

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El dos (02) de febrero 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 **HUGO YESID SUAREZ AGUDELO**, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y las sociedades **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.), tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-007-2019-00606-01.

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 o en subsidio 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 se afilió al RPM administrado por el ISS el 17 de febrero de 1977, y posteriormente tras la expedición de la Ley 100 de 1993 se trasladó al RAIS a través de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 07 de febrero del año 2000.

Aduce que desde el 17 de febrero de 1977 al 01 de abril de 1994 contaba con 771 semanas cotizadas o con 15,34 años cotizados a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Expone que al momento de su traslado a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. no se le brindó la información adecuada y completa acerca del RAIS, únicamente se le informó de las ventajas del RAIS, pero no se le indicó cuales eran las desventajas del mismo, ni le manifestaron cuales eran las características y las diferencias existentes entre ambos regímenes pensionales.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La *a quo* despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado del demandante al RAIS y ordenando en consecuencia a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante y los aportes al FGPM con sus respectivos rendimientos financieros, exceptuando de la devolución de las sumas que fueron descontadas para cuotas de administración y seguros previsionales, argumentando que PORVENIR S.A. acreditó unos rendimientos financieros importantes al igual que una gestión frente a la cuenta de ahorro individual del demandante, por lo que no está obligado a restituir a COLPENSIONES el valor de cuotas de administración, ni lo destinado para cubrir los seguros previsionales de las contingencias de invalidez y sobreviviente.

Seguidamente condenó a COLPENSIONES a validar la afiliación del demandante y a recibir la devolución de los dineros ordenados, además ordenó a tener en cuenta el tiempo cotizado por el demandante en el RAIS, como semanas cotizadas que deberán reflejarse en su historia laboral.

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.

Luego, señaló que en el proceso no se probó por parte de la AFP que, al momento de la afiliación del demandante, haya cumplido con el deber legal de otorgar una explicación integral sobre la regulación de los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, resultando insuficiente como prueba de la existencia de un consentimiento suficientemente informado, la suscripción del formulario de afiliación preimpreso, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado.

Finalmente, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, excepto las excepciones de buena fe e imposibilidad de la condena en costas propuesta por COLPENSIONES y declaró de oficio las excepciones de inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional e inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, condenó en costas a PORVENIR S.A. y absolvió de las mismas a Colpensiones.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:

La sentencia fue apelada por los apoderados de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES

APELACIÓN DE PORVENIR S.A.

El apoderado de PORVENIR S.A. apela la sentencia de primera instancia, indicando que no se comparte la decisión del despacho de declarar la ineficacia en sentido estricto, ni comparte la condena en costa interpuesta de manera unitaria a PORVENIR S.A. aclarando que no se está recurriendo al valor de las agencias en derecho.

Señala que frente a la ineficacia que se declara no se tuvo en cuenta las flagrantes contradicciones que tuvo el demandante en el interrogatorio de parte y en el escrito de la demanda, ya que en el escrito de demanda aduce haber suscrito formulario de afiliación con PORVENIR S.A. en el año 2007 cuando lo real es que dicho formulario fue suscrito en el año 2000 con HORIZONTE. Asimismo, relata no haber recibido ninguna asesoría por parte de HORIZONTE, pero cuando se le indaga más a fondo manifiesta haber tenido una asesoría con los promotores de dicho fondo donde se le proporciono la información requerida para ese momento.

Arguye que el demandante conocía las fechas, es decir, los tiempos para trasladarse de fondo y si su decir era que siempre le interesó permanecer en el ISS, conociendo las fechas límites de traslado no terminó trasladándose y se está premiando la actitud de decidía que tuvo el demandante frente a su futuro pensional, lo que le permite al actor lucrarse de su propia culpa al declararse la ineficacia en sentido estricto.

Aduce que aquí se cumplen las condiciones de la carga dinámica de la prueba del artículo 167, sin embargo, no obra en el expediente la declaración de la carga dinámica de la prueba y las negaciones indefinidas no son precisamente una carga dinámica de la prueba, sino que son presunciones de hechos que admiten prueba en contrario, y por tanto no se puede estar en el escenario de la carga dinámica de prueba, pues no

se hacen los análisis que la sentencia C-086 de 2016 establece para estos casos. En este sentido también se omite cumplir con el principio de la confianza legítima ya que están obligando a PORVENIR S.A. a traer pruebas que se configuran en algo imposible, como es la información que se le suministró al demandante para el año 2000 en el entendido que en el formulario de afiliación, en los términos del Decreto 692 de 1994 en su artículo 11 no se señala que los formularios de afiliación tenían que tener determinada información consignada, por lo tanto, el obligar a PORVENIR S.A. a traer unas pruebas sin tener en cuenta las contradicciones y las confesiones manifestadas en el interrogatorio configura una prueba diabólica.

Frente a la condena en costa resalta que se desconoce la figura de la condena en costa, pues no se condena en costa a COLPENSIONES en razón a que no participo en el acto, y este sentido se estaría asumiendo las costas como una indemnización de perjuicios o como una sanción, lo que va en contra de lo estipulado en el artículo 365 y de lo explicado por la Corte Constitucional en la sentencia C-157 de 2013, es por ello que señala que COLPENSIONES al ser condenada por situaciones en concreto debió compartir la condena de agencias en derecho.

Por lo anterior solicita al Tribunal Superior de Medellín revocar en su integridad la sentencia emitida por el despacho en primera instancia y en su lugar absuelva a PORVENIR S.A. de todas y cada una de las pretensiones.

APELACIÓN DE COLPENSIONES.

La apoderada judicial de COLPENSIONES apela la sentencia, indicando que de considerar que efectivamente es procedente la declaratoria de la ineficacia de traslado para el caso en concreto, solicita se modifique la sentencia de instancia en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES el 100% de las cotizaciones realizadas por el demandante sin descuento alguno, esto es que además de los aportes y rendimientos traslade el valor de todos los gastos de administración, cuotas de seguro previsional.

Expone que en sentencias hito, que sirven de base para la declaración de ineficacia como es la SL 89989 de 2008 en la que se ordenó a los fondos de pensiones privados incluso con cargo su propio patrimonio la devolución de la totalidad de las cotizaciones sin realizar descuento alguno. Así mismo arguye que todo el avance jurisprudencial de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia ha sido vehemente en ordenar a los fondos privados el traslado de la totalidad de los aportes y todo en razón

al artículo 48 constitucional precisamente porque las personas que se trasladen del RAIS al RPM administrado por COLPENSIONES están a portas de pensionarse y es entonces COLPENSIONES quien debe mantener el equilibrio y la sostenibilidad financiera, y solo financiará aquellas prestaciones económicas con base a las cotizaciones que efectivamente fueron realizadas.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, las apoderadas judiciales de la parte DEMANDANTE y de COLPENSIONES, allegaron escritos de alegaciones, en los cual señalaron resumidamente lo siguiente:

ALEGATOS DE LA PARTE DEMANDANTE.

Manifiesto que es procedente declarar la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, como quiera que en el proceso la entidad demandada no logró demostrar que se otorgó una información clara y completa, respecto de las desventajas y ventajas que el traslado le reportaría al demandante, pues como se evidencia el único documento que se aportó respecto a la información dada fue la copia del formulario de afiliación, quedando así, demostrado que la administradora de fondos de pensiones demandada faltó al deber legal impuesto en el literal d del artículo 60 de la Ley 100 de 1993 y en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, que hacen referencia a la obligación de los fondos de suministrar una información suficiente, amplia y oportuna respecto del traslado con el fin de generar decisiones informadas, que el artículo 12 de la ley anteriormente nombrada además preceptúa que la misma se debe brindar a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

Por otra parte, solicito a este Despacho que acoja la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que aborda el tema que aquí se debate, tales como **Rad. No.31314 del nueve (9) de septiembre de dos mil ocho (2008)**, en la sentencia SL12136-2014, Radicación no 46292 del 3 de septiembre de 2014, **Sentencia SL19447-2017 radicación No 47125 del 27 de septiembre de 2017 y en la sentencia laboral SL17595-2017 Radicación N° 46292 del dieciocho (18) de octubre de dos mil diecisiete (2017), SL4964-2018**

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

Tratándose de la afiliación al sistema pensional, lo primero que se advierte es que los afiliados cuentan con el derecho de elegir libremente a que régimen quieren pertenecer, tal y como lo indica el literal B) y E) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 que fuere modificado por la ley 797 de 2003; en esa libertad de escogencia es fundamental el consentimiento libre que debe asistir al usuario de la seguridad social, hecho que sin lugar a dudas quedo acreditado en el caso del demandante, ya que como el mismo demandante lo informo en su declaración, el fondo le suministro una información suficiente que le generaron un grado de confiabilidad que lo llevo a optar por pertenecer a dicho régimen, nótese señora juez que se le informaron las condiciones básicas del funcionamiento de este régimen, tales como que sería un fondo de capital que tendría una cuenta de ahorro individual, que se pensionaría anticipadamente, que sus aportes ganarían rendimientos, que los aportes realizados al ISS generarían un bono pensional en su favor.

Si bien existe una sólida línea jurisprudencial respecto a la procedencia de la declaratoria de ineficacia, lo cierto es que para el caso concreto no se encuentra probado dentro de los trámites surtidos que el traslado al Régimen de Ahorro Individual, realizado por el hoy demandante haya sido por falta de información o por una información insuficiente, pues como quedo acreditado del material probatorio, la asesora del fondo privado le suministro la información suficiente para generar un grado de confiabilidad que lo llevo a optar por la AFP PORVENIR conforme fue expresado por el demandante en la declaración.

Por otra parte y valga la reiteración, el demandante no puede ser trasladado nuevamente al Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, pues es claro que como lo manifiesta la norma, ya supero la edad permitida por la Ley para realizar el cambio de Régimen.

Aunado a lo anterior es de resaltar que la ineficacia o nulidad, resultaría inoponible frente a terceros de buena fe como en este caso lo es Colpensiones, a la par que la figura de la inoponibilidad constituye un mecanismo protector del derecho a la seguridad jurídica, que en el caso de Colpensiones se consolida por el tiempo en que aquellos afiliados permanecieron en el RAIS, a más que la seguridad jurídica que se deriva de la inoponibilidad pretende proteger intereses patrimoniales de terceros, que en este caso, tienen alcance frente al principio de sostenibilidad financiera del sistema y planeación de la reserva pensional en el RPMPD.

De la misma manera, la Sala de Casación Civil, ha definido la inoponibilidad como aquella que *“valora la confianza razonable de los terceros de buena fe en aquellos*

negocios que se presentan objetivamente como válidamente celebrados”, raciocinio, que a su vez se deriva del principio de relatividad de los negocios jurídicos, es decir, que solo se producen efectos respecto de quienes voluntariamente participan de aquél.

Precisamente, la jurisprudencia en la especialidad civil, indica que la inoponibilidad no requiere de la validez del negocio jurídico, muy por el contrario, algo que es ineficaz entre las partes, como en este caso la afiliación al RAIS, si se torna como eficaz frente al tercero de buena fe, como es el caso de Colpensiones. Así se ha dicho: *“cuyo caso no le interesa que no lo alcancen los efectos de un negocio válido e incontrovertible entre las partes, sino todo lo contrario, esto es que se tenga como válido frente a su calidad de tercero un negocio jurídico que carece de eficacia entre los celebrantes”.*

Es decir, que la inoponibilidad en este caso frente a un negocio jurídico ineficaz, permite que sus efectos se mantengan ante un tercero de buena fe, o en otras palabras para el caso concreto, que se mantengan los efectos de la afiliación al RAIS frente a Colpensiones, en razón al desmedro patrimonial que sufre la reserva pensional del RPM en caso de resultarle oponible la ineficacia de los traslados irregulares al RAIS, pues como se indicó por la Corte constitucional *no fueron tenidas 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.*

Así pues, en caso de no aceptarse la tesis de la inoponibilidad, se debe evaluar por los jueces y magistrados la proporcionalidad de la medida que se adopta con la ineficacia del traslado, y ponderar los bienes jurídicos en tensión, para adoptar otra medida, consistente en que sea la AFP quien asuma las cargas económicas, o que los dineros que se trasladen al RAIS, los devuelva conforme a un estudio actuarial que determine que con ellos se cubre en su integridad la prestación en los términos actuariales del RPMPD.

No obstante y de considerar la sala que es procedente la declaratoria de la ineficacia del traslado, y por tanto no revoque la decisión de la Juez de primera Instancia, Solicito a los honorables Magistrados de la sala de decisión laboral, se MODIFIQUE el numeral tercero de la sentencia en especial en lo concerniente a ordenar a la AFP PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES el valor del 100% del aporte realizado por el demandante, esto es, que a más de los aportes, rendimientos, el valor del descuento al fondo de pensión de garantía mínima, traslade todos los gastos de administración a que hubo lugar durante el tiempo en que el demandante ha estado afiliado a dicha administradora, traslade también así como los valores descontados por cuotas de seguros previsionales, sumas todas que deberán ser debidamente indexadas.

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. y COLPENSIONES se consultará la sentencia en favor de esta última entidad por haberle resultado adversa, por lo que, la legalidad del fallo será estudiada en su integridad.

Primeramente, es necesario manifestar que el traslado o afiliación a los distintos regímenes pensionales la establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, disponiéndose además en los Arts. 60 y 114 de esta ley, como en los arts. 10, 12 y 15 del Decreto 720 de 1994 vigente para la época del traslado 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, cómo se prueba con la historia laboral que milita a folios 300 al 314 del expediente digital, se trasladó al RAIS a través de la administradora del RAIS HORIZONTES el 07 de febrero del 2000, según formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 163 del expediente, con efectividad a partir del 1º de abril de 2000 según se desprende del certificado del SIAFP que milita a folio 162 del plenario.

De otra parte, se advierte que para el caso del demandante, para el momento del traslado de régimen pensional, este era beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues, conforme a la historia laboral que milita a folio 300 al 314 del plenario, para el 1º abril de 1994 contaba con 771 semanas cotizadas

o con 15,34 años cotizados, y pese a ello, no se encuentra que al demandante se le haya puesto de presente tal situación y se le hubiese explicado en el momento del cambio de régimen pensional, que con dicha decisión estaba abandonando dicho beneficio transicional.

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 00:24:14 del video de la audiencia de conciliación y trámite (documento 37 del medio magnético 003), no se advierte que, este 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.

Ahora, 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, lo cual no probó la AFP PORVENIR S.A., siendo su carga como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada, por lo que se confirmará 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 HORIZONTE.

De otra parte, el argumento en la apelación de PORVENIR S.A. que no se tuvo en cuenta las flagrantes contradicciones que tuvo el demandante en el interrogatorio de parte pues dijo no haber recibido ninguna asesoría por parte de HORIZONTE, pero cuando se le indaga más a fondo manifiesta haber tenido una asesoría con los promotores de dicho fondo donde se le proporcionó la información requerida para ese momento, escuchado el interrogatorio de parte, si bien es cierto que el demandante primeramente manifestó que al momento del traslado a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., ningún empleado de HORIZONTE le brindó asesoría, que fue el jefe de personal de su empleador que le dijo que en la zona donde iba a trabajar en Puerto Nare, no había oficinas del ISS y que ya tenían los formularios de HORIZONTE aprobados y que por eso aceptó, después afirmó que hubo una charla grupal de unos señores de

HORIZONTE que les dijeron que había unos nuevos fondos de pensiones en los que se podían pensionar en los que tenían una rentabilidad, con un capital disponible que podían retirar, que se podían jubilar a menor edad, que podían hacer aportes voluntarios y que el ISS se iba acabar y el dinero del ISS se iba a perder.

Las manifestaciones del actor sobre la charla grupal, no constituyen a juicio de la Sala, prueba de una debida asesoría, para su caso concreto, pues fue información generalizada y que no tuvo en cuenta un aspecto especial del caso del actor que era beneficiario del régimen de transición del ISS lo que le otorgaba unas prerrogativas especiales, de las que se debía ilustrar al demandante perdería con el traslado al RAIS.

Ahora, frente al argumento de la apelación de PORVENIR S.A., que en el escrito de demanda aduce haber suscrito formulario de afiliación con PORVENIR S.A. en el año 2007 cuando lo real es que dicho formulario fue suscrito en el año 2000 con HORIZONTE., observa la Sala, que si bien en la corrección de la demanda que fue exigida por la a quo, el actor indicó que el 1 de mayo de 2007, mientras laboraba en JOHN CRANE COLOMBIA, se consolida la afiliación en pensiones con PORVENIR S.A., no se puede perder de vista que en la demanda inicial había anotado que, el traslado se produjo el 7 de febrero de 2000, por lo que la Sala considera que fue un simple lapsus en la corrección de la demanda, siendo absolutamente relevante, que en la fijación del litigio se estableció que debería determinarse si el traslado del RPMPD al RAIS efectuado por el señor HUGO YESID SUAREZ AGUDELO en el año 2000 con destino a la AFP PORVENIR es ineficaz por la insuficiente información, con lo que queda claro que el litigio versaba sobre la posible ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el actor al RAIS, fecha en que en efecto se produjo conforme al formulario de afiliación a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. que obra a folio 176, por lo que tal argumento de la apelación no tiene fundamento para negar las pretensiones del demandante.

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, no se encuentra acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia, porque exceptúa los dineros pagados por seguro previsional y por gastos de administración, por lo que se precisa en esta instancia, que PORVENIR S.A., debe devolver a Colpensiones la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro pensional del actor, es decir las cotizaciones allí depositadas con sus rendimientos o intereses, así como los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín,

y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole.

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 cotizaciones del 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, sin que la devolución de dichas sumas puedan asumirse como una condena en perjuicios contra el patrimonio de la AFP, susceptible de ser analizada a la luz de una responsabilidad civil, con los elementos propios de esta, pues por una parte, en la sentencia no se ordena en lo absoluto el reconocimiento y pago de algún perjuicio en favor del demandante y por otra, la devolución no supone un castigo, sino una consecuencia lógica de la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de traslado.

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, o de no afectar a terceros de buena fe como las aseguradoras previsionales, 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 deba 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.

De otra parte, respecto al pronunciamiento realizado por la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2324 de 2019, en la cual se indicó que la devolución de aportes no supone una retroactividad plena y en ese sentido deben mantenerse todas las situaciones consolidadas que se presumieron de buena fe, ha de señalarse que dicha Sala de descongestión no tiene la facultad para variar la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte, habiéndose pronunciado ya esta Corte en su Sala permanente en el sentido que las AFP deben responder con su propio patrimonio por los gastos de administración, incluidos los pagos por concepto de primas de seguros previsionales, en los que hayan incurrido producto del incumplimiento del deber de información.

En cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN formulada por las demandas 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 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.

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, principio al que quien se debe someter es el legislador al realizar las reformas pensionales, no que el juez para desconocer derechos ya legislados.

Por otro lado, 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, por un mayor monto de la pensión en el RPM, pues en primer lugar no se encuentra probado en el proceso, que la pensión en el RPM vaya a ser superior a la del RAIS, y en segundo lugar 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, caso en el cual los dineros de sus cotizaciones, quedan en el fondo común de COLPENSIONES. También puede suceder 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 suceder que el afiliado alcance a obtener la pensión de vejez, y fallezca sin tener beneficiarios de una pensión de sobrevivientes, y los dineros con los que contribuyó al fondo común no se hayan agotado, caso en el cual el saldo no utilizado queda perteneciendo al fondo común, lo que no pasa en el RAIS, pues los dineros deben ser entregados a los herederos.

Finalmente, frente al punto de apelación de PORVENIR S.A. en el sentido en que se condene en COSTAS a COLPENSIONES, lo cierto es que aquella AFP, no tiene legitimidad para reclamar condena en costas a cargo de COLPENSIONES, pues es un aspecto que no tiene ninguna incidencia jurídica en su contra, y la apelación solo tiene como fin solicitar que se modifiquen o revoquen aspectos que tenga efectos jurídicos perjudiciales a quien recurre.

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

COSTAS en esta instancia a favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A., por haber sido vencida en el recurso de apelación. Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$1.160.000.

7. DECISIÓN:

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **TERCERO** de la sentencia del 17 de agosto de 2021 proferida por el JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **HUGO YESID SUAREZ AGUDELO** contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, en el sentido que PORVENIR S.A., debe devolver a Colpensiones la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro pensional del actor, es decir las cotizaciones allí depositadas con sus rendimientos o intereses, así como los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole.

En lo demás se CONFIRMA la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., y a favor del demandante. Las agencias en derecho, las estima el ponente en la suma de \$1.160.000.

La anterior sentencia se notifica a las partes en EDICTO.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

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

Firmado Por:

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

Jaime Alberto Aristizabal Gomez
Magistrado

Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

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

Código de verificación: **508457cfeba5e7ae86d14d0a53d4e3ff203c133ef3167c47c1fccd6c372fc462**
Documento generado en 02/02/2023 03:31:26 PM

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