

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El primero (01) de diciembre de dos mil veintidós (2022), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, procede a proferir sentencia de segunda instancia, en el presente proceso ordinario laboral promovido por el señor **GABRIEL DOMÍNGUEZ ESCOBAR** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.), tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-003-2018-00678-01.

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:

El 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 el actor que nació el 28 de mayo de 1959, y que antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones se encontraba afiliado al extinto Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones.

Manifiesta que el 26 de marzo del año 2002 fue trasladado del RPM al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A.

Aduce que el funcionario de la AFP Porvenir S.A. le indicó que de trasladarse y permanecer en el RAIS se pensionaría antes de la edad requerida en el ISS y con una

mesada pensional superior a la que se le reconocería en el RPM, que los rendimientos financieros aumentarían el monto de su pensión, y que no perdería ningún beneficio con el traslado, que le era más conveniente estar en dicha administradora, por ser una entidad privada, que el ISS se iba a acabar, por la consolidación de los fondos privados, por ellos tener más solidez y garantizar mayor rentabilidad.

Argumenta que el funcionario del fondo privado no le explicó qué era el bono pensional, que de solicitar la pensión de manera anticipada le castigarían el bono pensional, tampoco le suministró información adicional, consistente en el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual, con el fin de obtener una pensión anticipada, nunca le habló de las modalidades de pensión, no le realizó ni proyecciones ni simulaciones, no le hizo un estudio comparativo de uno y otro régimen pensional que le permitiera dimensionar la trascendencia de su decisión y que le permitiera objetivar las ventajas y desventajas de uno y otro régimen.

Precisó que no se le suministró información suficiente, correcta y concreta en cuanto a las condiciones verdaderas de acceder a la pensión de vejez en ambos regímenes y en cuanto a la limitante de la edad para regresar al RPM.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El *a quo* despachó de manera desfavorable las pretensiones como fueron solicitadas en la demanda, y en su lugar declaró la ineficacia por inaplicación constitucional del acto jurídico a través del cual el demandante se trasladó del RPM al RAIS, declarando que la AFP PORVENIR S.A. faltó a su obligación de dar información clara, veraz y oportuna al señor Gabriel Domínguez Escobar, y que dicha falta de información le causó un daño grave al demandante en su acceso real y efectivo a la seguridad social, siendo entonces la AFP demandada las responsables del daño causado al demandante.

Seguidamente declaró que el demandante tiene derecho a la pensión de vejez con base en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003 y, en consecuencia, condenó a PORVENIR S.A. a reconocer, liquidar y pagar la pensión de vejez del actor bajo las condiciones del RPM, señalando que para en un término de 30 días PORVENIR S.A. solicitará a COLPENSIONES la elaboración del cálculo actuarial pensional con miras a la subrogación pensional, el cual deberá liquidar COLPENSIONES dentro de los dos meses siguientes, debiendo ser cancelado dicho cálculo por PORVENIR S.A.

También, autorizó a PORVENIR S.A. a usar los dineros de la cuenta de ahorro individual del actor con los rendimientos, bonos pensionales y cualquier otro dinero que llegue a haber en la cuenta pensional del demandante para la subrogación pensional.

Finalmente impuso costas procesales a cargo de PORVENIR S.A. con agencia en derecho de \$3'634.000 en favor del demandante.

Para fulminar la condena el *a quo* argumentó que la ineficacia de los actos jurídicos en Colombia debe ser declarada cuando una autoridad observa que ha sido violentado un derecho social fundamental. Que cuando la ineficacia de un acto jurídico o la nulidad de ella es declarada por traer efectos adversos a una de las partes, se entra a una institución propia del derecho denominada el principio de relatividad de los actos jurídicos que benefician o perjudican a los que han participado en él, no a los terceros.

Arguye que COLPENSIONES es un tercero absoluto frente al acto jurídico de traslado, porque ni la constitución, ni la ley le obliga a estar atento a ese acto jurídico y, por lo tanto, las consecuencias negativas de la ineficacia del traslado no tienen por qué recaer en esta entidad y obligarle a reconocer una pensión pues habría un detrimento patrimonial al Estado.

Luego adujo que, las actividades que realizan las administradoras de fondos de pensiones con carácter mercantil financiera, realizan una actividad fiduciaria y que está definido por la jurisprudencia de décadas atrás que en ese contrato no hay una obligación de resultado, pero si ha exigido la ley y la jurisprudencia una obligación de medio que es la de cabal diligencia y asesoría a la persona que realiza el contrato de fiducia. La doctrina lo denomina como la obligación de diligencia debida o de buen consejo y por lo tanto, cuando las administradoras de fondos de pensiones no dan información clara, veraz y oportuna al momento del traslado y a lo largo del proceso, conforme al artículo 10 del Decreto 720 de 1994 son responsables directamente por los perjuicios, por los daños, por el menoscabo al acceso a la seguridad social en pensiones que traiga el beneficiario, mas no a trasladar los dineros de la cuenta de ahorro individual sino a emitir un título pensional, y si la persona ya ha cumplido la edad obligar a la AFP a pagar la pensión como si fuera del RPM, mediante un cálculo actuarial pensional.

Finalmente, concluyó el juez, que no encuentra prueba alguna de que el fondo privado demandado hubiere entregado al actor una información clara, veraz y oportuna al momento del traslado, y si bien en el proceso se encuentran formularios de afiliación,

son pre-formatos que contienen una leyenda interior que no demuestran que se ha hecho el traslado de manera libre y voluntaria por lo que declaró la ineficacia de la afiliación pero indicó que la consecuencia de esta ineficacia no es la afiliación al RPM porque ya está prohibida al faltarle al demandante menos de 10 años para pensionarse, por lo tanto la pensión de vejez estará a cargo del fondo privado.

Finalmente manifestó que la excepción de prescripción propuestas por la AFP demandada no prospera, en razón a que los derechos sociales fundamentales como son el acceso a la seguridad social no prescriben.

3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN:

La sentencia fue apelada por los apoderados judiciales del demandante, de Porvenir S.A. y de Colpensiones en los siguientes términos:

APELACIÓN PARTE DEMANDANTE.

La apoderada del demandante aduce que si bien está de acuerdo en que la sentencia sea condenatoria no comparte la forma como se interpusieron las condenas, porque la pretensión principal que se pide en la demanda es la ineficacia de traslado de régimen pensional, y el regreso al régimen público administrado hoy por COLPENSIONES; por una indebida asesoría por parte de PORVENIR S.A. donde actualmente el demandante se encuentra afiliado y por ello solicita al Tribunal que modifique la sentencia proferida por el *a quo*, porque en este caso no se dan los presupuestos para que en la sentencia se falle de manera ultra y extra petita en razón a que lo pedido está claramente delimitado y ha sido objeto de múltiples pronunciamientos por parte de la CSJ.

Si bien el juez se aparta de la doctrina probable y se justifica dando apreciaciones que indica no considerar como válidas, el juez da una interpretación errónea a lo contemplado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que si bien se causa un perjuicio y quien lo causa debe resarcirlo, la consecuencia jurídica no es la determinada por el juez en la sentencia, y en cambio señala que la consecuencia jurídica es que PORVENIR S.A. debe trasladar el saldo de la cuenta de ahorro individual del demandante junto con los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, garantía de pensión mínima debidamente indexados al RPM., ya que el efecto jurídico de decretar la ineficacia de traslado del demandante es que el mismo vuelva al estado anterior en que se encontraba, es decir que se debe de tener como si

el actor nunca se hubiera trasladado de régimen, y el juez condena a la ineficacia del traslado pero las consecuencias jurídicas derivas de dicha condena no las comparte porque el actor debe trasladarse inmediatamente al régimen anterior y se debe trasladar con todos los dineros aportados a PORVENIR S.A. para que sea COLPENSIONES quien asuma el reconocimiento prestacional de su pensión de vejez.

Considera que también se equivoca el juez al advertir que no condena a la indemnización solicitada frente al pago de honorarios realizados al apoderado judicial por un valor de \$10'000.0000 en razón a que ello no fue solicitado como pretensión en la demanda, ello solamente se advirtió en la demanda como un hecho de la misma, e indica que la sanción que debe de imponérsele a la parte vencida en juicio no es la determinada por el fallador de primera instancia sino que es una sanción pecuniaria a cargo de quien genera el daño.

APELACIÓN PORVENIR S.A.

La apoderada de PORVENIR S.A. solicita se confirme el punto once de la parte resolutive de la sentencia y se revoque los puntos no mencionados en cuanto a que el juez de primera instancia consideró que debía apartarse de la jurisprudencia establecida por la CSJ para este tipo de casos, adoptando una tesis sobre la responsabilidad y la protección de la sostenibilidad financiera del sistema económico y la inaplicación de la ineficacia por inconstitucionalidad dada la supuesta falta de información, decisión que no comparte por las siguientes razones:

El fallo desconoce la coexistencia de dos regímenes pensionales, los cuales tienen una forma diferente de financiar cada una de sus prestaciones, y es por eso que tanto la Ley como las entidades encargadas de supervisar la destinación de los recursos de la seguridad social impiden que se les pueda dar una destinación diferente a los recursos de la seguridad social sino conforme a las normas preexistentes y esto se refleja cuando se emplean figuras diferentes como el cálculo actuarial, la permutación y la conmutación pensional, las cuales son inoperantes en la resolución del presente litigio por no presentarse una regulación legal frente a este tipo de procesos y por ende la aplicación de las mencionadas figuras como una forma de condenar a PORVENIR S.A. sería una forma errada de emplear dichas figuras por parte del juez de instancia.

Cuando se hace uso de las facultades ultra y extra petita, ese principio se sustenta en la salvaguarda del carácter irrenunciable de los derechos mínimos de los trabajadores establecidos en el artículo 13 del código sustantivo del trabajo y este caso se encuadra

en el derecho a la seguridad social en pensiones, sin embargo en este litigio se plantean varios problemas a resolver que a criterio de PORVENIR S.A no guardan relación con el litigio y mucho menos fueron suficientemente justificados, porque por un lado se sustenta todo bajo el principio de la responsabilidad, pero desbordándose a condenar a PORVENIR S.A. al reconocimiento de una pensión por vejez con determinadas prerrogativas, alegando que hay una transgresión al acceso real y efectivo de los derechos sin ser esto cierto dado que a la parte actora no se le ha negado el acceso a una pensión en el RAIS, probándose que el fallo adolece de una sobrecarga más a la protección de la sostenibilidad financiera que a la protección del acceso real y efectivo de los derechos del demandante como lo aduce el juez, y más que una protección al trabajador se hace es propiamente al sistema financiero en pensiones sin contar esto con respaldo legal y sin que en algún momento fuera objeto de controversia, de tal modo que de no ser un asunto relacionado con el trabajador debe ser objeto de un fallo ultra y extra petita.

Argumenta que el contrato de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. es un contrato de adhesión de tracto sucesivo o aleatorio y es por ello durante el tiempo en el que el demandante resulta afiliado al RAIS este mismo se va ajustando a la forma en como se van financiando las pensiones bajo los réditos percibidos y sin consideración de otro sistema pensional, por lo que su pensión es construida bajo el aleas que el sistema financiero otorga a través del RAIS y que se modula con base en las cotizaciones tornándose impredecibles tanto para el afiliado como para el fondo, lo cual no puede ser causa para imputar una responsabilidad a PORVENIR S.A.

Manifiesta que no hay elementos facticos o jurídicos que determinen que eficazmente haya una trasgresión al mínimo vital de la parte actora o una vulneración a la sostenibilidad financiera en razón de que no se demostraron las condiciones socio-económicas del demandante y la incidencia del cálculo sobre una pensión, ya que por otro lado también se habla de la sostenibilidad financiera y en esta tampoco se ve transgredida ninguna de sus formas en razón de que no hay prueba de que la pensión de la parte actora pueda ser pagada en el régimen pensional teniendo en cuenta que el señor Domínguez cuenta con un total de semanas de 1.028 a la fecha.

Al no existir elementos legales para adjudicar condenas de tal magnitud en cabeza de PORVENIR S.A. solicita al Tribunal revocar la sentencia en los puntos antes mencionados, o de forma subsidiaria en el caso de que se revoque la sentencia proferida por el juez de primera instancia y se de aplicación a la jurisprudencia de la CSJ, se absuelva a PORVENIR S.A. de una eventual devolución de los gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, por cuanto dichos porcentajes

fueron causados y pagados en favor de terceros de buena fe y que protegieron al afiliado de las contingencias de invalidez y sobrevivencia por el tiempo en el que él mismo lleva afiliado al RAIS.

APELACIÓN DE COLPENSIONES.

La apoderada de COLPENSIONES apela el fallo de primera instancia indicando que pese a la absolución realizada por el despacho de primera instancia COLPENSIONES, en últimas asume toda la carga de que sea declarada la ineficacia del traslado del demandante, por lo que solicita al Tribunal revocar la decisión de primera instancia teniendo en cuenta que el retorno en cualquier tiempo al RPM faltando menos de 10 años para la edad de pensión debe realizarse atendiendo primero a las expectativas pensionales del afiliado y la sostenibilidad financiera, pues las sentencias C 1024 de 2004 y la SU 062 de 2010 de la Corte Constitucional en materia de traslado consagran que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados al RPM, dado que el RPM se descapitalizaría.

El derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la Ley no constituye un derecho absoluto, antes, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones que por su misma esencia pueden conducir al establecimiento de una diversidad de trato. Como se observa la Corte Constitucional destacó que el derecho a trasladarse no es absoluto y debe atenderse a criterios de sostenibilidad financiera y expectativa pensionales y este mismo sentido se pronuncia la Corte Constitucional en sentencia T 489 del 2010 al expresar que “la Sala se permite destacar dos ideas relacionadas con la sostenibilidad económica del sistema pensional, la primera tiene que ver con la protección del capital pensional pues no se puede permitir la descapitalización del fondo, si personas que no contribuyeron a su formación vengan a último momento, cuando le faltan menos de 10 años para concretar su pensión de vejez a beneficiarse de un ahorro comunitario, accediendo a una pensión cuyo pago desfinancia al sistema, y en segundo terminó desde una perspectiva social, va en contra de la equidad y se abandona el valor de la justicia material al permitirle a personas que no han contribuido a los rendimientos de los fondos pensionales entren a beneficiarse y a subsidiarse a costa de las cotizaciones y los riesgos asumidos por otras y no por ellas mismas”

Por lo anteriormente expuesto le solicita al Tribunal revocar la decisión de instancia y no conceder la ineficacia de traslado al demandante y de igual forma absolver a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas por el actor.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados judiciales del Demandante y de Colpensiones allegaron escritos de alegatos de conclusión, en los cuales señalaron resumidamente lo siguiente:

ALEGATOS DE LA PARTE DEMANDANTE.

Señor Magistrado CONFIRME el fallo proferido en primera instancia, ordenando el regreso de mi mandante al RPM, respetuosamente solicito se ratifique en la línea trazada por esta sala en sentencias anteriores sobre la materia.

La AFP PORVENIR afirma que al demandante se le brindo la asesoría exigida por la Jurisprudencia para hacer eficaz su afiliación al RAIS, por lo tanto tenía la carga de acreditar que así lo hizo, pero por ningún medio de convicción lo demostró, tan solo aportó el formulario de afiliación, y manifiesta erróneamente que con ello demuestra que la afiliación fue libre y voluntaria, lo que se contradice con la posición actual de la sala laboral de la CSJ y del TSM,

En este sentido solicitó honorable magistrado, confirme la sentencia de instancia, y decrete la ineficacia de la afiliación de mi mandante al régimen de ahorro individual con solidaridad que administra la AFP PORVENIR, con el consecuencial traslado de todos sus aportes, con los respectivos rendimientos indexados, al régimen de prima media con prestación definida RPM, administrado el día de hoy por COLPENSIONES, entidad que deberá recibir los aportes y reactivar su afiliación.

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

En la relación que surgió entre la AFP PORVENIR S.A y el Señor GABRIEL DOMINGUEZ ESCOBAR, COLPENSIONES es un tercero de buena fe, por lo que la declaratoria de ineficacia del traslado le resulta inoponible a mi representada; a la par que la figura de la inoponibilidad constituye un mecanismo protector del derecho a la seguridad jurídica, y los intereses patrimoniales de terceros, que en este caso, tienen alcance frente al principio de sostenibilidad financiera del sistema y planeación de la reserva pensional.

El retorno en cualquier tiempo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, faltando menos de 10 años para la edad de pensión debe realizarse atendiendo: (i) las expectativas pensionales del afiliado y (ii) la sostenibilidad financiera.

Solicito respetuosamente al Honorable Tribunal, confirmar el fallo de primera instancia en lo que tiene que ver con la absolución de COLPENSIONES; y que a su vez no se declare la ineficacia de traslado del demandante y continúe inmerso en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Ahora, en el hipotético caso que se decrete la ineficacia en el traslado de régimen, se solicita la devolución de todos los aportes efectuados por el demandante al RAIS debidamente indexados, conforme a la sentencia de la CSJ 31989 del 9 de septiembre de 2008

Además de lo anterior, también se solicita la devolución de cuotas de administración debidamente indexadas por parte de la AFP PORVENIR S.A.

5. PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER:

El problema jurídico para resolver se circunscribe a establecer si la afiliación del 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 el demandante.

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

6. CONSIDERACIONES:

De conformidad con lo dispuesto el art. 14 de la Ley 1149 de 2007 además de resolverse la apelación de las partes, 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 del demandante, que el traslado de régimen pensional debe partir de la cabal y completa asesoría que lleve a un asegurado a tomar una decisión responsable e informada, asesoría que ha de entenderse pedagógica, es decir, realmente entendible para cada persona conforme a

su grado de cultura y su situación particular, pues los casos no presentan las mismas características o condiciones.

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

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

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

En el presente asunto, está probado, que el accionante, estando afiliado al RPM administrado por el extinto ISS hoy COLPENSIONES, según se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones obrante de los folios 28 a 29 del documento 02 del expediente digital, se afilió a la administradora del RAIS PORVENIR S.A. el 26 de marzo de 2002, como se acredita con la solicitud de afiliación ante dicho fondo que milita a folio 30 del expediente digitalizado.

De otra parte, si bien el demandante no es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues no contaba para el 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993 con 40 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la AFP PORVENIR S.A. en el año 2002 estuviera en la obligación de suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; sobre todo **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué dependería su monto en el RAIS.**

Sobre el deber de información antes citado, escuchado el interrogatorio de parte que fue absuelto por el demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:08:00 del video de la audiencia de conciliación (documento 10 del expediente digital), manifiesta que los asesores de PORVENIR S.A. le indicaron que el ISS estaba en una situación económica muy mala, que el ISS se iba a acabar, que era mucho más conveniente el fondo privado y que se podía pensionar con mejores prerrogativas y con más dinero, lo que no constituye confesión que PORVENIR S.A. le hubiere brindado toda la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su afiliación al RAIS, pues no se prueba que 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.

Conforme lo expuesto en precedencia, si bien no le asiste razón a los apelantes, que alegan la improcedencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional del actor, sí les acompaña la razón en lo concerniente que los efectos jurídicos de la declaratoria de ineficacia, no podría ser los establecidos por el *a quo*, encontrándose que, en la sentencia de primera instancia se ordenó pagar en el RAIS una pensión bajo las reglas del RPM lo que no había sido petitionado en la demanda, pues la consecuencia de la ineficacia del traslado del actor al RAIS, debe ser que

regresa al RPM administrado por COLPENSIONES al que se encontraba afiliado antes de su traslado al RAIS.

Conforme lo expuesto en precedencia, le asiste razón a PORVENIR S.A. en cuanto argumenta en su apelación que los dos regímenes son excluyentes, toda vez que la sentencia de primera instancia lo que efectuó fue una mezcla de los mismos ordenando pagar en el RAIS una pensión bajo las reglas del RPM lo que no había sido petitionado en la demanda. Igualmente le asiste razón a la parte demandante en cuanto a que la consecuencia de la ineficacia es que las cosas vuelvan al estado en el que se encontraban antes del traslado, es decir que el demandante debe conservar válida su afiliación al RPM, situación que no declaró el juez, por lo que la sentencia debe ser modificada en estos aspectos.

En el mismo sentido le asiste razón al demandante en su apelación, en cuanto a que el juez no podía emitir en fallo en la forma que lo profirió, sino declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, y que, en consecuencia, el actor regresaba al RPM al que se encontraba afiliado antes del traslado, con la consecuente devolución a COLPENSIONES de las cotizaciones en la forma ya indicada.

De otra parte, como consecuencia del regreso del actor al RPM de COLPENSIONES, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES, PORVENIR S.A. debe reintegrar a COLPENSIONES, el valor de las cotizaciones obligatorias con sus rendimientos o intereses; así como los gastos o comisiones de administración, incluyendo los porcentajes que fueron destinados a pago de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, de reaseguro de Fogafín y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir el 100% de las cotizaciones del demandante.

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

En este orden de ideas, como lo dispone el art. 1746 del C.C., norma que regula las restituciones mutuas en el régimen de nulidades: *“La nulidad pronunciada en sentencia*

que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”.

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

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

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

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

Al tratarse de la declaratoria de un acto ineficaz que acarrea los mismos efectos de uno nulo, no es dable concebir, so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración del bien, que dichas sumas queden por fuera de las restituciones, de un lado, porque se trata de rubros que pertenecen al régimen de prima media con prestación definida, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otro, porque es la indebida actuación por parte de la AFP demandada, al no proveer la información clara, completa y comprensible a través de sus asesores, que tiene como consecuencia, que 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.

Ahora, respecto de los bonos pensionales que se hayan pagado a favor del demandante, al menos en lo atinente al bono tipo A, no se origina el derecho a este tipo de bono, al ser ineficaz la afiliación del demandante al RAIS, y por tal razón, en el hipotético caso que el referido bono hubiese sido pagado a favor del demandante, se debe efectuar la devolución al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

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.

Ahora, respecto de la afirmación en los alegatos y en apelación de COLPENSIONES, sobre la imposibilidad de traslado de régimen impuesta por el legislador en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modifico el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, cuando le falten al afiliado menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, es palmario que tal prohibición, se aplica en los casos de traslado voluntario, que no es lo que pretende el actor, sino la ineficacia de su afiliación inicial al RAIS.

Frente a la solicitud de la apoderada de COLPENSIONES en los alegatos de esta instancia, en el sentido que se ordena la indexación de las anteriores sumas se trata de una cuestión que debió plantearse en la contestación de la demanda o cuando menos, en el recurso de apelación, de manera que una decisión en tal sentido implicaría decidir más allá de lo pedido, lo que no resulta improcedente en la sentencias de segunda instancia, pues fue un asunto que las partes no tuvieron la oportunidad de debatir en el proceso, lo que violentaría los derechos de contradicción y defensa de las partes, por lo que no se resolverá sobre esta solicitud.

Respecto del argumento de la apelación y de los alegatos de COLPENSIONES referente a la sostenibilidad financiera del sistema pensional, 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 el actor 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 norma legales vigentes, so pretexto de someterse al principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano, pues a este principio el que se tiene que someter es el legislador al realizar las reformas pensionales, no que el juez para desconocer derechos ya legislados.

De otra parte, el hecho que el actor regrese al RPM de COLPENSIONES, no necesariamente le va a causar una carga financiera a esta entidad o mejor a los recursos del fondo común de los afiliados, el monto de la pensión de vejez, tanto en el RAIS como en el RPM depende de muchas situaciones de hecho ciertas y de

voluntad del afiliado, que no están plenamente probadas en ese proceso, y otras que incluso pertenecen al mundo del azar, pues si un afiliado al RAIS decide hacer vida marital o casarse con una persona muy joven o tener hijos a avanzada edad cuando está a punto de obtener la pensión de vejez, ello necesariamente influirá en que el monto de la pensión en el RAIS sea reducido, o si por ejemplo en el RPM por azar el afiliado pierde el empleo que le irrogaba un buen salario y no puede seguir cotizando como independiente con el IBC en los últimos 10 años, el valor de su pensión se va a ver menguado.

Pero es más, eventualmente pudiera suceder que un afiliado al RPM, fallezca sin que tengan beneficiarios que legalmente puedan acceder a las prestaciones de sobrevivientes y en tal caso, los dineros de sus cotizaciones, queden en el fondo común de COLPENSIONES. También puede 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 que los dineros con los que contribuyó al fondo común no se hayan agotado, caso en el cual el saldo no utilizado queda perteneciendo al fondo común, lo que no pasa en el RAIS, pues los dineros deben ser entregados a los herederos.

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

SIN COSTAS en esta instancia por haber prosperado parcialmente la apelación de PORVENIR 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 09 de septiembre de 2021 proferida por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **GABRIEL DOMÍNGUEZ ESCOBAR**, contra

COLPENSIONES, y PORVENIR S.A., en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional del actor, pero por las razones expuestas en esta instancia, y se REVOCA en todo lo demás salvo en la condena en costas, para en su lugar:

DECLARAR, que por efecto de la ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante al RAIS, su afiliación válida es la del régimen de prima media en COLPENSIONES, entidad está a la que se le ORDENA reactivar sin solución de continuidad la afiliación, e incluir en la historia laboral del actor las semanas cotizadas en el RAIS.

ORDENAR a PORVENIR S.A. efectuar la devolución a COLPENSIONES, del valor de las cotizaciones obligatorias con sus rendimientos o intereses existentes en la cuenta de ahorro pensional del demandante, así como los gastos o comisiones de administración, incluidos los porcentajes que fueron destinados a pago de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, al pago de prima de reaseguro de Fogafín y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir el 100% de las cotizaciones del demandante sin descuento de ninguna índole.

SEGUNDO: DECLARAR que en el evento que se hubiese pagado bono pensional tipo A, a favor del demandante, la devolución del importe del mismo, debe efectuarse al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

TERCERO: 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: **41387d1f9ccd37c6dcd788cfbf4a0b393a659375d49a17bb3d59ea3957cb90ab**

Documento generado en 01/12/2022 02:32:42 PM

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