento por parte de asesores de COLFONDOS S.A. y la actora suscribió por parte el formulario de afiliación que no fue tachado de falso, sin embargo contrario a lo manifestado por el recurrente, ha señalado claramente la Jurisprudencia de la SCL de la CSJ que para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción pre impresa sobre que el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que el traslado se realizó con pleno conocimiento informado, lo cual no probó la AFP COLFONDOS S.A., siendo su carga como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada, por lo que habrá de confirmarse en esta instancia la decisión de la *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por la demandante en el año 1994 cuando se trasladó del RPM administrado por el extinto ISS a la AFP COLFONDOS S.A.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES y frente a las cuales la *a quo* determinó que PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales en caso de existir, los rendimientos que se hubieran causado, sumas adicionales de las aseguradoras y cuotas de administración, encuentra la Sala que la orden impartida por la *a quo*, no se encuentra del todo acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia y por ende debe ser ADICIONADA en sede de consulta en favor de Colpensiones, en el sentido de indicar que la devolución que deben realizar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES deberá incluir no solo el valor de las cotizaciones, los rendimientos financieros causados, las sumas adicionales de las aseguradoras y las cuotas de administración, sino también los porcentajes que en su momento fueron descontados por dicha AFP de las cotizaciones de la demandante y que fueron destinados a pago de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, al pago de prima de reaseguro de Fogafín y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, y además en el sentido de indicar que la AFP COLFONDOS S.A. deberá devolver a COLPENSIONES las sumas que en su momento descontó de las cotizaciones de la demandante durante el tiempo en que esta estuvo afiliada a dicha AFP, y que fueron destinadas a comisiones de administración, al pago de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, al pago de prima de reaseguro de Fogafín y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir que ambas AFP demandadas, deberán devolver a Colpensiones el 100% de las cotizaciones de la demandante, con sus rendimientos financieros y sin descuento de ninguna índole, pues al declararse la ineficacia del acto de traslado, **ningún efecto jurídico puede derivarse de este**, como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

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

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

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

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

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

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

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

El apoderado de COLFONDOS manifiesta en sus alegatos que algunos dineros, específicamente el referente al porcentaje de la garantía de pensión mínima, no se encuentran en su poder, por lo que la devolución estos dineros se encuentra en cabeza de terceros como lo es el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, que no fue vinculado al proceso.

Respecto del anterior argumento si bien en principio le podría existir razón a la apoderada de COLFONDOS S.A., que respecto del porcentaje de la genéricamente denominada cuota de administración, destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, no se debería ordenar el reintegro a COLPENSIONES, no porque este se encuentre en poder de terceros, sino porque se encuentra en poder del Estado, y COLPENSIONES, se le puede considerar como el Estado, al ser esta una entidad pública de la que el Estado es garante del pago de las prestaciones a que pueda tener derecho el demandante, lo que conllevaría que el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, está en poder del Estado, y por ello no habría lugar restituirse, en primer lugar en el proceso no se encuentra probado que en efecto respecto de la demandante COLFONDOS S.A., haya efectivamente trasladado ya el referido porcentaje al citado Fondo, y en segundo lugar si así lo hizo, bien pudo hacer comparecer la proceso a este Fondo, que está adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que se le ordenara restituir el citado porcentaje a COLFONDOS S.A., para que a la vez este lo restituya a COLPENSIONES, e incluso podría eventualmente COLFONDOS S.A., solicitar esta restitución con posterioridad a esta sentencia para dar cumplimiento a ella, pero en todo caso sin perjuicio que sea la directamente obligada a restituirlo, por su deber de correr con las consecuencias que de la declaratoria de ineficacia se derivan, por lo que a juicio de la Sala, no puede prosperar este aspecto de la apelación de COLFONDOS S.A., debiéndose confirmar el fallo de primera instancia.

De otra parte, respecto de la solicitud de la apoderada de COLPENSIONES en los alegatos de esta instancia, en el sentido que se ordene la devolución indexada de las cuotas de administración, y cuotas abonadas al fondo de garantía mínima, el porcentaje destinado al pago de seguros provisionales, esta es una cuestión que debió plantearse en la contestación de la demanda o cuando menos, en el recurso de apelación, de manera que una decisión en tal sentido implicaría decidir más allá de lo pedido, lo que resulta improcedente en la sentencias de segunda instancia, pues fue un asunto que las partes no tuvieron la oportunidad de debatir en el proceso y por ello no se resolverá sobre este solicitud.

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

De otra parte, se afirma en el recurso de apelación de PORVENIR S.A. que sobre el traslado de la demandante, quien no cumple con los requisitos para ello, debe realizarse un análisis económico similar al realizado por este Tribunal al resolver de manera negativa la posibilidad de declarar la ineficacia de traslado en caso de personas ya pensionadas, dado que el retorno de la demandante al RPM afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, y en especial de COLPENSIONES.

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

De otra parte, el hecho que la actora regrese al RPM, de COLPENSIONES, no necesariamente le va a causar una carga financiera a esta entidad o mejor a los recursos del fondo común de los afiliados, por un mayor monto de la pensión en el RPM, pues en primer lugar no se encuentra probado en el proceso, que la pensión en el RPM vaya a ser superior a la del RAIS, y en segundo lugar el monto de la pensión de vejez, tanto en el RAIS como en el RPM depende de muchas situaciones de hecho ciertas y de voluntad del afiliado, que no están plenamente probadas en ese proceso, y otras que incluso pertenecen al mundo del azar, pues si un afiliado al RAIS decide hacer vida marital o casarse con una persona muy joven o tener hijos a avanzada edad cuando está a punto de obtener la pensión de vejez, ello necesariamente influirá en que el monto de la pensión en el RAIS sea reducido, o si por ejemplo en el RPM por

azar el afiliado pierde el empleo que le irrogaba un buen salario y no puede seguir cotizando como independiente con el IBC en los últimos 10 años, el valor de su pensión se va a ver menguado.

Pero es más, eventualmente pudiera suceder que un afiliado al RPM, fallezca sin que tenga beneficiarios que legalmente puedan acceder a las prestaciones de sobrevivientes y en tal caso, los dineros de sus cotizaciones, queden en el fondo común de COLPENSIONES. También puede suceder que el afiliado no alcance a obtener la pensión de vejez, sino la indemnización sustitutiva, la que es evidentemente inferior al monto de las cotizaciones con sus rendimientos. Igualmente puede suceder que el afiliado alcance a obtener la pensión de vejez, y fallezca sin tener beneficiarias de una pensión de sobrevivientes, y que los dineros con los que contribuyó al fondo común no se hayan agotado, caso en el cual el saldo no utilizado queda perteneciendo al fondo común, lo que no pasa en el RAIS, pues los dineros deben ser entregados a los herederos.

Finalmente, en lo que concierne a la apelación de la parte demandante, encaminada a que se revoque la decisión de la *a quo* de no imponer condena en costas en contra de Colpensiones, ha de señalarse que esta Sala ha sido del criterio de no imponer condena en costas en contra de Colpensiones, al menos en lo que a la primera instancia se refiere, en atención a que dicha entidad en realidad no tuvo ninguna responsabilidad en el traslado de régimen pensional de la demandante puesto que no era su obligación prestar la información debida al momento de la afiliación al RAIS y además, tampoco era la entidad competente para resolver la solicitud de traslado de la demandante debido a la prohibición legal de autorizar dicho traslado vía administrativa, concluyéndose entonces que la convocatoria de dicha entidad al presente proceso fue solo para que corriera con las consecuencias de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, en el que no participó, encontrado la Sala procedente la decisión de la *a quo* en el sentido que dicha entidad no deba asumir costas procesales, al margen que la entidad, una vez convocada al proceso haya tenido que ejercer su derecho de defensa como lo señala la recurrente.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la orden del *a quo*, de reintegrar a COLPENSIONES el bono pensional que se pudiera haber pagado a favor del actor, tal decisión resulta desacertada, toda vez que al ser ineficaz la afiliación del demandante al RAIS, no se origina el derecho a bono pensional, al menos el tipo A, y por tal razón,

si el referido bono fue pagado se debe efectuar la devolución al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y no a COLPENSIONES, por lo que tal orden será precisada.

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

Sin COSTAS en esta instancia por haber sido vencidas todas las apelantes en su recurso.

7. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 09 de noviembre de 2020 proferida por el JUZGADO DIECIOCHO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **BEATRIZ ELENA DEL SOCORRO SALAZAR URIBE**, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, y las sociedades **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADICIONÁNDOLA** en el sentido de indicar que la devolución que debe realizar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES deberá incluir no solo el valor de las cotizaciones, los rendimientos financieros causados, las sumas adicionales de las aseguradoras y las cuotas de administración, sino también los porcentajes que en su momento fueron descontados por dicha AFP de las cotizaciones de la demandante, que fueron destinados a pago de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, al pago de prima de reaseguro de Fogafín y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

Igualmente se ADICIONA la sentencia de primera instancia, en el sentido de DECLARAR que la AFP COLFONDOS S.A. deberá devolver a COLPENSIONES las sumas que en su momento descontó de las cotizaciones de la demandante durante el tiempo en que esta estuvo afiliada a dicha AFP, que fueron destinadas a comisiones

de administración, incluido el porcentaje de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, al pago de prima de reaseguro de Fogafín y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

En lo que tiene que ver con la orden del *a quo*, de reintegrar a COLPENSIONES el bono pensional que pudiera haberse pagado a favor del actor, se precisa que, si se trata de bono tipo A, se debe efectuar la devolución al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y no a COLPENSIONES.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La anterior sentencia se notifica a las partes en EDICTO.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

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

Los magistrados,

Firmado Por:

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

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

John Jairo Acosta Perez
Magistrado

Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **bd11b0c45f7c70a5880bee858d503ccd9f68ad3c4090c5417f91052ff469bcb7**

Documento generado en 23/06/2022 02:04:59 PM

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

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