

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El veintiséis (26) de mayo 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 **CARLOS HUMBERTO RIAÑO BENAVIDES** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.), tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-004-2019-00480-01.

AUTO

De conformidad con la sustitución de poder allegada vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por parte de la sociedad **GODOY CÓRDOBA S.A.S.** quien representa judicialmente los intereses de PORVENIR S.A. en este proceso, se procede a reconocer personería al abogado **OCTAVIO ANDRÉS 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.

Igualmente, de conformidad con la sustitución de poder allegada vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por parte de la sociedad **MUÑOZ Y ESCRUCERIA S.A.S** Quien representa judicialmente los intereses de COLPENSIONES en este proceso, se procede a reconocer personería al abogado **JUAN CAMILO POLANÍA MONTOYA**, portador de la T.P. 302.573 del C. S. de la Judicatura, para que represente a COLPENSIONES 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 ineficacia o nulidad de su traslado al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida (en adelante RPM) administrado por Colpensiones.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata el actor que nació el 24 de mayo de 1954, que se afilió al RPM desde el 01 de abril de 1980, y posteriormente con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se trasladó al RAIS por medio de la AFP PORVENIR S.A. en 1995, cuando se vinculó laboralmente con la Universidad de Antioquia en calidad de Docente.

Aduce que la AFP PORVENIR S.A. al momento de la afiliación inicial no le ofreció a través de sus promotores, información suficiente, amplia, veraz y oportuna, que le permitiera, entender las implicaciones que tendría el traslado de régimen, comparativamente las ventajas que tendría de haber permanecido en el régimen de prima media con prestación definida, lo cual lo llevó a un mala decisión financiera o de consumo inadecuada, perjudicial y desfavorable.

Aduce que el 04 de julio de 2019, le solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen, a lo cual COLPENSIONES negó dicho traslado.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El *a quo* despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, **PORVENIR**, quedando incólume su afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida que actualmente se encuentra a cargo de **COLPENSIONES**, entendiéndose que el demandante estuvo afiliado a dicho Régimen de manera permanente y sin solución de continuidad, desde la afiliación inicial.

Seguidamente ordenó a PORVENIR S.A., que proceda a la devolución de todas las sumas que recibió con ocasión del traslado y que integran la cuenta de ahorro individual, aportes y rendimientos financieros, las primas de seguro, los gastos de administración y los valores destinados a la Pensión de Garantía Mínima, deberán ingresar debidamente indexados a COLPENSIONES, dentro de los 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente decisión. COLPENSIONES recibirá a satisfacción y equivalencia estos valores. Los valores correspondientes a gastos de

administración y comisiones, que fueron cobrados durante el lapso de la afiliación por Porvenir, deberán transferirse con cargo a sus propios recursos y de manera indexada, también los valores destinados a la conformación del capital de Pensión de Garantía Mínima.

Igualmente ordenó a COLPENSIONES, que reciba y acepte el traslado que realice PORVENIR de los valores indicados y proceda a reactivar la afiliación del demandante en el Régimen de Prima Media, actualizando su Historia Laboral, incluyendo los aportes y rendimientos, procediendo a brindar todas las garantías propias del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Como medida cautelar indicó el juez que COLPENSIONES no podrá negar el reconocimiento pensional a la demandante aduciendo que no le han llegado los valores del RAIS a su satisfacción y equivalencia.

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

Luego, señaló que en el proceso no se probó por parte de las AFP que, al momento de la afiliación de la demandante, 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 la existencia de un consentimiento suficientemente informado, la suscripción del formulario de afiliación preimpreso, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado.

Finalmente, declaró no probadas las excepciones de fondo o de mérito propuestas por las demandadas, condenando en costas a PORVENIR S.A.

3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN:

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

APELACIÓN DE COLPENSIONES.

La apoderada de COLPENSIONES apela la sentencia parcialmente, solicitándole al Tribunal revocarla en cuanto a la medida cautelar impuesta a COLPENSIONES, argumentando que el fallador refiere que la medida cautelar se hace conforme a la reciente sentencia C-043 de 2021 de la Corte Constitucional que habilita la imposición de las medidas cautelares, donde la Corte refiere el tema a su vez se hace alusión a la medida cautelar en el Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social. En ese sentido nos tendríamos que remitir al art 85ª de dicha norma. En ese sentido lo primero es que al tenor literal de la norma el legislador supone unas condiciones particulares para la imposición de la medida cautelar. Se habla de que debe haber un peligro o unos actos que para el fallador supongan que la parte demandada se pueda insolentar o pueda poner en riesgo el incumplimiento de la obligación dice la norma: “cuando el demandado en juicio oral efectuó actos que el juez estime tendientes a insolentarse o a impedir la efectividad de la sentencia o cuando el juez considere que el demandado se encuentra en graves y serias dificultades para el cumplimiento oportuno de sus obligaciones”.

Lo primero es que nos encontramos en un escenario de una entidad pública, que está muy lejana a esos escenarios que se plantea con la norma. Difícilmente Colpensiones entrará a insolentarse o poner en riesgo el fallo que hoy se dicta en estos dos procesos porque finalmente el juez impone un término perentorio de 30 días para que PORVENIR S.A. traslade los saldos y en ese sentido COLPENSIONES proceda a efectuar las afiliaciones a incorporar en la historia laboral las semanas y resolver los derechos pensionales que posteriormente eleve el demandante.

Colpensiones no puede llegar a encontrarse en el escenario planteado por el artículo 85ª del Código Procesal del Trabajo.

Esta apoderada dista del argumento del juez donde indica que Colpensiones es un fondo público y que en este sentido tiene los dineros o tiene para recoger y pagar las acreencias de los afiliados. Precisamente porque es un fondo público COLPENSIONES está en la obligación de cuidar esos recursos que tiene una destinación específica y es solventar y pagar las prestaciones económicas con las cotizaciones que de manera efectiva han hecho los afiliados que en este momento se encuentran en RPM.

Estaríamos sobreponiendo un interés particular del demandante sobre el interés general, que es precisamente la custodia y la guarda de esos recursos públicos. La

calidad de fondo público de COLPENSIONES merece una especial protección frente a situaciones particulares. A su vez, considero que se está saltando un paso y es que la declaratoria de la ineficacia del traslado debe ser consecuente. Es decir, primero se declara la ineficacia del traslado luego se entrega los saldos a satisfacción de la entidad y posteriormente se entra a reconocer un derecho pensional, derecho pensional que en este momento y en este juicio nunca se discutió.

Eso nos lleva a verificar cual es la idea de la medida cautelar y es que no queden en entredicho el fallo, o que esté en peligro el fallo. En este caso se está imponiendo una medida cautelar diciendo que COLPENSIONES no puede reconocer el derecho pensional diciendo que no le han llegado los saldos, pero en este proceso no se están pidiendo la pensión sino la ineficacia del traslado y consecuentemente COLPENSIONES debe recibir a satisfacción los dineros obrantes en la cuenta de ahorro individual.

Esa medida cautelar no está llamada a operar dada las pretensiones que se invocaron en la demanda y las que el juez entró a resolver.

De otro lado y finalmente en la medida cautelar revisando la sentencia de la Corte Constitucional, la Corporación dice que las medidas cautelares se caracterizan porque a través de ellas el ordenamiento jurídico protege provisionalmente mientras dura el proceso la integridad de un derecho discutido dentro del mismo y como se dijo en el argumento anterior, en este proceso no se están discutiendo el reconocimiento de la pensión sino la declaratoria de la ineficacia del traslado y las consecuentes que ello trae. Tal y como se plantea en los escritos de la demanda, se trata de que las personas retomen el régimen de prima media y se ordene a los privados devolver esos dineros a satisfacción de la entidad porque si no ello implicaría un detrimento al patrimonio público. Las medidas cautelares deben ser preventivas y urgentes, urgencia que en este tipo de procesos brilla por su ausencia.

Por otro lado, la medida cautelar en este tipo de procesos debe ser rogada, el juez de manera oficiosa está imponiendo la medida y el art 85 inciso segundo habla de una solicitud. En estos procesos, no se está elevando ningún tipo de solicitud. Las decisiones del órgano jurisdiccional deben estar orientadas a lo que ordene el art 334 de la Constitución Política, en donde señala que la sostenibilidad financiera debe orientar a las ramas y órganos del poder público, y la imposición de la medida cautelar está desbordando y poniendo en riesgos esos recursos del sistema pensional administrados por COLPENSIONES.

APELACIÓN PORVENIR S.A.

La apoderada de PORVENIR S.A. apela la sentencia argumentando que no comparte la decisión del juez de primera instancia por cuanto el demandante confesó haber recibido asesorías por la cual se le indicó aspectos como que empezó a cotizar en una cuenta de ahorro individual, la generación de ingresos financieros de esos aportes que realizaría, la posibilidad de realizar aportes voluntarios y la posibilidad de tener una pensión anticipada. En todo caso el demandante era consciente del contrato jurídico que se estaba celebrando con el acto de traslado primigenio por lo que sus manifestaciones de voluntad fueron libres y voluntarias y quedo evidenciado en la suscripción del formulario de vinculación, los cuales se recuerdan, que son revisados por Superintendencia Financiera.

Quedo evidenciado que este proceso se inició desde la expectativa económica que tiene el afiliado. En este sentido y declarándose la ineficacia de la afiliación se estaría atentando contra la seguridad jurídica por cuanto como es de amplio conocimiento para el Tribunal. Todos los procesos deben versar en la manera como el fondo falló a su deber de información, no obstante, en este proceso, las pretensiones se basan en que no se cumplen con las expectativas pensionales de los afiliados, aunque mi representada nunca prometió monto de mesada pensional y pese a que las obligaciones que se les impone a las AFP son de medio y no de resultados, pues al inicio de la vinculación no puede asegurarse al potencial afiliado un monto de mesada pensional, pues ello depende de muchos factores.

Por otro lado, también hay que tener en cuenta que el deber de información no es ilimitado puesto que el Legislador también ha puesto cargas a los afiliados tanto en el acto de vinculación como durante todo el tiempo de permanencia en el fondo, por lo cual, aquí lo que se evidenció fue una falta de diligencia por parte de los demandantes. Pues mi representada ha hecho campañas masivas para la educación del consumidor financiero y ha realizado diferentes comunicados de prensa informando cambios normativos como se puede extraer de toda la documentación que se aportó con la contestación de la demanda, teniendo en cuenta lo anterior la validez de la afiliación.

No obstante si los magistrados decidieran dejar en firme esta decisión de ineficacia, se solicita que se revoque la condena consistente en trasladar a COLPENSIONES los dineros recibidos por conceptos de cuotas de administración, seguros provisionales y los aportes al Fondo de Pensión de Garantía Mínima que se decretaron en la sentencia, pues se recuerda que las sumas de estos gastos de administración tienen por mandato legal específico y se encuentran descritos en art 20 de Ley 100 de 1993

y que en todo caso, dichos descuentos cumplieron con su cometido y que actualmente no están en el patrimonio de mi representada, pues precisamente se destinaron a cumplir todos esos gastos en que se incurrió para la generación de frutos o rendimientos que hoy se han visto reflejado de forma positiva en las cuentas de los afiliados.

Así mismo se ordenaron cumplir los riesgos de invalidez y muerte de los cuales han venido disfrutando durante todo este tiempo los afiliados. Por lo tanto, el servicio actualmente ya ha sido prestado y no es posible retrotraer todas estas sumas. Por lo tanto, se recuerda que toda decisión judicial debe ir acorde con el principio de seguridad fiscal y sostenibilidad financiera. Por lo tanto, considero que esa condena debe ser revocada.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

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

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

Al realizar la demanda el actor no aporta ningún documento, ni siquiera el formulario de afiliación para probar el conocimiento y asentimiento del afiliado respecto del traslado. La carga dinámica e inversión de la prueba al interior de un proceso judicial exige la igualdad entre las partes con parámetros de buena fe y lealtad procesal. Bajo estas circunstancias el principio “quien alega debe probar” cede su lugar al principio “quien puede debe probar”. Para determinar QUIEN es el que puede probar dentro de un proceso judicial la Corte Constitucional ha señalado que depende de cada situación particular.

Así la sentencia C 086 de 2016 que analizó la constitucionalidad del art. 167 del Código General del Proceso, indicó: “7.4.- En lo concerniente a la configuración de la carga dinámica de la prueba debe decirse que atiende su inspiración teórica, fundada en los pilares de solidaridad, equidad (igualdad real entre las partes), lealtad y buena fe procesal, todos ellos reconocidos en la Carta Política de 1991, donde el principio “quien alega debe probar” cede su lugar al principio “quien puede debe probar”. Su ejercicio por parte del juez es, en consecuencia, manifestación de una competencia plenamente legítima bajo el prisma de un Estado Social de Derecho.

Igualmente, si bien existe una intervención de asesoría de la administradora de pensiones que podría generar un vicio en la voluntad del traslado, ello debe demostrarse, pues de lo contrario predominarían las conjeturas y suposiciones, y no los hechos debidamente demostrados en el proceso en los que intervino directamente el demandante.

Adicionalmente NO pueden desconocerse las situaciones que rodean cada caso y que de alguna manera le permitían al demandante obtener información mínima durante el paso del tiempo.

El actor al presentar actos de convalidación reafirmó su voluntad genuina de permanecer en el RAIS, según la sentencia SL 413-2018 C.S.J

Al momento de haber realizado el traslado de régimen pensional, tenía la capacidad de discernir cuál de los dos regímenes le era más favorable, cuestionando y formulando las respectivas dudas que a bien tuviere, toda vez que en tratándose de un derecho tan importante como el pensional, la obligación mínima exigida para la parte demandante era la de informarse al momento de la suscripción por lo que se considera que su vinculación se dio de manera “libre, espontánea y sin presiones”; más aún cuando el formulario de afiliación se evidencia correctamente diligenciado con la rúbrica de la parte demandante, obligándose así a respetar lo consignado en dicho documento pues se da cumplimiento a los requisitos preceptuados por el artículo 1502 del Código Civil.

Debe tener en cuenta el colegiado que para el momento de la suscripción del contrato de afiliación al RAIS por parte de la actora, en la AFP recaían obligaciones y deberes propios dados en el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, estableció en el numeral 1. ° del artículo 97, la obligación de las entidades de “suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”.

El incumplimiento recayó única y exclusivamente en las AFP y no en su momento en el ISS, quien por el contrario permitió la libre escogencia y tránsito de los afiliados que voluntariamente optaron por trasladarse de régimen.

ALEGATOS PORVENIR S.A.

1. Declaratoria de la Ineficacia de la afiliación al RAIS.

En este punto se debe anotar que, no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, pues la decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza, y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley para la fecha de afiliación al RAIS, como se expone a continuación:

1.1. Mi representada, al momento de realizar el traslado de la parte accionante al Régimen de Ahorro Individual, cumplió con su deber de información establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues, se le entregó a la parte demandante la información necesaria y obligatoria para entonces dentro del mismo Formulario, el cual se recuerda es revisado y aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, y sus requisitos se regulan en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

1.2. Adicionalmente la parte demandante contó con varias oportunidades para trasladarse nuevamente de régimen y no lo hizo, por el contrario, permaneció en el mismo régimen pensional privado, de lo cual solamente es posible concluir que siempre mantuvo un interés en mantenerse vinculado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

1.3. Por otro lado, a razón de los hechos narrados en la demanda, y de lo sucedido en la audiencia de primera instancia, se logra inferir que la motivación de la parte actora para iniciar este proceso es el carácter económico de la mesada pensional. Por lo tanto, es palmario que lo que motiva a la parte demandante a solicitar la nulidad o ineficacia de su traslado de régimen de pensiones no reposa en la forma en cómo este se produjo, sino en el supuesto hecho de no cumplirse sus expectativas sobre el eventual monto de la pensión que recibiría en este; monto que, como es obvio suponer, no podía ser determinado en el momento en el que se presentó su vinculación, al depender de muchas variables que no eran conocidas en su momento. Esa es la razón por la cual la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que de la sola circunstancia de no cumplirse las expectativas pensionales no puede predicarse un engaño.

Si lo anterior no fuera suficiente, se recuerda que, mi representada ha hecho campañas masivas para la educación del consumidor financiero y ha realizado diferentes

comunicados de prensa informando cambios normativos, como se puede extraer de la documental aportada con la contestación de la demanda.

1.4. Aunado a lo anterior, Se recuerda que la prueba documental que extraña el juez de primera instancia en su fallo, frente a aquellos documentos que acrediten la entrega de información, no era una obligación vigente para el momento del traslado de la parte actora, pues esta obligación surgió con la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia financiera de Colombia, teniendo en cuenta lo anterior, no es cierto que mi representada se encuentra en una mejor posición probatoria que acredite lo solicitado.

1.5. Así mismo, se resalta que la obligación del buen consejo, la doble asesoría, e incluso la de desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores, surgidas a partir del año 2010 y 2014, lo anterior fue recapitulado y objeto de pronunciamiento en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL SL1688- 2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019, en consecuencia, tales obligaciones no existían para la época de la afiliación y mucho menos las mismas se pueden aplicar de manera retroactiva.

1.6. En el presente proceso también se avizora un incumplimiento de la parte accionante del deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios, lo cual conlleva a que la misma no pueda ser beneficiaria de su propia culpa o negligencia en su actuar.

1.7. Por último, se resalta que la totalidad de condiciones del Régimen de Ahorro Individual no son impuestas por las Administradoras de Fondos Pensionales, por el contrario, dichas condiciones para adquirir diferentes prestaciones dentro del régimen se encuentran en la Ley 100 de 1993, en consecuencia, **la ignorancia o desconocimiento de esta no sirven de excusa**, tal y como lo establece el artículo 9 del código Civil Colombiano.

2. Los valores recibidos con motivo de la afiliación, especialmente las primas de seguro, los gastos de administración y los valores destinados a la Pensión de Garantía Mínima, sumas que se condenan a trasladar debidamente indexadas.

Si se decidiera por parte del Honorable Tribunal dejar en firme la ineficacia de la afiliación, se solicita que no se condene al traslado de manera indexada de las primas

de seguro, los gastos de administración y los valores destinados a la Pensión de Garantía Mínima, pues:

2.1. Atendiendo a que en el fallo emitido por el Juez de primera instancia se condenó al traslado de la totalidad de los saldos de la cuenta de ahorro individual de la parte actora, esto es con sus rendimientos, y que los efectos jurídicos que se causan tras la declaratoria de ineficacia son los propios del concepto de las restituciones mutuas, es decir que las cosas vuelvan a un estado anterior, dichos rendimientos no debieron de haber existido, es en ese sentido que, una condena a trasladar de manera indexada los valores ordenados en el fallo de primera instancia, supondría una condena doble sobre Porvenir S.A., pues dado que dicho detrimento que sufre el valor económico de los descuentos y el cual se busca reponer con la indexación, se compensaría con el traslado de unos rendimientos que nunca debieron de haber surgido tras la declaratoria de ineficacia, sumado a que esto también supondría un enriquecimiento sin justa causa sobre Colpensiones.

2.2. Por otro lado, 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.

2.3. Atenta contra toda lógica jurídica la declaratoria de un enriquecimiento sin justa causa debido a la inaplicación de las normas legales que regulan las restituciones mutuas derivadas de una nulidad o ineficacia de un acto jurídico ordenando devolver o restituir un bien, en este caso una suma de dinero depositada, sumas que invirtió para el mantenimiento de dicho bien e incrementarlo.

Por si lo anterior no fuera poco, se recuerda que la inversión de dichos gastos de administración en seguros previsionales y en la generación de rendimientos, no se dio de manera antojadiza, sino por el contrario se dio de acuerdo con el mandato legal establecido en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 y a la obligatoriedad de la garantía de rentabilidad mínima establecida en el literal e) del artículo 60 de la ley 100 de 1993.

2.4. Toda decisión judicial de traslado de régimen pensional, debe tener como objetivo constitucional, la estabilidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por lo que es imperioso en la actualidad, y de acuerdo a la coyuntura económica, hacer un análisis macro de las consecuencias que se derivan de autorizar solicitudes de traslados que no cuentan con los requisitos para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, tal y como se estudió por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en sala extraordinaria del 14 de agosto de 2019 a las 2 PM en virtud de lo establecido en el artículo 35 del CGP donde decidió unificar su jurisprudencia, en sentencia dentro del proceso del proceso 05001310500720150129501 negando las ineficacias de traslado en la afiliación, con base en la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

2.5. 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.

5. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

El problema jurídico a 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 COLPENSIONES y PORVENIR S.A., se consultará la sentencia en favor de esta entidad por haberle resultado adversa, por lo que, la legalidad del fallo será estudiada en su integridad.

Primeramente, es necesario manifestar que el traslado o afiliación a los distintos regímenes pensionales la establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, disponiéndose además en los Arts. 60 y 114 de esta ley, como en los arts. 10, 12 y 15 del Decreto 720 de 1994 vigente para la época del traslado de la demandante, que el traslado de régimen pensional debe partir de la cabal y completa asesoría que lleve a un asegurado a tomar una decisión responsable e informada, asesoría que ha de entenderse pedagógica, es decir, realmente entendible para cada persona conforme a su grado de cultura y su situación particular, pues los casos no presentan las mismas características o condiciones.

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

Tal posición, que constituye a la fecha la línea jurisprudencial de la SCL de la Corte Suprema de Justicia sobre dicho tema, ha sido ratificada de manera reiterada en todos los pronunciamientos emanados de dicha corporación, como en las sentencias SL1688-2019 y SL1689-2019, ambas proferidas el 8 de mayo de 2019, en las que, además la Corte fijó unas conclusiones jurisprudenciales en torno al tema de la ineficacia o nulidad de traslado de régimen, las que se resumen de la siguiente manera:

1. Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a 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 19 a 20 del expediente (Documento 01 del expediente digital), se afilió a la administradora del RAIS PORVENIR S.A. el 19 de octubre de 1995 como se anota en el certificado SIAFP que milita a folio 121 del expediente, con efectividad al 1º de noviembre 1995 como se nota en el certificado SIAFP que milita a folio 121 del expediente.

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 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 1995 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 00:30:30 del video de la audiencia de trámite y fallo (documento 14 del expediente), no se advierte que, esta haya confesado que al momento de su traslado de régimen se le ilustró sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como lo son las características de uno y otro régimen pensional, los requisitos para acceder a las prestaciones económicas en cada uno de ellos, la forma de liquidación de la mesada

pensional en cada régimen, entre otros aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

Ahora, conforme lo señaló el *a quo*, para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción preimpresa sobre que el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que el traslado se realizó con pleno conocimiento informado, lo cual no probaron las AFP, 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 1995 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 el *a quo*, en principio se encuentra acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia, sin embargo la orden de los rubros a transferir se torna algo confusa y por tal razón, se precisará en esta instancia, que 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 indexados 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, 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 la 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 trasladaos 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 las AFP demandadas, 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.

En lo relativo a la oposición de COLPENSIONES en su apelación a la medida cautelar emitida por el *a quo*, referente a que COLPENSIONES no podrá negar el reconocimiento pensional a la demandante aduciendo que no le han llegado los valores del RAIS a su satisfacción y equivalencia, considera la sala le asiste razón a COLPENSIONES, pues este asunto no es objeto de petición en la demanda, ni fue debatido en el proceso, ni se indicó en la fijación del litigio que sería resuelto, por lo que su resolución vulnera los derechos de contradicción y defensa de las partes, y por ello tal decisión será revocada.

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.

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

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. por haber salido 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 23º de febrero de 2022 proferida por el JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **CARLOS HUMBERTO RIAÑO BENAVIDES** contra **COLPENSIONES, y PORVENIR S.A.** en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante, **PRECISANDO** que como consecuencia de ello, PORVENIR S.A. deberá entregar 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 indexados 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 en que el demandante estuvo afiliado a dicha AFP.

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia de primera instancia en cuanto DECLARÓ que COLPENSIONES no podrá negar el reconocimiento pensional al demandante aduciendo que no le han llegado los valores del RAIS a su satisfacción y equivalencia.

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

La anterior sentencia se notifica a las partes en EDICTO.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

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

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **b8f4420d46ec987115b89d341aff35938fe094fe2a1f9543cdef30211a6c47d4**

Documento generado en 26/05/2023 01:01:07 PM

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