

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 **BLANCA PATRICIA RAMÍREZ LÓPEZ** 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. 05001-31-05-022-2018-00650-01.

AUTO

De conformidad con la escritura pública, allegada vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por parte de la sociedad GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S quien representa judicialmente los intereses de PORVENIR S.A en este proceso, se procede a reconocer personería 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.

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

1. ANTECEDENTES:

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

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata la actora, que se afilió al ISS desde el año 1981, y que en agosto de 1997 se trasladó al RAIS por medio de la AFP PORVENIR S.A.

Manifiesta que luego del traslado a PORVENIR S.A. nunca recibió ninguna asesoría sobre las ventajas o desventajas sobre su permanencia en el fondo privado, posteriormente el 28 de julio de 2009 solicitó al ISS mediante derecho de petición el traslado de fondo, por lo que ISS responde que ASOFONDOS tiene novedad 110, la cual indica que el traslado de régimen no es viable por cuanto el afiliado se encuentra a 10 años o menos de la edad para pensionarse, y que para radicar la solicitud del traslado de régimen debía indicar que se acogía a la Sentencia C-1024, por lo que en septiembre del mismo año, radica una nueva solicitud al ISS sin recibir respuesta de dicha entidad.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El *a quo* despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado la ineficacia del traslado que hizo la demandante en junio 11 del año 1997 desde el RPM al RAIS administrado por la AFP PORVENIR S.A. y dispuso que la parte actora ha estado vinculada, sin solución de continuidad en el RPM y condenó a COLPENSIONES como actual administradora de ese régimen a tener a la parte demandante como su afiliada y a consolidar en la historia pensional de ella todo el tiempo servido o cotizado al SGP sólo en RPM.

En consecuencia ordenó a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, como administradora del RPM todo aporte que haya realizado la actora o en su favor que incluya los saldos de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos y todo concepto denominado cuota o gasto de administración, estos últimos debidamente indexados y a cargo del propio peculio de la AFP Privada. Seguidamente condenó a COLPENSIONES a recibir y/o a cobrar esos dineros.

Para fulminar condena, el *a quo* argumentó que la Corte Suprema de Justicia tiene fijada una línea jurisprudencial sobre el tema de la afiliación a un régimen pensional que se sintetiza en la obligación de brindar una información completa, suficiente, idónea y comprensible sobre las características de los regímenes, determinando e informando la conveniencia e inconveniencia de uno y otro régimen y la carga de las AFP de demostrar que efectivamente entregó la debida información a la afiliada al momento del traslado.

Seguidamente expuso que en el presente proceso no se probó por parte de la AFP demandada 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 PORVENIR S.A. en el año 1997.

Finalmente declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y absolvió a PORVENIR S.A. de la pretensión indemnizatoria por perjuicios de la actora y declaró no probadas las excepciones de fondo propuestas por COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Así mismo señaló que las costas serán asumidas por PORVENIR S.A. para lo cual se fijó las agencias en derecho a favor de la demandante y absolvió de las mismas a COLPENSIONES.

3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN:

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

APELACIÓN DE PORVENIR S.A.

PORVENIR S.A. apela el fallo de primera instancia, al considerar que está acreditado que la decisión que tomó la actora fue libre e informada de acuerdo a los requerimientos legales exigidos a PORVENIR S.A. para la época la del traslado, razón por la cual su representada no se encuentra conforme con la decisión del despacho al declarar la ineficacia del traslado.

Arguye que si el Tribunal considera confirmar la sentencia de primera instancia en lo que tiene que ver con la declaratoria de ineficacia, apela parcialmente la sentencia en cuanto a la devolución de los gastos de administración, primas de reaseguros, aportes al Fondo de Garantía Mínima y las primas de invalidez o sobrevivientes, conforme al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, que establece que el 10% del IBC se destina 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; además indica que dichos valores ya han cumplido su cometido y no se encuentran en el patrimonio de PORVENIR S.A. pues se destinaron a cubrir los gastos para la generación de rendimientos, que se ven reflejados de forma positiva en la cuenta de ahorro individual

de la actora, y que en cuanto a los riesgos de invalidez y sobrevivencia estos ya los ha venido disfrutado la actora hasta la actualidad, por lo que no pueden retrotraerse en su cobertura puesto que el servicio ya ha sido prestado.

APELACIÓN DE COLPENSIONES.

COLPENSIONES apela el fallo de primera instancia, argumentando que en el proceso no se logran acreditar perjuicios a la demandante que den lugar a la declaratoria de ineficacia del traslado, conforme a la Sentencia SL 1452 de 2019 donde se manifestó que la ineficacia del traslado no puede predicarse respecto de todos los casos de manera automática e inconsulta, sino que depende de las falencias de la información a la inexistencia del consentimiento informado que hubieran producido un perjuicio claro, cierto y determinable para el afiliado en el momento en que se produjo el traslado, como cuando pierde el régimen de transición sin ser advertido de ello o cuando se compromete inconscientemente el nacimiento del derecho pensional del mismo, pues la demandante puede acceder a la prestación en el régimen en el cual se encuentra afiliada actualmente, precisando que la declaratoria de ineficacia no es procedente solo para el hecho de que no se cumplieron las expectativas que la demandante tenía y que la sola motivación del monto de la mesada pensional no es suficiente para la declaratoria de la ineficacia, indicando que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición establecida del literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 del 2003 para retornar al régimen de prima media.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

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

ALEGATOS DE LA DEMANDANTE:

Conforme al interrogatorio de parte rendido por la demandante no queda duda que la afiliada al Fondo de Pensiones PORVENIR no recibió una información clara y completa, le fue ocultada la verdad a mi cliente con el fin de no permitirle tomar una decisión coherente y haciéndola incurrir en el terrible error de posponer su decisión cuando abiertamente con una veraz asesoría dicha diferencia la hubiese permitido ser asertiva en su decisión.

Respecto a la Circular 1 de 2004 emitida por la Superfinanciera, esta fue dirigida a todos los Fondos de Pensiones tanto los privados como los públicos, y obligada que dichas entidades *iniciaran las asesorías a sus clientes a fin de que decidieran sobre el régimen que más les convenía*, y está claro que la entidad PORVENIR S.A. resolvió el asunto superficialmente con un comunicado de prensa, cuando su obligación iba más allá de un escrito que por supuesto no fue del conocimiento de sus afiliados y/o con la acotaciones de la apoderada de Porvenir que en el interrogatorio de parte dio a entender que la afiliada estaba muy enterada puesto que el Fondo le remitía mes a mes un extracto de sus aportes y rendimiento; asunto este, que por supuesto es totalmente ajeno al núcleo esencial de la pensión de vejez.

Tampoco recibió información o asesoría por parte del Fondo de Pensiones COLPENSIONES, ni antes de su traslado, ni previo a cumplir el término de traslado.

ALEGATOS DE 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.

Sumado a esto, previa suscripción del formulario de traslado de régimen pensional efectuado por la parte demandante, la misma recibió una asesoría en donde le manifestaron características propias del RAIS, pues como lo manifestó en el interrogatorio de parte

practicado en audiencia en primera instancia, le indicaron que sus aportes generarían unos rendimientos y que podía acceder a la pensión de vejez sin atender a un requisito de edad.

- 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 cuotas o gastos de administración, sumas que se condenan a trasladar debidamente indexadas.

Teniendo en cuenta lo argumentado en el aparte anterior y a la validez de la afiliación, consideramos que, la presente condena de traslado a Colpensiones de los valores recibidos con ocasión a la afiliación de la parte demandante consecuencialmente debe ser revocada.

Ahora bien, si se decidiera por parte del Honorable Tribunal dejar en firme la ineficacia de la afiliación, se solicita que no se condene al traslado de manera indexada de las cuotas o gastos de administración, pues:

2.1. Atendiendo a que en el fallo emitido por la 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.

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

No es procedente imponerle la carga a COLPENSIONES, de recibir y pensionar a afiliados que en muchos años anteriores deciden libre y voluntariamente cambiar de

régimen y fondo pensional; y solo cuando están próximos a pensionarse deciden indagar, realizar comparaciones y querer cambiar de régimen, pues el demandante decidió elevar su solicitud de traslado cuando ya estaba próximo a pensionarse y que además no cotizó al régimen de prima media por más de 20 años, por tal razón, sus cotizaciones durante la mayoría de su vida laboral las realizó en un fondo privado.

Es de anotar que el demandante supera la edad permitida para trasladarse de régimen, lo cual deriva en la prohibición de traslado consagrada en el art 2 de la ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Es preciso insistir en que la carga de la prueba no debe tornarse netamente a los fondos de pensiones, pues es claro que la afiliación al régimen de ahorro individual fue un negocio jurídico que involucro el consentimiento de dos voluntades y en dos casos diferentes, por tanto no se debe habilitar en este tipo de procesos, que el afiliado adopte una actitud totalmente pasiva durante una gran variedad de años, y con el derecho ya adquirido o a unos años de adquirirlo decida cambiarse de régimen, cuando siempre estuvo a su alcance tuvo y contó con las diferentes herramientas que ofrecen los fondos para adquirir información respecto al estado de su ahorro pensional.

En el proceso se demostró que el demandante realizó conductas tales como: cambiar a un fondo privado, realizar aportes, permanecer en el fondo privado y esperar pensionarse en ese fondo, tales actos nos llevan indudablemente a presumir su voluntad de pertenecer al régimen de ahorro individual.

De igual forma si el Tribunal Superior de Medellín- sala laboral, establece que proceden las pretensiones del demandante, solicito se confirme la sentencia de primera instancia en cuanto a CONDENAR PORVENIR como actual administradora de los recursos pensionales de la parte actora a trasladar al RSPMPD todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la parte actora que incluyan además de los aportes concretamente destinados a la CAI, los rendimientos. Y también se CONDENA a PORVENIR a devolver, dentro del mes siguiente a la ejecutoria de este fallo, de su propio peculio y debidamente indexados, los valores de los aportes pensionales que recibieron de la parte accionante o en su favor destinados a cuotas o gastos de administración del artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

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 apelacion de PORVENIR S.A. y 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.

Es así como, en el presente asunto, está probado, que la actora, estando afiliada al RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, según se observa en la historia laboral emitida por COLPENSIONES que milita a folio 1 del plenario (Documento 03 del expediente digital), se afilió a la administradora del RAIS PORVENIR S.A. el 11 de junio de 1997 como se advierte en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 21 del plenario (Documento 03 del expediente digital) con efectividad del 1° de agosto de 1997 según se observa del certificado SIAFP que milita a folio 3 del plenario (Documento 20 del expediente digital).

De otra parte, en este caso, si bien la demandante no es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por no contar para el 1° de abril de 1994 con 35 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que PORVENIR S.A en el año 1997 estuviera en la obligación de suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; sobre todo **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué dependería su monto 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 00:18:10 del video de la audiencia de conciliación y trámite (documento 33 del expediente digital), no se advierte que, esta haya confesado que al momento de su traslado de régimen se le ilustró sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como lo son la explicación clara de 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 el *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 el *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por la demandante en el año 1997 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*, no ofrece la debida claridad sobre de los dineros a transferir por PORVENIR S.A. a COLPENSIONES, por lo que se precisa en esta instancia, que esta AFP 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 de 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** 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 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.

Ahora en cuanto a la indexación de las sumas a devolver, bajo el entendido que la decisión del a quo, no precisa qué rubros de los que se ordena devolver son los que se deben reintegrar indexados, entenderá esta colegiatura que son los gastos o cuotas de administración, incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, rubros que no ganaron los rendimientos o intereses pues fueron apropiados por PORVENIR S.A. o gastados para los pagos de las primas, por lo que esto rubros sí deben ser devueltos indexados.

En razón a lo anterior, se precisará en esta instancia que la indexación, solo se efectuará respecto de los rubros antes mencionados.

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.

Ahora, respecto de la afirmación en el recurso de alzada de COLPENSIONES, sobre la imposibilidad de traslado de régimen impuesta por el legislador en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, cuando le falten al afiliado menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, es palmario que tal prohibición, se aplica en los casos de traslado voluntario, que no es lo que pretende la actora, sino la ineficacia de su afiliación inicial al RAIS.

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

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y de COLPENSIONES por haber salido vencidas en el recurso de apelación interpuesto. Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$1.160.000, de la que responde cada una de estas AFP en un cincuenta por ciento.

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 7 de abril de 2022 proferida el JUZGADO VEINTIDOS LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora BLANCA PATRICIA RAMÍREZ LÓPEZ contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A. PRECISANDO que PORVENIR 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 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.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES en favor de la demandante. Las agencias en derecho, las estima el ponente en la suma de \$1.160.000, de la que responde cada una de estas AFP en un cincuenta por ciento.

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: **11e94846c2c08f812d99491aa2beb09514711dd30e93ef8571858c21878795a9**

Documento generado en 26/05/2023 01:01:44 PM

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