

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El veinte (20) de octubre 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 **CLARA SILVIA RÍOS CARDONA** 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 COLFONDOS S.A.** (en adelante COLFONDOS S.A.) tramitado bajo el radicado No. **05001-31-05-015-2020-00118-01**.

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 **LÓPEZ & ASOCIADOS ABOGADOS** 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 C.C. No. 79.985.203 y portador de la T.P. 278.334 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 día 15 de mayo de 1963, y que se afilió al RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES y el 16 de febrero de 1996, fue trasladada al RAIS, administrado por COLFONDOS S.A.

Señala, que el asesor de Colfondos en su momento le indicó que el seguro social estaba en crisis y no iba a haber plata cuando se jubilara.

Expone que no le hicieron el comparativo entre los dos regímenes, no le hablaron del derecho de retracto, no le informaron que contaba con un tiempo límite para trasladarse, no le manifestaron cuánto capital debía reunir para obtener la pensión en el momento deseado.

Finalmente, aduce que solicitó a Colpensiones y a COLFONDOS S.A. el retorno al RPM mismo que fueron negados por estas entidades.

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 COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de ésta providencia, las sumas que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la actora, esto es, las respectivas cotizaciones, con sus rendimientos, sin incluir otros conceptos que no fueron solicitados en la demanda.

Seguidamente ordenó a COLPENSIONES a recibir las sumas de dinero señaladas en el numeral segundo, que le sean trasladadas por COLFONDOS S.A., y a activar la afiliación de la demandante, en el RPM, 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 la judicatura se ciñe al principio de congruencia, es decir a lo que atañe las pretensiones de la demanda otorgándolas si son peticionadas, mas no si guardan silencio, por lo que no se imponen condenas a devolución de cuotas de administración, porcentaje de aportes destinados al seguro previsional, fondo de garantía pensión mínima o bono pensional por mencionar algunos se deben pedir expresamente por esa aplicación del principio de congruencia.

Arguye que cuando se trata de estos casos que se discute que hubo omisión de consentimiento por falta de información es ahí, donde la judicatura toma partido y debe examinar el asunto desde la óptica de la institución de la ineficacia y no de la nulidad sustancial.

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 y absolvió a COLFONDOS S.A., de los perjuicios deprecados por la parte actora, según se indicó en la parte considerativa.

Dispuso que las costas serán asumidas por COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., para lo cual se fijan las agencias en derecho a favor del demandante, la suma de \$2.320.000, distribuidos en \$1.160.000, que equivale a un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2023 a cargo de cada una de ellas.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:

La sentencia fue apelada por la apoderada de Colpensiones, argumentando que deberá verificarse lo relativo a la ineficacia del traslado respecto de lo cual debe se sostiene jurisprudencialmente, que se ocasiona porque los fondos privado no dieron la suficiente clara información a las personas que les permitiera tomar una libre decisión informada al tanto las obligaciones de las administradoras establecía en la reglamentación que desarrolla la Ley 100 de 1993 fue específica sobre el contenido de los formularios de afiliación y los traslados atendidos.

El artículo de la mencionada Ley dispuso que para los fondos privados pudieran validar tan solo bastaba con la comunicación escrita que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre espontánea y sin presión. Para ello en la primera etapa consiste en lo regulado en el decreto 663 de 1993 que se estableció en el numeral uno, del art 97 las obligaciones de las entidades a suministrar a los usuarios de los servicios que prestan una información necesaria para lograr mayor

transparencia en las operaciones que realice de suerte que les permitan a través de elementos de juicio escoger las mejores opciones del mercado.

Menciona la segunda etapa prevista en la ley 1328 de 2009 y el decreto 2241 de 2010 reglamentaron los derechos de los consumidores precisando los principios y el contenido básico de la información y establecieron el deber de asesoría y el buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones.

La tercera etapa regulada en la ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015 y la Circular externa 016 de 2016 de la superintendencia financiera establecieron que los usuarios del sistema pensional tienen el derecho de la doble asesoría como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes.

Para el caso, la demandante su traslado se efectúa en 1996 según narra en los hechos, por lo que se debe aplicar la primera etapa pues el análisis de la información suministrada por el fondo privado y el alcance de la asesoría que brindo en el momento de la afiliación debe ser valoradas bajo esta normativa. No es razonable jurídicamente imponer otras obligaciones soportes o pruebas que no están provistas pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, de legalidad y el debido proceso, pues si bien desde su creación los fondos privados tienen el deber de brindar la información a sus afiliados del sistema pensional a fin de que estos puedan tomar una decisión consiente sobre el futuro pensional.

Es claro que el grado intencional de esta exigencia a cambiado con el transcurso del tiempo aumentándolas cargas y las obligaciones de los fondos privados. Lo que implica la necesidad de que se evalúe el cumplimiento del deber de información de acuerdo en el momento en que se efectúe el traslado.

A Colpensiones se debe trasladar la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del accionante, como bonos pensionales que recibió juntos con su rendimientos, así mismo los fondos privados deberán devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado a fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos, pues estos actos desde el nacimiento del acto ineficaz se debieron ingresar al RPM administrado pro Colpensiones.

Por lo anterior, al declararse la ineficacia del traslado, las cosas vuelven a su estado anterior de manera que la administradora tiene que asumir los deterioros del bien

administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta del fondo al haber incurrido en la omisión de brindar información inadecuada, inoportuna e insuficiente al afiliado.

Finalmente, solicito que según los múltiples pronunciamientos de la sala de casación laboral, consulte las sentencias con radicación SL 4803 de 2021 y SL 3710 2021 al momento de incumplirse con la orden impartida los fondos Privados deberán discriminarlos conceptos entregados a Colpensiones en forma detallada a que corresponda cada uno de los valores entregados.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, el apoderado judicial de PORVENIR S.A. presentó oportunamente escrito de alegación, anotando resumidamente lo siguiente:

1. DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO.

Si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, que hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo. Si bien menciona que, quedará sin efecto la afiliación, no hace referencia si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y subsiguientes, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes disposiciones legales para resolver un asunto en concreto.

Preciso es mencionar que, el único artículo que refiere a la Ineficacia de pleno derecho de un acto jurídico, es el artículo 897 del Código de Comercio, cuando *“un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.”*

Cabe resaltar que, a la parte actora también le asistía el deber de estar informada y cerciorarse sobre los servicios que deseaba contratar o utilizar, luego, tenía la obligación de indagar sobre las características, condiciones generales y restricciones al querer trasladarse de régimen pensional con mi representada PORVENIR S.A., teniendo también la obligación de exigir las explicaciones verbales o escritas necesarias, precisas y suficientes que le posibilitaran la toma de decisiones informadas.

2. DEL DERECHO DE RETRACTO.

PORVENIR S.A., como Administradora de Fondo de Pensión, siempre le **GARANTIZÓ** a la parte demandante la posibilidad de retornar al régimen de prima media y además, dispuso los canales de comunicación suficientes para permitirle a la actora conocer las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, referentes al funcionamiento, características y requisitos del régimen de ahorro individual con solidaridad, poniendo de presente las implicaciones de su traslado y los requisitos para pensionarse bajo el régimen de ahorro individual de conformidad con lo establecido en el artículo 64 de la misma Ley, así lo acredita entre otros, la publicación que realizó en el diario el Tiempo el 14 de enero de 2004, como dispuso inicialmente el artículo 3o del Decreto 1161 de 1994, sin que ejerciera esta facultad, lo que debe valorarse como negligencia de su parte.

3.DEL DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA.

La demandante, luego de recibir la información necesaria y suficiente, que pudo comparar con el conocimiento que tenía del RPMPD, decidió escoger el régimen de ahorro individual, hecho que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación con mi representada, documento que se presume auténtico en los términos del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el parágrafo 54 del CPT.

4. DE LA ACREDITACIÓN DEL DEBER DE INFORMACIÓN A CARGO DE PORVENIR S.A.

Mi representada de manera palmaria, cumplió con la carga procesal impuesta -pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba, contrario a lo dispuesto legalmente al respecto-, en la medida que, aportó los documentos que de acuerdo con las normas existentes para el momento en que se celebró el acto jurídico del traslado debía mantener en sus archivos; además, pese a que la parte demandante JAMÁS estuvo en imposibilidad absoluta de retornar al RPMPD, permaneció en el RAIS, lo que sin duda al menos debe valorarse como un indicio serio de querer permanecer en el.

5. DE LA IMPOSICIÓN DE CARGAS PROBATORIAS INEXISTENTES.

En un Estado Social de Derecho, no es viable jurídicamente imponerle a los administrados, cargas probatorias distintas a las previstas en las leyes existentes para el momento de la ocurrencia de los hechos.

Luego, para cuando se celebró el acto jurídico de vinculación con la demandante, mi representada únicamente debía dejar constancia de la libre escogencia a través del formulario de vinculación, sin que, también tuviera la NECESIDAD de registrar en documentos o a través de testigos o cualquier otro medio de prueba que, le SUMINISTRÓ la INFORMACIÓN NECESARIA Y OBJETIVA acerca de las condiciones, y requisitos para acceder a la pensión de vejez a los futuros afiliados.

6. DEL DEBER DE REALIZAR ANÁLISIS CRÍTICO Y EN CONJUNTO DE LAS PRUEBAS EN CADA CASO.

La primera instancia, sin realizar el análisis en conjunto y crítico de estas pruebas como lo ordena el artículo 60 del C.P.T y S.S., declaró la nulidad y/o ineficacia de traslado de RPM al RAIS efectuada por la AFP, sin consideración a las normas antes referidas del ordenamiento civil, relacionadas con la validez de los negocios jurídicos -a las cuales debemos acudir por ausencia de reglas legales en materia laboral-, desconocimiento que, *«Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales»*, como lo señala el artículo 1602 del Código Civil y, están llamados a producir consecuencias respecto de quienes los celebran, reglas básicas de la teoría de las obligaciones.

7. DE LA DIFERENCIA LEGAL DE LA INEFICACIA Y LA NULIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS Y SUS EFECTOS.

De la mayor relevancia es, no confundir la ineficacia de un acto jurídico con la nulidad absoluta, como de manera general se hace, en la medida que: *“Bajo el concepto de ineficacia en sentido amplio suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad.”*

Luego, ***“la ineficacia en sentido estricto se presenta en aquellos casos en los cuales la ley, por razones de diferente naturaleza, ha previsto que el acto no debe producir efectos de ninguna naturaleza sin que sea necesario la existencia de una declaración judicial en ese sentido”.***

Ahora, en el caso hipotético de considerar que el negocio jurídico celebrado entre las partes no tuvo validez, no puede olvidarse que, el artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993, menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe el

cambio de régimen, 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.

Y es que, en virtud del artículo 1746, 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.*”

“*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 da el Doce y tres 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.”

8. DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA H. SALA LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SOBRE LA INEXISTENCIA DEL ACTO JURÍDICO DE TRASLADO PENSIONAL.

En forma reiterada la Sala de Casación Laboral ha explicado que, los efectos de declarar la ineficacia del traslado pensional –se insiste no existe norma que prevea tal situación, ya que lo más aproximado es la ineficacia de la afiliación con las sanciones administrativas que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993-, es hacer la ficción de que el acto jurídico de traslado jamás existió.

De manera que, una construcción lógica y congruente es que, si el acto jurídico del traslado no existió porque el afiliado JAMÁS dejó de pertenecer al RPMPD, se debe ordenar en esta clase de procesos, la devolución de los aportes con los rendimientos que ese sistema le produciría al afiliado, pues entenderlo de otra manera es contrariar nuevamente lo dispuesto en las normas referentes a los efectos de la ineficacia de los actos jurídicos.

9. DE LA BUENA O MALA FE DE LAS PARTES EN LAS RESTITUCIONES MUTUAS.

De acuerdo con el artículo 1746, “(...) *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo*”. Subrayado fuera de texto.

Ahora, el artículo 964 del Código Civil, que aplica para todos los casos en los que hay que restituir frutos, “*El poseedor de mala fe es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder.*”

La Sala de Casación Civil, al respecto expuso:

La Sala, en relación con el artículo 964 del Código Civil, ha observado que dicha norma “establece una excepción a la regla general desarrollada en el artículo 716 ibidem, pues hace dueño al poseedor de buena fe de los frutos que haya percibido con anterioridad al enteramiento de la demanda, momento hasta el cual puede atribuírsele dicha condición -la de poseedor de buena fe-, pues a partir de allí, en el supuesto de

ser vencido en el proceso, se le dará el mismo tratamiento establecido para el poseedor de mala fe y, por lo mismo, estará obligado a la restitución de la totalidad de los frutos que perciba” (Cas. Civ., sentencia de 16 de septiembre de 2011, expediente No. 19001- 3103-003-2005-00058-01; se subraya). No sobra destacar que esta posición de la jurisprudencia que ha sido constante (...)”

Y luego agregó:

“Es patente, entonces, que el Tribunal erró en la interpretación del artículo 1746 del Código Civil y que, como consecuencia de tal yerro, no hizo actuar el artículo 964 ibidem, pues de no haber cometido tales desatinos, habría colegido que el aquí demandado, al ser poseedor de buena fe, como esa misma Corporación lo calificó en su propio fallo, apreciación fáctica que al no estar comprendida en la acusación no puede ser revisada por la Corte, estaba obligado a restituir únicamente los frutos percibidos con posterioridad a la notificación del auto admisorio de la demanda, porque sólo a partir de este momento quedaba sometido al régimen que para los poseedores de mala fe prevé el segundo de tales preceptos.”

Luego, en atención al principio de la congruencia de la sentencia – artículo 281 del C.G.P-, al no haberse discutido y menos probado la mala fe de PORVENIR S.A. en la celebración del acto jurídico de traslado, no puede condenarse a mi representada a “restituir a favor del afiliado y por ende de un tercero como es COLPENSIONES”, los rendimientos financieros que logró mi representada por la gestión que adelantó en la administración de los aportes en el RAIS.

Tampoco se debe ordenar la devolución de las primas de seguros por cuanto el afiliado SIEMPRE estuvo protegido en las contingencias que ellas amparan. Imponer esta obligación es tanto como exigirle a cualquier compañía de seguros que, si no se presenta el siniestro amparado, debe devolver, trasladar, reintegrar el valor de la póliza pagada.

Un argumento de la mayor relevancia para no acceder a las pretensiones de la parte demandante, es lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, al estudiar la exequibilidad de la Ley 797 de 2003, en cuanto a que “(...) el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo 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 tenidos 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 cotizaciones.”

Por las anteriores consideraciones, respetuosamente se solicita al H. Tribunal Superior de Medellín – Sala Laboral, analizar las circunstancias particulares de este proceso que exhiben con suficiencia que en el acto jurídico celebrado entre las partes **produjo los efectos jurídicos que las partes pretendían.**

En el evento de considerar que el “la falta al deber de información” constituye una causal estructural para que el traslado de régimen pensional no produzca efectos jurídicos, en aplicación del principio de la congruencia de los fallos judiciales, no se puede ordenar la devolución de los rendimientos financiero que los aportes de la parte demandante produjeron en el RAIS por cuando no se alegó ni menos probó la mala fe de mi presentada, por lo que solo se deberá trasladar a PORVENIR SA. a 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.

En el evento de confirmar la decisión de la primera instancia en cuanto a declarar la ineficacia del traslado pensional, y a ordenar el reintegro de sumas adicionales a los aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, se debe confirmar que estos montos no se indexen, por cuanto los rendimientos obtenidos por la gestión de PORVENIR S.A., con suficiencia superan los rendimientos que hubiera obtenido la actora en el RPMPD.

5. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

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

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

6. CONSIDERACIONES:

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

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

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

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

historia laboral que reposa a folio 1 a 4 del expediente (Documento 11 del expediente digital), se afilió a COLFONDOS S.A. el 16 de febrero de 1996 como se anota en el documento SIAFP a folio 97 del expediente (Documento 14 del expediente digital). Posteriormente se afilió a COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A. el 29 de marzo de 1999 según se observa en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 92 del plenario (Documento 18 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 COLFONDOS S.A. en el año 1996 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 00:20:28 del video de la audiencia de conciliación y trámite (documento 25 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 el demandante en el año 1996 cuando se trasladó del RPM administrado en ese momento por ISS hoy COLPENSIONES a la AFP COLFONDOS 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 COLFONDOS 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.

Igualmente PORVENIR S.A., debe devolver a Colpensiones los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín durante el tiempo que legalmente se haya descontado de la cotización, 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 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 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.

La Sala, no comparte el argumento de la juez de primera instancia, que las restituciones deben quedar sujetas al pedio del afiliado en la demanda, pues las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, como se explicó en precedencia, las establece la Ley, y más en este caso, que existe un tercero como COLPENSIONES, que es el que debe correr con las consecuencias del retorno de la accionante al régimen pensional de esta entidad, con las cargas que ello implica.

En lo que tiene que ver con lo pedido por la apoderada de COLPENSIONES en la apelación, 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, y por tal razón, si el referido bono fue pagado su devolución se de realizar al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y no a COLPENSIONES.

De otra parte, en lo concerniente a la solicitud de COLPENSIONES en los alegatos que la devolución de los gastos cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima se reintegren debidamente indexados, esta Sala considera que es procedente, por cuanto este porcentaje de las cotizaciones no fue abonadas a la cuenta de ahorro pensional de la demandante, por lo que no devengaron los rendimientos o intereses pues fueron apropiados por las AFP o gastados para los pagos de las primas, y por ello debe ser devuelto indexado.

Al respecto la jurisprudencia de la CSJ de la que se citan las sentencias SL1688 de 2019 SL 2932 de 2020, SL 3202, 3571, 3706, 3707, 3708, 3709 y 3769 de 2021, la CSJ ha ordenó que las cuotas de administración fueran devueltas indexadas.

Finalmente en lo concerniente al pedido en la apelación de COLPENSIONES, que en caso de que el Tribunal confirme la sentencia de primera instancia, se adicione conforme con las Sentencias SL 4803 de 2021 y SL 3710 2021, en cuanto a que al momento de cumplirse la orden los conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores junto con el detalle de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que lo justifique, dicha solicitud es procedente pues, en la Sentencia SL3871-2021, Radicación n.º 88720 del 25 de agosto de 2021, la Corte ordenó: ***“TERCERO: Condenar a Porvenir a devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.”*** Por lo que se declarará que las devoluciones que se ordenan a COLFONDOS S.A. a realizar COLPENSIONES, se efectúen con la discriminación antes citada.

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 haberse prosperado parcialmente el recurso de apelación de 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 la sentencia del 11 de mayo de 2023 proferida por el JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **CLARA SILVIA RÍOS CARDONA** contra **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.** en el sentido que COLFONDOS S.A., debe devolver a COLPENSIONES, la totalidad de los aportes pensionales o cotizaciones que recibió con motivo de la afiliación del actor, sin descuento de ninguna índole, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, con sus intereses o rendimientos, indexando el porcentaje de la cotización que no fue consignado en la cuenta de ahorro pensional del demandante.

Igualmente, PORVENIR S.A. debe devolver a COLPENSIONES indexado el porcentaje 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: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido que los conceptos que se ordenan a COLFONDOS S.A. devolver a COLPENSIONES, deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

La anterior sentencia se notifica a las partes en EDICTO.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

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

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **24f61cad3f78f140d5663b5228c6ed685c45ce05e880cd011745978204d56673**

Documento generado en 20/10/2023 03:19:13 PM

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