

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El trece (13) de abril de dos mil veintitrés (2023), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, procede a proferir sentencia de segunda instancia, en el presente proceso ordinario laboral promovido por el señor **ROBERTO BABILONIA OLIVO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A) tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-015-2019-00807-01.

AUTO

De conformidad con el memorial de sustitución de poder, allegado vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por parte de la sociedad RST ASOCIADOS PROJECT S.A.S. quien representa judicialmente los intereses de Colpensiones en este proceso, se procede a reconocer personería a la abogada LILIAN CHAVEZ ORTEGA portadora de la T.P. 303.709 del C. S. de la Judicatura, para que represente a COLPENSIONES en este proceso como apoderada sustituta. En igual sentido y de conformidad con el memorial de sustitución de poder, allegado vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por parte de la sociedad GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S quien representa judicialmente los intereses de PORVENIR S.A. en este proceso, se procede a reconocer personería al abogado OCTAVIO ANDRES CASTILLO OCAMPO portador de la T.P. 380.131 del C. S. de la Judicatura, para que represente a PORVENIR S.A. en este proceso como apoderado sustituto.

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

1. ANTECEDENTES:

El demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare la nulidad e 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 el actor, que se afilío al ISS el 30 de septiembre de 1973, y que, en el mes de junio del año 2001, se trasladó al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A., debido a los múltiples beneficios que el asesor de dicho fondo en su momento le indicó, como la posibilidad de pensionarse anticipadamente, y de reclamar los aportes mediante acción hereditaria y otras ventajas que superaban lo ofrecido en el RPM.

Señala que siempre desconoció las condiciones de su afiliación, en razón a que de parte del fondo privado jamás recibió la información suficiente para elegir el fondo más conveniente según sus condiciones personales y laborales.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La *a quo* despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado del demandante al RAIS y ordenando en consecuencia a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES el valor de la cuenta de ahorro individual del demandante, sin incluir otros conceptos ni cuotas de administración.

Frente a los gastos de administración manifiesta que por razones de proporcionalidad no hay lugar a la devolución de las cuotas de administración, como tampoco a la indexación porque son medidas excesivas y que de una u otra manera pueden impactar la solidaridad del sistema pensional.

Seguidamente condenó a COLPENSIONES activar la afiliación del actor al RPM y a recibir el saldo existente en su cuenta de ahorro individual.

Para fulminar condena, la *a quo* argumentó que la Corte Suprema de Justicia tiene fijada una línea jurisprudencial sobre el tema de la afiliación a un régimen pensional que se sintetiza en la obligación de brindar una información completa, suficiente, idónea y comprensible sobre las características de los regímenes pensionales, determinando e informando la conveniencia e inconveniencia de uno y otro régimen, y la inversión de la carga de la prueba de la información brindada en cabeza de la AFP.

Luego, señaló que en el proceso no se probó por parte de la AFP que, al momento de la afiliación del demandante, hayan 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 ello 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 frente a la excepción de prescripción que la misma no tiene vocación de prosperar porque la acción de traslado de régimen pensional está estrechamente ligada con la causación, requisitos y valor de la pensión, y por ello es predicable la imprescriptibilidad de la acción. Condenó en costas a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES en favor del demandante.

3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN:

La sentencia fue apelada por los apoderados del DEMANDANTE y de COLPENSIONES.

APELACIÓN DEL DEMANDANTE.

El apoderado del acto interpone recurso de apelación de manera parcial contra el fallo de primera instancia manifestando no estar de acuerdo con el no pago de los demás conceptos, indicando que las sentencias del año 2019 hicieron suficiente claridad y en este mismo sentido también se manifestaron las sentencias proferidas por la CSJ en el año 2020, en las cuales se estableció, que en todo caso se debe devolver al ciudadano todos los aportes, todos los rendimientos financieros que se hayan producido en la cuenta de ahorro individual y adicional a ello las comisiones por administración, es decir, que ya hay una línea jurisprudencial frente a ello, contrario al criterio de la juez de primera instancia.

Solicita al Tribunal, que en el sentido de acatar el lineamiento de la CSJ ordene además de lo enunciado por la juez de primera instancia la devolución de los conceptos adicionales a los cuales el demandante tiene derecho.

APELACIÓN DE COLPENSIONES.

El apoderado de COLPENSIONES interpone recurso de apelación indicando que según lo estipulado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el Decreto 663 de 1993 y la abundante jurisprudencia proferida por la CSJ era responsabilidad de los fondos privados desde su fundación brindar una asesoría necesaria y transparente, antes de que un afiliado decidiera trasladarse de régimen pensional.

Señala que en el proceso de referencia se demostró que el fondo privado fue quien omitió los deberes regulados en la normatividad, dicha omisión tiene como consecuencia jurídica la declaratoria de la ineficacia del traslado, por lo que de acuerdo con la línea jurisprudencial y normativa, se puede afirmar que la declaratoria de ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS implica privar de todo efecto práctico el traslado, bajo la ficción jurídica de que aquel nunca se trasladó al RAIS, es decir que siempre estuvo afiliado al RPM sin solución de continuidad, con la obligación a cargo del fondo privado de trasladar a COLPENSIONES no solo las cotizaciones de conformidad con lo prescrito en el artículo 20 inciso 1 de la Ley 100 de 1993, si no también todas las cuotas de administración que consagra el inciso 2 del mismo artículo, el cual hace referencia a la distribución de los porcentajes de cotización de los afiliados, pues el porcentaje que el fondo privado maneja como cuotas de administración sale directamente de los dineros aportados por el demandante como cotizaciones al régimen.

Manifiesta que el 3% del IBC era el destinado a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguro de Fogafin y las primas de invalidez y sobrevivientes, resalta que antes de la expedición de la Ley 797 de 2003 y de conformidad con el artículo 1 de la Resolución 2549 de 1994, la cuota de administración en favor de dichas entidades era del 3.5%.

Aduce que en virtud del principio de sostenibilidad financiera del sistema y en aras de evitar un detrimento patrimonial a COLPENSIONES, se le debe ordenar al fondo privado devolver la cuota de administración definida por el Decreto reglamentario 659 de 1994 en su artículo 39, como aquella que constituye ingresos de las sociedades que administran fondo de pensiones, lo anterior concordado con el literal f del artículo 60 de Ley 100 de 1993, el cual consagra que el patrimonio de las entidades administradoras garantiza el pago de la rentabilidad mínima del que trata el literal anterior, es decir que no hay duda de que las cuotas de administración que cobran las administradoras de RAIS con solidaridad corresponden a ingresos que le permiten a dichos fondos generar o fortalecer su patrimonio, todo ello en virtud de la afiliación

obligatoria al Sistema General de Pensiones efectuado por el cotizante, de ahí que al declararse la ineficacia del traslado, en virtud de una afectación a la selección libre y voluntaria de régimen pensional, estos dineros conjuntamente con sus rendimientos generan un enriquecimiento sin justa causa a favor de PORVENIR S.A. en desmedro de COLPENSIONES.

Expresa que sustenta la afiliación en la jurisprudencia proferida en la SL de la CSJ, en sentencia 17595 de 2017, donde rememoró un pronunciamiento de la CSJ del 08 septiembre de 2008, por lo anterior solicita al Tribunal que en efecto se revoque la decisión en tal sentido, y se ordene la devolución de todos y cada uno de los dineros mencionados a COLPENSIONES, en igual sentido solicita que también se revoque la decisión frente a la condena en costa impuesta a COLPENSIONES.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

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

ALEGATOS DE PORVENIR S.A.

Teniendo en cuenta que la juez de primera instancia declaró la ineficacia del traslado, produciendo como efecto jurídico que las cosas vuelvan al estado anterior, y que se entienda que el demandante nunca estuvo en el R.A.I.S, solicita que se confirme el traslado de valores en los términos del numeral “SEGUNDO” de la sentencia, y no adicionar el traslado de los descuentos legales realizados a los aportes del demandante, esto por los siguientes argumentos:

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

En el presente caso, es claro que dichos descuentos, han cumplido plenamente con su cometido y no se encuentran en el patrimonio de la AFP, pues se han destinado a cubrir los gastos en que se incurrió, para la generación de frutos o rendimientos que hoy se ven de manera positiva en la cuenta del afiliado y el cubrimiento de los riesgos

de invalidez y muerte que se han venido disfrutando hasta la actualidad, y que no pueden retrotraerse pues la cobertura y el servicio ya se ha prestado, y este último no es posible devolverlo o retrotraerlo al afiliado.

1.2. 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.

1.3. 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.

1.4. Atendiendo a que el fallo emitido por la juez de primera instancia se condena al traslado de los rendimientos que genero la cuenta de ahorro individual de la parte actora, y que los efectos jurídicos que se causan tras la declaratoria de ineficacia son los propios del concepto de las restituciones mutuas, es en ese sentido que, no es posible adicionar a la condena una indexación de los valores ordenados a trasladar, pues dado que dicho detrimento que sufre el valor económico de los aportes que se busca reponer con la indexación, se resarciría con el traslado de los rendimientos, por lo que adicionar una indexación, sobre el traslado de uno eventuales descuentos, se estaría imponiendo una condena doble en contra de mi representada y en un enriquecimiento sin justa causa sobre COLPENSIONES.

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

Sobre los aspectos probatorios y el debido proceso.

Negaciones indefinidas.

Sobre lo concerniente a que lo dispuesto en el escrito introductorio se trata de negaciones indefinidas, no se comparte, debido a que las expuestas en la demanda no tienen tal carácter, pues de acuerdo como se encuentran formulados los hechos, corresponden a negaciones definidas, toda vez que "... tienen por objeto hechos concretos, limitados en tiempo y lugar, que presuponen la existencia de otro hecho de igual naturaleza, el cual resulta afirmado implícita o indirectamente...". Siendo ello así, no se altera la carga de la prueba, ni se desplaza a la orilla del demandado, puesto que quien pretende valerse de negaciones indefinidas, debe encontrarse en una situación de imposibilidad demostrativa y no ante una mera dificultad.

De acuerdo con lo precedente, era menester que la parte demandante ejerciera el despliegue probatorio atinente a demostrar insuficiencia en la información por parte de la AFP, aspecto que en modo alguno logra satisfacerse únicamente con la declaración de parte, lo que deriva en la asunción del riesgo de no haber probado, que se traduce en desestimar las pretensiones.

Y es que la inercia probatoria no debe privilegiarse bajo el argumento de que cualquier manifestación concerniente a no haber recibido información corresponde a negación indefinida, de una parte, porque en estrictez no es así, ya que de acuerdo como se expuso en párrafos precedentes, se trata de hechos concretos, limitados en el tiempo, modo y lugar, elementos que además se encuentran documentados en el formulario de afiliación; de otra, porque es al juez, con apego en la autonomía judicial y salvaguardando el derecho a la prueba de los sujetos procesales, a quien en cada caso concreto le corresponde verificar la imposibilidad de las partes para acreditar su propuesta demandatoria.

Obsérvese que el afiliado de la seguridad social no se halla ante una imposibilidad probatoria, porque la experiencia ha enseñado que en los juicios en los que se ha deprecado ineficacia de traslado de régimen pensional, con antelación al año 2019, los demandantes acudían con testigos o hacían sus esfuerzos probatorios en aras de satisfacer la carga que les correspondía, y, aun así, en forma mayoritaria, obtenían el pretendido traslado; luego, no se trata de hechos imposibles.

Interpretación para la aplicación del artículo 1604 del Código Civil.

Como se ha dejado expuesto en precedencia y de acuerdo con la jurisprudencia relacionada, se colige que en el caso particular las manifestaciones de la parte actora no configuran negaciones indefinidas, lo que imposibilita pasar a hacer un análisis de lo dispuesto en el artículo 1604 del CC, puesto que, a juicio de este apoderado, en esta disposición no se consagra una presunción de culpa, sino que se hace necesario

la demostración de que el deudor ha incumplido, para que ya, con un propósito liberatorio, el demandado intente acreditar la diligencia y cuidado, el caso fortuito o la fuerza mayor. Es decir, primero el demandante debe probar que hubo un incumplimiento del deber legal por parte de la AFP, para que la carga de la prueba se desplace hacia la orilla del demandado, aspecto que como viene de manifestarse, no ocurrió, por lo que corresponde al juzgador acudir a las reglas que regulan la carga estática de la prueba.

Establecimiento de estándar probatorio y disminución del peso demostrativo del formulario de afiliación.

Se considera que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al establecer como regla general cuál debe ser el contenido mínimo de la información, según la época en que se haya producido el traslado entre regímenes pensionales, se arroga una función que no le es correspondiente, puesto que "...al legislador, mediante norma general y abstracta, le compete establecer el estándar de prueba «en atención a los valores en juego en cada tipo de proceso»", así, como, por ejemplo, en derecho penal, que para que haya condena se requiere de conocimiento más allá de duda razonable, elemento que se encuentra regulado (Ley 906 de 2004. Art. 381).

Para el caso que nos convoca, se observa que el legislador no definió exactamente el estándar de prueba para el proceso laboral, lo que implica que es al juez, en cada caso concreto, con base en los medios de prueba regular y oportunamente allegados a la causa judicial, a quien le pertenece, en el ejercicio de su autonomía, la valoración de la prueba y deducir si una proposición fáctica se encuentra probada, según los artículos 60 y 61 del CPT y SS y 164 y 176 CGP, por lo que considero que no le es debido a la Corte fijar en forma estandarizada el baremo, nivel o intensidad que se debe satisfacer por los llamados ajuicio en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen pensional.

En este orden, el acogimiento expreso o tácito de las etapas determinadas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, atinentes a establecer el contenido mínimo y alcance del deber de información, deriva en la asunción por parte del juzgador para definir el caso concreto, en pautas que determinan prácticamente el establecimiento de un estándar probatorio que resulta imposible, debido a que el modelo fijado por la alta corporación se torna inalcanzable, en la práctica, irrealizable, porque, el aumento del estándar probatorio, esto es, el alto nivel o intensidad de la información que según el órgano de cierre se debe alcanzar por quien edifica su defensa en haber suministrado información debida, aunado a la disminución del valor demostrativo del formulario de afiliación, que cumple con los requisitos legales de la

época y que a lo sumo es con lo que cuentan las AFP, deja sin opciones de defensa a las entidades demandadas, puesto que se produce un desbalance en las cargas probatorias, que deriva, ahí sí, en imposibilidad demostrativa para el extremo pasivo, con el agravante de que queda a merced de lo que el actor a bien tenga decir.

En mi sentir, la Corte petrifica una regla mediante la cual se concluye que el formulario de afiliación acredita un consentimiento, pero no informado, lo que prácticamente hace que por vía jurisprudencial se determine en forma previa el peso probatorio del documento, puesto que lo convierte en una prueba legal, tasada o tarifada. Siendo ello así, el órgano de cierre asume una competencia que no le es propia, toda vez que la determinación del valor anticipado de una prueba le corresponde al legislador, en modo alguno al juzgador.

Conclusión

Entonces, de acuerdo como lo ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, se establecen reglas tales como que 1) las manifestaciones del afiliado en lo atinente a no haber recibido información constituyen negaciones indefinidas, 2) lo que conlleva a que se desplace la carga probatoria hacia los fondos privados a quienes se les exige la satisfacción de su deber legal en los términos del artículo 1604 de CC, 3) fija unas etapas dependiendo de la época, en la cual se establece el contenido mínimo y alcance del deber de información, y por último, 4) reduce el valor del formulario de afiliación, aseverando que no es prueba suficiente y que a lo sumo lo que se demuestra es un consentimiento, pero no informado.

Como lo expuso el magistrado Rigoberto Echeverri Bueno en aclaración de voto en la sentencia SL 1452-2019 “Contrario a ello, estimo prudente que se analicen las condiciones particulares de cada caso y que no se establezcan o reivindiquen reglas generales y automáticas, que minan la estabilidad del sistema pensional y desconocen principios fundamentales como la autonomía de la voluntad del afiliado y la libre escogencia de régimen.” A lo que le adiciono que además desequilibran las cargas procesales con sacrificio del derecho fundamental a la prueba, se invade la autonomía judicial y convierte los juicios de ineficacia de traslado de régimen pensional, en traslados automáticos ante la administración de justicia.

Por tanto, la aplicación en forma irrestricta de las reglas generales que ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para los casos en los que se deprecia ineficacia de traslado de régimen pensional, genera un desequilibrio procesal, que tiene como resultado un grave impacto en el ejercicio del de derecho de

defensa, pues deja sin opciones probatorias a la parte pasiva, lo que se traduce en transgresión al debido proceso.

En este contexto, comedidamente se llama la atención del juzgador, para que en aras de garantizar el balance probatorio y con ello el debido proceso, acuda estrictamente a las reglas de la carga de la prueba para definir el caso concreto.

Sobre periodos mínimos de carencia y sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones.

La ley 100 de 1993, incorporó dos regímenes pensionales que confluyen, pero son excluyentes entre sí; se trata del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, ambos con marcadas diferencias, pero ajustados al texto constitucional.

La citada ley, en su artículo 13, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, dispone sobre la libertad de elección de regímenes por parte de quienes deben ser afiliados al sistema general de pensiones, delimitando como parte de las características que “b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.” a la par que del literal e del mismo artículo se desprende que “... Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez ...”

En sentencia C - 1024 de 2004, la Corte Constitucional, al referirse sobre la constitucionalidad de la norma que limita el traslado de régimen pensional, cuando al afiliado le faltan diez años o menos para arribar a la edad mínima pensional, expuso:

“La medida prevista en la norma acusada, conforme a la cual el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, resulta razonable y proporcional, a partir de la existencia de un objetivo adecuado y necesario, cuya validez constitucional no admite duda alguna. En efecto, el objetivo perseguido por la disposición demandada

consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, y simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues se aparta del valor material de la justicia, que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros. La validez de dicha herramienta legal se encuentra en la imperiosa necesidad de asegurar la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social en materia pensional a todos los habitantes del territorio colombiano, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia (C.P. art. 48). Así mismo, el objetivo de la norma se adecua al logro de un fin constitucional válido, pues permite asegurar la intangibilidad de los recursos pensionales en ambos regímenes, cuando se aproxima la edad para obtener el reconocimiento del derecho irrenunciable a la pensión, en beneficio de la estabilidad y sostenibilidad del sistema pensional.”

De acuerdo con los motivos de la Corte Constitucional en torno a la razonabilidad y proporcionalidad de la medida limitante adoptada por el legislador de 2003, se concluye que la disposición analizada se ajusta al texto superior, esto es, que el periodo de carencia o permanencia mínima en un determinado régimen, con antelación al cumplimiento de la edad mínima pensional, es constitucional.

Se aprecia en el presente caso que el traslado por vía judicial se pretende habiendo cercanía a la edad mínima pensional, deduciéndose de acuerdo con las reglas de la sana crítica, específicamente las de la experiencia, que la finalidad de la parte actora es la búsqueda del reconocimiento de una prestación por vejez en el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, encontrándose que por largo tiempo no ha habido aportes al régimen pensional público, esto es, no se han realizado las cotizaciones que permitan la consolidación y proyección de un cálculo actuarial dentro del periodo mínimo de carencia establecido por el legislador, para efectos del reconocimiento pensional, lo que a la postre transgrede parte del objetivo de la norma analizada por la alta corte (Ley 797 de 2003, artículo 2.), puesto que se pone en riesgo la capitalización del sistema y la intangibilidad de los recursos públicos, debido a que es inminente el deber de reconocimiento pensional al afiliado, ante el regreso de este al régimen público, toda vez que la administradora pensional, además, deberá reconocer un subsidio que no se encontraba dentro de sus proyecciones, situación que produce un desequilibrio en el sistema pensional, con perjuicios para Colpensiones, siendo esta una causa para negar el traslado de régimen pensional.

Por otra parte, ya en lo atinente al acto jurídico de traslado de régimen pensional, se debe destacar que sobre este debe imperar el efecto relativo de los contratos (Art. 1602 C.C.), por lo cual, los efectos del negocio jurídico, deben favorecer o perjudicar a las partes que en él intervienen y en el caso particular, la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, no ha tenido injerencia alguna en la decisión adoptada por la parte demandante para efectos de su paso hacia el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, así como para su permanencia, permitiendo, como era su deber, la movilidad en el Sistema General de Pensiones, lo que impide que lo pactado entre la demandante y la Administradora de Fondos de Pensiones, repercuta en contra de Colpensiones.

Ahora bien, en caso de considerarse que en materia de afiliaciones al Sistema General de Pensiones, puede operar una excepción a la relatividad de los contratos, derivada de la sanción que se puede colegir de la Ley 100 de 1993, por causa de quienes eventualmente trasgredan la libertad de afiliación, se debe destacar que en el asunto particular, se trata de una persona plenamente capaz y que del acto de afiliación no se observan vicios del consentimiento que puedan dar al traste con el traslado a la Administradora de Fondos de Pensiones del RAIS, puesto que conforme con la autonomía de la voluntad privada, optó por cambiar de régimen pensional; además, según emerge de los medios de convicción allegados con el escrito de demanda, el traslado se llevó a cabo en consonancia con la normatividad que para afiliaciones ha regido, pues el formulario suscrito se encuentra ajustado a lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, aunado a que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en materia pensional, no contaba con el beneficio del régimen de transición, concluyéndose que para el momento del traslado, no tenía expectativas legítimas o derechos adquiridos, lo que por contera, da cuenta de otra causa que impide su retorno al Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida.

En síntesis, el traslado entre regímenes pensionales encontrándose el afiliado a diez años o menos de la edad mínima pensional, sólo se encuentra autorizado para los beneficiarios del régimen de transición, que accedieron a este por medio del tiempo de servicio o cotizaciones (Corte Constitucional, sentencias C-789 de 2002, SU- 062 de 2010 y SU – 130 de 2013), por lo que la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional de un contingente de personas con características diferentes a las dispuestas por la Corte Constitucional, pone en peligro la sostenibilidad financiera del sistema, a la par que pondría en riesgo el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados (Arts. 48 y 334 de la Constitución Política de Colombia; exposición de motivos del Proyecto de Ley 56 de 2002 Senado, que luego se convirtió

en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003¹² y Corte Constitucional en sentencias C-1024 de 2004 T – 489 de 2010 y SU-062 de 2010).

Salvamento de voto en la sentencia SL3537-2021 Radicación N° 88432

Al momento de proferir la decisión, respetuosamente se solicita tener en consideración los argumentos expuestos por el magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán, en salvamento de voto.

Ahora bien, Reiterando que Colpensiones ha procurado la aplicación minuciosa de la Ley, que ha actuado de buena fe y son las actuaciones de terceros las que motivan la presente litis, es conducente excepcionar la aplicación del artículo 365 del Código General del Proceso, máxime que la entidad debe asumir una defensa técnica respecto de una relación jurídica sustancial de la cual no fue participe.

Una interpretación en tal sentido emitió la Corte Constitucional al evaluar el contenido del artículo 171 del Código Administrativo en la sentencia C 043 de 2014.

De otro lado, deberá tenerse en cuenta que la presente litis tiene lugar fundamentalmente por la actuación de terceros ajenos a la entidad, como son las AFP del RAIS y que, en sentido estricto, Colpensiones no puede resultar vencida en un juicio al que es vinculada necesariamente para soportar las consecuencias de una eventual declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante.

5. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

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

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

6. CONSIDERACIONES:

De conformidad con lo dispuesto el art. 14 de la Ley 1149 de 2007 además de resolverse la apelación del demandante y de COLPENSIONES, se consultará la sentencia en favor de esta última 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 las afiliadas o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. primeramente, con un deber de información necesaria (en vigencia del decreto 663 de 1993), luego de asesoría y buen consejo (en vigencia de la Ley 1328 de 2009 y el decreto 2241 de 2010), y finalmente de doble asesoría (en vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015)

2. La simple constancia del consentimiento informado vertido en el formulario de afiliación, es insuficiente para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acredita un consentimiento, pero no que haya sido informado.
3. La carga de la prueba de demostrar que el afiliado recibió la información debida, veraz y suficiente cuando se afilió, le corresponde a la AFP.
4. El precedente de la CSJ en torno a la ineficacia del traslado no aplica sólo a los casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional, o contar con una expectativa pensional o derecho a la transición del art. 36 de la ley 100 de 1993, sino en todos los casos de incumplimiento del deber de información.

En el presente asunto, está probado, que el actor, estando afiliado al régimen pensional de prima media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, según historia laboral que reposa a folios 37 a 38 del expediente (Documento 01.0 del expediente digital), se afilió a la administradora del RAIS PORVENIR S.A. el 24 de abril de 2001 como se anota en la historia para bono pensional que milita a folio 39 del expediente (Documento 01.0 del expediente digital)

De otra parte, en este caso, si bien el demandante no es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por no contar para el 1º de abril de 1994 con 40 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que PORVENIR S.A. en el año 2001 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 el demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:22:12 del video de la audiencia de conciliación y trámite (documento 12 del expediente), no se advierte que, este haya confesado que al momento de su traslado de régimen se le ilustró sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como lo son las características de uno y otro régimen pensional, los requisitos para acceder a las prestaciones económicas en cada uno de ellos, la forma de liquidación de la mesada pensional en cada régimen, la oportunidad de trasladarse entre regímenes y entre administradoras y los términos para ello, entre otros aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

Ahora, conforme lo señaló la *a quo*, 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, siendo su carga, como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada, por lo que habrá de confirmarse en esta instancia la decisión de la *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por el demandante en el año 2001 cuando se trasladó del RPM administrado en ese momento por ISS hoy COLPENSIONES a la AFP 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 la *a quo*, no se encuentra acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia, y por tal razón, como lo argumentó Colpensiones y la apoderada del Demandante la devolución que debe realizar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES deberá incluir la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro pensional del actor, es decir las cotizaciones allí depositadas con sus rendimientos o intereses, así como los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro de Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole, durante el tiempo que el actor estuvo afiliado a esta AFP, pues 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 demandada como cotización del demandante, como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

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 dla 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 cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Asimismo 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, la que acarrea como consecuencia, además del hecho de generar la declaratoria de ineficacia, que deban asumir con su patrimonio los perjuicios que se ocasionen a los afiliados y las sumas sufragadas a terceros, como lo son las aseguradoras previsionales, ello con base en los artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

Respecto de la afirmación que realiza la apoderada de COLPENSIONES en sus alegatos sobre la imposibilidad legal de traslado de régimen, derivada de la restricción temporal impuesta por el legislador en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modifico el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, cuando le falten al afiliado menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, es palmario que tal

prohibición, se aplica en los casos de traslado voluntario, que no es lo que pretende el demandante, sino la ineficacia de su afiliación inicial al RAIS.

Ahora, en lo concerniente a los argumentos expuestos por la apoderada de COLPENSIONES en su recurso de alzada y en el escrito de alegatos, en el sentido que la declaratoria de ineficacia desconoce el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, se ha de manifestar primeramente, que para efecto de declarar la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, no es jurídicamente viable tener en cuenta el principio antes citado, pues, desde que el actor estuvo afiliado al RPM era beneficiario de las prerrogativas de este régimen pensional, conforme lo disponía la legislación, y por ello no es posible desconocer los derechos que tiene conforme las norma legales vigentes, so pretexto de someterse al principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano, pues a este principio el que se tiene que someter es el legislador al realizar las reformas pensionales, no que el juez para desconocer derechos ya legislados.

Ahora, respecto de la oposición de COLPENSIONES en su apelación, a la condena en costas que se le impuso, en primera instancia, considera la sala, que le asiste razón, en atención a que esta no tuvo ninguna responsabilidad en el traslado de régimen pensional del actor, 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 tal condena será revocada para en su lugar absolver a esa entidad de condena en costas.

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

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

Sin condena en costa por haber prosperado los recursos de apelación de los recurrentes.

7. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal **SEGUNDO** de la sentencia del 03 de febrero de 2021 proferida por el JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **ROBERTO BABILONIA OLIVO** contra **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** en el sentido que PORVENIR S.A., debe devolver a Colpensiones la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro pensional del actor, es decir las cotizaciones allí depositadas con sus rendimientos o intereses, así como los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole.

En lo demás se CONFIRMA la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia de primera instancia en cuanto condenó en costas a COLPENSIONES, para en su lugar absolver a esa entidad de condena en costas.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

La anterior sentencia se notifica a las partes en EDICTO.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

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

Firmado Por:

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

Jaime Alberto Aristizabal Gomez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

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

Código de verificación: **a21643cc9bcd961c8c13910ae82285b7120eba109d1cf2df8886385de1bd2c3d**

Documento generado en 13/04/2023 04:06:53 PM

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