

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El treinta y uno (31) de marzo 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 **CLAUDIA PATRICIA MANZUR CALDERÓN**, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.), tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-008-2019-00371-01.

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

1. ANTECEDENTES:

La demandante pretende con la presente acción judicial, que se deje sin efectos su afiliación 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 se afilió al extinto ISS hoy COLPENSIONES, y posteriormente se trasladó al RAIS por medio de la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. en el año 1996.

Expone que los asesores de COLPATRIA le indicaron que el ISS iba a ser liquidado y los fondos de pensiones ofrecían mejores garantías por su solidez financiera, además que se podía pensionar más joven pero sin informarle los requisitos y condiciones, pues no le informaron que la pensión era por capital, ni del derecho de retracto, ni le hicieron un comparativo entre ambos regímenes para determinar la conveniencia o inconveniencia del traslado, ni le explicaron los factores que se tienen en cuenta para

determinar la fecha probable de la pensión y su monto, ni del cobro de comisiones y cómo la afectaría, ni de la existencia de riesgos financieros y que de existir pérdidas los asumía el afiliado, tampoco le hicieron un estudio individual, previo, concreto de índole técnico y financiero que le permitiera dimensionar la trascendencia de su decisión y objetivar las ventajas y desventajas de uno y otro régimen.

Aduce que solicitó a PORVENIR S.A. estudios previos de la situación pensional, formulario de afiliación, asesoría entre otros, donde le indicaron que la asesoría se brindaba de forma verbal por lo que no tienen soportes. Igualmente solicitó a COLPENSIONES el retorno al RPM, a lo cual dicha entidad respondió que se encontraba actualmente en el RAIS.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La oficina judicial de primera instancia, despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, y condenando en consecuencia a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, los saldos de la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos y en el término de un mes contado a partir de la ejecutoria de la sentencia.

Asimismo, ordenó a COLPENSIONES, a recibir dichos dineros y a reactivar la afiliación de la 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 y se sintetiza en la obligación de brindar una información completa, suficiente, idónea y comprensible sobre las características de los regímenes, determinando e informando la conveniencia e inconveniencia de uno y otro régimen y la carga de las AFP de demostrar que efectivamente entregaron la debida información a los afiliados al momento del traslado.

Seguidamente expuso que en el presente proceso no se probó por parte de PORVENIR S.A. que haya cumplido con su 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 ese consentimiento informado la suscripción del formulario de afiliación, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado de la demandante a la AFP PORVENIR S.A.

Finalmente, declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas, y condenó en costas a PORVENIR S.A. y en favor de la demandante.

3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN:

La sentencia fue apelada por la apoderada de PORVENIR S.A., solicitando se revoque la misma y en consecuencia se le absuelva de las condenas impuestas en dicha sentencia, argumentando que con el decreto del traslado se encuentra afectado el principio de confianza legítima que se ha adoptado frente a la celebración del acto en el año 1996, conforme a la solicitud de vinculación de la demandante a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., pues la demandante suscribió el formulario de afiliación de forma voluntaria, y dicho formulario para la época era el documento que acreditaba esas solicitudes de vinculación, además se afectaría también el principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional

Expone que la demandante manifiesta que solamente se le indicó que el ISS se iba acabar, sin embargo, se observa que firma el formulario de afiliación por lo que se sintió segura con la información brindada por PORVENIR S.A., pero se le endilga a PORVENIR S.A. allegar otras pruebas diferentes a las que se encontraban como exigencia para la época, por lo que no se puede dejar de lado que la afiliación se dio en 1996 y solamente hasta el año 2009 con la Ley 1328 de 2009 y la Ley 1748 de 2014 obran otras exigencias para dejar de manera documentada la afiliación.

Indica que la demandante estuvo afiliada al RAIS por más de 20 años sin tener reclamo alguno, realizando los debidos aportes y recibiendo extractos por parte de PORVENIR S.A., por lo que podía verificar su estado de capital y su estado pensional, por lo que se debe tener en cuenta que así como los fondos privados tienen unas obligaciones, los afiliados también tienen unos deberes que debe cumplir a cabalidad, pero la demandante nunca agoto los canales de atención, no se acercó a realizar inquietudes acerca de su inconformidad de como se había llevado a cabo su afiliación o como se habían administrado sus aportes, por lo que para la apoderada de PORVENIR S.A. no existe ninguna situación por la que se pueda declarar la ineficacia.

Aduce que se olvida el principio de la sostenibilidad financiera al declarar una ineficacia, a pesar de que la actora se encuentra bajo la prohibición legal de la Ley 797 de 2003 en el literal e del artículo 2, por lo que no se puede declarar la ineficacia, además la demandante indicó que su motivación de traslado radica respecto a los ingresos, la variación que podría existir en uno u otro régimen y esto no es óbice para declarar la ineficacia, pues se observa además una falta de diligencia frente a la vinculación de la parte actora.

Manifiesta que no se encuentra conforme con la devolución de sumas, en el entendido que se desconoce con el fallo de primera instancia lo indicado en el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, en lo que refiere a cuales son los valores que se deben retornar, pues en estos casos de ineficacia solo se deben retornar los aportes y rendimientos, pues los otros valores como gastos de administración o comisiones no van a financiar la pensión de la actora, además se desconoce el actuar de PORVENIR S.A. con la buena administración de los aportes, que genero unos rendimientos fruto de esa buena gestión. Por lo que generar una devolución por gastos de administración, comisiones o sumas que no hacen parte del capital de la actora generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES y se olvida que son obligaciones de tracto sucesivo imposible de revertir.

Indica que dichas sumas prescriben, en el entendido que las mismas no financian la mesada pensional y por ende son prescriptibles, por lo que solicita al Tribunal Superior de Medellín revocar la sentencia de primera instancia.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

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

ALEGATOS DE LA DEMANDANTE.

“**PRIMERO.** El juez de primera instancia emitió sentencia estimatoria de pretensiones tras verificar la ausencia de elementos probatorios capaces de acreditar que la AFP PORVENIR S.A., hubiere cumplido con sus especiales deberes profesionales de brindar información amplia, clara, completa, oportuna, suficiente y verás a la señora Claudia Patricia Manzur durante el acto de afiliación o traslado de régimen, motivo por el cual se configuró una lesión injustificable al consentimiento informado y a la libertad

de selección de régimen pensional, derechos que devienen irrenunciables dada su íntima vinculación con el artículo 48 del estatuto constitucional.

SEGUNDO. Tras examinar los medios de convicción documentales y el interrogatorio de parte, no emerge confesión ni hecho alguno capaz de desvirtuar las acuciosas consideraciones que sirvieron de sustento a la sentencia de primera instancia, por el contrario, la misma resulta acorde con la **doctrina probable vinculante** emitida desde vieja data por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral y reiterada recientemente en virtud de sentencias tales como: **SL1108-2022 del 16 de marzo del año 2022**, Radicación 88009, MP Iván Mauricio Lenis Gómez; **SL5280-2021 del 03 de noviembre de 2021**, Radicación 85801, MP Jorge Luis Quirós Alemán y **SL2611-2020 del 01 de julio de 2020**, Radicación 67972, MP Gerardo Botero Zuluaga.

En atención a lo expuesto, comedidamente ruego confirmar la sentencia de primera instancia.”

ALEGATOS PORVENIR S.A.

“DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

En este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en los artículos 1508, 1513, 1515, 1517, y 15241741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez.

De otra parte, si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, que hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo. Si bien menciona que, quedará sin efecto la afiliación, no hace referencia si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y subsiguientes, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes disposiciones legales para resolver un asunto en concreto.

Preciso es mencionar que, el único artículo que refiere a la Ineficacia de pleno derecho de un acto jurídico, es el artículo 897 del Código de Comercio, cuando *“un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.”*

Pese a lo diáfano de las normas, la H. Corte Suprema de Justicia realiza una mixtura para poder resolver las ineficacias de los traslados de régimen pensional, por cuanto acude a normas propias del sistema general de pensiones -artículo 271 de la Ley 100 de 1993- para decir que el acto jurídico de traslado es ineficaz, pese a que nada dice esta norma al respecto- y, para establecer los efectos de esta “ineficacia”, acude a disposiciones del Código Civil, sin igualmente tener en cuenta que este compendio normativo consagra los presupuestos para que se declare la nulidad de un acto o contrato y no la ineficacia del traslado pensional.

En este asunto, **NINGUNO DE ESTOS PRESUPUESTOS LEGALES, SE ALEGARON NI MENOS RESULTARON DEMOSTRADOS EN EL PROCESO**, pues obligatorio es mencionar que el formulario de afiliación suscrito por la parte actora, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es que, la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo.

Ahora, como quiera que se descarta la existencia de un presupuesto para declarar la nulidad absoluta del acto jurídico, como quiera que no contiene objeto o causa ilícita, tampoco el consentimiento de la parte actora estuvo viciado por error, fuerza o dolo, ni suscribió el formulario como incapaz absoluto, de presentarse alguna irregularidad distinta, la misma estaría saneada conforme lo indican los artículos 1742 y 1743 del citado código, esto es, por la ratificación tácita de la parte demandante, al permitir durante todo el tiempo de permanencia en el régimen privado, el descuento del aporte con destino al régimen privado.

Cabe resaltar que, a la parte actora también le asistía el deber de estar informada y cerciorarse sobre los servicios que deseaba contratar o utilizar, luego, tenía la obligación de indagar sobre las características, condiciones generales y restricciones al querer trasladarse de régimen pensional con mi representada PORVENIR S.A., teniendo también la obligación de exigir las explicaciones verbales o escritas necesarias, precisas y suficientes que le posibilitaran la toma de decisiones informadas.

2. DEL DERECHO DE RETRACTO

PORVENIR S.A., como Administradora de Fondo de Pensión, siempre le **GARANTIZÓ** a la parte demandante la posibilidad de retornar al régimen de prima media y además, dispuso los canales de comunicación suficientes para permitirle a la actora conocer las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, referentes al funcionamiento, características y requisitos del régimen de ahorro individual con solidaridad, poniendo de presente las implicaciones de su traslado y los requisitos para pensionarse bajo el régimen de ahorro individual de conformidad con lo establecido en el artículo 64 de la misma Ley, así lo acredita entre otros, la publicación que realizó en el diario el Tiempo el 14 de enero de 2004, como dispuso inicialmente el artículo 3º del Decreto 1161 de 1994, sin que ejerciera esta facultad, lo que debe valorarse como negligencia de su parte.

3. DEL DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA

La señora **CLAUDIA PATRICIA MANZUR CALDERÓN**, luego de recibir la información necesaria y suficiente, que pudo comparar con el conocimiento que tenía del RPMPD, decidió escoger el régimen de ahorro individual, hecho que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación con mi representada, documento que se presume auténtico en los términos del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el párrafo 54 del CPT.

4. DE LA ACREDITACIÓN DEL DEBER DE INFORMACIÓN A CARGO DE PORVENIR S.A.

Aduce el fallador de primer grado que, mi representada, no allegó pruebas del cumplimiento de sus deberes para con la parte actora al momento de la vinculación, esto es entregar información, completa, veraz, cierta y oportuna. Tal inferencia no se ajusta a la realidad procesal, por cuanto mi representada de manera palmaria, cumplió con la carga procesal impuesta -pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba, contrario a lo dispuesto legalmente al respecto-, en la medida que, aportó los documentos que de acuerdo con las normas existentes para el momento en que se celebró el acto jurídico del traslado debía mantener en sus archivos; además, pese a que la parte demandante JAMÁS estuvo en imposibilidad absoluta de retornar al RPMPD, permaneció en el RAIS, lo que sin duda al menos debe valorarse como un indicio serio de querer permanecer en el.

Es por lo anterior, que bajo el mismo criterio señalado por la H. Sala Laboral de la Corte Suprema en los asuntos referidos a la “desafiliación tácita de los afiliados” del sistema que, debe apreciarse en conjunto la “**voluntad del afiliado**”, en estos asuntos en los que permanece en el régimen privado por más de 20 años, sin hacer la más

mínima manifestación de la cual se pudiera entender que quería retornar al RPMPD. Se cita sólo a título de ejemplo la sentencia con Rad. 47236 del 06 de abril de 2016.

5. DE LA IMPOSICIÓN DE CARGAS PROBATORIAS INEXISTENTES

En un Estado Social de Derecho, no es viable jurídicamente imponerle a los administrados, cargas probatorias distintas a las previstas en las leyes existentes para el momento de la ocurrencia de los hechos - en este caso, para cuando sucedió la afiliación de la parte demandante- pues hacerlo, claramente constituye una violación al debido proceso y a la confianza legítima de mí representada, en tanto que actúo amparada por lo señalado en la Ley 100 de 1993, los decretos reglamentarios y en las disposiciones del órgano de vigilancia.

Luego, para cuando se celebró el acto jurídico de vinculación con la demandante, mi representada únicamente debía dejar constancia de la libre escogencia a través del formulario de vinculación, sin que, también tuviera la NECESIDAD de registrar en documentos o a través de testigos o cualquier otro medio de prueba que, le SUMINISTRÓ la INFORMACIÓN NECESARIA Y OBJETIVA acerca de las condiciones, y requisitos para acceder a la pensión de vejez a los futuros afiliados.

Llama la atención que, en el avance jurisprudencial respecto al alcance de la información -ya vamos en que la misma tiene que ser no solo de calidad sino “CALIFICADA”-, como lo indica la Sala de Casación Laboral en la sentencia **SL1637-2022 Radicación n.º 89208** del once

(11) de mayo de dos mil veintidós (2022), cuando expuso: “

*“Así las cosas, el entendimiento de la Corte respecto del tipo o clase de información Con la cual se cumplía el mentado deber, **se acompasa con la dinámica legislativa y reglamentaria que siempre quiso poner en cabeza de las administradoras de pensiones tal previsión, la de brindar información**, no de cualquier calidad sino calificada, dada la complejidad técnica del tema y las incidencias que una decisión de ese calibre podría llegar a tener en la vida de un trabajador.”* Negrillas y subrayado fuera de texto.

Entonces, en forma palmaria se le imponen a las AFP cargas inexistentes, pues la misma Corte en la providencia referida, establece que, el **querer** -eventual, futuro, en ciente- de las leyes fue colocar en “cabeza de las administradoras” el deber de información; es decir, para el momento de la celebración de los actos jurídicos de traslado pensional NO EXISTÍA la obligación de suministrar la información con el alcance que se despliega en la jurisprudencia, esto es que, el afiliado comprenda –se

le traslada también a las AFP la responsabilidad del **acto personal** de lo entendido- un tema que, ni siquiera versados en materia laboral logran abarcar, dada la complejidad técnica del asunto, como lo acepta la misma Corporación en el citada decisión.

6. DEL DEBER DE REALIZAR ANÁLISIS CRÍTICO Y EN CONJUNTO DE LAS PRUEBAS EN CADA CASO

La primera instancia, sin realizar el análisis en conjunto y crítico de estas pruebas como lo ordena el artículo 60 del C.P.T y S.S., el juzgador de primera instancia declaró la nulidad y/o ineficacia de traslado de RPM al RAIS efectuada por la AFP, sin consideración a las normas antes referidas del ordenamiento civil, relacionadas con la validez de los negocios jurídicos a las cuales debemos acudir por ausencia de reglas legales en materia laboral-, desconocimiento que, *«Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales»*, como lo señala el artículo 1602 del Código Civil y, están llamados a producir consecuencias respecto de quienes los celebran, reglas básicas de la teoría de las obligaciones.

7. DE LA DIFERENCIA LEGAL DE LA INEFICACIA Y LA NULIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS Y SUS EFECTOS.

De la mayor relevancia es, no confundir la ineficacia de un acto jurídico con la nulidad absoluta, como de manera general se hace, en la medida que: *“Bajo el concepto de ineficacia en sentido amplio suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad.”*

Luego, ***“la ineficacia en sentido estricto se presenta en aquellos casos en los cuales la ley, por razones de diferente naturaleza, ha previsto que el acto no debe producir efectos de ninguna naturaleza sin que sea necesario la existencia de una declaración judicial en ese sentido”.***

Ahora, en el caso hipotético de considerar que el negocio jurídico celebrado entre las partes no tuvo validez, no puede olvidarse que, el artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993, menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen, esto es “el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos (...)”, lo que impide que legalmente se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes a las referidas en esta norma.

8. DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA H. SALA LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SOBRE LA INEXISTENCIA DEL ACTO JURÍDICO DE TRASLADO PENSIONAL

En forma reiterada la Sala de Casación Laboral ha explicado que, los efectos de declarar la ineficacia del traslado pensional –se insiste no existe norma que prevea tal situación, ya que lo más aproximado es la ineficacia de la afiliación con las sanciones administrativas que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993-, es hacer la ficción de que el acto jurídico de traslado jamás existió.

De manera que, una construcción lógica y congruente es que, si el acto jurídico del traslado no existió porque el afiliado JAMÁS dejó de pertenecer al RPMPD, se debe ordenar en esta clase de procesos, la devolución de los aportes con los rendimientos que ese sistema le produciría al afiliado, pues entenderlo de otra manera es contrariar nuevamente lo dispuesto en las normas referentes a los efectos de la ineficacia de los actos jurídicos.

Basta leer apartes de la mentada sentencia SL1637-2022 Radicación n.º 89208, en cuanto a que se “*activa la afiliación*”, para concluir razonablemente que, se traslada el valor de los aportes con los rendimientos que se hubieran causado en el RPMPD. Así lo manifestó:

*“Importa resaltar que la fuente constitucional para tales declaratorias, cuando ellas sean procedentes, resulta ser el artículo 48 de la CP que garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social, y las órdenes emitidas frente a Colpensiones en el sentido de activar la afiliación, percibir las sumas trasladadas por la AFP y tener por vinculado **al afiliado como si nunca se hubiese separado del RPM, (...)**”* Negrillas fuera de texto.

Y lo expuesto en la decisión CSJ SL2877-2020:

“(...) “Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el Juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tael sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.”

9. DE LA BUENA O MALA FE DE LAS PARTES EN LAS RESTITUCIONES MUTUAS

De acuerdo con el artículo 1746, “(...) *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo*”. Subrayado fuera de texto.

Ahora, el artículo 964 del Código Civil, que aplica para todos los casos en los que hay que restituir frutos, “*El poseedor de mala fe es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder.*” La Sala de Casación Civil, al respecto expuso:

“(…) La Sala, en relación con el artículo 964 del Código Civil, ha observado que dicha norma “*establece una excepción a la regla general desarrollada en el artículo 716 ibídem, pues hace dueño al poseedor de buena fe de los frutos que haya percibido con anterioridad al enteramiento de la demanda, momento hasta el cual puede atribuírsele dicha condición -la de poseedor de buena fe-, pues a partir de allí, en el supuesto de ser vencido en el proceso, se le dará el mismo tratamiento establecido para el poseedor de mala fe y, por lo mismo, estará obligado a la restitución de la totalidad de los frutos que perciba*” (Cas. Civ., sentencia de 16 de septiembre de 2011, expediente No. 19001-3103-003-2005-00058-01; se subraya). No sobra destacar que esta posición de la jurisprudencia que ha sido constante (...)”

Y luego agregó:

“*Es patente, entonces, que el Tribunal erró en la interpretación del artículo 1746 del Código Civil y que, como consecuencia de tal yerro, no hizo actuar el artículo 964 ibídem, pues de no haber cometido tales desatinos, habría colegido que el aquí demandado, al ser poseedor de buena fe, como esa misma Corporación lo calificó en su propio fallo, apreciación fáctica que al no estar comprendida en la acusación no puede ser revisada por la Corte, estaba obligado a restituir únicamente los frutos percibidos con posterioridad a la notificación del auto admisorio de la demanda, porque sólo a partir de este momento quedaba sometido al régimen que para los poseedores de mala fe prevé el segundo de tales preceptos.*”

Luego, en atención al principio de la congruencia de la sentencia – artículo 281 del C.G.P-, al no haberse discutido y menos probado la mala fe de PORVENIR S.A. en la celebración del acto jurídico de traslado, no puede condenarse a mi representada a “restituir a favor del afiliado y por ende de un tercero como es COLPENSIONES”, los rendimientos financieros que logró mi representada por la gestión que adelantó en la administración de los aportes en el RAIS.

Tampoco se debe ordenar la devolución de las primas de seguros por cuanto el afiliado SIEMPRE estuvo protegido en las contingencias que ellas amparan. Imponer esta obligación es tanto como exigirle a cualquier compañía de seguros que, si no se presenta el siniestro amparado, debe devolver, trasladar, reintegrar el valor de la póliza pagada.

Un argumento de la mayor relevancia para no acceder a las pretensiones de la parte demandante, es lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, al estudiar la exequibilidad de la Ley 797 de 2003, en cuanto a que “(...) *el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidos en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizaciones.*”

Por las anteriores consideraciones, respetuosamente se solicita al **H. Tribunal Superior de Medellín – Sala Laboral**, analizar las circunstancias particulares de este proceso que exhiben con suficiencia que en el acto jurídico celebrado entre las partes **produjo los efectos jurídicos que las partes pretendían.**

En el evento de considerar que el “la falta al deber de información” constituye una causal estructural para que el traslado de régimen pensional no produzca efectos jurídicos, en aplicación del principio de la congruencia de los fallos judiciales, no se puede ordenar la devolución de los rendimientos financiero que los aportes de la parte demandante produjeron en el RAIS por cuando no se alegó ni menos probó la mala fe de mi presentada, por lo que solo se deberá trasladar a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los rendimientos

equivalentes del RISS (tasa anual efectiva de la rentabilidad acumulada de las reservas pensionales de Vejez, Invalidez y Sobrevivencia administradas por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

Si, por el contrario, la decisión del Tribunal es que se debe reintegrar la totalidad de los rendimientos, comedidamente solicitamos AUTORIZAR a PORVENIR S.A., a descontar de tal concepto las restituciones mutuas a que haya lugar, como quiera que, la AFP realizó una gestión a favor del afiliado que le generó los referidos rendimientos, representados en:

i) El reintegro del porcentaje equivalente al 3% de la cotización mensual realizada al Sistema General de Pensiones por concepto de los gastos de administración (artículo 20 de la Ley 797 de 2003), durante el periodo en el que el afiliado estuvo vinculado a Porvenir;

ii) A pagar el valor que corresponda al costo de tener una persona afiliada a la AFP y generar los rendimientos obtenidos.

Al declarar la ineficacia del traslado pensional, el valor a trasladar correspondería a los intereses que la persona hubiese obtenido en el régimen de prima media, esto es, *el monto de los aportes + rentabilidad RISS (Colpensiones)*, por cuanto de acuerdo con el precedente judicial, la ineficacia implica retrotraer las cosas a su estado anterior como si nunca hubiese existido y, en aplicación del principio de inescindibilidad de las normas, la condena debería guardar consonancia con este principio.

Ahora, de condenarse a trasladar los aportes con los rendimientos del RAIS, esto es, *el monto de los aportes + rentabilidad Multifondos (RAIS)*, debe aplicarse la figura de las restituciones mutuas, para que, en este asunto a PORVENIR S.A., no se le condene a devolver los gastos de administración y de seguros.

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

Si el honorable Tribunal ratifica que la ineficacia del traslado fue ocasionada por la conducta indebida de la AFP, esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, es decir, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya sea por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, o por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales deben ser asumidos por la administradora a cargo de su propio patrimonio.

Es por ello que, de declararse la ineficacia, se debe ordenar a la AFP del “RAIS” que la devolución de los aportes comprenda la totalidad del aporte realizado en favor de la parte demandante, incluidos los destinados al pago administración de la cuenta, al pago de primas de seguros previsionales para invalidez, muerte y a financiar el fondo de solidaridad pensional, debidamente indexados, lo anterior sustentado en las sentencias: **SL 1.688 –2019, SL 2877 del 29 de julio de 2020 y SL 17-595 del 18 de octubre de 2017**: ha sostenido: “La administradora de pensiones del régimen de ahorro individual tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor que fue anulada, con todos sus intereses y rendimientos que se hubieren causado.

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

Primeramente, es necesario manifestar que el traslado o afiliación a los distintos regímenes pensionales la establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, disponiéndose además en los Arts. 60 y 114 de esta ley, como en los arts. 10, 12 y 15 del Decreto 720 de 1994 vigente para la época del traslado 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 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 la accionante, estando afiliada al régimen pensional de prima media administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, según historia laboral aportada por COLPENSIONES que milita a folios 77 a 79 del expediente (Documento 04 del expediente digital), se afilió a la administradora del RAIS COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. el 25 de octubre de 1996 como se advierte del formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 17 y 131 del expediente (Documento 01 y 05 del expediente digital).

De otra parte, si bien la demandante no es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues no contaba para el 1º de abril de 1994 con 35 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la AFP PORVENIR S.A. en el año 1996 estuviera en la obligación de suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; sobre todo **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué dependería su monto en el RAIS.**

Sobre el deber de información antes citado, escuchado el interrogatorio de parte que fue absuelto por la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:01:05 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento (documento 17 del expediente digital), no se advierte que ésta haya confesado que la AFP PORVENIR S.A. le hubiere brindado toda la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su afiliación al RAIS, pues no expresa que 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, conforme lo ha señalado de vieja data la SCL de la CSJ, para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción pre impresa sobre que el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que el traslado se realizó con pleno conocimiento informado, lo cual no probó la AFP PORVENIR S.A., siendo su carga como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada, por lo que habrá de confirmarse en esta instancia la decisión del *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por la demandante en el año 1994 cuando se trasladó del RPM administrado por el extinto ISS a la AFP PORVENIR S.A.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES la orden de la juez no presenta la debida precisión, toda vez que no hace mención a la restitución del porcentaje del, reaseguro Fogafín, por lo que 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, pues, al declararse la ineficacia del acto de traslado, **ningún efecto jurídico puede derivarse de este**, como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019., y por tal razón la sentencia de la *a quo*, debe ser precisada en este sentido, pues contrario a lo manifestado por la apoderada de PORVENIR S.A. en su recurso de alzada al declararse la ineficacia del acto de traslado, **ningún efecto jurídico puede derivarse de este** y por tanto, deben reintegrarse a COLPENSIONES, la totalidad de las sumas que hubiese recibido la AFP demandada como cotización de la demandante, como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

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

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

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

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

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

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

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

En lo concerniente al argumento de PORVENIR S.A. en sus alegatos, que el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 menciona cuáles son los dineros que deben ser trasladado cuando existe un cambio de régimen pensional, esto es el saldo de la cuenta de ahorro individual incluidos sus rendimientos, tal norma legal lo que regula es las devoluciones de cotizaciones en los casos de definición de traslado voluntario de régimen pensional, que no puede ser aplicada a este caso, en el que se define es la ineficacia del traslado al RAIS, por falta de la debida asesoría por parte de las AFP.

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

Ahora, respecto de la devolución a COLPENSIONES de los bonos pensionales, es necesario indicar que en lo concerniente al bono pensional que eventualmente pudiera haberse pagado a favor del actor, tal decisión resulta desacertada, al menos en lo atinente al bono pensiona tipo A, toda vez que al ser ineficaz la afiliación del demandante al RAIS, no se origina el derecho a bono pensional tipo A, y por tal razón, en el hipotético caso que el referido bono hubiese sido pagado de manera anticipada al actor, lo cual no se encuentra acreditado en el plenario, se debe efectuar la devolución al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y no a COLPENSIONES, por lo que tal orden será precisada.

Finalmente, en cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN formulada por las demandadas al dar respuesta a la demanda, se tiene que, bajo la óptica jurisprudencial de la ineficacia del traslado de régimen introducido por la SCL de la CSJ, al concluirse que el acto jurídico de traslado de régimen nunca nació a la vida jurídica, no es procedente aplicar la prescripción, conforme puntualmente lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL1689-2019, proferida el 8 de mayo de 2019.

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.

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

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

7. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 2 de mayo de 2022 proferida por el JUZGADO VEINTICUATRO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **CLAUDIA PATRICIA MANZUR CALDERÓN**, contra **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, **PRECISANDO** 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,

En el evento que se hubiese pagado bono pensional tipo A, a favor de la demandante, la devolución del importe del mismo, debe efectuarse al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y no a COLPENSIONES.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. Como agencias en derecho se fija 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: **37c0af0a013871892e58caaa77d52aac134578a87df6564766ba1d94e795239a**

Documento generado en 31/03/2023 02:20:08 PM

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