

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El nueve (09) 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 **LEONARDO IVÁN ZAPATA RAMÍREZ**, 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. 05001-31-05-017-2020-00202-01.

AUTO

De conformidad con el certificado de existencia y representación legal, 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 MARÍA ALEJANDRA RAMÍREZ OLEA, portadora de la T.P. 359.508 del C. S. de la Judicatura, para que represente a PORVENIR S.A. en este proceso como apoderada sustituta. Así mismo y de conformidad con el certificado de existencia y representación legal, allegado vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por parte de la sociedad MUÑOZ MEDINA ABOGADOS S.A.S quien representa judicialmente los intereses de COLPENSIONES en este proceso, se procede a reconocer personería a la abogada YESENIA CANO URREGO, portadora de la T.P. 271.800 del C. S. de la Judicatura, para que represente a COLPENSIONES en este proceso como apoderada sustituta.

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

1. ANTECEDENTES

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 desde el 16 de diciembre de 1985 hasta el 31 de octubre de 1999. Posteriormente se afilió a la AFP PORVENIR a partir del 01 de noviembre de 1999.

Expone que le indicaron que su pensión era vitalicia y que en caso de muerte, todos los beneficiarios accederían a la pensión de sobrevivientes, igualmente le explicaron que su pensión se liquidaba con el promedio de salarios de los tres últimos años en un porcentaje del 75%, que cuando se pensionara tenía derecho a recibir un bono más la mesada pensional.

Señala que la asesora de PORVENIR S.A. le manifestó que el ISS se iba a acabar, y que todos los trabajadores iban a ser afiliados al fondo privado y que si no se trasladaba corría el riesgo de perder los dineros aportados.

Arguye que el 09 de diciembre de 2019 presentó derecho de petición ante COLPENSIONES solicitando ser afiliado al RPM, pero dicha entidad negó el traslado indicando que no era procedente dar trámite a la solicitud en razón a que se encontraba a diez o menos de diez años para alcanzar la edad de pensión.

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 recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo para el efecto el capital, sus rendimientos, y los recursos del fondo de garantía de pensión mínima, como si hubiese permanecido en el RPM, argumentando que el despacho se aparta de devolver los gastos de administración en razón a que considera que la posición de la Sala Laboral, de que los gastos de administración financian la prestación no es cierta por varias razones como que son que: en ambos regímenes se cobran cuotas de administración, segundo porque los gastos de administración se deben manejar en cuentas apartes como lo determina el artículo 36 del Decreto 692 de 1994 y tres porque si es un tema financiero

entonces se dirá porque razón cuando es multivínculado no se ordena devolver gastos de administración.

Seguidamente condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante al RPM.

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, 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 de COLPENSIONES.

APELACIÓN DE PORVENIR S.A.

La apoderada de PORVENIR S.A. apela la sentencia de primera instancia, solicitando que se revoque totalmente y que no se conceda la ineficacia del traslado y en consecuencia absuelva a PORVENIR S.A. de todas las pretensiones incoadas en contra de PORVENIR S.A.

Señala que, frente al deber de información, para la fecha en que se realizó el traslado se podría entender que los afiliados al sistema de seguridad social pueden ser considerados como consumidores y en ese caso les sería aplicable el artículo 14 del

Decreto 3466 de 1982, que solamente establecía una obligación de dar una información veraz y suficiente. Posteriormente el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97 impuso la obligación de suministrar la información de los servicios que se prestan de forma necesaria para lograr una transparencia en las operaciones, de suerte que se les permita a los consumidores escoger las mejores opciones del mercado, resalta que la Ley 100 de 1993 no estableció ninguna obligación puntual para las AFP en materia de suministro de información, si se tiene en cuenta que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 solamente señaló que la selección de régimen es libre y voluntaria pero no manifiesta exactamente cuál es ese deber de suministro de información.

Arguye que ninguna de las normas reglamentarias de la Ley 100 de 1993 exige a las AFP la obligación de entregar información como la que pretende el demandante, pues el Decreto 657 del 1994 en el artículo 1415 regula las obligaciones de las AFP y entre ellas no menciona la de entregar una información a los afiliados de una manera específica, por lo que PORVENIR S.A tenía plena libertad de escoger la forma en que se iba a entregar la información; información que entregó de manera verbal al demandante. Colige que si bien existía una obligación para la AFP, que era la de entregar una información a quienes pretendían vincularse a los fondos privados, era información veraz, necesaria y suficiente, la cual se entregó de forma verbal al demandante y por lo tanto no había una obligación de brindar una doble asesoría de un buen consejo, ni tampoco se hacía exigible documentar la asesoría brindada. Tampoco existía la obligación de informar por escrito los beneficios puntuales de cada uno de los regímenes, ni sobre el monto de la pensión que se obtendría, no era obligatorio hacer proyecciones pensionales por escrito en razón a que ninguna norma lo exigía, si se tiene en cuenta que esos requerimientos surgieron con posterioridad al momento del traslado realizado por el demandante, es decir, que cuando se realizó el traslado era perfectamente admisible que la información brindada a los que estaban interesados en vincularse al RAIS se suministrara de forma verbal sin que por ello se pueda sostener que la información no fue completa, transparente, veraz y oportuna.

Expresa que aun en el caso de haberse efectuado una proyección pensional que no era legalmente exigible, no estaría plenamente ajustada a la realidad pensional por cuanto en la mayoría de los casos las variables para calcular la pensión se modifican de manera sustancial, por lo tanto realizar una proyección pensional de pronto no hubiera afectado el acto de vinculación. Adicionalmente manifiesta que no toda omisión del deber de información afecta el consentimiento puesto que aparte debe establecerse la incidencia que tiene el caso particular de cada afiliado y para que esa afectación se de se requiere que efectivamente en la realidad la omisión produzca un

daño claro, cierto y determinable, y en este caso no hay prueba alguna de este perjuicio.

Expone que no hay normatividad que consagre la ineficacia del traslado, reitera lo mencionado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y agrega que entender una deficiencia en la información equivale a impedir el derecho de afiliación que constituye una hermenéutica equivocada puesto que no corresponde con las reglas de interpretación de las leyes aplicables en el ordenamiento jurídico.

Relata que el demandante confesó en el interrogatorio que PORVENIR S.A le dio una asesoría y que la afiliación fue voluntaria, así mismo adujo que en esa asesoría se le informó que la pensión en el RAIS puede ser superior a la del RPM, lo cual es cierto porque depende de aportes y rendimientos y no de una prestación definida como es en COLPENSIONES, también manifiesta que al demandante se le informo sobre la pensión anticipada lo cual es una posibilidad en el RAIS y no en el RPM conforme a la Ley 100 de 1993.

Solicita que en caso que el Tribunal no revoque la sentencia, se mantenga la absolución respecto de PORVENIR S.A. en cuanto a la devolución de las cuotas de administración y que se revoque la condena impuesta de devolver los aportes al fondo de garantía de pensión mínima en razón a que dichos aportes fueron trasladados al fondo de buena fe, así mismo solicita que revoque la condena en costas impuesta a PORVENIR S.A., teniendo en cuenta que dicha fijación de costas y agencias en derecho no se compadecen con los acuerdos del Consejo Superior de la Judicatura.

APELACIÓN DE COLPENSIONES.

La apoderada judicial de COLPENSIONES apela la sentencia, solicitando que se modifique en lo referente al traslado de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante con base en el principio de estabilidad financiera consagrado en el artículo 334 de la Constitución Política de Colombia, el cual fue modificado por el artículo 1 de acto legislativo 003 del año 2011, en el cual se ordena a las AFP a trasladar la totalidad de los valores recibidos junto con las cuotas de administración, reaseguros y seguros previsionales, los cuales no fueron reconocidos en la decisión de primera instancia y lo demás quede en firme tales como: rendimientos financieros con todos sus intereses los cuales deben de ser indexados y fondo de garantía de pensión mínima, puestos que estos dineros fueron causados producto de las cotizaciones realizadas por el demandante, lo cual debe asumir el fondo privado con cargo a su propio patrimonio de acuerdo al precedente judicial de la CSJ en las

sentencias SL 4964 de 2018. SL 48989 de 2018, SL 1688 de 2019 en razón a que la estabilidad financiera del sistema no puede verse afectada por un acto que carece de eficacia.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

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

ALEGATOS DE LA PARTE DEMANDANTE.

Honorable magistrado, reitero muy respetuosamente confirmar la sentencia proferida por el juez de primera instancia GIMENA MARCELA LOPERA RESTREPO por las siguientes consideraciones.

Existen razones fácticas y jurídicas para declarar la Ineficacia del Traslado, pues la afiliación a mi representado se realizó, sin el deber de información suficiente, y que de conformidad con el artículo 12 ordinal b de la Ley 100 de 1993, la selección del régimen pensional debe de ser libre, voluntaria y espontánea, previo el conocimiento de ventajas y desventajas y de la asesoría comparativa entre regímenes existentes.

La **AFP PORVENIR**, al momento de realizar el traslado de mi poderdante al **RAIS**, no cumplió con el deber de información, no realizo reunión ni individual ni colectiva, solo un instante donde solo indicaban donde firmar, con el pretexto que el ISS se iba acabar, y que estaban debidamente autorizados por su jefe, y que no cumplió con el deber legal de brindar la información completa, clara y concisa a mi poderdante.

En cuanto a la absolución consistente que solicita **PORVENIR S.A.** en no incluir otros conceptos ni cuotas de administración o indexación se deja a consideración de los Honorables Magistrados, teniendo en cuenta que:

Las cuotas de administración y demás rubros de la cuenta de la cuenta de ahorro individual, que en caso que se ratifique que la ineficacia fue ocasionada por la conducta de **PORVENIR S.A.**, es a esta la que debe asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, es decir la merca sufrida en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez en el sistema de ahorro individual por los gastos de administración, en que hubiera ocurrido, los cuales los debe asumir la administra dora con cargo a su

propio patrimonio, con base en la sentencia SL 31989 de 2008 y de la cual resalta, el aparte donde se hace referencia al deber que tiene la administradora de devolver todos los valores recibidos como cotizaciones bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, ello es con los rendimientos causados y teniendo en cuenta que en la ineficacia las cosas deben volver al estado en que se encontraban, entendiendo que el aporte pensional, debe devolverse completo, sin que pueda admitirse que por haberse generado rendimientos o pagos posteriores a la cotización realizada no se debe tener en cuenta el aporte completo, pues las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de la afiliación fallida y menos habrá de tenerse consideración alguna para la entidad que aprovechándose de la falta de información fue la que indujo a la afiliación inicial o al traslado al **RAIS**, y porque debe tenerse en cuenta que dichos porcentajes ingresaron a la AFP accionada durante en el tiempo en que estuvo afiliado el demandante en esta, en tanto que la cuota de administración es manejada directamente por el fondo de pensiones.

ALEGATOS DE PORVENIR S.A.

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 pues:

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 la época 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.

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.

Por otro lado, la parte actora manifiesta que su motivación para iniciar este proceso es la diferencia en la mesada pensional entre los regímenes. 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.

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.

Asimismo, 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 SL16882019, 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.

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, lo anterior queda corroborado con el accionar sistemático y reiterado por la parte demandante, pues ésta dentro de su interrogatorio de parte, manifestó en diferentes ocasiones, no haber realizado comparaciones con otros Fondos Pensionales, no haber hecho preguntas o indagaciones en el momento de suscripción del formulario y no hacer uso de los diferentes canales de atención al usuario que tiene mi representada.

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.

La condena a reintegrar a Colpensiones el capital, sus rendimientos y los recursos del fondo de garantía de pensión mínima, como si hubiere permanecido en el RPM.

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 a la devolución de los aportes al FGPM, pues:

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.

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) las 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.

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.

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.

Condena en costas a cargo de mi representada.

En relación con la condena en costas debemos indicar que mi representada siempre obró con buena fe objetiva, en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes para la época en la que se dio el traslado de la parte demandante del RPM al RAIS y buscando siempre el beneficio de la parte demandante, por lo que la condena en costas no es procedente ante la ausencia de mala fe de mi representada.

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

Solicito a los honorable magistrados que Reitero, la imposibilidad de declarar la nulidad de la afiliación y traslado de aportes del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, ya que no se probó ni declaró un vicio en el consentimiento por parte de la demandante, en el momento en que decidió cambiar de Régimen Pensional y trasladarse al régimen de ahorro individual.

A demás es improcedente el traslado de régimen en virtud del Artículo 2o Numeral E de la ley 797 de 2003, ya que el demandante presento su petición fuera del término

legal establecido y además ratificó su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con el formulario de afiliación donde expresamente determina y acepta vincularse al fondo privado.

Se debe tener en cuenta que, nuestro sistema legal no establece que se pueda imponer a una persona, en este caso a una Entidad, una carga económica por un daño antijurídico o un perjuicio que otro causó y frente al cual no tuvo ninguna posibilidad de evitarlo, por ende, no puede pretenderse que COLPENSIONES, sin haber tenido responsabilidad ni incidencia alguna en el traslado, máxime cuando no podía obligar a la afiliada a permanecer, asuma el pago de una pensión superior a la que puede otorgarse con el dinero existente en la cuenta de ahorro individual, es de indicar, que realmente quien sufriría los efectos de la ineficacia es COLPENSIONES, un tercero que no participó tan siquiera en la etapa precontractual indispensable para la válida formación del consentimiento que ahora se pretende sea sancionado, y quien además, deberá asumir la carga impositiva que deviene de un nuevo afiliado.

Finalmente, es necesario resaltar que no es plausible imponerle a la codemandada obligaciones y soportes de información por escrito que no fueron previstos por el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado, este es, el Decreto 663 de 1993 por cuanto exigirlo deviene en una violación directa a los principios de confianza legítima, legalidad y debido proceso.

A su vez, la se encontraba en la obligación de “1. Informarse adecuadamente de las condiciones del Sistema General de Pensiones, 3. Emplear la adecuada atención y cuidado al momento de tomar decisiones, como son entre otras, la afiliación, el traslado de administradora o de régimen, la selección de modalidad de pensión”.

En caso de que se confirme la condena dirigida a declarar la ineficacia del traslado, solicito tener en cuenta el precedente de la Sala de Casación Laboral contenido en sentencias SL 3202-2021, SL 2769-2021, SL 3708-2021, SL 3710-2021- SL 3706-2021, SL 3571- 2021 y SL 3709-2021, solicito que se adicione que las cuotas de administración y los descuentos del seguro previsional, descontadas por la AFP del RAIS durante el periodo de afiliación, **se deben trasladar debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos.**

Es por lo anterior, que solicito respetuosamente a los Honorables Magistrados del TSM, que revoque la sentencia de primera instancia proferida por la Juez 17 Laboral del Circuito de Medellín.

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 44 a 46 del expediente digital, se trasladó al RAIS a través de la administradora del RAIS PORVENIR S.A el 29 de octubre de 1999, según formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 37 del plenario.

De otra parte, en este caso, si bien el demandante no es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por no contar para el 1º de abril de 1994 con 40 o más años o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la AFP PORVENIR en el año 1999 estuviera en la obligación de suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen

pensional; sobre todo **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué dependería su monto.**

Sobre el deber de información antes citado, escuchado el interrogatorio de parte que fue absuelto por el demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:11:28 del video de la audiencia de conciliación y trámite (documento 17 del expediente digital), 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 1999 cuando se trasladó del RPM administrado por el extinto ISS a la AFP PORVENIR.

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, contrario a lo manifestado por la apoderada de PORVENIR S.A. en su recurso de alzada 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 lo concerniente a la solicitud de la apoderada de COLPENSIONES en el recurso de alzada en el sentido que sumas devueltas por las AFP del RAIS referentes a las sumas adicionales de la aseguradora, el porcentaje destinado al pago de seguros

previsionales y descuentos efectuados para la garantía de pensión mínima sean devueltos debidamente indexados, ha sido postura de esta sala, que si tal indexación se reclamó en la contestación de la demanda o cuando menos, en el recurso de apelación, resulta improcedente su decisión en la sentencias de segunda instancia, pues fue un asunto que las partes tuvieron la oportunidad de debatir en el proceso, por lo menos en los alegatos de segunda instancia.

Así las cosas, respecto de la indexación del porcentaje de la referida cuota de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, esta Sala considera que es procedente, por cuanto este porcentaje de las cotizaciones no fue abonadas a la cuenta de ahorro pensional de la demandante, por lo que no devengaron los rendimientos o intereses pues fueron apropiados por PROTECCIÓN S.A. o gastados para los pagos de las primas, y por ello debe ser devuelto indexado.

Al respecto la jurisprudencia de la CSJ de la que se citan las sentencias SL1688 de 2019 SL 2932 de 2020, SL 3202, 3571, 3706, 3707, 3708, 3709 y 3769 de 2021, la CSJ ha ordenó que las cuotas de administración fueran devueltas indexadas, por lo que le asiste razón a Colpensiones en este aspecto, de la apelación, por lo que se ordenará en esta instancia, que las referidas cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima sean devueltas indexadas.

En lo relativo a la solicitud de PORVENIR S.A. que revoque la condena en costa que le fue impuesta teniendo en cuenta que dicha fijación de costas y agencias en derecho no se compadecen con los acuerdos del Consejo Superior de la Judicatura, entiende la Sala que lo que se apela es el monto de las agencias en derecho, a lo que debe manifestarse, que sobre el monto de las agencias en derecho las que harán parte de las costas que finalmente se liquiden por el Secretario y se aprueben por el Juez, en su oportunidad una vez el expediente vuelva al juzgado de origen solo es viable apelar contra el auto que apruebe la liquidación de costas que incluyen las agencias en derecho fijadas en la sentencia, pues este auto es apelable a la luz del art. 65 del CPTSS y 366 del CGP.

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.

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, de la que responden cada una en partes iguales.

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 **SEGUNDO** de la sentencia del 17 de noviembre de 2020 proferida por el JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **LEONARDO IVÁN ZAPATA RAMÍREZ** 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 indexados 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: **89130282c02b9b435ff18bee51c77c103d39bc5ac5847a02d87d8d4b7a06a7be**

Documento generado en 09/02/2023 02:16:47 PM

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