

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El trece (13) de junio 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 **GLORIA EBLYN DUQUE MONCADA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** (en adelante COLFONDOS S.A.), **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**(en adelante MAPFRE S.A.), **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.** (en adelante SEGUROS BOLÍVAR S.A.), **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA** (en adelante AXA COLPATRIA.) y **ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A** (en adelante ALLIANZ SEGUROS.) Tramitado bajo el radicado No. **05001-31-05-017-2023-00158-01**.

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. PENSIONES Y CESANTÍAS** en este proceso, se procede a reconocer personería a la abogada **MÓNICA ALEJANDRA RODRÍGUEZ RUBIO** identificada con C.C. No. 1049648215 y portadora de la T.P. No. 353935 del C.S de la J, para que represente a **COLFONDOS S.A** en este proceso como apoderada sustituta.

Asimismo, y 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 **ISABEL CRISTINA GONZÁLEZ RESTREPO** quien representa judicialmente los intereses de **COLPENSIONES** en este proceso, se procede a reconocer personería a la abogada **NATALIA ECHAVARRÍA VALLEJO** identificada con C.C. No. 43905350 y portadora de la T.P. No. 284.430 del C.S de la J, 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, se declare la ineficacia del traslado al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) efectuado a través de la AFP COLFONDOS S.A., ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida (en adelante RPM) administrado por COLPENSIONES, disponiendo que las cosas vuelvan a su estado anterior, sin solución de continuidad.

También se solicita, que, de conformidad con lo anterior, se ordene a COLFONDOS S.A. autorizar a la demandante la devolución del RAIS al RPM administrado por COLPENSIONES, y devolver los aportes cotizados por la demandante, con sus rendimientos financieros debidamente indexados para que COLPENSIONES realice el proceso de validación de esas cotizaciones.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones en lo que para resolver en esta instancia interesa, relata la actora que nació el 11 de octubre de 1972, y que, estando afiliada al RPM en el ISS, hoy COLPENSIONES desde octubre de 1990, posteriormente fue trasladada al RAIS administrado por la AFP COLFONDOS S.A.

Refiere que, la contactó una asesora comercial de COLFONDOS S.A., quien con una muy deficiente, incompleta, engañosa, superficial y vacilante explicación de los pormenores de la concreta situación pensional, es decir sin ponderar las ventajas y desventajas que tenía frente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual, sin explicarle que al cambiarse de régimen pensional perdería las prebendas y forma de liquidar la pensión que tenía en el extinto I.S.S. hoy Colpensiones.

Señala que, sin explicarle en detalle la forma como el RAIS liquida las pensiones y las tres modalidades de pensión que allí se ofrecen, y con la engañosa intención de hacerle creer que en el fondo de pensiones privado se podía obtener una pensión de vejez más ventajosa, más rápido, sin tener en cuenta la edad, con una mesada pensional más alta, sin efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de una u otra opción, sin indicarle que necesitaba una suma

de capital de ahorro mínimo para poder acceder a su pensión, además sin indicarle que si ese ahorro individual en su cuenta personal no le alcanzaba para la fórmula matemática y financiera debía aspirar a una pensión mínima completada por el Estado pero que debía esperar a cumplir los 57 años.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La *a quo* despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, y en consecuencia condenó a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo para el efecto el capital, sus rendimientos, los gastos de administración, las cuotas de los seguros previsionales (seguros y reaseguros) y los recursos del fondo de garantía de pensión mínima. Igualmente, ordenó a COLPENSIONES, proceder con el recibo de éstos dineros y reflejarlos como semanas en la historia laboral de la demandante, y a activar la afiliación al régimen de prima media con prestación definida.

Seguidamente declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas, y absolvió a las aseguradoras ALLIANZ SEGUROS VIDA S.A., AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.; COMPAÑÍA. DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. Y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., de las pretensiones formuladas por COLFONDOS S.A.

Para fulminar condena, la *a quo* argumentó que la Corte Suprema de Justicia tiene fijada una línea jurisprudencial sobre el tema de la afiliación a un régimen pensional que se sintetiza en la obligación de brindar una información completa, suficiente, idónea y comprensible sobre las características de los regímenes pensionales, determinando e informando la conveniencia e inconveniencia de uno y otro régimen, y la inversión de la carga de la prueba de la información brindada en cabeza de la AFP, sin que sea suficiente un simple formato pre impreso el cual demuestra la afiliación, mas no el deber de información.

Indica que existe una línea jurisprudencial consolidada por la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias como la SL 1084, 932 y 610 del año 2003 ò SL 3465, 2229, 2177, 843,1075, 756, 779 del año 2022 ò la SL 3344,3708 de 2021, en la que básicamente ha indicado que, desde el inicio de la creación de las AFP, ha existido un deber de información solo que con el tiempo se han cambiado esas obligaciones, y

que el deber de información o el caso de autos con traslado de 1994, corresponde a la primera etapa, que es entregar información necesaria, clara y transparente, lo que implica indicar, beneficios, riesgos, y si es beneficiario del régimen de transición qué riesgo se tiene al trasladarse al RAIS.

También ha dicho la sala laboral que este deber de información no se agota en un solo momento va desde la antesala de la afiliación hasta la elección de las condiciones que dan lugar a elegir la modalidad pensional.

También lo indica la sala laboral, que el simple formulario de afiliación no es soporte para acreditar el deber de información, y que, bajo el principio de la inversión de la carga de la prueba, las AFP quien debe acreditar el deber de información.

También ha indicado la sala laboral, que estas acciones no prescriben, y que se pueden reclamar en cualquier tiempo por la acción o las órdenes que se emiten incluso, frente a Colpensiones, de activar la afiliación y percibir las sumas que le sean entregadas o trasladadas por las AFP, no a título de indemnización a resarcimiento de perjuicios, sino que corresponden a un derecho irrenunciable a la seguridad social.

Finalmente, condenó en costas a COLFONDOS S.A., a favor de la demandante, fijando las agencias en derecho en la suma de \$2'000.000.

Igualmente se impusieron costas a cargo de COLFONDOS S.A. y a favor de las aseguradoras ALLIANZ S.A., AXA COLPATRIA S.A.; SEGUROS BOLÍVAR S.A. y MAPFRE S.A., fijando las agencias en derecho en la suma de UN MILLÓN PESOS (\$1'000.000) para cada una.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:

La sentencia fue apelada por la apoderada de COLFONDOS S.A., manifestando que las administradoras del RAIS para la fecha de afiliación tenían el deber de proporcionar solo un formulario con el art 11 del decreto 692 de 1994, y solo hasta el año 2014 con la ley 1748 se estableció esa obligación.

En lo relacionado con la condena principal de devolver los gastos de administración, solicito que se tenga en cuenta, en primer lugar, que los mismos corresponden a descuentos originados de manera legal en el art 20 de ley 100, modificado por el art 7 de la ley 797 de 2003, y al ejercicio acucioso que deben ejercer las administradoras

respecto de los aportes que se depositan mensualmente por parte de los afiliados, por lo que se considera injusto, que se ordene la devolución general de estos emolumentos, pues dentro del término se ejercieron las labores de manera correcta.

En este aspecto también se pone en tela de juicio la implicación de las restituciones mutuas de la manera en que se han venido realizando, teniendo en cuenta que COLFONDOS ha cumplido con el objeto contractual que ha tenido con las aseguradoras y con la demandante.

En suma de lo anterior, los arts. 70 y 77 de ley 100 de 1993 establece la forma de financiar las pensiones de invalidez y sobreviviente para lo cual las administradoras de fondos de pensiones deben tratar con un tercero asegurador de buena fe y a través de un contrato autónomo un acto jurídico independiente para el pago de las primas de seguros previsionales.

En este sentido la parte demandante hoy en día está siendo protegida, por lo que, esas primas estaban cumpliendo su objetivo de proteger los riesgos y los siniestros de la demandante en el caso de una invalidez o muerte y a favor de sus beneficiarios, por lo que se considera injusto que se ordene la devolución de un concepto que se está dando de buena fe, bajo un contrato de manera puntual.

Frente a la indexación, de las cuotas de administración y seguros previsionales, en sentencias proferidas por la doctora MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁZQUEZ 2019531 ha señalado que no hay lugar a imponer condena por concepto de indexación teniendo en cuenta que la administradora de fondos de pensiones se le impuso la obligación de volverá Colpensiones la totalidad de las cotizaciones con motivo de la afiliación de la demandante sin descuento alguno, incluyendo rendimientos generados que pueden generar la devaluación que se hubiere causado un tiempo por lo cual es importante traer a colación la sentencia 2018731 con ponencia de MARTA TERESA FLÓREZ, en la que refuerza el argumento anteriormente esgrimido y señala que la indexación reclamada no es procedente teniendo en cuenta que el capital ya fue trasladado de manera positiva y este corresponde a un valor real y actual por lo que debemos ver como indexación, no es justo para los administradores de pensiones.

Por esta razón, se solicita que se modifiquen la sentencia en lo relacionado con la devolución de gastos de administración, seguros previsionales y la devolución de los montos ordenados de manera indexada y finalmente le solicito comedidamente que no condene a mi representada al pago de costas y agencias en derecho en esta instancia por cuanto se observa dentro del proceso que nos ocupa, que el traslado de régimen

de la parte actora se efectuá bajo lleno la totalidad de los requisitos establecidos para la ley atendiendo a la manifestación libre y voluntaria de la parte activa.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados judiciales de COLFONDOS S.A., MAPFRE S.A., ALLIANZ S.A., COLPENSIONES, SEGUROS BOLÍVAR S.A. y AXA COLPATRIA presentaron oportunamente alegatos, anotando resumidamente en lo que para resolver la apelación de COLFONDOS S.A. y la consulta en favor de COLPENSIONES interesa, lo siguiente:

ALEGATOS DE COLFONDOS S.A.

[...]

2. RAZONES JURÍDICAS Y FÁCTICAS

2.1. 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.

2.2. DEL DERECHO DE RETRACTO COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

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

2.3 DEL DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA

La señora GLORIA EBLYN DUQUE MONCADA, 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 párrafo 54 del CPT.

2.4. DE LA ACREDITACIÓN DEL DEBER DE INFORMACIÓN A CARGO DE COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

Aduce el fallador de primer grado que, mi representada, no allegó pruebas del cumplimiento de sus deberes para con la parte actora al momento de la vinculación, esto es entregar información, completa, veraz, cierta y oportuna.

Tal inferencia no se ajusta a la realidad procesal, por cuanto mi representada de manera palmaria, cumplió con la carga procesal impuesta pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba, contrario a lo dispuesto legalmente al respecto, en la medida que, aportó los documentos que de acuerdo con las normas existentes para el momento en que se celebró el acto jurídico del traslado debía mantener en sus archivos; además, pese a que la parte demandante JAMÁS estuvo en imposibilidad absoluta de retornar al RPMPD, permaneció en el RAIS, lo que sin duda al menos debe valorarse como un indicio serio de querer permanecer en él.

Es por lo anterior, que bajo el mismo criterio señalado por la H. Sala Laboral de la Corte Suprema en los asuntos referidos a la “desafiliación tácita de los afiliados” del

sistema que, debe apreciarse en conjunto la “voluntad del afiliado”, en estos asuntos en los que permanece en el régimen privado por más de 20 años, sin hacer la más mínima manifestación de la cual se pudiera entender que quería retornar al RPMPD. Se cita sólo a título de ejemplo la sentencia con Rad. 47236 del 06 de abril de 2016.

2.5. DE LA IMPOSICIÓN DE CARGAS PROBATORIAS INEXISTENTES

En un Estado Social de Derecho, no es viable jurídicamente imponerle a los administrados, cargas probatorias distintas a las previstas en las leyes existentes para el momento de la ocurrencia de los hechos en este caso, para cuando sucedió la afiliación de la parte demandante pues hacerlo, claramente constituye una violación al debido proceso y a la confianza legítima de mí representada, en tanto que actuó amparada por lo señalado en la Ley 100 de 1993, los decretos reglamentarios y en las disposiciones del órgano de vigilancia.

Luego, para cuando se celebró el acto jurídico de vinculación con la demandante, mi representada únicamente debía dejar constancia de la libre escogencia a través del formulario de vinculación, sin que, también tuviera la NECESIDAD de registrar en documentos o a través de testigos o cualquier otro medio de prueba que, le SUMINISTRÓ la INFORMACIÓN NECESARIA Y OBJETIVA acerca de las condiciones, y requisitos para acceder a la pensión de vejez a los futuros afiliados.

Llama la atención que, en el avance jurisprudencial respecto al alcance de la información ya vamos en que la misma tiene que ser no solo de calidad sino “CALIFICADA”-, como lo indica la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL1637-2022 Radicación n.º 89208 del once (11) de mayo de dos mil veintidós (2022), cuando expuso: “ Así las cosas, el entendimiento de la Corte respecto del tipo o clase de información con la cual se cumplía el mentado deber, se acompasa con la dinámica legislativa y reglamentaria que siempre quiso poner en cabeza de las administradoras de pensiones tal previsión, la de brindar información, no de cualquier calidad sino calificada, dada la complejidad técnica del tema y las incidencias que una decisión de ese calibre podría llegar a tener en la vida de un trabajador.”

Negrillas y subrayado fuera de texto. Entonces, en forma palmaria se le imponen a las AFP cargas inexistentes, pues la misma Corte en la providencia referida, establece que, el querer eventual, futuro, en ciería de las leyes fue colocar en “cabeza de las administradoras” el deber de información; es decir, para el momento de la celebración de los actos jurídicos de traslado pensional NO EXISTÍA la obligación de suministrar la información con el alcance que se despliega hoy en la jurisprudencia, esto es que,

el afiliado comprenda se le traslada también a las AFP la responsabilidad del acto personal de lo entendido un tema que, ni siquiera versados en materia laboral logran abarcar, dada la complejidad técnica del asunto, como lo acepta la misma Corporación en el citada decisión.

2.6. DEL DEBER DE REALIZAR ANÁLISIS CRÍTICO Y EN CONJUNTO DE LAS PRUEBAS EN CADA CASO

La primera instancia, sin realizar el análisis en conjunto y crítico de estas pruebas como lo ordena el artículo 60 del C.P.T y S.S., el juzgador de primera instancia declaró la nulidad y/o ineficacia de traslado de RPM al RAIS efectuada por la AFP, sin consideración a las normas antes referidas del ordenamiento civil, relacionadas con la validez de los negocios jurídicos a las cuales debemos acudir por ausencia de reglas legales en materia laboral-, desconocimiento que, «Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales», como lo señala el artículo 1602 del Código Civil y, están llamados a producir consecuencias respecto de quienes los celebran, reglas básicas de la teoría de las obligaciones.

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

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

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

Ahora, en el caso hipotético de considerar que el negocio jurídico celebrado entre las partes no tuvo validez, no puede olvidarse que, el artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993, menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen, esto es “el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos

(...)”, lo que impide que legalmente se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes a las referidas en esta norma.

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 Doce y tres incisos del artículo 1746, está lo relativo a la posesión de buena o mala fe de las partes, tanto para las restituciones mutuas como para la conservación o devolución de frutos, intereses y mejoras, “según las reglas generales”, que son las que establece el artículo 961 y siguientes del Código Civil.

Aunque la distinción entre buena fe objetiva y buena fe subjetiva pudiera tener alguna utilidad en un contexto extrajurídico, por ser una cuestión de definición, no puede negarse que al fin de cuentas todo hecho con relevancia jurídica que se origina en una acción humana voluntaria parte de la interioridad del sujeto y tiene que manifestarse en un signo externo interpretable a partir de criterios jurídicos, de otro modo no tendría relevancia para el derecho. De ahí que todo instituto jurídico en el que la buena fe juegue un papel preponderante se concreta finalmente en una buena fe objetivada, es decir normativamente analizable.”

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

En forma reiterada la Sala de Casación Laboral ha explicado que, los efectos de declarar la ineficacia del traslado pensional se insisten no existe norma que prevea tal situación, ya que lo más aproximado es la ineficacia de la afiliación con las sanciones administrativas que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, es hacer la ficción de que el acto jurídico de traslado jamás existió. De manera que, una construcción lógica y congruente es que, si el acto jurídico del traslado no existió porque el afiliado JAMÁS dejó de pertenecer al RPMPD, se debe ordenar en esta clase de procesos, la devolución de los aportes con los rendimientos que ese sistema le produciría al afiliado, pues entenderlo de otra manera es contrariar nuevamente lo dispuesto en las normas referentes a los efectos de la ineficacia de los actos jurídicos.

Basta leer apartes de la mentada sentencia SL1637-2022 Radicación n.º 89208, en cuanto a que se “activa la afiliación”, para concluir razonablemente que, se traslada el valor de los aportes con los rendimientos que se hubieran causado en el RPMPD. Así lo manifestó: “Importa resaltar que la fuente constitucional para tales declaratorias, cuando ellas sean procedentes, resulta ser el artículo 48 de la CP que garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social, y las órdenes emitidas frente a Colpensiones en el sentido de activar la afiliación, percibir las sumas trasladadas por la AFP y tener por vinculado al afiliado como si nunca se hubiese separado del RPM, (...)” Negrillas fuera de texto.

Y lo expuesto en la decisión CSJ SL2877-2020: “(...)

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

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

De acuerdo con el artículo 1746, “(...) En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo”. Subrayado fuera de texto. Ahora, el artículo 964 del Código Civil, que aplica para todos los casos en los que hay que restituir frutos, “El poseedor de mala fe es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder.”

La Sala de Casación Civil, al respecto expuso:

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

Y luego agregó:

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

5.1. DEVOLUCIÓN DE RENDIMIENTOS FINANCIEROS

[...]

5.2. CONDENAS A CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN.

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

En consecuencia, es improcedente el reintegro de las cuotas de administración de la cuenta de ahorro individual habrían que considerar que están prescritos parcialmente porque si bien es cierto no prescribe el traslado ni prescriben los aportes a pensiones lo cierto es que 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.

De igual manera si se hace una lectura del Decreto 2555 de 2010, contrario a como siempre se ha concebido los gastos de administración, tiene una destinación específica en exactamente 11 gastos, de los cuales 1 es para garantizar la defensa judicial del fondo, otro es para la compra de los seguros previsionales de invalidez y

sobrevivencia, y los otros 9 son destinados únicamente para realizar las inversiones que realizan los fondos privados, que generan la rendimientos que son depositados diariamente en las cuentas de ahorro individual de los afiliados.

5.3. INDEXACIÓN DE LAS CONDENAS IMPUESTAS.

La sentencia C- 00161 de fecha 13 de mayo del 2010, Magistrado Ponente - Edgardo Villamil Portilla, respecto a la figura de la indexación indicó: “La actualización monetaria cuya aplicación deja por fuera aspectos subjetivos, pretende mantener en el tiempo el valor adquisitivo de la moneda oficial, que se envilece periódicamente en las economías caracterizadas por la inflación, todo bajo la idea de que el pago, sea cual fuere el origen de la prestación, debe ser íntegro, conforme a decantada jurisprudencia en materia de obligaciones indemnizatorias que a la postre fue recogida por el artículo 16 de la ley 446 de 1998”. Por su parte, la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL 9316 de fecha 29 de junio de 2016, precisó que la indexación “es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de esta por el transcurso del tiempo dada la generalizada condición inflacionaria de la economía”.

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

En ordenar la indexación, pues los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante no se han visto afectados por la inflación, por el contrario, han generado rendimientos muy superiores a los que garantiza el RPMPD. Resulta ilustrativo mencionar que, el Tribunal Superior de Cundinamarca en sentencia de fecha 21 de junio de 2022 dentro Proceso Ordinario Laboral promovido por FELISA LEÓN POVEDA con Radicación No. 25899-31-05-002-2021-00111-01 y sentencia de fecha 25 de julio de 2022 proferida por el Tribunal Superior de Cali - Sala Laboral Proceso Ordinario Laboral promovido por EDILSON RICARDO REGALADO GONZALEZ con radicación No. 76001-31-05-012-2022- 00234-01, consideró que, el traslado de los rendimientos financieros del afiliado a COLPENSIONES compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse presentado respecto de los emolumentos que se ordenan retornar.

5.4. DEVOLUCIÓN DE LAS PRIMAS DE SEGUROS

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

presenta el siniestro amparado, debe devolver, trasladar, reintegrar el valor de la póliza pagada.

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."

ALEGATOS DE MAPFRE S.A.

MAPFRE S.A., presentó alegatos, sin embargo, los mismo no se transcribirán pues, no tiene legitimación en lo que se debe decidir en esta instancia, pues no se le impuso ninguna condena, pues se le absolvió de las pretensiones en su contra, sin apelación alguna sobre este aspecto.

ALEGATOS DE ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.

ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., presentó alegatos, sin embargo, los mismo no se transcribirán pues, no tiene legitimación en lo que se debe decidir en esta instancia, pues no se e impuso ninguna condena, pues se le absolvió de las pretensiones en su contra, sin apelación alguna sobre este aspecto.

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

En cumplimiento a la Ley 797 de 2003, artículo 2o, literal E: "Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen

cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez".

Por lo anterior, frente a la pretensión de traslado de régimen, no sería procedente dado a que la demandante se encuentra a menos de 10 años de adquirir el Derecho a su Pensión, ahora bien, bajo el entendido que las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste en cualquier tiempo, conforme a los términos señalados en la Sentencia Unificada 062 de 2010.

Por otra parte, es necesario que se tenga en cuenta que solo podría la anulación del traslado efectuado hacia la Administradora de Fondos de Pensiones AFP y su retorno al Régimen de prima media, si:

a) Su firma ha sido falsificada en el contrato de afiliación, situación en la cual debe instaurar la respectiva acción penal por la presunta falsificación en documento (público o privado) ante la fiscalía general de la Nación con el fin de determinar la veracidad o falsedad del documento, de conformidad con lo establecido en el Título IX Capítulo III de la Ley 599 de 2000 referente a los delitos contra la fe pública, en especial a la falsedad en documentos. Una vez la autoridad competente se pronuncie sobre el asunto, el ciudadano o la AFP respectiva podrán solicitar la anulación del traslado diligenciando los formularios de la Entidad y allegando copia del respectivo informe grafológico.

b) El empleador lo afilió sin su consentimiento: El formulario de afiliación no fue firmado por el afiliado.

c) Traslado de Régimen por sentencia SU 062 de 2010: en el cumplimiento de las condiciones y requisitos señalados.

Sin embargo, ninguna de estas causales se vislumbra dentro del acápite de los hechos de la demanda y solo arguye la información inadecuada y poco veraz.

La demandante intentó su traslado del RAIS al RPM, faltándole menos de 10 años para el cumplimiento de la edad mínima. De igual manera carece de los presupuestos exigidos en la SU-130 de 2013 emanada de la Corte Constitucional. Respecto del aspecto subjetivo de que trata el artículo 72 modificado por la L. 795 de 2003, art. 12 literal F y art. 97 modificada L. 795 de 2003 art. 23, sobre los deberes de informar a los afiliados ante una información inadecuada y poco veraz, aspectos que deben ser

probados por la parte actora y sopesados por el Juez natural, como también ajenos a COLPENSIONES.

Es cierto que para la fecha de traslado la demandante plasmó su firma en el formulario y siendo este una persona legalmente capaz, debe entenderse que este aceptó cada una de las condiciones ofrecidas, en consecuencia, no es dable años después venga a mostrar su inconformidad, más aún cuando tuvo la posibilidad de tener re-asesoría por parte del fondo privado que demuestra haber estado de acuerdo y satisfecho con lo que ese fondo privado le ofrecía.

Ahora bien, el Decreto 3800 de 2004, artículos 1° y 2°, inciso segundo y que a la letra dice:

Artículo 1o. Traslado de Régimen de Personas que les falte menos de diez años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. De conformidad con lo señalado en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, las personas a las que, a 28 de enero de 2004, les faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, podrán trasladarse por una única vez, entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, hasta dicha fecha.

Artículo 2°. Casos de múltiple vinculación. En el evento en que las personas a que se refiere el artículo anterior se encuentren en situación de múltiple vinculación de régimen ante las administradoras del Sistema General de Pensiones, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 del Decreto 692 de 1994, deberán elegir el régimen al cual deseen estar vinculados.

Las personas a las que se refiere el artículo anterior, que no manifiesten su voluntad de afiliación de administradora o selección de régimen, se entenderán vinculadas a la entidad a la que se encontraran cotizando a 28 de enero de 2004 o a aquella que recibió la última cotización antes de dicha fecha. A la fecha, el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual tiene plena validez y respecto a la nulidad del contrato alegado por el interesado.

Así mismo, La institución que represento, no puede argumentar motivos de equidad y desconocer la legislación vigente ni la propia voluntad y decisión del afiliado, Como institución de carácter público, tiene que someterse al imperio de la Ley, pues los servidores públicos no pueden, según la Constitución Política de Colombia, hacer sino lo que les está expresamente permitido, y entre esas cosas no está tomar decisiones

en equidad. Lo contrario sería prevaricar. Ahora, frente a las múltiples afectaciones al Sistema General de Pensiones.

En reciente pronunciamiento la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia razonó que no es posible revertir ciertos efectos económicos como el deterioro que sufre el capital que ya ha sido objeto de pago a través de mecanismos de financiación como los bonos pensionales y las cuotas partes de entidades contribuyentes, como consecuencia ineludible del pago de mesadas pensionales.

En efecto, es irreparable la pérdida de integridad del músculo financiero con que se respalda el pago de la prestación, por lo que forzar a través de una ficción jurídica la vuelta al estado anterior en que se encontraba las cosas, va en detrimento de los recursos de la Seguridad Social, bien sea que provengan de la Nación y/o demás entidades que deben contribuir al financiamiento del pasivo pensional. Sumado a lo anterior, se torna inviable la realización de los efectos de la ineficacia, por cuanto no es posible cesar los efectos jurídicos de las operaciones, contratos y actos que involucran a terceros como aseguradoras, entidades oficiales e inversiones, que según la modalidad pensional en que se encuentre el actual pensionado, hayan concurrido en la administración y gestión del riesgo financiero, entre otras muchas problemáticas de orden financiero, que ocasionarían un déficit económico entre los actores del Sistema que han confluído en la gestión de los recursos a través de relaciones jurídicas válidamente suscitadas en el mundo jurídico del Sistema General de Pensiones, en cumplimiento de obligaciones y deberes contractuales que ya se encuentran consumados y perfeccionados con las consecuencias de orden legal y financiero que ello acarrea.

Es claro, que es un negocio jurídico en el que no intervino COLPENSIONES, por lo tanto, se deberán devolver la totalidad de las sumas que comprenden: Recursos de la cuenta individual de ahorro, ii) Cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, iii) Rendimientos, iv) Anulación de Bonos Pensionales (si los hubiere) v). Porcentaje destinado al pago de Seguros Previsionales y gastos de administración, así como las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, sumas debidamente indexadas. }

Por las razones expuestas solicito señor Magistrado, se revoque el fallo proferido en primera instancia por el Juzgado diecisiete (17) Laboral del Circuito de Medellín, frente a la ineficacia de afiliación al RAIS, y la reactivación, sin solución de continuidad, de la GLORIA EBLYN DUQUE MONCADA, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

ALEGATOS DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.

SEGUROS BOLÍVAR S.A., presentó alegatos, sin embargo, los mismo no se transcribirán pues, no tiene legitimación en lo que se debe decidir en esta instancia, pues no se le impuso ninguna condena, pues se le absolvió de las pretensiones en su contra, sin apelación alguna sobre este aspecto.

ALEGATOS DE AXA COLPATRIA S.A.

AXA COLPATRIA S.A. presentó alegatos, sin embargo, los mismo no se transcribirán pues, no tiene legitimación en lo que se debe decidir en esta instancia, pues no se le impuso ninguna condena, pues se le absolvió de las pretensiones en su contra, sin apelación alguna sobre este aspecto.

5. PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER:

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

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

6. CONSIDERACIONES:

De conformidad con lo dispuesto el art. 10 y 14 de la Ley 1149 de 2007 además de resolverse la apelación de 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 cabal y completa asesoría que lleve a

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

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

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

1. Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a 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.

Ahora, el pasado 9 de abril del año en curso, la Corte Constitucional la Sentencia SU-107 de 2024, con efectos inter pares, mediante la cual MODULA el precedente judicial de la Corte Suprema de Justicia en materia probatoria en este tipo de procesos. En síntesis, aquella Corporación califica de “desproporcionada” la tesis de ésta última al sostener que siempre que se indique en la demanda que una Administradora de Fondo de Pensiones no informó sobre las consecuencias de un cambio de régimen pensional, corresponde a la AFP demostrar que si brindó dicha información. Indica el Tribunal Constitucional que de conformidad con la Constitución y la ley procesal no se pueden imponer cargas imposibles de cumplir para ninguna de las partes (ni al afiliado ni a la AFP), como tampoco se puede despojar al juez de su papel de director del proceso ni de su autonomía judicial para decretar y practicar todas las pruebas que sean necesarias, pertinentes y conducentes para analizar las pretensiones o las excepciones propuestas.

Concreta la sentencia, que la obligación de los jueces, de actuar como director del proceso judicial, con la autonomía e independencia que le son propios y, dentro de las muchas actuaciones dirigidas a formar su convencimiento para decidir lo que en derecho corresponda, puede:

- (i) Decretar, practicar y valorar en igualdad todas las pruebas que soliciten las partes que sean necesarias, pertinentes y conducentes para demostrar los hechos que sirven de causa a las pretensiones o las excepciones.
- (ii) Procurar, de manera oficiosa, la obtención de pruebas acudiendo a las enlistadas en el Código General del Proceso, tales como “(...) *la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes*”, y las demás que considere necesarias, pertinentes y conducentes.
- (iii) Valorar las pruebas decretadas y debidamente practicadas con su inmediación, de manera individual y en su conjunto con las demás, luego de lo cual puede determinar el grado de convicción que aquellas ofrecen sobre lo ocurrido.
- (iv) Acudir a la prueba indiciaria si lo estima necesario, en los términos de los artículos 176 y 242 del CGP; e
- (v) Invertir la carga de la prueba cuando, analizando el caso concreto y la posición de las partes, esté ante un demandante que se encuentra en la imposibilidad de demostrar sus dichos, y en un proceso donde no haya sido posible desentrañar por completo la verdad a pesar de los esfuerzos officiosos.

En el presente asunto, está probado, que la accionante, estando afiliada al régimen pensional de prima media administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, cómo se prueba con la historia laboral (folios 24 y 25 documento 08 del expediente digital), se trasladó al RAIS a través de la AFP COLFONDOS S.A. el 01 de mayo de 1994, conforme se extrae de la historia laboral (folio 30 documento 01 del expediente digital).

De otra parte, en este caso, si bien la demandante no es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por no contar para el 1º de abril de 1994 con 40 o más años o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la AFP COLFONDOS S.A. en el año 1994 estuviera en la obligación de suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; sobre todo **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué dependería su monto.**

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 00:12:055 del video de la audiencia de conciliación y trámite (archivo 33 del expediente digital), no se advierte que, esta haya confesado que al momento de su traslado de régimen se le ilustró sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como lo son las características de uno y otro régimen pensional, los requisitos para acceder a las prestaciones económicas en cada uno de ellos, la forma de liquidación de la mesada pensional en cada régimen, 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.

De otra parte, como bien lo sostuvo la Juez de primera instancia, para probar dicha asesoría, 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.

Ahora, en lo concerniente a la prueba del cumplimiento del deber de información de la AFP PROTECCIÓN S.A., por intermedio de la cual el actor se trasladó al RAIS, no obra en el plenario, ni siquiera el correspondiente formulario de afiliación, siendo relevante que cuando PROTECCIÓN S.A. da respuesta a la demanda, en el acápite de pruebas anota lo siguiente:

5.3. DOCUMENTAL: Ruego se decrete y tenga como prueba documental, las cuales adjunto a este escrito de contestación:

- Historial de vinculación denominado SIAFP.
- Consulta individual por Cliente.
- Artículo periódico el Tiempo.

5.4. PETICIÓN ESPECIAL: Teniendo en cuenta que la vinculación inicial se originó hace más de 20 años, solicito al señor Juez que en el evento de que mi mandante encuentre en el archivo, documentación relevante, que permita desvirtuar lo pretendido en la demanda de la referencia, se sirva admitirla en audiencia de que trata el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Con posterioridad a la contestación de la demanda PROTECCIÓN S.A., no presenta ningún documento sobre las circunstancias de la afiliación del actor al RAIS, de lo que se colige que no posee documentación al respecto, lo que conlleva a que si la misma PROTECCIÓN S.A., no tiene documentación para verificar la forma como se realizó la asesoría, la su situación del actor, se encuadra en el numera IV de las conclusiones de la Core Constitucional, antes referida, es decir, se encuentra en la imposibilidad de demostrar sus dichos sobre la falta o deficiente asesoría, y debido a ello, la carga de la prueba de la debida asesoría estaba en cabeza de la AFP PROTECCIÓN S.A., sin que lo haya probado, lo que se impone confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado del actor al RAIS.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES, encuentra la Sala que, la orden impartida por el *a quo*, en principio se encuentra acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia, sin embargo, no se puede soslayar que en la referida sentencia SU 107 de 2024, la Corte Constitucional expuso sobre el tema de las devoluciones de las AFP a COLPENSIONES que: *“En suma, ni las primas de seguros, los gastos de administración, o el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima ya sea de forma individual, combinada o indexada son susceptibles de devolución o traslado al configurar situaciones que se consolidaron en el tiempo y que no se pueden retrotraer por el simple hecho de declarar la ineficacia del traslado pensional”*, dicho argumento lo fundamentó en que no es posible materialmente retrotraer al afiliado al momento previo que se realizó el traslado que se considera ineficaz, por ende, solo serían susceptible de traslado el ahorro de la cuenta individual, los rendimientos que se causaron sobre los aportes que se encuentren en la cuenta y de haberse pagado, el valor del bono pensional, pues los demás emolumentos no son aptos para ser devueltos. Dicha apreciación también la extendió a los aportes voluntarios, pues estimó que sobre éstos el afiliado tuvo beneficios

tributarios o compra de acciones que se consolidaron en el tiempo y que ahora, no es posible retrotraer.

Así, como una de la reglas de decisión de la sentencia de unificación mencionada, es, que *(iii) en los casos en los que se declare la ineficacia del traslado solo es posible ordenar el traslado de los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual, rendimientos y el bono pensional si ha sido efectivamente pagado, sin que sea factible ordenar el traslado de los valores pagados por las distintas primas, gastos de administración y porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima ni menos dichos valores de forma indexada.* Esta Superioridad acoge el mandato de la referida sentencia, para resolver la apelación de PROTECCIÓN S.A., sobre este aspecto, por estar contenida en una sentencia de unificación de la Corte Constitucional, con efectos ***inter pares***, como expresamente se indicó

Así, en la alzada, PROTECCIÓN S.A., se opone a las condenas a la devolución de gastos de administración, seguros previsionales y la devolución de los montos ordenados de manera indexada, y motivo por el cual, se revocará la sentencia del *a quo*, en cuanto ordenó la devolución de gastos de administración, seguros previsionales, y por ende su indexación.

Respecto de la devolución de los recursos del fondo de garantía de pensión mínima, que fue ordenada por el *a quo*, no se efectuó reproche en la apelación, por lo que la orden de reintegro queda incólume, sin embargo, como de manera genérica PROTECCIÓN S.A. se opuso a la indexación de todos los rubros, se revocará la orden de indexación de la devolución de los recursos del fondo de garantía de pensión mínima.

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.

Finalmente, frente al punto de apelación de COLFONDOS S.A. en el sentido de que se revoque la condena en costas por haber actuado de buena fe y ajustada a la ley vigente para la época del traslado sin que pudiese la AFP, según la recurrente, ordenar el traslado de la demandante por prohibición legal, debe indicarse que la condena en

costas, en atención a lo regulado en el artículo 365 del CGP, no puede fungir como acto de sanción o de reproche sobre actos que haya ejercido alguna de las partes, sino que ello constituye una cuestión de carácter meramente procesal, lo que hace procedente la condena en costas a COLFONDOS S.A.

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

SIN COSTAS en esta instancia por haber prosperado parcialmente el recurso de apelación de COLFONDOS S.A.

7. DECISIÓN:

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 22 de noviembre de 2023 proferida por el JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **GLORIA EBLYN DUQUE MONCADA** contra **COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A.**, salvo en la orden a COLFONDOS S.A. de devolver a COLPENSIONES, los conceptos de gastos de administración, y seguros previsionales y su indexación, aspecto este del que se revoca el fallo de primera instancia, para en su lugar ABSOLVER a COLFONDOS S.A. del reintegro a COLPENSIONES de los rubros antes referidos y su indexación.

Igualmente, revoca el fallo de primera instancia en cuanto ordenó la indexación del rubro referido a la devolución de los recursos del fondo de garantía de pensión mínima, para en su lugar ABSOLVER a COLFONDOS S.A. del reintegro a COLPENSIONES de la indexación de este concepto, es decir que se conserva la orden de devolución, pero sin indexación.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La anterior sentencia se notifica a las partes en EDICTO.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

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

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **3dfcc9343f88b4388d1b5207213302bc4630951f061a6a17106e426d1d44c6ca**

Documento generado en 13/06/2024 03:25:25 PM

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