

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El dieciocho (18) de agosto de dos mil veintidós (2022), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, procede a proferir sentencia de segunda instancia, en el presente proceso ordinario laboral promovido por la señora **SANDRA ADELIA PINEDA SALGADO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y las sociedades **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** (en adelante OLD MUTUAL S.A.), **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.) y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** (en adelante COLFONDOS S.A.), tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-013-2019-00706-01.

AUTO

De conformidad con la sustitución de poder allegada vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por parte de la sociedad PALACIO CONSULTORES S.A.S. quien representa judicialmente los intereses de COLPENSIONES en este proceso, se procede a reconocer personería a la abogada CARMEN YOJANA RAMÍREZ VILLEGAS, portadora de la T.P. 157.953 del C. S. de la Judicatura, para que represente a COLPENSIONES en este proceso como apoderada sustituta.

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

1. ANTECEDENTES:

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

ello se condene a Colpensiones a reconocerle y pagarle pensión de vejez con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata la actora que nació el día 20 de octubre de 1962 y efectuó cotizaciones al RPM administrado por el ISS desde el año 1988 hasta el año 2001.

Expone que en el año 2001 se trasladó del RPM al RAIS por medio de la administradora de pensiones PORVENIR S.A., quien al momento del traslado no le brindo una asesoría clara, comprensible, completa acerca del tema pensional, toda vez que no le explicaron acerca de las características del RAIS, ni las diferencia respecto del RPM, no le explicaron acerca de las modalidades de pensiones que tiene el RAIS, ni las consecuencias si no acumulaba el capital mínimo para una pensión del 110% del SMLMV, ni el hecho que la edad de los beneficiarios incide en el reconocimiento de la prestación, ni la importancia al derecho de retracto, ni le explicaron acerca del bono pensional, ni mucho menos las ventajas y desventajas del RAIS, pues no le informaron sobre los factores que incidían en la liquidación de la pensión, no le informaron sobre el Fondo de Garantía de Pensión Mínima ni le realizaron proyecciones.

Manifiesta que el año 2005 realizó un traslado de fondo a la AFP OLD MUTUAL S.A., pero dicha entidad tampoco le brindo asesoría sobre el tema pensional, posteriormente se trasladó a COLFONDOS S.A., y en el año 2017 regresó a PORVENIR S.A.

Aduce que nunca recibió de parte de dichas AFP una asesoría jurídica, económica y financiera especializada en pensiones, por lo cual nunca estuvo un estudio de viabilidad financiera de su traslado al RAIS, nunca supo en qué consistía el traslado, ni sus implicaciones, ni las ventajas o desventajas de trasladarse de régimen, por lo cual siempre tuvo la certeza de que el RAIS le traería los mismos beneficios que el RPM, incumpliendo así dichas entidades con su obligación de informar de manera clara, completa, oportuna y veraz, para que de esta manera pudiera tomar la decisión de trasladarse al RAIS de manera informada, libre y voluntaria, entendiendo las consecuencias de su elección en cuanto a riesgos y beneficios.

Expone que PORVENIR S.A. le ofrece una mesada pensional a los 57 años de edad por valor de \$828.116, y en el RPM con el promedio de los últimos 10 años por un

valor de \$2.682.119, por lo que la gran diferencia se traduce en un perjuicio que afecta su mínimo vital y la vida en condiciones dignas.

Finalmente indica que cuenta con 57 años y con más de 1300 semanas cumpliendo así los requisitos para pensionarse.

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 el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo para el efecto cotizaciones, cuotas y/o gastos de administración vigentes a partir del 01 de mayo de 2001 hasta el 31 de octubre de 2005 y nuevamente a partir del 1 de agosto de 2017, con los rendimientos que se hubieren causado, como si hubiera permanecido en el RPM, ordenando además a COLPENSIONES a recibir tales sumas de dinero y activar la afiliación de la demandante al RPM.

En el mismo sentido, condenó a las sociedades OLD MUTUAL S.A. y COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES las cuotas y/o gastos de administración descontados durante los periodos en que la demandante estuvo afiliada a dichas AFP.

Para fulminar condena, la juez argumentó 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 PORVENIR S.A. que, al momento de la afiliación de la demandante, se haya cumplido con el deber legal de otorgarle 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 a través de la AFP PORVENIR S.A.

Así mismo, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez a la demandante a partir del día siguiente a la última cotización, e indicó que para la liquidación de la prestación deberá darse aplicación a lo dispuesto en los artículos 21 y 34 de la referida ley 100 de 1993, autorizando además el descuento en salud sobre las respectivas mesadas pensionales.

Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, entre ellas la de prescripción argumentando que la validez del traslado de régimen se trata de un derecho íntimamente ligado a la pensión, mismo que es un derecho fundamental imprescriptible.

Finalmente condenó en costas a las AFP PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A.

3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN:

La anterior decisión fue apelada por los apoderados judiciales de PORVENIR S.A., de OLD MUTUAL S.A. y COLPENSIONES, en los siguientes términos:

APELACIÓN DE PORVENIR S.A.

El apoderado de PORVENIR S.A. apela la sentencia, solicitando que la misma sea revocada y en consecuencia se nieguen las pretensiones de la demanda, indicando que no se comparte la decisión de la *a quo* de declarar la ineficacia en sentido estricto de la afiliación de la demandante con PORVENIR S.A. en el año 2001, ni la decisión de condenar a PORVENIR S.A. a trasladar todos los dineros, pese a que las restituciones son mutuas.

Indica que hay una flagrante contradicción en la que incurre el despacho de primera instancia en la parte motiva y resolutive de su sentencia, pues en la parte motiva asegura que el efecto de la ineficacia en sentido estricto es retrotraer las cosas a su estado original, pero en la parte resolutive de la sentencia obliga a PORVENIR S.A. a trasladar todos los dineros, incluyendo los rendimientos financieros, a sabiendas que antes del año 2001 no existían estos rendimientos financieros.

En lo que tiene que ver con la carga dinámica de la prueba, indica que dentro de este proceso se impuso la carga a PORVENIR S.A., sin embargo, dentro del análisis que se hizo en la sentencia no se tuvo en cuenta lo establecido en el artículo 167 del CGP, pues el juez puede dividir la carga dinámica de la prueba y exigir probar dichos hechos a la parte que se encuentre más probable de aportar las evidencias o establecer los hechos controvertidos, sin embargo, el despacho no hizo el análisis de los hechos materiales propiamente para el año 2001, pues 15 años después de la aparición de la ley 100 de 1993, la Corte Suprema de Justicia en sus decisiones le quita valor probatorio al único documento que para el año 2001 se le exigía a las AFP tener como prueba para la existencia y como requisito de validez del contrato de afiliación.

Indica que no se hace un análisis en los hechos de la demanda sobre los traslados que hace la demandante y los conocimientos que tiene la demandante del RAIS, ni del acto de relacionamiento que es la ratificación del acto de la demandante que aunque dice que no le gustó el servicio de PORVENIR S.A. en el año 2001, posteriormente se traslada entre administradoras del RAIS para finalmente retornar a PORVENIR S.A., pero cuando su mesada pensional no le es conveniente se escuda en las negaciones indefinidas, solicitando el retorno y desconociendo la prohibición legal de la Ley 797 de 2003 y también el artículo 230 de la Constitución.

Manifiesta que, sobre los gastos de administración o sobre las consecuencias que se le dan a estos procesos, no es cierto que el efecto jurídico de las ineficacias sea retornar las cosas a su estado original, pues la Corte Constitucional en diferentes momentos ha explicado cómo funcionan las ineficacias en sentido estricto, como en Sentencia C 345 que expresa que las ineficacias son en sentido estricto las que propiamente se establecen en las leyes, y el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 el efecto de la declaratoria de ineficacia es dejar libre al trabajador para que vuelva a realizar de manera libre y voluntaria la afiliación al régimen que quiera, pero no señala en ninguna parte que se deban retrotraer las cosas a su estado original, ahora bien, el artículo 1746 del Código Civil otorga a las partes la posibilidad de retrotraer las cosas a su estado original, se ordena entonces el traslado de los rendimientos financieros a sabiendas que el RPM no genera rendimientos financieros, por lo que a su juicio la decisión de trasladar los gastos de administración y además dichos rendimientos que no se generan en el RPM, porque así lo ha determinado la Corte Suprema de Justicia, va en contra de la justicia.

Con base en lo anterior estima que PORVENIR S.A. no está obligada a restituir los ejercicios financieros, pese a que las restituciones son mutuas y antes del 2001 no existía ningún ejercicio financiero, y ello es importante porque los gastos de administración tienen emolumentos que son netamente económicos que están en elemento de prescripción, adicionalmente son obligaciones de tracto sucesivo que no son susceptibles de restitución como la misma jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia lo establece, que estas restituciones cuando se dan no pueden afectar derechos de terceros, pero en este caso estarían afectando derechos de terceros sobre las aseguradoras, pues no tiene sentido que se obligue a PORVENIR S.A. a través de su patrimonio personal, a trasladar estos dineros, cuando la misma Ley le autorizo en su momento descontar estos dineros, por lo que habría un fuerte choque con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la Ley propiamente.

Señala por otra parte que, sobre la excepción de prescripción tampoco se da cumplimiento a la jurisprudencia, pues se asegura que los actos jurídicos no prescriben, pero sus derechos crediticios si prescriben, por lo que resultaría paradójico que las mesadas pensionales que son dineros que se le entregan directamente a los afiliados si prescriban, pero los gastos de administración, que son emolumentos netamente económicos, derechos crediticios desprendidos de estos estados jurídicos, que no son parte de los dineros destinados a la pensión como lo establece el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, pues dispone que estos deben ser descontados tanto en el RPM como en el RAIS , no prescriban. Por lo que se contraria la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y así mismo la sentencia en primera instancia.

Expresa que los gastos de administración son frutos financieros y por tanto debe acudir al artículo 964 del Código Civil, por lo que PORVENIR S.A. no está obligada a trasladarlos porque en el proceso no se demostró la existencia de mala fe.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la condena en costas, se establece que PORVENIR S.A. debe pagar costas porque hizo parte del acto, sin embargo, no se tiene en cuenta lo enseñado por la Corte Constitucional sobre la condena en costas, pues indica que dicha condena no es consecuencia de la conducta de las partes sino que constituyen una condena objetiva para quien resulte vencida en el proceso conforme lo establecido en el artículo 365 del CGP y en ese orden de ideas, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra, por lo que, cuando la juez asegura que COLPENSIONES no debe pagar costas porque

no hizo parte del acto propiamente, se entendería que las costas en estos procesos se establecen como una sanción o indemnización de perjuicios en contra de PORVENIR S.A., lo que desdibuja el artículo 365 del CGP.

Finalmente le solicita al Tribunal Superior de Medellín revocar en su totalidad la sentencia proferida en primera instancia.

APELACIÓN OLD MUTUAL S.A.

La apoderada de OLD MUTUAL S.A. apela la sentencia parcialmente, en el numeral que condena a OLD MUTUAL S.A. a la devolución de los gastos de administración, gastos previsionales y que estos sean indexados para ser enviados a PORVENIR S.A.

Argumenta que se debe revocar dicho numeral, por cuanto los gastos de administración son una obligación normativa que tienen las administradoras dentro del marco legal regulatorio y es obligación de las administradoras hacer el cobro de dichos dineros, teniendo en cuenta que estos pueden llegar a entenderse como una contraprestación de dos distintos servicios que gozó la demandante durante el tiempo de afiliación a las administradoras, esto es una póliza de riesgo, invalidez y muerte de la cual la demandante fue beneficiaria durante todo el tiempo de su afiliación, que si bien no fue necesaria su utilización, es una obligación de trato sucesivo que requiere un pago inmediato mensual para que la demandante pudiera tener a su nombre la póliza.

En cuanto a los otros gastos de administración, según la Ley 100 de 1993 se pueden descontar los montos correspondientes al manejo de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante, como los mantenimientos.

Indica que es una imposición normativa la que le imponen a las administradoras de comprar y cumplir y, que bajo este precepto si la ineficacia es devolver los efectos como si nunca hubieran sucedido, estarían hablando que existen unas restituciones mutuas y que tal efecto tiene dos partes contractuales que se ven afectadas, por un lado la demandante y por el otro OLD MUTUAL S.A., pues el solo hecho de que obliguen a las administradoras a devolver los gastos de forma indexada a PORVENIR S.A., para que este los traslade a COLPENSIONES no tendría sentido, pues en el RPM los gastos de administración, los rendimientos y los gastos de seguros previsionales no existen.

Manifiesta que, por lo anterior al trasladar esos dineros se podría estar bajo la figura de un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante, teniendo en cuenta que si ella hubiera estado en el RPM no podría ser acreedora de los dineros que están obligando a las AFP a retornar. Adicionalmente aduce que no se está teniendo en cuenta que el dinero que se va a trasladar de PORVENIR S.A. como actual administradora a COLPENSIONES va a ser utilizado única y exclusivamente en la liquidación de la mesada pensional de la señora SANDRA PINEDA.

Indica que, si se tiene en cuenta que se van a enviar no solamente los aportes obligatorios, sino los rendimientos generados por todos los fondos en los que estuvo la demandante, se debe tener de presente que el dinero sumado, es más que suficientes para cubrir la mesada pensional de la demandante, sin que COLPENSIONES entre en detrimento alguno del tesoro nacional debido a cubrir dicha mesada pensional y el derecho de la actora.

Expone además que OLD MUTUAL S.A. entra en detrimento, al tener que sacar de su propio patrimonio los dineros de los seguros previsionales, pues estos dineros ya fueron pagados anteriormente.

Por lo anterior, solicita al Tribunal Superior de Medellín revocar el numeral 3º de la sentencia y se absuelva a OLD MUTUAL S.A. de tener que devolver dichos gastos de administración.

APELACIÓN DE COLPENSIONES.

La apoderada de COLPENSIONES apela la sentencia, solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia, indicando que debe tenerse en cuenta la prohibición legal de traslado de régimen impuesta por el legislador en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el cual modifico el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, a través del cual se estableció claramente que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren menos de 10 años para adquirir su pensión de vejez.

Adicionalmente en el RAIS se graban los aportes con unos porcentajes que no existen en el RPM, lo cual genera que, al momento del traslado de las sumas de la cuenta de ahorros individual de la demandante, las mismas sean insuficientes para cubrir las obligaciones que se desprenden del retorno al RPM decretado, vulnerando así la sostenibilidad financiera de la entidad.

Indica que COLPENSIONES no cuenta con los valores suficientes para reconocer la pensión de vejez decretada por la *a quo*.

Manifiesta además que, en caso de confirmarse la decisión del despacho, debe adicionarse la sentencia y ordenar el reintegro de las sumas o valores a cargo de las AFP COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A., esto es la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro de la demandante, las cuotas abonadas al fondo de garantía mínima, los rendimientos generados en cada una de ellas, la anulación de los bonos pensionales que existieren, el reintegro de los porcentajes destinado al pago de seguros previsionales y los gastos de administración. Adicionalmente solicita que dichas sumas sean entregadas de forma indexada por la evidente pérdida del valor de la moneda, evitando así un detrimento en las cuentas que maneja la entidad.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados de la demandante, Porvenir S.A. y Colpensiones allegaron escrito de alegaciones, en los cuales señalaron resumidamente lo siguiente:

ALEGATOS DE LA DEMANDANTE:

En la demanda se formulan negaciones indefinidas en los hechos formulados, negaciones que de conformidad con el artículo 167, del CGP quien debe demostrar el hecho positivo es la entidad demandada, a hora bien, en el plenario no obra prueba que indique que la entidad demandada haya cumplido con el deber de información, o por menos con el buen consejo que establece el artículo 97 numeral primero del *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*, y el artículo 38 del Decreto 692 de 1994

ARTICULO. 13.- Características del sistema general de pensiones. Reglamentado por el Decreto Nacional 3995 de 2008, Reglamentado por el Decreto Nacional 1051 de 2014. El sistema general de pensiones tendrá las siguientes características:

- a) Modificado por el art. 2, Ley 797 de 2003 La afiliación es obligatoria salvo lo previsto para los trabajadores independientes;
- b) La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará

por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la presente ley; los literales c) y, d). del artículo 60 de la Ley 100 de 1993, modificados por el Artículo 48 de la ley 1328 de 2009 a los cuales quedarán así:

c) **Los afiliados al sistema podrán escoger y trasladarse libremente entre entidades administradoras y entre los Fondos de Pensiones gestionados por ellas según la regulación aplicable para el efecto, así como seleccionar la aseguradora con la cual contraten las rentas o pensiones.**

En todo caso, dentro del esquema de multifondos, el Gobierno Nacional definirá unas reglas de asignación al fondo moderado o conservador, para aquellos afiliados que no escojan el fondo de pensiones dentro de los tiempos definidos por las normas respectivas, reglas de asignación que tendrán en cuenta la edad y el género del afiliado.

Así mismo, la administradora tendrá la obligación expresa de informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permitan la adopción de decisiones informadas. Por su parte, el afiliado deberá manifestar de forma libre y expresa a la administradora correspondiente, que entiende las consecuencias derivadas de su elección en cuanto a los riesgos y beneficios que caracterizan este fondo...

El DECRETO 656 DE 1994, dice:

Artículo 4º.- En su calidad de administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter previsional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. *Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.*

En el presente proceso no existe prueba que demuestre que a la demandante en el traslado inicial se le haya brindado información sobre los siguientes aspectos importante y relevantes: **características de los regímenes pensionales, diferencias de los regímenes pensionales, cómo se construye la pensión en el RAIS, qué factores inciden en la liquidación de la pensión en el RAIS y en El RPMCD Y su diferencia, qué es un aporte voluntario, qué es el bono pensional, No se le explicó que los familiares inciden en el reconocimiento de la pensión, no se**

explicó cuando se redime el bono pensional en el caso de las mujeres la deferencia ventajas y desventajas, riesgos del RAIS, buen consejo, diferencia y ventajas entre devolución de saldos e indemnización sustitutiva, Información que era relevante al momento de tomar la decisión del traslado de régimen pensional.

La anterior conducta de la entidad que la entidad va en contravía de lo doctrinado por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia SL 1452, DE 2019, cuando define: **TRASPARENCIA** “... **En otros términos, la transparencia impone la obligación impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobre dimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro..**”, principio que fue desconocido por la entidad demandada.

La CSJ ha enseñado que la INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN PENSIONAL **es insanable** véase las sentencia SL 1452 D 2019 Y LA SL 1688 DEL 2019

SOBRE LOS ACTOS DE RELACIONAMIENTO LA CORTE HA DICHO en la sentencia **SL1055-2022, SL5686-2021 y SL5688-2021**, que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, **no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.**

Lo anterior, porque los actos mal llamados de relacionamiento deben cumplir con las mismas características del deber de información del traslado inicial y en el presente proceso no se cumplió.

ALEGATOS DE PORVENIR S.A.

No le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos para la nulidad de los actos jurídicos establecidos en los artículos 1508, 1513, 1515, 1517, 1524, 1741 del Código Civil,

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 en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, 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, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto; pese a lo expuesto, para definir las declaraciones de ineficacia y/o nulidad de los traslados de régimen pensional, se acuda a normas propias del sistema general de pensiones -artículo 271 de la Ley 100 de 1993-, sin consideración a que esta disposición, indica en forma expresa que será ineficaz un traslado cuando se ejecutan las conductas con la intención que allí se mencionan, pero para establecer los efectos de esta ineficacia, se acude a disposiciones del Código Civil, sin tener en cuenta igualmente los presupuestos que este compendio normativo consagra para que se declare la nulidad de un acto o contrato.

Dicho esto, preciso es mencionar que, 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 demandante, 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.

Adicionalmente, no se puede desconocer que Porvenir S.A siempre le garantizó el derecho de retracto, conducta que se prueba con 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, y la demandante realizó cambio de régimen de forma libre y voluntaria, en el cual se le brindó una información oportuna y completa, como lo aseveró al suscribir el formulario de afiliación.

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 y oportuna, tal inferencia no se ajusta a la realidad procesal, por cuanto mi representada en 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 tenía su poder para demostrar que la parte actora, ha estado vinculada a mi representada producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita no solo con el formulario de afiliación, el cual es un documento que se presume autentico, sino se insiste, con la conducta del afiliado, en el régimen de ahorro individual y permite el descuento con destino al fondo privado, pruebas que analizadas de manera crítica y en conjunto, conducen con certeza a concluir que la intención de la parte actora era pertenecer al régimen de ahorro individual.

Entonces, es un hecho objetivamente demostrable que durante el tiempo de vinculación, la parte actora permitió el descuento del aporte con destino al fondo privado que represento, conductas que bajo la línea que ha trazado la H. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, deben considerarse como ***“la verificación de la voluntad del afiliado”***.

No es jurídicamente viable imponerle a mi representada cargas distintas a las previstas en las leyes existentes al momento en que sucedió la afiliación de la demandante, pues constituye una violación al debido proceso y a la confianza legítima del fondo que represento, ya que para cuando se celebró el acto jurídico de vinculación, no solo el afiliado para ese momento era jurídicamente capaz, sino que además, el citado acto contiene objeto y causa lícita, y ahora por cuenta de interpretaciones y el alcance que se hace de algunas normas, se desconocen instituciones primarias de un estado social de Derecho como son la validez y los efectos de los actos jurídicos.

De lo expuesto por la actora se debe colegir que recibió información suficiente y que nunca se preocupó por conocer aspectos para ella relevantes que, ahora echa de menos, pese a los diferentes canales de atención con que contaba PORVENIR S.A., lo que denota negligencia de su y que ahora pretende sanear a través del proceso, con el argumento de que no se le dio la información necesaria.

Sin realizar el análisis en conjunto y crítico de estas pruebas como lo ordena el artículo 60 del CPT y SS, 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.

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

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

Si el negocio ha sido cumplido, total o parcialmente, por una de las partes o por ambas, la situación se retrotrae al estado en que las partes estarían de no haber celebrado el negocio. Es en esta circunstancia donde tienen cabida las restituciones de que trata el artículo 1746, que después de consagrar la regla general según la cual la nulidad judicialmente pronunciada da a las partes derecho a ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el negocio o contrato nulo, establece una serie de excepciones y pautas. (negrillas fuera de texto)

Entre las excepciones, se encuentra lo concerniente al objeto o causa ilícita, casos en los cuales no es posible repetir lo que se haya dado o pagado a sabiendas de la ilicitud (1525); como tampoco lo que se haya dado o pagado al incapaz, salvo prueba de

haberse hecho este más rico (1747). Tampoco hay lugar a la restitución material del bien cuando ello no sea posible por motivos de utilidad pública o interés social, casos en los cuales se dará una reivindicación ficta o compensatoria (artículo 58 de la Constitución Política).

En cuanto a las pautas que da el Catorce inciso 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.”¹

En consecuencia, no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en citado literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otro valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que condenar a pagar valores adicionales, configura un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico celebrado entre la parte demandante y mi representada como lo es COLPENSIONES; pero además, determinar que se deben reintegrar los gastos de administración o las primas de seguros, es tanto como ordenarle a una compañía de seguros a que si no se presenta el siniestro amparado, devuelva el valor de la póliza.

Con relación estos gastos de administración, la Superintendencia Financiera de Colombia, en concepto con radicación No. 20191522169-003-000 del 17 de enero de 2020, indicó en forma expresa que en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son: los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de la Prima de Seguro Provisional en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de

mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, ni tampoco la comisión de administración.

En este orden de ideas, los gastos de administración ni primas de seguros, al no corresponder a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales en cuanto no financian la prestación de vejez y por ende no son parte integrante de ella, razón de peso para descartar su imprescriptibilidad, característica de que si goza el derecho pensional; luego, si están sujetos al fenómeno previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS, y así deberá declararse.

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.

Finalmente, y en buena hora, el H. Magistrado de la H. Corte Suprema de Justicia, Dr. Jorge Luis Quiroz Alemán, en la sentencia de tutela Rad. 5912 del 13 de mayo del año en curso, en su salvamento de voto, expresó que no procede declarar en forma automática la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado, pues siempre es necesario que se analice en cada caso la situación particular del afiliado. Al respecto indicó: *“2. Tampoco considero que pueda accederse de manera indiscriminada a todas las pretensiones de nulidad o ineficacia de traslado, con fundamento en la falta de información alegada por la demandante, porque estimo que es necesario revisar en cada caso en particular, con las singularidades que cada uno tiene, tal como se ha precisado en las sentencias de casación que han tratado el asunto, y no se puede generalizar con el argumento de que <<sin importar si se tiene uno un derecho consolidado, si se tiene uno un beneficio transicional, o si se está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico considerado en sí mismo. Esto es, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto>>”* ***“hacerlo de forma masiva, sin estudiar cada solicitud, se estaría creando un sistema legal que no fue establecido por el ordenamiento jurídico, en tanto el legislador garantizó la libertad de elección del régimen pensional en cabeza del afiliado de traslado, con las consecuencias jurídicas que ello conlleva.”*** Negrillas fuera de texto.

Por las anteriores consideraciones, se solicita al H. Tribunal, analizar las circunstancias particulares de este proceso que exhiben con suficiencia que en el acto jurídico celebrado entre las partes no se probó ninguno de los presupuestos establecidos en la ley para declarar la nulidad absoluta, como tampoco, la ineficacia del acto jurídico

por el argumento jurisprudencial de la falta del consentimiento informado, como quiera que mi representada cumplió con la carga probatoria de acreditar que suministró la información suficiente y objetiva al momento de la vinculación como lo refleja el formulario de afiliación, el cual se reitera se trata de un documento público que se presume auténtico, además que no fue tachado ni desconocido en los términos previstos en la ley, sumado a lo expuesto por la parte actora, en diferentes actos ejecutados por la parte demandante, pruebas que analizadas en conjunto y de manera crítica, sin duda exhiben el tan mentado consentimiento informado, más allá del momento mismo del traslado, inclusive.

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

Solicito al Tribunal Superior que en el evento de confirmar la sentencia de primera instancia, esta sea adicionada en el sentido de ordenar a las AFP PORVENIR, SKANDIA y COLFONDOS a que trasladen a Colpensiones todos los valores que hubieren recibido durante el tiempo de permanencia de la actora en las AFP y que se haya causado con motivo de la afiliación o traslado, es decir que no se traslade solo los recursos de la cuenta individual de la demandante junto con sus rendimientos y cuotas de administración como lo ordenó la a quo, sino también, lo que corresponde a seguros previsionales y descuento de la garantía de pensión mínima, incluyendo la respectiva indexación.

Si la suma de todos los conceptos a trasladar resultare inferior al valor total del aporte legal correspondiente, en caso de que el demandante hubiera permanecido en el régimen de prima media, PORVENIR S.A deberá asumir el pago de la diferencia que hubiere con cargo a sus propios recursos. Lo anterior de acuerdo con lo expuesto en las sentencias SL 4,964 de 2018, SL 4.989 de 2018, SL 1.421 de 2019 y SL 1.688 de 2019 por cuanto precisamente la estabilidad financiera del sistema no se puede ver afectada por un acto que carece de eficacia.

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.

De confirmarse la decisión de declaratoria de ineficacia ante referida, en sede de consulta en favor de Colpensiones, se verificará si la demandante cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez y en caso afirmativo, los términos en que dicha prestación debe ser reconocida.

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 las apelaciones de PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y de COLPENSIONES, se consultará la sentencia en favor de esta última entidad 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 contrario a lo argumentado por el apoderado de PORVENIR en su recurso, constituye a la fecha la línea jurisprudencial pacífica 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, contrario a lo argumentado por el apoderado de PORVENIR en su recurso de alzada, 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.

Es así como, en el presente asunto, está probado, que la accionante, estando afiliada al régimen pensional de prima media administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, conforme se deduce de la historia laboral emitida por dicha entidad, visible de folios 1 a 6 del documento 16 del expediente digital, se afilió a la administradora del RAIS PORVENIR S.A. el 12 de marzo de 2001 como se evidencia del formulario de vinculación a dicha AFP que milita a folio 220 del expediente (Documento 01 del expediente digital), trasladándose posteriormente entre diferentes administradoras de

RAIS como se observa en los formularios de afiliación que militas a folios 70, 139 y 222 y finalmente retornó a la AFP PORVENIR S.A. el 20 de junio de 2017 como se evidencia en el formulario de afiliación que milita a folio 219 del expediente y el certificado SIAFP que obra a folio 227 (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 PORVENIR S.A. en el año 2001 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 00:15:41 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento (documento 25 del expediente digital), no se advierte que, además de manifestar que el asesor de PORVENIR S.A. le indicó que tendría mayores beneficios, que se podía pensionar anticipadamente y que en caso de muerte sus hijos podían heredar, 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, como bien lo manifestó la *a quo*, la Jurisprudencia de la SCL de la CSJ ha señalado claramente 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 PORVENIR 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 2001 cuando se trasladó del RPM administrado por el extinto ISS a la AFP PORVENIR, sin que resulten suficientes para desquiciar el fallo

de primera instancia, los argumentos presentados por el apoderado de PORVENIR en su recurso de alzada respecto a la declaratoria de la ineficacia en sentido estricto y las consecuencias derivadas de esta, dado que contrario a lo manifestado, el fundamento de la declaratoria de ineficacia no deriva de la aplicación del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sino del incumplimiento de lo ordenado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 referente a que el traslado de régimen debe ser debidamente informado, derivado a su vez de la omisión del deber de información que pesaba desde su creación sobre las AFP privadas.

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, el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo para el efecto cotizaciones, cuotas y/o gastos de administración descontados durante los dos periodos de afiliación de la actora a dicha AFP, junto con los rendimientos que se hubieren causado, como si hubiera permanecido en el RPM, y además que las sociedades OLD MUTUAL S.A. y COLFONDOS S.A. deben trasladar a COLPENSIONES las cuotas y/o gastos de administración descontados durante los periodos en que la demandante estuvo afiliada a dichas AFP, 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, como lo solicita la apoderada de COLPENSIONES en su recurso de alzada, la misma debe ser **ADICIONADA**, en el sentido de indicar que la devolución que deben realizar todas las AFP demandadas, esto es, PORVENIR S.A., OLD MUTUAL S.A. y COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES deberá incluir no solo los emolumentos señalados por la *a quo*, sino también el porcentaje que en su momento fue descontados por dichas AFP de las cotizaciones de la demandante, que fue destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir, deberán devolver a COLPENSIONES el 100% del valor de las cotizaciones de la demandante, con sus rendimientos financieros 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.

Contrario a lo manifestado por el apoderado de PORVENIR S.A. en su recurso, 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

Teniendo en cuenta lo anterior, contrario a lo manifestado por los apoderados de PORVENIR S.A. y de OLD MUTUAL S.A. en sus recursos, al tratarse de la declaratoria de un acto ineficaz que acarrea los mismos efectos de uno nulo, no es dable concebir, **so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración del bien**, que dichas sumas queden por fuera de las restituciones, de un lado, porque se trata de rubros que pertenecen al régimen de prima media con prestación definida, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otro, porque es la indebida actuación por parte de las AFP demandadas, al no proveer la información clara, completa y comprensible a través de sus asesores, que tiene como consecuencia, además del hecho de generar la declaratoria de ineficacia, que deban asumir de su patrimonio los perjuicios que se ocasionen a los afiliados y las sumas sufragadas a terceros, como lo son las aseguradoras previsionales, ello con base en los artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, por lo que tampoco resulta de recibo el argumento de la apelación de PORVENIR S.A. de que la decisión afecta derechos de terceros, pues, se reitera, la devolución de los valores pagados a las aseguradoras deben ser pagadas por las demandadas de su propio patrimonio.

Ahora, en lo que tiene que ver con la apelación de PORVENIR S.A. sobre que la condena en costas, es objetiva y la juez asegura que COLPENSIONES no debe pagar costas, PORVENIR S.A., no tiene legitimidad para reclamar sobre este aspecto, pues la absolución de condena en costas a COLPENSIONES, no es un asunto que

perjudique a PORVENIR S.A. y por tal razón la Sala no hará ningún pronunciamiento sobre este aspecto de la apelación.

De otra parte, respecto del argumento expuesto por los apoderados de PORVENIR S.A. y de COLPENSIONES en su recursos sobre la imposibilidad de traslado de régimen impuesta por el legislador en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modifico el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, cuando le falten al afiliado menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, es palmario que tal prohibición, se aplica en los casos de traslado voluntario, que no es lo que pretende la demandante, sino la nulidad o ineficacia de su afiliación inicial al RAIS.

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.

Frente a la prescripción de los denominados gastos de administración que plantea el apoderado de PORVENIR S.A. en su recurso de alzada, considera la Sala que ella no opera, toda vez que la obligación de restituir estos rubros se origina con la declaratoria de ineficacia del traslado que solo se produce con la ejecutoria de las sentencias que la declaran, por lo que no sería procedente la prescripción de las cuotas de administración, incluyendo lo descontado para el pago de los seguros previsionales.

De otra parte, respecto del argumento de Colpensiones en la apelación, que las sumas que deban ser trasladadas a Colpensiones deben ser devueltas debidamente indexadas, se tiene que en las sentencias SL1688 de 2019 SL 2932 de 2020, SL 3202, 3571, 3706, 3707, 3708, 3709 y 3769 de 2021, la CSJ ordenó que, al menos en lo que atañe a las cuotas de administración fueran devueltas indexadas, debido a ello, le asiste razón a Colpensiones en este aspecto, de la apelación, por lo que se adicionará igualmente la decisión en este aspecto y se ordenará en esta instancia, que las referidas cuotas de administración sean devueltas debidamente indexadas.

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

En cuanto a la condena al reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES, aspecto que se revisa en esta instancia en CONSULTA de la sentencia en favor de esta entidad, debe señalarse primeramente que habiéndose declarado la ineficacia del traslado de la accionante al RAIS, el derecho que tenga la demandante a la prestación de vejez, debe analizarse con los requisitos legales del sistema general de pensiones, consagrados en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9 de la ley 797 de 2003, por no ser la actora beneficiaria de la transición del Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como bien lo dejó establecido la falladora de primera instancia.

Aquellas normas legales exigen como requisitos para obtener la citada prestación, 57 años de edad en el caso de las mujeres y 1300 semanas cotizadas.

En este caso, la señora PINEDA SALGADO, al haber nacido el 20 de octubre de 1962, como se prueba con la copia de su cedula de ciudadanía que milita a folio 27 del expediente (documento 01 del expediente digital), acredita que arribó a la edad mínima pensional de 57 años el mismo día y mes del año 2019, y que además cuenta con más de **1.300 semanas cotizadas** según la historia laboral actualizada al 28 de octubre de 2019 aportada por PORVENIR S.A., visible a folios 32 a 38 del expediente (documento 01 del expediente digital) motivo por el cual, reúne a cabalidad los requisitos legales establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

Respecto del disfrute de la prestación el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, estipula lo siguiente:

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

En consecuencia, le asiste razón a la *a quo* al condenar a COLPENSIONES a reconocer y a pagar a el demandante la pensión de vejez, cuando se acredite el retiro definitivo o la última cotización al sistema pensional, de modo que, en este punto también se confirmará la decisión de primera instancia al igual que los parámetros fijados por esta para realizar la liquidación de la pensión en su momento, pues los mismos se ajustan a derecho.

Finalmente, frente al punto de apelación de COLPENSIONES, en el sentido que no cuenta con los valores suficientes para reconocer la pensión de vejez decretada por la *a quo*, no precisa la apoderada de Colpensiones que pretende con tal afirmación, por lo que no es posible su estudio por la Sala.

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.

Las COSTAS en esta instancia estarán a cargo de PORVENIR S.A. y de OLD MUTUAL S.A. por haber resultado vencidas en el recurso de apelación. Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$1.000.000 de las que responde cada una de estas AFP en un cincuenta por ciento.

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 24 de junio de 2021 proferida por el JUZGADO TRECE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **SANDRA ADELIA PINEDA SALGADO** contra **COLPENSIONES, OLD MUTUAL S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., ADICIONÁNDOLA** en el sentido de declarar que la devolución que deben realizar todas las AFP demandadas, deberá incluir no solo los emolumentos señalados por la *a quo*, sino también el porcentaje que en su momento fue descontados por dichas AFP de las cotizaciones de la demandante que fue destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y seguros previsionales, es decir, que todas las AFP demandadas deberán devolver a COLPENSIONES el 100% del valor de las cotizaciones de la demandante, sin descuento de ninguna índole.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y de OLD MUTUAL S.A. y a favor de la demandante. Las agencias las estima el ponente en la

suma de \$1.000.000 de la que responde cada una de estas AFP en un cincuenta por ciento.

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: **127376f84b844ab3c7de6a006135c572ecc01f2f17088d7015599f64d04ec413**

Documento generado en 18/08/2022 03:23:35 PM

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