

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El once (11) de mayo de dos mil veintitres (2023), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, procede a proferir sentencia de segunda instancia, en el presente proceso ordinario laboral promovido por la señora **LUZ AMPARO ARIAS CANO** 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. 05001-31-05-019-2021-00476-01.

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 GODOY CORDÓBA 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. En igual sentido se le reconoce personería jurídica al abogado DIDIER ANDRÈS MESA MORA portador de la T.P. 264.150 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:

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

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata la actora, que nació el 12 de octubre de 1962, y que estuvo afiliada al Sistema General de Pensiones administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, desde el 31 de diciembre de 1987 hasta el 31 de enero de 1998.

Manifiesta que, en la misma empresa donde laboraba en el año 1998 le indicaron, que debía trasladarse a un fondo privado y fue así como se trasladó del RPM al RAIS.

Aduce que PORVENIR S.A. no le suministró la información necesaria, seria y suficiente para tomar por su propia voluntad una decisión adecuada, y es por ello que aduce que sin tener conocimiento, y sin recibir una asesoría técnica o información adecuada, de manera equivocada suscribió el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A.

Expone que los asesores de PORVENIR S.A., no le brindaron la información debida, acerca de las graves consecuencias del traslado y siempre le manifestaron que en los fondos privados se pensionaba mejor que en el RPM.

Argumenta que PORVENIR S.A. no le suministró información adicional, consistente en el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual, con el fin de obtener una pensión anticipada, tampoco se le explicó que el valor de la pensión futura dependía de la modalidad que escogiera, PORVENIR S.A. no le dijo que podría retractarse de dicha decisión.

Sostiene que el 10 de septiembre de 2021 presentó ante COLPENSIONES un derecho de petición, en el que solicitaba ser admitida en el RPM, pero COLPENSIONES negó dicha solicitud.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El *a quo* despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, materializado a través de PORVENIR S.A. y consecuentemente, que, para efectos pensionales, aquella ha estado afiliada al RPM.

En igual sentido ordenó COLPENSIONES, ha aceptar el regreso o vinculación de la demandante a esa entidad.

En consecuencia ordenò a PORVENIR S.A., a trasladar con destino a la COLPENSIONES los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones obligatorias, rendimientos, gastos de administración y comisiones, sin incluir los valores destinados a pago de seguros previsionales, y a COLPENSIONES a recibirlos para que su equivalente en semanas se refleje en la historia laboral.

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 al afiliado 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 1998.

Finalmente condenò en costas a PORVENIR S.A.

3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN:

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

APELACIÓN DE PORVENIR S.A.

La apoderada de PORVENIR S.A., apela parcialmente el fallo de primera instancia, indicando que en relación con las actuaciones realizadas por PORVENIR S.A. se cumplieron con todas y cada una de las obligaciones estipuladas en la Ley, pues al realizarse el traslado de la demandante PORVENIR S.A. cumplió con el deber de información establecido para la época, consagrado en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, ya que los requisitos de información que aduce el despacho que debían darse en el momento de la afiliación corresponden a disposiciones del Decreto 2241 del 2010, es decir, que para el momento en que la accioanante se traslado dicho Decreto no se encontraba vigente.

Manifiesta que no comparte la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, porque la demandante indicó que en realidad la razón por la cual pretende trasladarse al RPM nuevamente es por el no cumplimiento de expectativas pensionales que tenía respecto de PORVENIR S.A., aduciendo una omisión al deber de información.

Sostiene que la demandante, no tuvo asesoría por parte del ISS y que la actora arguye no haber recibido asesoría por parte de PORVENIR S.A. para afiliarse al RAIS, y finalmente ahora que pretende retornar al RPM tampoco solicitó una asesoría por parte de COLPENSIONES, razón por la cual se puede observar un patron constante de desinformación, desde el punto de vista de una decisión de la demandante, y es por ello que no tiene sentido que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional con base en que PORVENIR S.A. omitió el deber de información, pero que sí se le convalide a la actora retornar al RPM siendo COLPENSIONES también es un fondo de pensiones que nunca asesoró a la misma.

Solicita al Tribunal que sea solamente revocada la sentencia en aquello en que fue condenada la AFP PORVENIR S.A., esto es, en la devolución de los gastos de administración, teniendo en cuenta que en la historia laboral de la actora se puede evidenciar que hubo una adecuada gestión fiduciaria de los recursos de la demandante, y en razón a lo anterior no es pertinente que se ordene la devolución de los gastos de administración por parte de PORVENIR S.A. porque ello sería desconocer la gestión encomendada por la Ley 100 de 1993 a las administradoras de fondo de pensiones.

Arguementa que los gastos de administración al ser una situación excepcional para el RAIS, desde el punto de la técnica jurídica no habría causa para que el RPM reciba los gastos de administración, porque se generaría un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES y finalmente solicita que sea revocada la condena en costa y las agencias en derecho.

APELACIÓN DE COLPENSIONES.

La apoderada de COLPENSIONES Interpone recurso de apelación indicando que la demandante carece de fundamentos probatorios que no permiten ningún tipo de condena en contra de COLPENSIONES, ya que el traslado realizado por la actora goza de plena validez y en su momento COLPENSIONES no tuvo ninguna injerencia en la decisión que fue tomada por la actora sin coacción alguna al momento de realizar el traslado de régimen pensional.

Aduce que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los afiliados contaban con un espectro de decisión mas amplio al momento de definir su situación pensional, es decir que debían ejercer un análisis mínimo que les permitiera tomar una acertada decisión, la cual se vería materializada con la suscripción del formulario de afiliación, diligenciado validamente sin coacción o dolo, evitando desencadenar la nulidad del negocio jurídico celebrado.

Expresa que teniendo en cuenta que la demandante no se encuentra afiliada a COLPENSIONES no es procedente el traslado al RPM, y tampoco le es dable a la demandante la alegación del vicio del consentimiento al momento del traslado del régimen pensional, ya que el mismo se hizo efectivo y con el asumió las consecuencias propias de la afiliación al RAIS.

Señala que tampoco se puede hablar de un fallo favorable para la demandante cuando a ella le acobija el principio de auto responsabilidad y es ella la llamada a aportar las pruebas tendientes a demostrar que la afiliación fue producto de un engaño, y que tampoco es procedente imponer cargas económicas adicionales a COLPENSIONES, porque es una entidad que ha actuado de buena fe, y dentro de sus funciones no se encuentra la de retener a su afiliados, por lo que lo relacionado al traslado de regimen pensional no puede ser atribuido a COLPENSIONES.

Solicita al Tribunal que se exonere a COLPENSIONES de toda responsabilidad y en su lugar deje sin efecto el fallo emitido en primera instancia.

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.

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 AhorroIndividual 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 cómoeste 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 presentósu 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 expectativaspensionales 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 gastos de administración y comisiones.

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

Ahora bien, si se decidiera por parte del Honorable Tribunal dejar en firme la ineficacia de la afiliación, se solicita que no se condene al traslado de los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado a garantía de pensión mínima, o en su lugar, que no se adicione la indexación sobre estos rubros, pues:

2.1. Las sumas correspondientes a los gastos de administración tienen por mandato legal una destinación específica que, se encuentra en el artículo 20 de

la ley 100 de 1993, destinando así el 10% del IBC a las cuentas de ahorro individual, el 0,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, y el 3% restante a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

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.

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

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

2.3. Toda decisión judicial de traslado de régimen pensional, debe tener como objetivo constitucional, la estabilidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por lo que es imperioso en la actualidad, y de acuerdo a la coyuntura económica, hacer un análisis macro de las consecuencias que se derivan de autorizar solicitudes de traslados que no cuentan con los requisitos para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, tal y 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.

2.4. Las anteriores conclusiones frente a la ineficacia en la afiliación y en la manera en cómo deben operar las restituciones mutuas para hacer compatible el régimen y la sostenibilidad del sistema se han recogido y enriquecen con el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia del 17 de enero de 2020 Radicación 2019152169-003-000 el cual fue solicitado por ASOFONDOS.

2.5. Por último, se hace necesario poner de presente que el fallo emitido por la Juez de primera instancia se condena al traslado de los rendimientos que genere 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 unos eventuales descuentos, estaría imponiendo una condena doble en contra de mi representada y en un enriquecimiento sin justa causa sobre COLPENSIONES.

3. CONDENA EN COSTAS

En relación con la condena en costas debemos indicar que mi representada siempre obró con buena fe objetiva, en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes para la época en la que se dio el traslado de la parte demandante del RPM al RAIS y buscando siempre el beneficio de la parte demandante, por lo que la condena en costas no es procedente ante la ausencia de mala fe de mi representada.

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

Sea lo primero indicar que el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindarse al momento de la afiliación de la demandante, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado; No es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso, no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que

exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Constitución Política, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga.

El juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes, no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de Colpensiones, quien sin haber participado en el trámite de traslado es quien debe afrontar la carga de la prestación. Así, no es admisible que el documento soporte de la afiliación que es el formulario suscrito por la afiliada, sea desestimado por los diferentes Despachos como una prueba a la voluntad libre de afiliación de la demandante, indicándose que solo corresponde a una cláusula O A UN FORMATO carente de certeza.

Se trata de un traslado de régimen pensional realizado voluntariamente por la demandante, tal apreciación se puede verificar en el escrito de demanda en el cual se puede establecer que para que se constituyera el fondo privado como su nueva administradora de pensiones, ella mismo realizó una selección. Dicho concepto de “SELECCIÓN” implica una voluntad consciente para elegir entre uno u otro régimen, no estando supeditado entonces a la fuerza o al engaño que deberá ser objeto de debate probatorio.

La demandante accede sin inconveniente alguno a pertenecer al Régimen de Ahorro Individual sin verificar de fondo las consecuencias tanto positivas como negativas de dicho cambio, situación como tal que le es totalmente ajena a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, quien no podía evitar que la afiliada renunciara al cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte administrados por el Régimen de Prima media, dado que como se indicó anteriormente el simple acto de “SELECCIONAR” implica un previo examen que permitan avizorar que dicho régimen es mejor que el otro.

Es claro entonces que la afiliación efectuada al RAIS por la demandante goza de plena validez, pues en el momento en el que decidió trasladarse de régimen, estaba aceptando las condiciones pensionales de este, lo que se avizora es una inconformidad con la mesada pensional y por eso ahora la demandante alega una supuesta falta de información por parte de la AFP, que en todo caso le incumbe a la parte que afirma demostrar los hechos que sustentan su demanda, lo cual se pudo evidenciar en el interrogatorio practicado que no fue así. No sería correcto hablar de un fallo favorable a las pretensiones incoadas por la demandante, cuando a este lo cobija el principio de la Autorresponsabilidad de los hechos que afirma y por ende esta llamada aportar pruebas tendientes a demostrar que el traslado de régimen fue producto de un engaño como se manifiesta en la demanda y no por el contrario dar

por sentado un hecho que reitero le es ajeno a Colpensiones a la hora de dar por ciertos los hechos que indica.

Por otra parte, la sentencia de la Corte Constitucional **SU 062 de 2010**, señala: “... *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes*”

La prohibición de traslado cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para cumplir el requisito de la edad exigido para acceder al derecho a la pensión, contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, fue objeto de estudio por parte de esta Corporación, a través de la **SENTENCIA C- 1024 DE 2004**

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 de COLPENSIONES se consultará la sentencia en favor de esta ultima 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 régimen publico administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, según se observa en la historia laboral emitida por COLPENSIONES que milita a folios 87 a 91 del plenario (Documento 02 del expediente digital) se afilió a la administradora del RAIS PORVENIR S.A. el 27 de enero de 1998 como se advierte en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 23 del expediente (Documento 02 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 1º 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 1998 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 00:44:50 del video de la audiencia de conciliación y trámite (documento 15 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 del *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por la demandante en el año 1998 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 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, la devolución que debe realizar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES deberá incluir 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 de la 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, contrario a lo manifestado por la apoderada de PORVENIR S.A. en su recurso de alzada 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.

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 los alegatos 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 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 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 MODIFICADA en los términos anteriormente expuestos.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A por haber salido vencida 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.

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 numeral **TERCERO** de la sentencia del 29 de junio de 2022 proferida por el JUZGADO DIECINUEVE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLIN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **LUZ AMPARO ARIAS CANO** 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 de la actora, es decir las cotizaciones allí depositadas con sus rendimientos o intereses, así como los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole.

En lo demás se CONFIRMA la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S. A. en favor de la demandante. Las agencias en derecho, las 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: **1191c35812d14e07519e42ca779b61b58833f656564485cfa0c3436552446a0f**

Documento generado en 11/05/2023 03:17:32 PM

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