

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El veintisiete (27) de enero de dos mil veintitrés (2023), 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 **FADEL DE JESÚS OLIVO ASSAD** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.), tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-016-2019-00231-01.

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 GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S. quien representa judicialmente los intereses de PORVENIR S.A. en este proceso, se procede a reconocer personería a la abogada JULIANA ARAQUE QUIROZ portadora de la T.P. 293.693 del C. S. de la Judicatura, para que represente a PORVENIR S.A. 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:

El demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare la nulidad 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 inició sus cotizaciones en el sistema general de pensiones en el RPM, y posteriormente se trasladó al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A. el 1º de septiembre del 2000.

Expone que al momento de su traslado al RAIS, le brindaron una asesoría deficitaria en la que le indicaron, que con el traslado de régimen no perdería ninguno de los derechos adquiridos hasta ese momento en el RPM, que obtendría unos mayores y mejores beneficios de los que venía recibiendo, que el ISS iba a ser liquidado, por lo cual le presentaron un escenario de incertidumbre frente al futuro de sus recursos pensionales, que el monto de la pensión sería mayor al recibido en el RPM, pero nunca le indicaron que para pensionarse anticipadamente le aplicarían un porcentaje de descuento a la fecha de su solicitud, ya que su bono pensional solo se redimiría a la edad de 62 años, no le explicaron en qué consistía cada régimen, ni le expusieron las ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS en su situación particular y de manera específica, ni que en caso de permanecer en el RPM al momento de liquidar un eventual beneficio pensional, tenía derecho a que le promediaran sus ingresos de los últimos 10 años, no le realizaron calculo actuarial o su equivalente en el cual le pudieran indicar porque le favorecía más permanecer al RAIS y no continuar en el RPM.

Manifiesta que el 9 de enero de 2019, radica ante PORVENIR S.A. un derecho de petición solicitando documentos y certificados del expediente pensional y la declaratoria de ineficacia y/o nulidad de dicho traslado.

Finalmente solicitó a COLPENSIONES mediante reclamación administrativa del 18 de enero de 2019, la declaración de ineficacia y/o nulidad del traslado realizado del RPM al RAIS, a lo que dicha entidad responde negando la solicitud.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La oficina judicial de primera instancia, despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado del demandante al RAIS y su reactivación de la afiliación al RPM sin solución de continuidad, y ordenó a PORVENIR S.A. a trasladar al señor FADEL DE JESÚS OLIVO ASSAD, al RPM en consecuencia ordenó a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, incluyendo todo el dinero recibido por la afiliación, las cotizaciones de forma completa, los bonos pensionales, cualquier suma adicional, frutos e intereses, sin que pueda retener los gastos

administrativos, ni los aportes de solidaridad ni ningún concepto, en el término de 30 días siguiente a la ejecutoria de la providencia.

Así mismo ordenó a COLPENSIONES a recibir todos los dineros que sean trasladados de PORVENIR S.A., y autoriza a COLPENSIONES a realizar un cálculo de equivalencia de los dineros recibidos desde el RAIS, de forma tal que no le genere perjuicio alguno recibir al demandante.

Para fulminar condena, el *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, determinando e informando la conveniencia e inconvenientes de uno y otro régimen, y la inversión de la carga de la prueba de la información brindada en cabeza de la AFP.

Luego, señaló que en el proceso no se probó por parte de PORVENIR S.A. que, al momento de la afiliación del demandante, haya cumplido con el deber legal de otorgar explicación integral sobre la regulación de los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado.

Indicó con relación a la devolución de las cuotas de administración, seguros previsionales y fondo de garantía de pensión mínima que, conforme a la jurisprudencia pacífica de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, dichas sumas deben ser devueltas a Colpensiones por parte de la AFP demandada, quienes deben asumir con cargo a sus propios recursos dicha devolución, a título de deterioro del bien administrado.

Se abstuvo de resolver las excepciones propuestas por COLPENSIONES, toda vez que no participó en el acto jurídico que se declara ineficaz, respecto de las excepciones propuestas por PORVENIR S.A. se declaran no probadas.

Finalmente condenó en costas a PORVENIR S.A., absolviendo a COLPENSIONES de dicha condena.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:

La sentencia fue apelada por la apoderada judicial de PORVENIR S.A., apela la sentencia proferida en primera instancia solicitando sea revocada argumentando que

en la fecha de vinculación del actor en el año 2000 se encontraba el primer estadio del deber de la información y conforme a ello el único soporte documental que se requería para dicho momento era el formulario de afiliación, el cual fue aprobado por la Superintendencia Bancaria, por lo que existía una confianza legítima por parte de PORVENIR S.A. frente a la forma como se estaban realizando las vinculaciones y afiliaciones, desde los afiliados pues la Superintendencia Bancaria era la encargada de la vigilancia y control de PORVENIR S.A. y conforme a ello es claro que se estaba cumpliendo con los requisitos legales vigentes.

Manifiesta que para la fecha del traslado el señor FADEL contaba con una formación académica que le permitía entender la información que se le estaba brindado, conforme a ello cuando PORVENIR S.A. le brindó la asesoría de manera grupal por un espacio de 25 minutos donde se le indicó la posibilidad de tener una pensión anticipada y un monto de mesada pensional mejor respecto del ISS, así mismo la heredabilidad de los aportes, por lo que es claro que se le brindó una información pertinente, veraz y suficiente.

Expone que dentro del interrogatorio de parte el demandante manifestó que durante la asesoría le hablaron sobre las condiciones que tendría en el régimen de ahorro individual para poderse con ellos vincularse a PORVENIR S.A., pues conforme a sus juicios objetivos de valor consideró que el RAIS era su mejor opción, pues no se puede hablar que un régimen es mejor que otro, sino que cada uno se ajusta a las expectativas pensionales de cada afiliado, y adicionalmente el señor FADEL manifestó que otro de los motivos para trasladarse era la situación del ISS, sin embargo se debe destacar que la información era de un hecho notorio para la fecha de suscripción del formulario de afiliación.

Aduce que el demandante suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, además que solamente hasta la circular 016 de 2016 la Súper Financiera exige mayores soportes documentales frente al momento de la vinculación de la afiliación y allí que para el año 2000 el soporte del formulario de afiliación era el único necesario.

Indica que dentro del proceso es claro que el único motivo por el cual el señor FADEL desea retornar al RPM es una diferencia en la mesada pensional que no es óbice para entender una falta de información por parte de PORVENIR S.A., circunstancia que esta evidencia no solo en el interrogatorio de parte si no en el hecho 6 y 7 de la demanda

donde claramente se establece que es su principal desconformidad con el RAIS, adicionalmente que la Sentencia 31981 de 2008 de la CSJ ha manifestado que esto no es una circunstancia por la cual se deba entender una falta de información por parte de PORVENIR S.A.

Manifiesta que en igual sentido el señor FADEL se ha trasladado en varias ocasiones dentro del RAIS, y que si bien PORVENIR S.A. y HORIZONTE hoy hacen parte de un mismo fondo de pensiones en su momento eran diferentes, por lo que señor FADEL al realizar dichos traslados tiene unos actos claros de relacionamiento frente a su deseo de pertenecer al RAIS y conocimiento de sus características, riesgos y beneficios.

Expone que para la fecha de la vinculación se encontraban en el primer estadio del deber de la información, por lo que no se puede hablar del deber de un buen consejo, por lo que frente a ello no se puede hablar de una asesoría en la cual se le brinden características o se les motive a la afiliación del RAIS, pues esto hace principalmente del derecho al buen consejo.

Aduce que al señor FADEL nunca le interesó su situación pensional y tuvo una total negligencia en su situación pensional, pues solamente hasta el 2017 cuando un compañero le informó sobre su situación pensional, presentó un inusitado interés frente a esto y ha permanecido por 20 años en el mismo sin haber acudido a los canales de comunicación en contravía del Decreto 2241 del 2010 donde se le impone también a los afiliados a obtener y aprovecha los espacios de comunicación de las administradoras de fondos de pensiones.

Finalmente solicita al Tribunal revocar la sentencia y en consecuencia se absuelva a PORVENIR S.A., pero si en gracia en discusión se considera que debe dejar en firme dicha ineficacia, lo atinente a los descuentos así como el estudio a la equivalencia frente a los valores sea revocado por cuanto los descuentos se han realizado bajo el imperio de la normatividad conforme a la Ley 100 de 1993 en su artículo 20, y frente a la equivalencia se debe tener en cuenta que los rendimientos generados por PORVENIR S.A. son superiores a los generados por el RPM, por lo que dichos rendimientos han generado un mayor beneficio y no un detrimento al bien administrado, adicionalmente si se habla de una ineficacia del traslado como si nunca hubiera existido el acto jurídico los rendimientos generados por PORVENIR S.A. ni

siquiera debieran de ser trasladados a COLPENSIONES por cuanto no fueron generados por este.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados de PORVENIR S.A. y de COLPENSIONES allegaron escrito de alegaciones, en los que señalaron resumidamente lo siguiente:

ALEGATOS DE PORVENIR S.A.

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

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

- 1.1. Mi representada, al momento de realizar el traslado de la parte accionante al Régimen de Ahorro Individual, cumplió con su deber de información establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues, se le entregó a la parte demandante la información necesaria y obligatoria para entonces dentro del mismo Formulario, el cual se recuerda es revisado y aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, y sus requisitos se regulan en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Sumado a esto, previa suscripción del formulario por la parte actora con mi representada, un asesor comercial de Porvenir S.A. le informo al demandante sobre las características propias del R.A.I.S., tal y como lo manifestó en el interrogatorio de practicado en la audiencia de primera instancia.

- 1.2. Adicionalmente la parte demandante contó con varias oportunidades para trasladarse nuevamente de régimen y no lo hizo, por el contrario, permaneció en el mismo régimen pensional privado, de lo cual

solamente es posible concluir que siempre mantuvo un interés en mantenerse vinculado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

- 1.3. Por otro lado, a razón de los hechos narrados en la demanda, y de lo sucedido en la audiencia de primera instancia, se logra inferir que la motivación de la parte actora para iniciar este proceso es el carácter económico de la mesada pensional. Por lo tanto, es palmario que lo que motiva a la parte demandante a solicitar la nulidad o ineficacia de su traslado de régimen de pensiones no reposa en la forma en cómo este se produjo, sino en el supuesto hecho de no cumplirse sus expectativas sobre el eventual monto de la pensión que recibiría en este; monto que, como es obvio suponer, no podía ser determinado en el momento en el que se presentó su vinculación, al depender de muchas variables que no eran conocidas en su momento. Esa es la razón por la cual la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que de la sola circunstancia de no cumplirse las expectativas pensionales no puede predicarse un engaño.

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

- 1.4. Aunado a lo anterior, Se recuerda que la prueba documental que extraña el juez de primera instancia en su fallo, frente a aquellos documentos que acrediten la entrega de información, no era una obligación vigente para el momento del traslado de la parte actora, pues esta obligación surgió con la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia financiera de Colombia, teniendo en cuenta lo anterior, no es cierto que mi representada se encuentra en una mejor posición probatoria que acredite lo solicitado.
- 1.5. Así mismo, se resalta que la obligación del buen consejo, la doble asesoría, e incluso la de desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores, surgidas a partir del año 2010 y 2014, lo anterior fue recapitulado y objeto de pronunciamiento en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL SL1688- 2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464- 2019, en consecuencia, tales obligaciones no existían para la

época de la afiliación y mucho menos las mismas se pueden aplicar de manera retroactiva.

- 1.6. En el presente proceso también se avizora un incumplimiento de la parte accionante del deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios, lo cual conlleva a que la misma no pueda ser beneficiaria de su propia culpa o negligencia en su actuar.
- 1.7. Por último, se resalta que la totalidad de condiciones del Régimen de Ahorro Individual no son impuestas por las Administradoras de Fondos Pensionales, por el contrario, dichas condiciones para adquirir diferentes prestaciones dentro del régimen se encuentran en la Ley 100 de 1993, en consecuencia, **la ignorancia o desconocimiento de esta no sirven de excusa**, tal y como lo establece el artículo 9 del código Civil Colombiano.

2. Los valores recibidos con motivo de la afiliación, especialmente los los gastos administración, aportes de solidaridad con cargo a sus propios recursos.

Teniendo en cuenta lo argumentado en el aparte anterior y a la validez de la afiliación, consideramos que, la presente condena de traslado a Colpensiones de los valores recibidos con ocasión a la afiliación de la parte demandante consecuencialmente debe ser revocada.

Ahora bien, si se decidiera por parte del Honorable Tribunal dejar en firme la ineficacia de la afiliación, se solicita que no se condene al traslado de los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, y que se mantenga en firme la decisión de no incluir las cuotas de administración, y seguros previsionales, pues:

- 2.1. Las sumas correspondientes a los gastos de administración tienen por mandato legal una destinación específica que, se encuentra en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, destinando así el 10% del IBC a las cuentas de ahorro individual, el 0,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, y el 3% restante a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

En el presente caso, es claro que dichos descuentos, han cumplido plenamente con su cometido y no se encuentran en el patrimonio de la AFP, pues se han destinado a cubrir los gastos en que se incurrió, para la generación de frutos o rendimientos que hoy se ven de manera positiva en la cuenta del afiliado y el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte que se han venido disfrutando hasta la actualidad, y que no pueden retrotraerse pues la cobertura y el servicio ya se ha prestado, y este último no es posible devolverlo o retrotraerlo al afiliado.

- 2.2. Atenta contra toda lógica jurídica la declaratoria de un enriquecimiento sin justa causa debido a la inaplicación de las normas legales que regulan las restituciones mutuas derivadas de una nulidad o ineficacia de un acto jurídico ordenando devolver o restituir un bien, en este caso una suma de dinero depositada, sumas que invirtió para el mantenimiento de dicho bien e incrementarlo.

Por si lo anterior no fuera poco, se recuerda que la inversión de dichos gastos de administración en seguros previsionales y en la generación de rendimientos, no se dio de manera antojadiza, sino por el contrario se dio de acuerdo con el mandato legal establecido en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 y a la obligatoriedad de la garantía de rentabilidad mínima establecida en el literal e) del artículo 60 de la ley 100 de 1993.

- 2.3. Toda decisión judicial de traslado de régimen pensional, debe tener como objetivo constitucional, la estabilidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por lo que es imperioso en la actualidad, y de acuerdo a la coyuntura económica, hacer un análisis macro de las consecuencias que se derivan de autorizar solicitudes de traslados que no cuentan con los requisitos para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, tal y como se estudió por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en sala extraordinaria del 14 de agosto de 2019 a las 2 PM en virtud de lo establecido en el artículo 35 del CGP donde decidió unificar su jurisprudencia, en sentencia dentro del proceso del proceso 05001310500720150129501 negando las ineficacias de traslado en la afiliación, con base en la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

- 2.4. Las anteriores conclusiones frente a la ineficacia en la afiliación y en la manera en cómo deben operar las restituciones mutuas para hacer compatible el régimen y la sostenibilidad del sistema se han recogido y enriquecen con el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia del 17 de enero de 2020 Radicación 2019152169-003-000 el cual fue solicitado por ASOFONDOS.

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

El señor Fadel de Jesús Olivo Assad, en la actualidad cuenta con 61 años de edad, y si traemos a colación lo estipulado en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, “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.

Ahora bien, solicito respetuosamente al honorable tribunal, tener presente al momento de proferir la sentencia, lo establecido en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en donde se estableció el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano, con el cual se establecen dos dimensiones de la seguridad social; por un lado, la concibió como un derecho constitucional fundamental y por el otro, como un servicio público de carácter obligatorio; el cual se debe prestar bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en aras a la materialización de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, entre otros.

En consecuencia y en aplicación al artículo antes mencionado, la declaración injustificada de la ineficacia del traslado de un afiliado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y la reactivación de su afiliación, afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

Así las cosas, el principio de sostenibilidad financiera representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de los colombianos de manera sostenida e indefinida, sostenibilidad que se encuentra afectada dada la inexistencia de equivalencia entre los valores recibidos y los valores requeridos para el posterior reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la demandante.

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

Finalmente, solicito condenar a la AFP PORVENIR S.A, a entregar a Colpensiones el total de los valores cotizados y/o depositados en la cuenta del ahorro individual del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos, intereses, seguros previsionales y cualquier otro concepto a consideración del despacho.

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

Primeramente, es necesario manifestar que el traslado o afiliación a los distintos regímenes pensionales la establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, disponiéndose además en los Arts. 60 y 114 de esta ley, como en los arts. 10, 12 y 15 del Decreto 720 de 1994 vigente para la época del traslado 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 régimen pensional de prima media administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, según historia laboral que reposa a folios 17 a 20 del expediente (Documento 01 del expediente digital), se afilió a la administradora del RAIS PORVENIR S.A. el 1º de septiembre de 2000, como se advierte del formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 37 del expediente (documento 01 del expediente digital), con efectividad a partir del 1 de noviembre de 2000, conforme se extrae del certificado SIAFP que milita a folio 3 (Documento 105 del expediente digital).

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 1º de abril de 1994 con 40 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la AFP PORVENIR S.A. en el año 2000 estuviera en la obligación de suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; sobre todo **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué dependería su monto en el RAIS.**

Sobre el deber de información antes citado, en el interrogatorio de parte que fue absuelto por el demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:09:30 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento, no confiesa que la AFP PORVENIR S.A. le hubiere brindado toda la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su afiliación al RAIS, pues manifiesta que se le haya ilustrado 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.

Ahora, 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, lo cual no probó la AFP PORVENIR S.A., siendo su carga, como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada, por lo que habrá de confirmarse en esta instancia la decisión de la *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por el demandante en el año 2000 cuando se trasladó del RPM administrado por el extinto ISS a la AFP

PORVENIR S.A., así como los posteriores traslados realizados entre administradoras del mismo régimen.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES, encuentra la Sala que, la orden impartida por la *a quo*, se encuentra acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia, y por tal razón debe ser CONFIRMADA y en consecuencia deben devolverse a Colpensiones el 100% del valor de las cotizaciones, con sus rendimientos financieros sin descuento de ninguna índole, pues contrario a lo manifestado por la apoderada de PORVENIR S.A. en su recurso de alzada al declararse la ineficacia del acto de traslado, **ningún efecto jurídico puede derivarse de este** y por tanto, deben reintegrarse a COLPENSIONES, la totalidad de las sumas que hubiese recibido la AFP demandada como cotización de la demandante, como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

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

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

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

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

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

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

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

Respecto de la afirmación que realiza el apoderado de COLPENSIONES en sus alegatos sobre la imposibilidad legal de traslado de régimen, derivada de la restricción temporal impuesta por el legislador en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, cuando le falten al afiliado menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, es palmario que tal prohibición, se aplica en los casos de traslado voluntario, que no es lo que pretende la demandante, sino la ineficacia de su afiliación inicial al RAIS.

Ahora sobre la teoría de los actos de relacionamiento, alegados por PORVENIR S.A. en su recurso de apelación referentes al traslado de la actora entre distintas AFP del RAIS, recibir y revisar extractos pensionales, realizar cotizaciones constantes, realizar actualización de información en las bases de datos de las AFP demandadas, lo que denotarían su voluntad de pertenecer al RAIS, la Sala de Casación Laboral de la Corte,

habiéndose pronunciado ya esta Corte, en su Sala permanente se pronunció en el sentido que tales actos de relacionamiento, no pueden ser fundamento para negar la ineficacia del traslado de régimen pensional, pues la falta al deber de asesoría se debe estudiar al momento de traslado y no en relación con actos posteriores a este.

Al respecto esto, precisó la SCL de la CSJ en la Sentencia SL 5686-2021:

“Ahora, en este punto la Corte no pasa inadvertido que el Tribunal concluyó que el traslado fue voluntario pues la actora se afilió a otras administradoras del mismo régimen pensional, lo cual respalda Colpensiones bajo la teoría de los actos de relacionamiento que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer al RAIS y, a su vez, la recurrente critica al indicar que el estudio de la acción de ineficacia debe centrarse simplemente en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial, sin que la afiliación misma suponga que ello se acató.

Pues bien, la postura del Tribunal es contraria a la que ha adocinado la Corte en su jurisprudencia, que sobre este punto tiene un carácter consolidado y reiterado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL 2877-2020, CSJ SL 1942-2021 y CSJ SL 1949-2021). En estas providencias se ha señalado claramente que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras privadas de este esquema.”

En lo que tiene que ver con la orden del *a quo*, de reintegrar a COLPENSIONES el bono pensional que se pudiera haberse pagado a favor del actor, tal decisión resulta desacertada, toda vez que al ser ineficaz la afiliación del demandante al RAIS, no se origina el derecho a bono pensional, al menos el tipo A, y por tal razón, si el referido bono fue pagado se debe efectuar la devolución al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y no a COLPENSIONES, por lo que tal orden será precisada.

De otra parte, se afirma en los alegatos de COLPENSIONES, que la declaración de ineficacia del traslado del demandante al RAIS y la reactivación la afiliación al RPM, atenta contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano establecida en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, por la inexistencia de equivalencia entre los valores recibidos y los valores requeridos para el posterior reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la demandante.

Respecto del anterior argumento, se ha de manifestar, que para efecto de declarar la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, no es jurídicamente viable tener en cuenta el principio antes citado, pues, desde que 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.

Finalmente, respecto de la decisión del *a quo* de autoriza a COLPENSIONES a realizar un cálculo de equivalencia de los dineros recibidos desde el RAIS, de forma tal que no le genere perjuicio alguno recibir al demandante, aspecto que fue apelado por PORVENIR S.A., considera la Sala que le asiste razón a esta AFP en el recurso al oponerse a tal orden, pues la misma es imprecisa y se gobernaría por el subjetivismo de COLPENSIONES, lo que vulnera el principio de proferir sentencias en concreto y de otra parte, la jurisprudencia de la CSJ, lo que tiene establecido es que lo que deben devolver los fondos privados de pensiones ante la declaratoria de ineficacia, es todos los dineros recibidos como cotización por cuenta de la afición al RAIS, por lo que la referida decisión del *a quo* será revocada.

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.

Conforme a las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia apelada y consultada será CONFIRMADA, REVOCADA y MODIFICADA 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 1 de octubre de 2021 proferida por el JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **FADEL DE JESÚS OLIVO ASSAD** contra **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, salvo en lo referente a la autorización a COLPENSIONES a realizar un cálculo de equivalencia de los dineros recibidos desde el RAIS, de forma tal que no le genere perjuicio alguno recibir al demandante, aspecto que se REVOCA.

SEGUNDO: MODIFICAR la sentencia de primera instancia, en el sentido que en el evento que se hubiese pagado bono pensional tipo A, a favor de la demandante, la devolución del importe del mismo, debe efectuarse al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y no a COLPENSIONES.

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: **3108269cc9908d84c7da24a572e6eabb718a2f1d9253d94aeb9bd014eb184dc2**

Documento generado en 27/01/2023 01:46:39 PM

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