

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El veintitrés (23) 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 la señora **LUZ ELENA OSORIO GÓMEZ**, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.), y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.) tramitado bajo el radicado No.05001-31-05-011-2019-00639-01.

AUTO

Conforme a la sustitución de poder allegado vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por la sociedad GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S quien funge en este proceso como apoderado principal de PORVENIR S.A, se procede a reconocer personería para actuar como apoderada principal de PORVENIR S.A a la abogada JULIANA ARAQUE QUIROZ, portadora de la T.P. 293.693 del C.S de la judicatura.

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

1. ANTECEDENTES:

La demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare la ineficacia de su traslado al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación

definida (en adelante RPM) administrado por Colpensiones.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata la actora que nació el 14 de noviembre de 1961, y que antes de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones en el año 1993 estuvo afiliada al extinto ISS hoy COLPENSIONES.

Expone que en diciembre de 1997 al vincularse laboralmente con la empresa COLTEFINANCIERA le pusieron a firmar la afiliación a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. por lo que no recibió asesoría alguna por parte del fondo privado en materia personal.

Arguye que no fue informada que la pensión era por capital, ni del derecho de retracto, ni tampoco le hicieron un comparativo entre ambos regímenes pensionales para determinar la conveniencia o inconveniencia del traslado al RAIS. No se le suministró información referente a los factores que se tienen en cuenta para determinar la fecha probable de la pensión y su monto, ni del cobro de comisiones y de cómo estos cobros la afectarían, ni tampoco le informaron de la existencia de un riesgo financiero y que, de existir pérdidas, las asumía el afiliado.

Expresa que no le explicaron acerca de los factores que impactan la pensión en el RAIS, tampoco le hicieron durante la afiliación un estudio individual, previo, concreto de índole técnico y financiero que le permitiera dimensionar la trascendencia de su decisión y así poder objetivar las ventajas y desventajas de uno y otro régimen.

Aduce que el año 2000 se vinculó a PROTECCIÓN S.A. porque no recibió ninguna información por parte de HORIZONTE, y que el asesor de PROTECCIÓN S.A. le manifestó ellos estaban mejor posicionados y que se podía pensionar antes, pero nunca le informó de los requisitos y de las condiciones para ello.

Informa que solicitó ante COLPENSIONES el retorno al RPM, pero dicha entidad rechazó la solicitud de traslado.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El *a quo* despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenando en consecuencia a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes de la demandante referente a las cotizaciones, con todos sus frutos e intereses, los rendimientos que se hubieren causado, los gastos de administración, las primas de los seguros de invalidez

y sobrevivientes, el porcentaje correspondiente a la garantía de pensión mínima, la prima de reaseguros de Fogafin y en caso de haberse generado, los aportes del Fondo de solidaridad pensional que se hubiere causado durante el tiempo en el que la actora estuvo afiliada a dicha administradora.

En igual sentido ordenó a la AFP PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, las primas de los seguros de invalidez y sobreviviente, el porcentaje correspondiente a la garantía de pensión mínima, la prima de reaseguros de Fogafin y en caso de haberse generado, los aportes del Fondo de solidaridad pensional que se hubiere causado durante el tiempo en el que la actora estuvo afiliada a dicha administradora.

Seguidamente ordenó a las sociedades PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A. indexar los dineros a devolver por gastos de administración de acuerdo al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a dichos fondos, sin aplicar equivalencia alguna.

De otro lado ordenó a COLPENSIONES a recibir los dineros entregados por PROTECCIÓN S.A y por PORVENIR S.A y a reactivar la afiliación de la actora dentro del RPM sin solución de continuidad.

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 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 las AFP.

Luego, señaló que en el proceso no se probó por parte de las AFP que, al momento de la afiliación de la 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 que no prosperan las excepciones de; prescripción, falta de legitimación en la causa por pasiva y la compensación. Condenó en costas a la AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:

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

APELACIÓN DE PROTECCIÓN S.A.

El apoderado de PROTECCIÓN S.A, apela de manera parcial el fallo de instancia, respecto de la condena que le fue impuesta de efectuar la devolución a COLPENSIONES de los dineros descontados por conceptos de gastos de administración, de seguro previsional y la indexación de estas sumas, considera que lo anteriormente expuesto es en atendiendo a que los gastos de administración y el valor de seguro previsional se regulan a través de la Ley 100 de 1993 en su artículo 20, que facultó y autorizó no solamente a las administradoras privadas de pensiones sino también a la administradora pública de pensiones a efectuar la deducción del 3% del 16% de los aportes realizados por los afiliados al sistema general de pensiones con el fin de cubrir los gastos de administración y pagar la prima del seguro previsional.

Frente a los gastos de administración precisa que como se prueba en el expediente y en el certificado de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante, se los aportes efectuados a PROTECCIÓN S.A. de la accionante tuvo ganancias por más del 180% en cuanto a los rendimientos financieros, y esos rendimientos financieros son resultado de la debida administración de PROTECCIÓN S.A. y con la condena de primera instancia que ordena a PROTECCIÓN S.A devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual más los rendimientos financieros generados y adicionalmente lo descontado por la comisión de administración, estaría constituyendo un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante. Arguye que adicionalmente ya se le están trasladando los recursos de la cuenta de ahorro individual fruto de la buena gestión y la de administración realizada por PROTECCIÓN S.A. y es por eso que tiene derecho a conservar dicha comisión como restitución mutua a su favor y no hay razón para trasladar dichos conceptos a COLPENSIONES, pues el artículo 1746 del código civil dispone cuáles son los efectos de la declaratoria de nulidad y establece que la nulidad pronunciada en sentencia que

tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes el derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían sino hubiese existido el acto o contrato nulo sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa lícita, y en ese orden de ideas si la consecuencia de la nulidad o de la ineficacia es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido se producirían las siguientes consecuencias: primero, que el contrato de afiliación nunca existió y en segunda que PROTECCIÓN S.A. no debió administrar los recursos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante y que los rendimientos que produjeron la cuenta de ahorro individual no se debieron haber causado y tampoco debió haber existido un cobro por cuotas de administración por parte de PROTECCIÓN S.A., sin embargo el artículo 1746 del código civil habla sobre las restituciones mutuas, los intereses, los frutos y el abono de mejoras y con base en ello debe de entenderse que aunque se declare una ineficacia o una nulidad de la afiliación y se haga la ficción de que nunca existió un contrato de afiliación, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, es decir que la buena gestión de PROTECCIÓN S.A. hizo que la cuenta de ahorro individual obtuviera rendimientos y es por ello que PROTECCIÓN S.A. tiene derecho a conservar la comisión de administración si efectivamente hizo rentar el patrimonio de la parte demandante.

Señala que lo anterior le permite hablar de unas prestaciones acaecidas que no pueden desconocerse cuando se tratan de contratos que tienen que ver con el derecho laboral y de la seguridad social, toda vez que si se aplicara en estricto sentido la teoría de la nulidad, se llegaría a la conclusión de que si la comisión de administración nunca se debió haber descontado tampoco debieron haber existidos rendimientos en la cuenta de ahorro individual y dichos rendimientos siempre se trasladan a COLPENSIONES como consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia de la afiliación, y que la teoría de las prestaciones acaecidas fue puesta de presente por la CSJ en la SL y en la sentencia del 09 de septiembre de 2008.

Aduce que el Decreto 2555 de 2010 indica que el manejo de los recursos administrados por las AFP es vigilado por la Superintendencia Financiera de Colombia, por lo que el concepto del 17 de enero de 2020 emitido por esta entidad indica que cuando se declara la ineficacia de la afiliación debe dársele aplicación al artículo 7 del Decreto 3995 del año 2008, en el cual se establece que cuando se da un traslado de regímenes se debe trasladar el dinero de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y el porcentaje correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima, respetando la destinación de los aportes pensionales realizados y la administración desarrollada por la administradora que genera los rendimientos que se trasladan a la

administradora de destino, tampoco se debe trasladar la prima del seguro previsional en atención a que dicho porcentaje ya fue sufragado y la compañía aseguradora cumplió con su deber contractual de tener la cobertura durante la vigencia de la póliza.

Respecto a la prima del seguro previsional aduce que ya fue girada a una aseguradora para que en caso de existir un siniestro de sobrevivencia o invalidez, la compañía aseguradora pagara una suma adicional con el fin de pagar las pensiones por dichos conceptos y teniéndose que la prima ya fue pagada mes a mes a la aseguradora durante el tiempo de afiliación de la actora, PROTECCIÓN S.A. se encuentra imposibilitada para solicitar una devolución y posteriormente trasladársela a COLPENSIONES, porque la aseguradora es un tercero ajeno de buena fe que nada tuvo que ver en el contrato suscrito entre la demandante y PROTECCIÓN S.A. y precisa que la CSJ en la Sala Civil se pronunció sobre los terceros de buena fe cuando se declara la nulidad del negocio jurídico, también resalta el contenido de la sentencia 2324 del 21 de marzo proferida por la SL de la CSJ.

Indica que en el hipotético evento en que se confirme la condena impuesta a PROTECCIÓN S.A. de devolver hasta con su propio patrimonio los valores de los descuentos permitidos por mandato legal para la comisión de administración y las primas del seguro previsional se estaría en presencia de una condena en perjuicio contra el patrimonio de PROTECCIÓN S.A. la cual tendría que revisarse a la luz de una responsabilidad civil con los elementos propios de esta y en el presente proceso no fue materia de prueba ni tampoco quedó demostrado la causación de los mismos.

Aduce que para los gastos de administración y para las primas de seguros previsional opera la figura de la prescripción, de conformidad al artículo 488 del código sustantivo del trabajo en armonía con el artículo 51 del código procesal laboral, toda vez que los conceptos se van desgastando por la periodicidad que impone la Ley y los mismos no financian la prestación económica por vejez, en razón a ellos los mismos no podrían estar cobijados por las mismas condiciones que tienen los aportes a pensiones.

APELACIÓN DE PORVENIR S.A.

PORVENIR S.A. apela la sentencia de primera instancia de manera parcial, solicitando al Tribunal revocarla respecto de la condena impuestas a trasladar los dineros referentes a gastos de administración en la medida en que esas sumas por mandato legal tienen una destinación específica prevista en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, artículo que provee una destinación del 3% del IBC a los gastos de administración, la prima de reaseguro de Fogafin y la prima de invalidez y sobreviviente.

Indica que en el presente caso es claro que los descuentos ya han cumplido plenamente su cometido y no se encuentran en el patrimonio de PORVENIR S.A., en la medida que se destinaron en su momento a cubrir los gastos en que incurrió PORVENIR S.A para la generación de frutos o rendimientos, que hoy se ven reflejados de manera positiva en la cuenta de ahorro individual de la demandante, y también se vieron reflejados de manera positiva en lo referente al cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte, cobertura de la cual disfrutó la demandante durante el tiempo que estuvo afiliada a PORVENIR S.A., por lo que al haberse ya generado los efectos de dichos valores o conceptos no es viable que estos sean devueltos por parte de PORVENIR S.A. en razón a que la prestación ya fue disfrutada por la actora y PORVENIR S.A no puede retrotraer la cobertura o el servicio prestado por los conceptos ya antes mencionados.

Precisa que en el evento en que se deje en firme la condena impuesta a PORVENIR S.A. de devolver los conceptos ya mencionados se estaría en el escenario de un enriquecimiento sin justa causa y en la inaplicación de normas que regulan las restituciones mutuas derivadas de una nulidad o de una ineficacia de un acto jurídico; ordenando devolver o restituir un bien que para este caso son las sumas de dinero, que ya fueron invertidas para el mantenimiento del bien y también para incrementarlo. A demás de lo anterior recuerda que la inversión de los dineros no se dio de manera arbitraria o antojadiza por parte de PORVENIR S.A., sino por el mandato legal establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, y que en lo que tiene que ver con la obligatoriedad de la garantía de rentabilidad mínima consagrada en el artículo 60 de la mencionada Ley, 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, situación que se torna necesaria en la actualidad por la coyuntura económica.

APELACIÓN DE COLPENSIONES.

La apoderada de COLPENSIONES manifiesta que se aparta de la decisión adoptada por el despacho, solicitando revocar la sentencia proferida teniendo en cuenta que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 en razón a que en la actualidad cuenta con 60 años de edad, es decir que ya cumplió la edad requerida para acceder a la pensión de vejez y con la norma citada la demandante tenía la posibilidad de trasladarse de régimen pensional hasta los 47 años de edad, es decir que ya se encuentra agotada dicha oportunidad.

Argumenta que la actora por voluntad propia decidió trasladarse al RAIS sin que demostrara la existencia de algún vicio que afectara dicho traslado, por lo que debe permanecer incólume su afiliación a PROTECCIÓN S.A, y que no se puede perder de vista que durante todos los años en que se encontró afiliada al fondo privado tuvo la posibilidad de solicitar información con la finalidad de conocer más sobre su derecho pensional y así ejercer las acciones que considerara pertinentes no obstante nunca demostró interés o sentirse inconforme con su fondo pensional, motivo por el cual no es posible admitir que pasados tantos años la demandante pretenda aplicar vicios de nulidad o ineficacia de su traslado de manera conveniente, intentando regresar al RPM.

En cuanto al deber de asesoría, de buen consejo y de doble asesoría menciona que es importante recordar que estos se hacen exigibles desde el año 2009 con la Ley 1328 de 2009 y con la Ley 1748 y por lo tanto considera que aplicar dichos presupuestos es desproporcional, señala que la Ley a aplicar es la Ley 100 de 1993.

Aduce que en el hipotético caso que lo anteriormente mencionado no prospere solicita al Tribunal que ordene a PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual, fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, seguros previsionales, gastos de administración con todos sus frutos e intereses sin que haya lugar a deducción alguna, valores que deben ser debidamente indexados. Asimismo, solicita que se allegue por parte de PORVENIR S.A. las cuotas o gastos de administración durante el tiempo que estuvo afiliada la demandante a dicha AFP.

Finalmente solicita que COLPENSIONES no sea condenada en costas en razón a que ha sido un tercero ajeno a la relación contractual existente entre la demandante y las AFP codemandadas y COLPENSIONES siempre ha actuado de buena fe y ajustado a derecho.

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.

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 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 manifesté 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 valores de gastos de administración, primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, además de las sumas de Fondo de Garantía de Pensión mínima, indexadas.

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 consecuentemente 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. .

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 cómo 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.

La señora Luz Elena cuenta en la actualidad con 60 años de edad, lo cual hace inviable el traslado de régimen conforme a lo estipulado en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

De conformidad con los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad consagrados en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, la sostenibilidad financiera del sistema tiene como fin último la materialización de los derechos de los afiliados al sistema general de seguridad social. Servicio público que debe ser cumplido bajo las premisas de dirección, coordinación y control del Estado, que requiere para su realización efectiva la implementación de políticas y acciones encaminadas a obtener los recursos necesarios para su materialización. Así pues, que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de la demandante y la obligación de reactivar la afiliación de la misma al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, puede poner en riesgo la expectativa pensional de los demás afiliados al sistema conforme a lo anotado; y es por ello precisamente, que solicito al Honorable Tribunal, tener en consideración al momento de proferir sentencia, lo establecido en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, a fin de proteger el sistema pensional y en conjunto, a sus afiliados.

Ahora, en relación al reproche que se le hace a las AFP codemandadas (Protección y Porvenir), respecto al suministro de información que le debió brindar a la demandante al momento de efectuar el cambio de Régimen, las cargas probatorias que se están imponiendo a las AFP, dentro de las cuales se encuentran la obligación de allegar soportes o pruebas a las que jurídicamente no estaban obligadas a la fecha de afiliación, resulta una carga desproporcional que va en detrimento del principio de confianza legítima, La sentencia C-086 de 2016, con respecto a la carga dinámica de la prueba ha señalado:

“El legislador facultó a los jueces para evaluar las circunstancias de cada caso y definir si se dan o no los supuestos genéricos para recurrir en ciertos casos a la carga dinámica de la prueba. Esta decisión resulta comprensible y completamente válida, no solo ante la dificultad para anticiparse a nuevas situaciones en una sociedad que presenta vertiginosos cambios –algunos tal vez inimaginables-, sino porque son los contornos de cada situación los que permiten evaluar si la igualdad entre las partes se ha visto o no comprometida y se requiere de la “longa manus” del juez para restablecerla”.

Asimismo, debe tener presente que COLPENSIONES como Administradora del Régimen de Prima Media, fue un tercero ajeno al contrato celebrado entre la señora Luz Elena Osorio Gómez y las AFP Porvenir y Protección, por lo que, no debió emitirse condena alguna en contra de mi representada, y menos aún, imponérsele el pago de costas procesales; carga que resulta del todo injusta considerando que mi mandante no fue participe en el traslado de régimen, además que vio frustradas sus pretensiones procesales, por lo que ruego al Despacho revoque dicha condena.

5. PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER:

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

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

6. CONSIDERACIONES:

De conformidad con lo dispuesto el art. 14 de la Ley 1149 de 2007 además de resolverse la apelación de PROTECCIÓN S.A, de PORVENIR S.A y de 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 de la demandante, que el traslado de régimen pensional debe partir de la cabal y completa asesoría que lleve a un asegurado a tomar una decisión responsable e informada, asesoría que ha de entenderse pedagógica, es decir, realmente entendible para cada persona conforme a su grado de cultura y su situación particular, pues los casos no presentan las mismas características o condiciones.

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

Tal posición, que constituye a la fecha la línea jurisprudencial de la SCL de la Corte Suprema de Justicia sobre dicho tema, ha sido ratificada de manera reiterada en todos los pronunciamientos emanados de dicha corporación, como en las sentencias SL1688-2019 y SL1689-2019, ambas proferidas el 8 de mayo de 2019, en las que, además la Corte fijó unas conclusiones jurisprudenciales en torno al tema de la ineficacia 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 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 la accionante, estando afiliada al régimen pensional de prima media administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, cómo se acredita con la historia laboral que milita a folio 25 del expediente digital, se trasladó al RAIS a través de la administradora del RAIS HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 10 de diciembre de 1997, como se anota en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 15 del expediente. Posteriormente se afilió a la AFP PROTECCIÓN S.A.

el 05 de mayo del 2000, como evidencia en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 17 del expediente digital con efectividad a partir del 1º de julio del 2000 según se indica del certificado del SIAFP que milita a folio 87 del plenario.

De otra parte, en este caso, si bien la demandante no es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por no contar para el 1º de abril de 1994 con 35 o más años o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la AFP HORIZONTE en el año 1997 estuviera en la obligación de suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; **sobre todo cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué dependería su monto.**

Sobre el deber de información antes citado, escuchado el interrogatorio de parte que fue absuelto por la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:45:15 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento (documento 021 del expediente digital), no se advierte que, esta haya confesado que al momento de su traslado de régimen se le ilustró sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como lo son las características de uno y otro régimen pensional, los requisitos para acceder a las prestaciones económicas en cada uno de ellos, la forma de liquidación de la mesada pensional en cada régimen, la oportunidad de trasladarse entre regímenes y entre administradoras y los términos para ello, entre otros aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

Ahora, como bien lo sostuvo el 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 probaron las siendo su carga como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada, por lo que se confirmará la decisión del *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por la demandante en el año 1997 cuando se trasladó del RPM administrado por el extinto ISS a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.

De otra parte, **en lo referente a las sumas que deben ser devueltas a COLPENSIONES**, encuentra la Sala que, la orden impartida por el *a quo*, se encuentra acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia, sin embargo se precisa en esta instancia, que

PROTECCIÓN S.A., debe devolver a Colpensiones la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro pensional de la actora, 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.

Asimismo, PORVENIR S.A. debe devolver a Colpensiones los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, sin descuento de ninguna índole, durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a esta AFP.

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 hubiesen recibido las AFP demandadas como cotizaciones 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, sin que la devolución de dichas sumas puedan asumirse como una condena en perjuicios contra el patrimonio de las 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 de la 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 los apoderados judiciales de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., 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 las AFP demandadas, 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.

Ahora, respecto de la afirmación en los alegatos y en la apelación de COLPENSIONES, sobre la imposibilidad de traslado de régimen impuesta por el legislador en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual 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 actora, sino la ineficacia de su afiliación inicial al RAIS.

De otra parte, se afirma en los alegatos y en la apelación de COLPENSIONES, que la declaración de ineficacia del traslado de la 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 de la demandante al RAIS, no es jurídicamente viable tener en cuenta el principio antes citado, pues, desde que la actora estuvo afiliada 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.

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 acontecer que el afiliado no alcance a obtener la pensión de vejez, sino la indemnización sustitutiva, la que es evidentemente inferior al monto de las cotizaciones con sus rendimientos. Igualmente puede ocurrir que el afiliado alcance a obtener la pensión de vejez, y fallezca sin tener beneficiarios de una pensión de sobrevivientes, y 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.

Respecto del argumentos de Colpensiones en la apelación, que las sumas de gastos de administración deben ser devueltos debidamente indexados, en las sentencias SL1688 de 2019 SL 2932 de 2020, SL 3202, 3571, 3706, 3707, 3708, 3709 y 3769 de

2021, la CSJ ordenó que las cuotas de administración fueran devueltas indexadas, debido a ello, sin embargo, la sentencia de primera instancia ya ordenó tal indexación.

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.

De otra parte, respecto de la prescripción de las cuotas de administración ella no opera, toda vez que la obligación de restituirlas estos se origina con la declaratoria de ineficacia del traslado que solo se produce con la ejecutoria de las sentencias que la declaran, por lo que no sería procedente la prescripción de las cuotas de administración.

Finalmente, en la concerniente a la apelación de COLPENSIONES, relativo a la condena en costas que se le impuso, considera la Sala, que le asiste razón, en atención a que esta no tuvo ninguna responsabilidad en el traslado de régimen pensional de la actora y por lo tanto su convocatoria al proceso fue solo para que corriera con las consecuencias de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, en el que no participó, razón por la que no tiene que asumir costas procesales, por lo que revocará la condena por COSTAS impuesta a esta entidad en primera instancia.

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

COSTAS en esta instancia a favor de la demandante y a cargo de PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A por haber sido vencidas en la 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 estas AFP 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: CONFIRMAR la sentencia del 25 de febrero de 2021 proferida por el JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **LUZ ELENA OSORIO GÓMEZ** contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**, salvo en lo referente a la condena en costas que se le impuso a COLPENSIONES, decisión que se **REVOCA**, para en su lugar abstenerse de imponer costas a esta entidad.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. a favor de lademandante. Las agencias en derecho, las estima el ponente en la suma de \$1.160.000, de la que responden estas AFP en partes iguales.

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: **fb1adb5b2f326f0433fafef5654fd0a5dee94f78fba631fbc45196ac2e3f57a4**

Documento generado en 23/02/2023 02:33:24 PM

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