

**TEMA: INEFICACIA DEL TRASLADO AL RÉGIMEN PENSIONAL** - cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica, la consecuencia jurídica siempre es la misma, es decir, declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás. /

**HECHOS:** La acción judicial está dirigida a que se declare la ineficacia de su traslado al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad, ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. En primera instancia se declaró que se encuentra afiliada al RPM sin solución de continuidad, condenando a Protección S.A., Colfondos S.A. y Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones, el valor de la cuenta de ahorro individual, y se ordenó a Colpensiones, a recibir las anteriores sumas de dinero, convertirlas en semanas efectivamente cotizadas, y tener por afiliada a la demandante en el RPM sin solución de continuidad, esto debido a que corresponde al fondo privado brindar una debida asesoría. Le corresponde a la Sala determinar en virtud del recurso de apelación si la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es ineficaz.

**TESIS:** (...) 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. (...) SL1689-2019. La Corte fijó unas conclusiones jurisprudenciales en torno al tema de la ineficacia del traslado de régimen pensional, las que se resumen de la siguiente manera: 1. Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. primeramente, con un deber de información necesaria (en vigencia de los decretos 663 de 1993 y 720 de 1994), 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. (...) CSJ SC3201-2018. 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». (...) SL1688-2019, en la que precisó: “La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con

todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. “Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. “Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada. (...) SL1689-2019. 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. (...) Finalmente se confirma sentencia de primera instancia se aclara y precisa que Protección S.A., debe devolver a Colpensiones, la totalidad de los aportes pensionales o cotizaciones que recibió con motivo de la afiliación de la actora, sin descuento de ninguna índole; asimismo, Colfondos S.A. y Porvenir S.A. deben devolver a Colpensiones de manera indexada, los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir, el porcentaje de la cotización que no consignó en la cuenta de ahorro pensional de la actora, durante el tiempo que estuvo afiliada a estas AFP.

M.P: FRANCISCO ARANGO TORRES

FECHA: 11/04/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### SALA DE DECISIÓN LABORAL

El once (11) de abril de dos mil veinticuatro (2024), 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 **LILIANA GUARÍN CARDONA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.** (en adelante COLFONDOS S.A.), la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.), Y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.) tramitado bajo el radicado **No. 05001-31-05-023-2021-00032-01**.

#### AUTO

De conformidad con el memorial de sustitución de poder, allegado vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por parte de la sociedad **GÓMEZ MEZA & ASOCIADOS S.A.S.**, quien representa judicialmente los intereses de Colfondos S.A. en este proceso, se procede a reconocer personería a la abogada **MARÍA CAMILA CASTILLO PUENTES**, portadora de la T.P. 330.044 del C. S. de la Judicatura, para que represente a COLFONDOS S.A. en este proceso como apoderada.

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

#### 1. ANTECEDENTES:

La demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare la ineficacia de su traslado al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (en adelante

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

**Como fundamento fáctico de sus pretensiones** relata la actora, que nació el 21 de enero de 1963, y que se encontraba afiliada al ISS hoy COLPENSIONES para los riesgos de IVM, trasladándose por primera vez al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado en su momento por COLFONDOS S.A. en marzo de 1996, y posteriormente realizó dos traslados más de régimen, en noviembre de 1997 a PROTECCIÓN S.A. y el último en noviembre de 1998 a PORVENIR S.A.

Aduce que su traslado de régimen obedeció a una asesoría irregular, en la cual se le informó que el RPM se extinguiría y que en el RAIS podría pensionarse de manera anticipada con una mesada superior a la que podría obtener en el ISS. Añade que estas AFP no le mencionaron las ventajas ni desventajas de trasladarse e inclusive se le omitió información importante como cuánto debía ser el saldo que tenía que reunir en su cuenta para pensionarse antes de la edad establecida y acerca del impedimento de regresar al RPM una vez cumpliera los 47 años.

Expresa que su mesada pensional se vería considerablemente afectada en caso de pensionarse en el RAIS, pues es notablemente diferente a la mesada pensional que recibiría en el RPM.

## **2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:**

El *a quo* despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de la demandante del RAIS al RPM, declarando que se encuentra afiliada al RPM sin solución de continuidad, condenando a PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, el valor de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos, incluyendo cuotas de administración, primas previsionales y los porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados estos tres últimos rubros, debiendo remitir a COLPENSIONES la relación discriminada de los conceptos con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes, y demás relación importante que lo justifique.

En cuanto a COLPENSIONES, le ordenó recibir las anteriores sumas de dinero, convertirlas en semanas efectivamente cotizadas, y tener por afiliada a la demandante en el RPM sin solución de continuidad.

Para fulminar condena, el juez de instancia indicó que corresponde al fondo privado brindar una debida asesoría, lo cual es una obligación insoslayable porque hace parte de la esencia del acto jurídico de traslado, relacionado con la validez y efectos jurídicos que pueda producir; existiendo al respecto toda una línea jurisprudencial decantada de la Corte Suprema de Justicia; además que el formulario de afiliación no denota un proceso serio, cabal y absoluto en el suministro de la información, debiendo existir un proceso real y material de esta obligación.

Señala que la demandante no confesó en el interrogatorio de parte ninguna situación que denote que existió asesoría, acompañamiento y cumplimiento del deber y obligación de los fondos, en el marco del buen del buen consejo, esto es, llegando incluso a desanimar a la persona.

Indicó que, de la revisión integral de las pruebas, COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. no acreditaron el suministro de información suficiente, resultando ineficaz la vinculación al RAIS.

Finalmente, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. en la suma de 1 SMLMV para el año 2024 como agencias en derecho, a cargo de cada una de estas administradoras.

### **3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:**

El apoderado de COLFONDOS S.A. inconforme con la decisión la apela, manifestando que la demandante realizó el cambio de régimen de forma libre y voluntaria, en el cual se le brindó la información oportuna y completa como se asevera con la suscripción y firma del formulario de afiliación. Asimismo, señaló que el artículo 113, literal b, de la Ley 100 de 1993, menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe cambio de régimen y estos son el saldo de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos que se hayan producido dentro de la misma, lo que impide que legalmente se puedan devolver sumas de dinero diferentes a las referidas en esta norma, en consecuencia, no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en el citado artículo, por cuanto, ningún otro valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que condenar a pagar valores adicionales se considera un enriquecimiento sin causa a favor bien sea de la demandante o de la administradora del RPM.

Del mismo modo, expresa que determinar que se deban reintegrar los gastos de administración o las primas de seguros es tanto como ordenarle a una compañía de seguros que, si no se presenta el siniestro amparado, devuelva el valor de la póliza.

Con respecto a las cuotas de administración, trajo a colación concepto del 17 de enero de 2020 de la Superintendencia Financiera, en el cual se indicó de forma expresa que, en el caso de proceder la nulidad e ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos que reposan en la cuenta de ahorro individual, sin que proceda la devolución de la prima de seguro previsional 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 y primas de seguros no han de corresponder a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales, pues no financian la prestación de vejez y no son parte de ella, razón de peso para descartar su imprescriptibilidad, ya que, si están sujetos al fenómeno de la prescripción.

Por otra parte, expresa que el juez dejó pasar situaciones relevantes para el proceso, como el hecho de que la demandante no brindó una información precisa de cómo sucedió la asesoría y cual información le brindaron los fondos al momento de tramitar su traslado, dejando en duda el hecho de que estas asesorías no se le brindaran.

Menciona que, si bien es cierto que la jurisprudencia ha establecido que el formulario de afiliación por sí mismo no constituye prueba de que se haya entregado la información completa y oportuna, no quiere decir que la misma no sea una prueba, y esta se debe analizar en conjunto con las demás pruebas. Enuncia que al realizar un análisis del formulario de afiliación como del juramento que realizó la demandante en el mismo al momento de firmarlo, constituye obviamente una prueba de su aceptación por parte de ella en su momento y analizada en conjunto con las demás pruebas, no se logra establecer que las AFP incumplieran con su deber de información y de buen consejo.

Acorde con lo anterior, solicita que sea revocada en su totalidad el fallo emitido en primera instancia y en su lugar se absuelva a esta AFP de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, incluyendo las costas.

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

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, las apoderadas de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A. presentaron escritos de alegatos, anotando resumidamente lo siguiente:

### **ALEGATOS DE COLPENSIONES.**

“En cuanto a la pretensión de declarar la nulidad o ineficacia del traslado y reactivar la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida, solicito respetuosamente al Honorable Tribunal Superior de Medellín - Sala Laboral, tener presente al momento de proferir la sentencia, lo establecido en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en donde se estableció el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano, con el cual se establecen dos dimensiones de la seguridad social; por un lado, la concibió como un derecho constitucional fundamental y por el otro, como un servicio público de carácter obligatorio; el cual se debe prestar bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en aras a la materialización de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, entre otros.

Ahora, en cuanto al tema de la información brindada por el fondo al momento de realizar el traslado sería prudente entrar a valorar la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado y no imponerles a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen.

Finalmente, solicitó que se ordene a los fondos a entregar a Colpensiones el total de los valores cotizados y/o depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos, intereses y cualquier otro concepto a consideración del despacho. Así mismo la devolución de todos los aportes, las AFPS PRIVADAS, reporten también los archivos planos idóneos ante ASOFONDOS para el respectivo cargué de las historias laborales de quienes se trasladan bajo esta modalidad, para verificar dicha información y estos reportes son enviados tiempo después de la devolución de los aportes, imposibilitando así, el cumplimiento a cabalidad de lo ordenado judicialmente.

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

#### **1. DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO**

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

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

De otra parte, si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma sin lugar a interpretaciones distintas establece que cualquier persona natural o jurídica, que hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo. Si bien menciona que, quedará sin efecto la afiliación, no hace referencia si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y subsiguientes, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes disposiciones legales para resolver un asunto en concreto.

Preciso es mencionar que, el único artículo que refiere a la Ineficacia de pleno derecho de un acto jurídico es el artículo 897 del Código de Comercio, cuando *“un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.”*

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

En este asunto, NINGUNO DE ESTOS PRESUPUESTOS LEGALES, SE ALEGARON NI MENOS RESULTARON DEMOSTRADOS EN EL PROCESO, pues obligatorio es mencionar que el formulario de afiliación suscrito por la parte actora, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el párrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de



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

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

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

## **2. DEL DERECHO DE RETRACTO**

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

## **3. DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA**

La señora LILIANA GUARÍN CARDONA, luego de recibir la información necesaria y suficiente, que pudo comparar con el conocimiento que tenía del RPMPD, decidió escoger el régimen de ahorro individual, hecho que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación con mi representada, documento que se presume auténtico

en los términos del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el parágrafo 54 del CPT.

#### **4. DE LA DIFERENCIA LEGAL DE LA INEFICACIA Y LA NULIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS Y SUS EFECTOS.**

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

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

Ahora, en el caso hipotético de considerar que el negocio jurídico celebrado entre las partes no tuvo validez, no puede olvidarse que, el artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993, menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen, esto es “el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos (...)”, lo que impide que legalmente se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes a las referidas en esta norma. Y es que, en virtud del artículo 1746, la regla general de la nulidad judicialmente pronunciada es que da a las partes el derecho a ser restituidas las cosas “al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el negocio o contrato nulo, establece una serie de excepciones o pautas.

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

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

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

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

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

Y lo expuesto en la decisión CSJ SL2877-2020:

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

## **6. DE LA BUENA O MALA FE DE LAS PARTES EN LAS RESTITUCIONES MUTUAS**

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

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

La Sala de Casación Civil, al respecto expuso:

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

Y luego agregó:

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

## **7. CONDENA A CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN.**

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

individual, que comparados con los gastos de administración, se entiende que dichos gastos son muy inferiores a los rendimientos.

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

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

## **8. DEVOLUCIÓN DE LAS PRIMAS DE SEGUROS**

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

Un argumento de la mayor relevancia para no acceder a las pretensiones de la parte demandante, es lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, al estudiar la exequibilidad de la Ley 797 de 2003, en cuanto a que "(...) el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada,

consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidos en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizaciones.”

#### **9. CON RESPECTO A LOS RENDIMIENTO FINANCIEROS Y CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN.**

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

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

#### **10. CON RESPECTO A LAS PRIMAS DE SEGURO PREVISIONAL**

Solicito respetuosamente se tengan en cuenta que de conformidad con los artículos 70 y 77 mi representado ha estado pagando durante 29 años el seguro que financia las pensiones de invalidez y sobrevivientes. En ese sentido la parte demandante hoy en día está siendo protegido por lo que precisamente esas primas están cumpliendo su objetivo el cual es proteger los riesgos y siniestros de la parte demandante en el caso de una invalidez o muerte y a favor de sus beneficiarios. Por lo que se considera

un injusto que se ordene la devolución de un concepto que se está pagando de buena fe bajo un contrato, un acto jurídico válido y que están protegiendo a los afiliados aun hasta el momento anterior en que se encuentre ejecutoriada una sentencia condenatoria.

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

## **ALEGATOS DE PORVENIR S.A.**

### **II. RAZONES JURÍDICAS Y FÁCTICAS**

**PORVENIR S.A.**, como Administradora de Fondo de Pensión, siempre le **GARANTIZÓ** a los potenciales afiliados y vinculados al Sistema de Ahorro Individual con Solidaridad, la protección del derecho de información, la cual es acorde con las disposiciones legales señaladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, tanto así que, esta entidad en la Circular 019 de 1998, dispuso que la única exigencia establecida para materializar y que produjera efectos jurídicos el traslado de régimen pensional, era que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario.

La misma entidad, mediante concepto No. 2015123910-002 del 29 de diciembre de 2015, indicó que, el deber de asesoría por parte de las AFP's solamente fue previsto cuando se creó el Sistema de Información al consumidor Financiero, esto es, con la Ley que reformó el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero – Ley 1328 de 2009- y su Decreto Reglamentario 2555 de 2010.

Conforme a lo expuesto, las Administradoras de pensiones únicamente cuentan con los formularios de afiliación, por lo que solicitar pruebas documentales distintas sin duda resulta una violación al debido proceso.

Ahora, como quiera que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha establecido el deber de los fondos privados de acreditar el deber de información, necesario es indicar que, dentro de la libertad probatorio debe analizarse lo expuesto por la parte demandante en el interrogatorio de parte y su conducta durante la permanencia en el fondo que represento, al menos como inicios no solo de conocer aspectos específicos del funcionamiento del régimen de

ahorro individual sino también de permanecer en este régimen, ya que a pesar de JAMÁS haber estado en imposibilidad de retornar al RPMPD, no lo hizo y por el contrario, realizó aportes en su cuenta de ahorro individual.

Además de los indicios como medio de prueba, están las presunciones legales. Por ello, es fundamental indicar que, el artículo 9º del Código Civil, menciona que, “*la ignorancia de las leyes no sirve de excusa*”; luego, la parte actora al igual que todos los habitantes del territorio nacional, les compete conocer el contenido de las leyes y, en el evento de que le surgieran inquietudes, realizar las consultas correspondientes.

Entonces, PORVENIR S.A., no solo a partir del formulario de vinculación, sino a través de los indicios antes referidos y la presunción legal, acredita que cumplió con la carga de probar el deber de información para con la demandante.

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

El problema jurídico a 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.

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 la parte demandada COLFONDOS S.A., se consultará la sentencia en favor de COLPENSIONES por haberle resultado adversa, por lo que, la legalidad del fallo será estudiada en su integridad.

Primeramente, es necesario manifestar que el traslado o afiliación a los distintos regímenes pensionales la establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, disponiéndose además en los Arts. 60 y 114 de esta ley, como en los arts. 10, 12 y 15 del Decreto 720 de 1994 vigente para la época del traslado de la demandante, que el



traslado de régimen pensional debe partir de la completa asesoría que lleve a un asegurado a tomar una decisión responsable e informada, asesoría que ha de entenderse pedagógica, es decir, realmente entendible para cada persona conforme a su grado de cultura y su situación particular, pues los casos no presentan las mismas características o condiciones.

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

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

1. Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. primeramente, con un deber de información necesaria (en vigencia de los decretos 663 de 1993 y 720 de 1994), 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 actora, estando afiliada al régimen pensional de prima media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, según historia laboral emitida por COLPENSIONES visible en el documento (09HistoriaLaboralContestaciónColpensiones); posteriormente se trasladó al RAIS vinculándose a la AFP COLFONDOS S.A. el 19 de febrero de 1996 y con fecha de efectividad del 01 de abril de 1996 como se anota del certificado del SIAF visible a folio 19 del archivo (06ContestaciónColfondos). Asimismo, la actora se afilió a la AFP PROTECCIÓN S.A. por primera vez el 15 de octubre de 1997 de acuerdo con los formularios de afiliación (folios 27 y 28 del archivo 07ContestacionProteccion). Luego se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 06 de octubre de 1998 siendo efectivo el traslado el 1 de diciembre de 1998 y luego se volvió a trasladar a PROTECCIÓN S.A. el 05 de noviembre de 1999, siendo efectivo el traslado el 1 de enero de 2000 (folio 25 y 27 archivo 07ContestacionProteccion), situación que debe ser aclarada, ya que el juez de primera instancia determinó que el último fondo en el que esta la actora es PORVENIR S.A., sin embargo de la prueba que reposa en el plenario se acredita que es PROTECCIÓN S.A.

Así, 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 1º de abril de 1994 con 40 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la AFP COLFONDOS S.A. en el año 1996 estuviera en la obligación de suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; sobre todo **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué dependería su monto en el RAIS.**

Sobre el deber de información antes citado, en el interrogatorio de parte que fue absuelto por la demandante, el que se encuentra grabado a partir del minuto 13:30 del video de la audiencia de conciliación y trámite, (archivo digital 28AudienciaArt77yArt80CPTSS\_p1257)no se advierte que, esta haya confesado que al momento de su traslado de régimen, la AFP COLFONDOS S.A.le haya brindado la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su traslado al RAIS, pues no manifiesta que se le ilustró sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como los requisitos para acceder a las prestaciones económicas en cada uno de ellos, la forma de redención del bono pensional, las

diferentes modalidades pensionales entre otros aspectos, sobre todo, cómo alcanzaría la pensión de vejez en dicho régimen, y de qué dependería su monto, aspectos que a juicio de la Sala, resultaban necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente, que debían ser explicados por la AFP Colfondos S.A. de manera previa al traslado.

De otra parte, ha señalado la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para probar la asesoría y el cumplimiento del deber de información, no basta la firma del formulario con la inscripción preimpresa 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 en este proceso la AFP COLFONDOS S.A., siendo su carga, por lo que no le asiste razón a lo argumentando en el recurso de alzada y en los alegatos frente a este punto.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas a COLPENSIONES**, la decisión del *a quo*, en principio, se encuentra acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia, sin embargo no existe la debida precisión de los dineros a transferir, pues el juez no hizo mención al porcentaje del reaseguro Fogafín durante el tiempo que legalmente se haya descontado de la cotización, por lo que se precisa en esta instancia, que es PROTECCIÓN S.A., quien debe devolver a Colpensiones la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro pensional de la actora, es decir las cotizaciones allí depositadas con sus rendimientos o intereses; así como indexados, los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín durante el tiempo que legalmente se haya descontado de la cotización, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole, pues contrario a lo apelado por la apoderada de COLFONDOS S.A. en sus recursos de alzada y lo alegado por la apoderada de PORVENIR S.A. , al declararse la ineficacia del acto de traslado, **ningún efecto jurídico puede derivarse de este** y por tanto, debe reintegrar a COLPENSIONES, la totalidad de las sumas que hubiesen recibido la AFPS como cotización de la demandante, como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Así mismo COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., deberán reintegrar a COLPENSIONES, indexados, los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín durante el tiempo que

legalmente se haya descontado de la cotización, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el porcentaje de las cotizaciones, que no fue consignado en la cuenta de ahorro pensional de la actora, durante el tiempo que estuvo afiliada a estas AFPS.

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

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

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

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

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

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

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

De otra parte, afirma en los alegatos de COLPENSIONES, que la declaración de ineficacia del traslado del demandante al RAIS, y la reactivación la afiliación al RPM, atenta contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano establecida en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005.

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

Pero, es más, eventualmente pudiera suceder que un afiliado al RPM, fallezca sin que tengan beneficiarios que legalmente puedan acceder a las prestaciones de sobrevivientes, caso en el cual los dineros de sus cotizaciones, quedan en el fondo común de COLPENSIONES. También puede acontecer 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 ocurrir que el afiliado alcance a obtener la pensión de vejez, y fallezca sin tener beneficiarios

de una pensión de sobrevivientes, y 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.

Ahora, respecto del argumento de COLFONDOS S.A. en la apelación, que el artículo 113 literal B de la Ley 100 de 1993 menciona cuáles son los dineros que deben ser trasladado cuando existe un cambio de régimen pensional, esto es el saldo de la cuenta de ahorro individual incluidos sus rendimientos, tal norma legal lo que regula es las devoluciones de cotizaciones en los casos de definición de traslado voluntario de régimen pensional, que no puede ser aplicada a este caso, en el que se define es la ineficacia del traslado al RAIS, por falta de la debida asesoría por parte de las AFP.

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, respecto de la prescripción de las cuotas de administración y seguros previsionales ella no opera, toda vez que la obligación de restituirlas estos 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, como lo pretende COLFONDOS S.A. en su recurso de alzada y lo reitera en sus alegatos, al igual que la apoderada de PORVENIR S.A.

Conforme a las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia apelada y revisada en el grado jurisdiccional de consulta será CONFIRMADA, ACLARADA y PRECISADA en los términos anteriormente expuestos.

COSTAS en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A. por haber resultado vencida 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 \$1.300.000.

## **7. DECISIÓN:**

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

## RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 31 de enero de 2024 proferida por el JUZGADO VEINTITRÉS LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **LILIANA GUARÍN CARDONA** contra **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.**, PRECISÁNDOLA Y ACLARÁNDOLA en el sentido de que PROTECCIÓN S.A., debe devolver a COLPENSIONES, la totalidad de los aportes pensionales o cotizaciones que recibió con motivo de la afiliación de la actora, sin descuento de ninguna índole, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, con sus intereses o rendimientos, indexando el porcentaje de la cotización que no fue consignado en la cuenta de ahorro pensional de la demandante.

Asimismo, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. deben devolver a COLPENSIONES de manera indexada, los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir, el porcentaje de la cotización que no consignó en la cuenta de ahorro pensional de la actora, durante el tiempo que estuvo afiliada a estas AFP.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A. Las agencias en derecho, las estima el ponente en la suma de \$1.300.000.

La anterior sentencia se notifica a las partes en EDICTO.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

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

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **4d770acbef82a0ba659fd5933eab841ac74d8af08629b7cd6aeaa7b94d028359**

Documento generado en 11/04/2024 03:19:32 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://capacitacion.ramajudicial.gov.co:9443/FirmaElectronica>**