

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El veintidós (22) de junio 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 **MARGARITA MARÍA RESTREPO ARISTIZÁBAL** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.) y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.) tramitado bajo el radicado No. **05001-31-05-015-2020-00423-01**.

AUTO

De conformidad con el memorial de sustitución de poder, allegado vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por parte de la sociedad RST ASOCIADOS PROJECTS S.A.S quien representa judicialmente los intereses de COLPENSIONES. En este proceso, se procede a reconocer personería al abogada PAULA ANDREA CHAVERRA MADRID identificada con cedula de ciudadanía 1020481933 y portadora de la T.P. 374595 del C. S. de la Judicatura, para que represente a COLPENSIONES. En este proceso como apoderada general.

De igual forma, visto el memorial de sustitución de poder, allegado vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por parte de la sociedad LÓPEZ Y ASOCIADOS S.A.S. quien representa judicialmente los intereses de PORVENIR S.A. En este proceso, se procede a reconocer personería al abogado ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ identificado con cedula de ciudadanía 79.985.203 y portador de la T.P. 115.849 del C. S. de la Judicatura, para que represente a PORVENIR S.A. en este proceso como apoderado general.

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 11 de febrero de 1967, y se afilió al RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, en marzo de 1988, y en el año 1994, fue trasladada al RAIS, administrado por PROTECCIÓN S.A.

Señala que se vinculó a PROTECCIÓN S.A. con la firme convicción de que accedería al derecho pensional en los términos ofrecidos por el fondo privado; el ejecutivo comercial le manifestó que en el fondo privado podría pensionarse de manera anticipada, pero omitiendo especificar las condiciones de dicha pensión anticipada.

Expone que en el mes de noviembre de 1996 se trasladó a la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., traslado que también lo realizó la con la convicción de que el régimen que más le convenía seguía siendo el de ahorro individual con solidaridad, de conformidad con la información que le brindara inicialmente PROTECCIÓN S.A.

Sostiene que elevó ante COLPENSIONES solicitud de traslado a dicha administradora, misma que le fuera denegada.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La *a quo* despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenando en consecuencia a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES las sumas que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la actora, esto es, las respectivas cotizaciones, rendimientos, y cuotas de administración sin incluir otros conceptos que no fueron solicitados en la demanda.

Del mismo modo, ordenó a PORVENIR S.A., de trasladar a COLPENSIONES, los gastos de administración que le fueron descontados al demandante durante el periodo en que permaneció afiliado a dicho fondo, conforme lo dicho en la parte considerativa de esta sentencia.

Seguidamente ordenó a COLPENSIONES a recibir las sumas de dinero señaladas en los numerales segundo y tercero, que le sean trasladadas por PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., y a activar la afiliación de la señora MARGARITA MARÍA RESTREPO ARISTIZÁBAL, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en forma permanente y sin solución de continuidad.

Para fulminar condena, la *a quo* argumentó que la Corte Suprema de Justicia tiene fijada una línea jurisprudencial sobre el tema de la afiliación a un régimen pensional que se sintetiza en la obligación de brindar una información completa, suficiente, idónea y comprensible sobre las características de los regímenes pensionales, determinando e informando la conveniencia e inconveniencia de uno y otro régimen, y la inversión de la carga de la prueba de la información brindada en cabeza de 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 ello la existencia de un consentimiento suficientemente informado, la suscripción del formulario de afiliación preimpreso, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado.

Finalmente, declaró no probada la excepción de prescripción, conforme lo indicado en la parte considerativa de esta sentencia y las demás formuladas por las codemandadas quedan implícitamente resueltas con lo determinado. Las costas serán asumidas por PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., para lo cual se fijan las agencias en derecho a favor del demandante en la suma de \$2.000.000, distribuidos en \$1.000.000, que equivale a un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2022 a cargo de cada una de ellas.

3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN:

La sentencia fue apelada por la apoderada de COLPENSIONES argumentando que presenta recurso de apelación de manera parcial para que se modifique la providencia de primera instancia y en su lugar se ordene a las AFP codemandadas a devolver

todos y cada uno de los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante como son sumas de las aseguradoras, las cuotas de administración, prima de los asegurados a FOGAFIN, y primas de seguros de invalidez y sobreviviente. Lo anterior con base en el art 20 inc. Segundo el art de la ley 100 de 1993 establece la distribución de los porcentajes de la cotización de los afiliados al RAIS indicando y para los efectos pertinentes un hecho del tres por ciento (3%) del IBC sea destinado a financiar los gastos de administración y prima de seguros a FOGAFIN y primas de invalidez y sobrevivientes.

Ahora bien, el art 39 del decreto reglamentario 656 de 1994 define la cuota de administración de la que se apropie la administradora del RAIS como aquella que constituye ingresos de las sociedades que administren fondos de pensiones y las comisiones que tienen derecho determinado a continuación de manera taxativa sobre cuales conceptos se podrán probar las cotizaciones correspondientes.

Debe resaltarse de hecho, que antes de la expedición de la Ley 797 de 2003 y de conformidad con la Resolución 2549 de 1994, la cuota de administración a favor de estas entidades es del 3,5 por ciento entendiendo el derrotero en virtud de señalar en que parte del patrimonio autónomo las entidades promotoras del régimen del RAIS se constituye una base de la cuota de administración que se cobra el afiliado al sistema general de pensiones, el lit. F del art 60 de la Ley 100 de 1993, el cual destaca entre otras características del RAIS, establece que las entidades administradoras del RAIS se constituyen con base en la cuota de administración que se cobra al afiliado en el sistema general de pensiones.

En este orden de ideas se colige, sin mayor disquisición, que la cuota de administración que cobra la administradora del RAIS, es un ingreso propio a favor de su patrimonio, en virtud de su afiliación realizada por la cotizante obligatorio del sistema general de pensiones teniendo destacarse el hecho de que encontrarse que hay una nulidad o una ineficacia en virtud de la afectación de la selección libre y voluntaria del régimen pensional, o porque falta algún requisito de existencia y validez ya sea determinada por el juez de instancia, estos dineros, conjuntamente con sus rendimientos generan un enriquecimiento sin justa causa a su favor y en dezmero de COLPENSIONES, pues ella nunca tuvo en su haber desde la selección inicial de afiliación al RAIS por parte de la afiliada la destinación de administración de estas sumas, las cuales le hubiera servido a capitalizar el fondo de naturaleza común.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados judiciales de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. presentaron oportunamente escrito de alegación, anotando resumidamente lo siguiente:

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

Es importante que antes de analizar el caso, traer a colación el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira Sala Laboral, en grado Jurisdiccional de Consulta, dentro del proceso 66001310500120170008501, demandante María Victoria Calle Correa, demandados Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A., en el cual se resolvió revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar absolver a las demandadas. Dentro del fallo referido consideró el Tribunal lo siguiente:

“Puestas de ese modo las cosas, resulta imprescindible mencionar lo dispuesto en el art. 1604 del C.C. que exige que “la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”, no obstante lo anterior, dicha obligación probatoria aparece como respuesta inmediata a alguien que previamente ha alegado el incumplimiento de una obligación por parte de su deudor, en esa medida, quien alega un incumplimiento obligacional deberá probar el supuesto de hecho de la norma que consagra el efecto jurídico perseguido (art. 167 CGP), o en otras palabras, deberá probar la obligación incumplida para que se presuma que ello se dio por culpa de la contra parte, quien en respuesta de tal cuestionamiento tendrá la carga de demostrar la diligencia o cuidado en la obligación pactada.

En conclusión en los procesos tendientes a dejar sin efectos una afiliación hecha a cualquiera de los dos regímenes, con el propósito de volver a elegir el que desee, esta vez de forma libre y espontánea, deberá acreditar imperiosamente que la AFP a la que se afilió incumplió en la etapa precontractual con su obligación principal, esto es, brindarle la información adecuada, completa y veraz para tomar una decisión bajo el principio de libertad informada y en esa medida poder dar rienda suelta al art. 1604 del C.C., pues la presunción allí establecida no es el cumplimiento de la obligación sino la culpa en tal incumplimiento, iterase, una vez probado este.”

Dicho de otra forma, la asesoría brindada por la AFP debe restringirse a informar al afiliado de todas y cada una de las características del RAIS frente al RPM, además de su solidez financiera (art. 97 del Decreto 663/1993 y sus modificaciones), sin que dicha información pueda analizarse desde la óptica de un buen o mal consejo, pues ello implicaría usurpar la voluntad del afiliado, única persona que después de conocer las características del régimen podrá sopesar si la escogencia del RAIS resulta adecuada y atractiva para el fortalecimiento de su vida, pues al gozar de capacidad de ejercicio, quien celebra el contrato de afiliación está en condiciones de entender las incidencias de la escogencia a partir de la información que ha recibido.

A tono con lo anterior, se concluye que la señora MARGARITA MARIA RESTREPO ARISTIZÁBAL suscribió el formulario de vinculación al RAIS con las AFP'S (PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.) Quienes cumplieron los lineamientos fijados en la ley. ADEMÁS, reiteró su voluntad de permanencia en dicho régimen, lo que supone que estaba conforme con los beneficios que venía disfrutando desde que ingreso al Régimen de Ahorro individual, puesto que solo hasta el 2022 pretende devolverse al Régimen de prima media administrado por Colpensiones, es decir que más de 27 años disfruto de los beneficios otorgados por el RAIS.

Asimismo, a través de la providencia C-789 de 2002, la Corte Constitucional resolvió la demanda presentada por un ciudadano contra los incisos 4 y 5 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En la sentencia, la Corte precisó el alcance de derechos adquiridos y meras expectativas en materia pensional, indicando lo siguiente:

“La Sala Plena consideró que las disposiciones demandadas se ajustaban a la Constitución puesto que, en primer lugar, el derecho a obtener una pensión de acuerdo con el régimen de transición no es un derecho adquirido sino “apenas una expectativa legítima, a la cual decidieron renunciar voluntaria y autónomamente, para trasladarse al sistema de ahorro individual con solidaridad”.

En esta misma línea se pronuncia la Corte Constitucional en sentencia T- 489 de 2010, al expresar:

(...) la Sala se permite destacar dos ideas, relacionadas ambas con la sostenibilidad económica del sistema pensional. Ellas son:

- a. La primera tiene que ver con la protección del capital pensional. No se puede permitir “la descapitalización del fondo”, si personas que no contribuyeron a su formación, vienen a último momento, cuando les faltan ya menos de 10 años para concretar su pensión de vejez, a beneficiarse de un ahorro comunitario accediendo a una pensión, cuyo pago desfinancia el sistema.
- b. En segundo término, desde una perspectiva social se contraría la equidad y se abandona el valor de la justicia material, al permitir a personas que no han contribuido a los rendimientos de los fondos pensionales, entren a beneficiarse y a subsidiarse a costa de las cotizaciones y los riesgos asumidos por otras y no por ellas mismas” (Subrayado y negrilla fuera de texto original).

De acuerdo a la sentencia SL373-20 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, razón por la cual los afiliados al RAIS no pueden estar solicitando un traslado, cuando fue su decisión trasladarse de régimen.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores es claro que la señora MARGARITA MARIA RESTREPO ARISTIZÁBAL no puede ser beneficiaria del régimen de prima media administrado por Colpensiones y mucho menos de una pensión de vejez al momento de cumplir requisitos, pues es claro que presento un traslado al régimen de ahorro individual con la AFP, por lo que solicito se desestimen todas las pretensiones incoadas en la demanda, incluyendo el hecho condenar en costas a la entidad que represento pues como indique siempre se ha actuado en debida forma. Por lo que solicito comedidamente al honorable Tribunal Superior De Medellín - Sala laboral no acoger las pretensiones incoadas y revocar la sentencia de primera instancia, pues el fondo privado es la entidad que debe de resolver su situación de prestación de vejez al momento de cumplir requisitos.

Así mismo su señoría, conforme a las sentencias CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL17595-2017, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, rad. 56174, solicito que en caso de condenar a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante al Régimen de prima media, solicito que los fondos privados trasladen todos los aportes, incluidos los rendimientos, Bonos Pensionales, seguros provisionales, los gastos y cuotas de administración, egresos que han fortalecido el patrimonio del fondo privado a expensas de la mala asesoría que realizo a la demandante, de acuerdo con las últimas sentencias de la Corte Suprema de Justicia.

ALEGATOS DE PORVENIR S.A.

PORVENIR S.A., como Administradora de Fondo de Pensión, siempre le GARANTIZÓ a los potenciales afiliados y vinculados al Sistema de Ahorro Individual con Solidaridad, la protección del derecho de información, la cual es acorde con las disposiciones legales señaladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, tanto así que, esta entidad en la Circular 019 de 1998, dispuso que la única exigencia establecida para materializar y que produjera efectos jurídicos el traslado de régimen pensional, era que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario.

La misma entidad, mediante concepto No. 2015123910-002 del 29 de diciembre de 2015, indicó que, el deber de asesoría por parte de las AFP's solamente fue previsto cuando se creó el Sistema de Información al consumidor Financiero, esto es, con la

Ley que reformó el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero – Ley 1328 de 2009- y su Decreto Reglamentario 2555 de 2010.

Conforme a lo expuesto, las Administradoras de pensiones únicamente cuentan con los formularios de afiliación, por lo que solicitar pruebas documentales distintas sin duda resulta una violación al debido proceso.

Ahora, como quiera que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha establecido el deber de los fondos privados de acreditar el deber de información, necesario es indicar que, dentro de la libertad probatorio debe analizarse lo expuesto por la parte demandante en el interrogatorio de parte y su conducta durante la permanencia en el fondo que represento, al menos como inicios no solo de conocer aspectos específicos del funcionamiento del régimen de ahorro individual sino también de permanecer en este régimen, ya que a pesar de JAMÁS haber estado en imposibilidad de retornar al RPMPD, no lo hizo y por el contrario, realizó aportes en su cuenta de ahorro individual.

Además de los indicios como medio de prueba, están las presunciones legales. Por ello, es fundamental indicar que, el artículo 9° del Código Civil, menciona que, “la ignorancia de las leyes no sirve de excusa”; luego, la parte actora al igual que todos los habitantes del territorio nacional, les compete conocer el contenido de las leyes y, en el evento de que le surgieran inquietudes, realizar las consultas correspondientes.

La Corte Constitucional en la Demanda de inconstitucionalidad del artículo 9° del Código Civil, expresó:

¿Pugna la disposición contenida en el artículo 9° del Código Civil, con principios consagrados en la Constitución Política de Colombia, tales como la presunción de buena fe, la igualdad y la vigencia de un orden justo? (...) Aún pudiera considerarse otra clase de reglas de cuya ignorancia pueden seguirse efecto negativos para el destinatario, a saber: las que atribuyen competencias a ciertas personas o corporaciones para dictar normas capaces de vincular a los individuos. Pero con respecto a ellas, caben consideraciones similares a las que se hicieron a propósito de las de la categoría

1. No es preciso leer la Constitución ni el Código de Régimen Político y Municipal, para enterarse de dónde emanan las reglas que deben ser reconocidas como obligatorias. Aún las personas carentes de los conocimientos más elementales saben que los agentes de policía (significativamente identificados por nuestros

campesinos como “la ley”), los comisarios, los inspectores, los alcaldes, los concejos municipales, ejercen autoridad sobre el resto de la población.

“El conocimiento de la ley es un supuesto de convivencia y una construcción jurídica (...), es indispensable para conservar el orden jurídico de un Estado y para proteger los derechos, garantías y deberes de sus asociados. Es decir, en estricto derecho, constituye una presunción Juris et Jure sobre la que se asienta toda la organización jurídica y social de las naciones civilizadas”. Sentencia C651/97.

Entonces, PORVENIR S.A., no solo a partir del formulario de vinculación, sino a través de los indicios antes referidos y la presunción legal, acredita que cumplió con la carga de probar el deber de información para con la demandante.

Pero, en el hipotético evento de que el H. Tribunal considere que, el negocio jurídico celebrado entre las partes no tuvo validez porque PORVENIR S.A., no probó el deber de información, debe ordenarse el traslado de los recursos a COLPENSIONES en los términos del artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993, esto es “el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos (...)”, lo que impide que legalmente se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes a las referidas en esta norma.

De otra parte, si se acoge la teoría de las restituciones mutuas consagradas en el artículo 1746 del Código Civil, la regla general de la nulidad judicialmente pronunciada es que da a las partes el derecho a ser restituidas las cosas “al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el negocio o contrato nulo, establece una serie de excepciones o pautas. “Así lo expuso la H. Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia:

“Si el negocio ha sido cumplido, total o parcialmente, por una de las partes o por ambas, la situación se retrotrae al estado en que las partes estarían de no haber celebrado el negocio. Es en esta circunstancia donde tienen cabida las restituciones de que trata el artículo 1746, que después de consagrar la regla general según la cual la nulidad judicialmente pronunciada da a las partes derecho a ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el negocio o contrato nulo, establece una serie de excepciones y pautas. (negrillas fuera de texto).

Entre las excepciones, se encuentra lo concerniente al objeto o causa ilícita, casos en los cuales no es posible repetir lo que se haya dado o pagado a sabiendas de la ilicitud(1525); como tampoco lo que se haya dado o pagado al

incapaz, salvo prueba de haberse hecho este más rico (1747). Tampoco hay lugar a la restitución material del bien cuando ello no sea posible por motivos de utilidad pública o interés social, casos en los cuales se dará una reivindicación ficta o compensatoria (artículo 58 de la Constitución Política).

En cuanto a las pautas que dan los incisos del artículo 1746, está lo relativo a la posesión de buena o mala fe de las partes, tanto para las restituciones mutuas como para la conservación o devolución de frutos, intereses y mejoras, “según las reglas generales”, que son las que establece el artículo 961 y siguientes del Código Civil.

Aunque la distinción entre buena fe objetiva y buena fe subjetiva pudiera tener alguna utilidad en un contexto extrajurídico, por ser una cuestión de definición, no puede negarse que al fin de cuentas todo hecho con relevancia jurídica que se origina en una acción humana voluntaria parte de la interioridad del sujeto y tiene que manifestarse en un signo externo interpretable a partir de criterios jurídicos, de otro modo no tendría relevancia para el derecho. De ahí que todo instituto jurídico en el que la buena fe juegue un papel preponderante se concreta finalmente en una buena fe objetivada, es decir normativamente analizable.”

Luego, no existe fundamento legal para ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en citado literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otro valor está destinado a financiar la prestación del afiliado; pero, además se configura un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, quien no administró los aportes pensionales del demandante. Y es que, determinar que se deben reintegrar las primas de seguros, es tanto como ordenarle a una Compañía de Seguros a que, si no se presenta el siniestro amparado, devuelva el valor de la póliza.

En este orden de ideas, los gastos de administración ni primas de seguros, al no corresponder a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales financian la prestación de vejez, están sujetos al fenómeno de la prescripción previsto en los artículos 488 del C.S.T y 151 del C.P.T y S.S., y así deberá declararse.

De manera que, sí el H. Tribunal decide confirmar la decisión del A quo en cuanto declaró la ineficacia del traslado pensional, comedidamente le solicito aplicar el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en lo que hace referencia a los efectos de tal declaración, en tanto que, esta

Corporación ha determinado que la consecuencia de la declaratoria es que, el traslado jamás existió; es decir, el afiliado siempre estuvo vinculado en el régimen de prima media con prestación definida; en consecuencia, PORVENIR S.A., debe trasladar a COLPENSIONES los rendimientos equivalentes del RISS (tasa anual efectiva de la rentabilidad acumulada de las reservas pensionales de Vejez, Invalidez y Sobrevivencia administradas por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

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

- i.) El reintegro del porcentaje equivalente al 3% de la cotización mensual realizada al Sistema General de Pensiones por concepto de los gastos de administración (artículo 20 de la Ley 797 de 2003), durante el periodo en el que el afiliado estuvo vinculado a Porvenir;
- ii.) A pagar el valor que corresponda al costo de tener una persona afiliada a la AFP y generar los rendimientos obtenidos.

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

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

No ordenar las restituciones mutuas, ni compensar estas sumas sobre los rendimientos financieros generados, resulta un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones y/o el Estado “régimen de prima media con prestación definida”, al permitir que dicha entidad se beneficie sin haber ejercido la administración de tales recursos durante los periodos anulados.

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.

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

6. CONSIDERACIONES:

De conformidad con lo dispuesto el art. 14 de la Ley 1149 de 2007 además de resolverse la apelación de COLPENSIONES, se consultará la sentencia en favor de esta última por haberle resultado adversa, por lo que, la legalidad del fallo será estudiada en su integridad.

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

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

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

1. Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a las afiliadas o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. primeramente, con un deber de información necesaria (en vigencia del decreto 663 de 1993), luego de asesoría y buen consejo (en vigencia de la Ley 1328 de 2009 y el decreto 2241 de 2010), y finalmente de doble asesoría (en vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015)
2. La simple constancia del consentimiento informado vertido en el formulario de afiliación, es insuficiente para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acredita un consentimiento, pero no que haya sido informado.
3. La carga de la prueba de demostrar que el afiliado recibió la información debida, veraz y suficiente cuando se afilió, le corresponde a la AFP.
4. El precedente de la CSJ en torno a la ineficacia del traslado no aplica sólo a los casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional, o contar con una expectativa pensional o derecho a la transición del art. 36 de la ley 100 de 1993, sino en todos los casos de incumplimiento del deber de información.

En el presente asunto, está probado, que la actora, estando afiliado al régimen pensional de prima media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, según documento de afiliación que reposa a folio 47 del expediente (Documento 15 del expediente digital), se afilió a la administradora del RAIS PROTECCIÓN S.A. el 03 de mayo de 1994 como se anota en el documento de afiliación a folio 26 antes mencionado (Documento 01 del expediente digital). Posteriormente se afilió a la administradora del RAIS PORVENIR S.A. el 21 de noviembre de 1996 según se observa en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 27 del plenario (Documento 01 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 40 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que PROTECCIÓN S.A. en el año 1994 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 00:19:08 del video de la audiencia de conciliación y trámite (documento 27 del expediente), no se advierte que, ésta haya confesado que al momento de su traslado de régimen se le ilustró sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como lo son las características de uno y otro régimen pensional, los requisitos para acceder a las prestaciones económicas en cada uno de ellos, la forma de liquidación de la mesada pensional en cada régimen, la oportunidad de trasladarse entre regímenes y entre administradoras y los términos para ello, entre otros aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

Ahora, conforme lo señaló la *a quo*, para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción 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, 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 de la *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por la demandante en el año 1994 cuando se trasladó del RPM administrado en ese momento por ISS hoy COLPENSIONES a la AFP PROTECCIÓN S.A.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES, encuentra la Sala que la orden impartida por la *a quo*, no se encuentra acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia, y por tal razón, la devolución que debe realizar PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES deberá incluir la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro pensional del actor, es decir las cotizaciones allí depositadas con sus rendimientos o intereses, así como los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro de Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole.

Igualmente PORVENIR S.A., debe devolver a Colpensiones los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, durante el tiempo que la actora estuvo afiliada a esta AFP, pues al declararse la ineficacia del acto de traslado, **ningún efecto jurídico puede derivarse de este** y por tanto, deben reintegrarse a COLPENSIONES, la totalidad de las sumas que hubiesen recibido las AFP demandada como cotización 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.

En lo que tiene que ver con lo pedido por la apoderada de COLPENSIONES en la apelación de segunda instancia, de reintegrar a COLPENSIONES el bono pensional que se pudiera haberse pagado a favor de la actora, ello no es procedente, toda vez que al ser ineficaz la afiliación de la demandante al RAIS, no se origina el derecho a bono pensional, al menos el tipo A.

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 consultada será CONFIRMADA, y ADICIONADA en los términos anteriormente expuestos.

SIN COSTAS en esta instancia por haber salido avante el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES.

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 los numerales SEGUNDO y TERCERO de la sentencia del 22 de septiembre de 2022 proferida por el JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **MARGARITA MARÍA RESTREPO ARISTIZÁBAL** contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.** PRECISANDO en el sentido que PROTECCIÓN S.A., debe devolver a COLPENSIONES la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro pensional del actor, es decir las cotizaciones allí depositadas con sus rendimientos o intereses, así como los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole.

Igualmente se PRECISA que la AFP PORVENIR S.A. debe devolver a COLPENSIONES los porcentajes que descontó de las cotizaciones del demandante durante el tiempo en que este estuvo vinculado a esta AFP, referente gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro de Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima.

En lo demás se CONFIRMA la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia por haber salido avante el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES.

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: **88e8106f231ad10f71152a34bd1d96e424ab488a7c157b73476ce536b93e4766**

Documento generado en 22/06/2023 03:41:55 PM

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