

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El catorce (14) de diciembre 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 **GLORIA HERLEY ORTÍZ VALENCIA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), y la **ADMINISTRADORA COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** (En adelante COLFONDOS S.A.), tramitado bajo el radicado No. **05001-31-05-015-2022-00469-01**.

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 GÓMEZ MEZA & ASOCIADOS S.A.S., quien representa judicialmente los intereses de COLFONDOS S.A. en este proceso, se procede a reconocer personería a la abogada MÓNICA ALEJANDRA RODRÍGUEZ RUBIO identificada con C.C. No. 1049648215 y portadora de la T.P. No 393.539 del C.S de la J, para que represente a COLFONDOS S.A en este proceso como apoderada sustituta.

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 o nulidad de su traslado al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), que se declare válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación de la demandante al RPM, hoy administrado por COLPENSIONES.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicita se declare que, para todos los efectos jurídicos, la demandante ha permanecido en el RPM, sin solución de

continuidad, ordenándose a COLFONDOS S.A., realizar la devolución a Colpensiones, de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros, gastos de pólizas por invalidez y muertes y devolución de los gastos de administración que han sido descontados, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero que estuvieron en poder de las administradoras.

Finalmente solicita, que se ordene a “COLPENSIONES”, a recibir los aportes devueltos por Colfondos, y actualizar, corregir y poner a su disposición la historia laboral.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata la actora que nació el 13 de octubre de 1965, que realizó cotizaciones ante el instituto de seguros sociales ISS, hoy Colpensiones desde el 15 de julio 1985, y posteriormente se trasladó al RAIS por medio de la AFP COLFONDOS S.A.

Afirma, que firmó formulario de traslado de Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, con destino a Colfondos, sin tener información concreta, clara y veraz de las consecuencias de su decisión, que debió ser suministrada por la AFP Colfondos, omitiendo dar información acerca de las ventajas y desventajas sobre el cambio de régimen pensional.

Refiere que, al momento del traslado a Colfondos, el asesor comercial le informó que realizando dicho traslado se podía pensionar a la edad que quisiera, pero omitió la información de las condiciones para lograrlo, y no le mencionó e informó que el monto de la mesada pensional dependía del total del capital que lograra acumular en su cuenta individual.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La *a quo* despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de la demandante, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad en la AFP COLFONDOS S.A.

Seguidamente, condenó a COLFONDOS S.A., a trasladar a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, las sumas que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, esto es, las respectivas cotizaciones junto con bonos, sumas adicionales, rendimientos financieros, gastos de pólizas por invalidez y muertes, y gastos de administración que han sido descontados,

además de las sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados; sin incluir otros conceptos que no fueron solicitados en la demanda.

Consecuencialmente, condenó a COLPENSIONES a recibir las sumas de dinero que le sean trasladadas por COLFONDOS, y a activar la afiliación de la demandante, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en forma permanente y sin solución de continuidad.

Para fulminar la condena, la *a quo* argumentó que si bien la Corte Suprema de Justicia tiene fijada una línea jurisprudencial sobre la ineficacia del traslado de régimen en donde las administradoras deben brindar una verdadera orientación sobre las implicaciones del cambio de régimen, subsiste para ella reservas, en virtud de la autonomía e independencia del juez, dado que es del criterio que los fondos actuaron de buena fe, debiéndose dar un análisis distinto cuando se demuestra que el afiliado recibió una reasesoría.

Luego señaló que, en cuanto a la carga probatoria de la prueba, está regulado en el art 164 y 167 del código general del proceso, que por remisión del art 145 del CPTSS aplica al área laboral y que se tendrán en cuenta las sentencias hito de la sala de casación laboral de la corte suprema de justicia referentes a las ineficacias de traslados de régimen cuya carga de prueba se trasladan a las AFP como lo contempla la SL 1688 y 1689 de 2019.

Dicho lo anterior, estos temas de ineficacia de hecho definido por la corte suprema de justicia que en diversas oportunidades, más recientes la SL 1834 de 2022 radicado 88421 que con la independencia de la fecha de solicitud de traslado la pertenencia o no del potencial afiliado del régimen de transición las AFP no deben perder de vistas el deber de información que deben orientar las implicaciones del cambio de régimen para hacer dicho traslado. Además considera que es importante hacer mención que la independencia de los jueces independiente de la línea jurisprudencial que existe, ha sido que el criterio para la época que se trasladaron los potenciales afiliados que están demandando dichos fondos siempre actuaron de buena fe y conforme al lineamiento que en aquel entonces consideraron que eran los legales y suficientes aunque luego por la misma jurisprudencia se haya establecido una línea contraria que obligo a probar ese deber de información con creces inclusive aun así es pertinente en ciertos casos llevar a una decisión absolutoria aun cuando se trata de re asesoría.

El afiliado a pesar de haber sido debidamente informado decidió quedarse por su propia cuenta a riesgo y voluntad y el estudio debe ser distintos tratándose de esos casos de re asesoría.

Sin embargo, debe acudir a salvamento de voto del magistrado Jorge Luis Quiroz que en sentencia con radicado 68852 de 2019 expuso que si bien el acto de traslado impone un deber de información suficiente a la administradora, ello no va a exonerar de ninguna manera al afiliado el deber de concurrir suficientemente los deberes de su régimen pensional tampoco lo extrae de la ley para darle un trato desigual como si su capacidad para celebrar contrato estuviese igual.

También se menciona que debe guardar congruencia de lo pretendido o aspirado con la sentencia propiamente tal y debe tener coherencia lo uno con lo otro, así que cuando se trata de ciertos rublos que se solicitan en la demanda se estudiara si es pertinente concederlo o no lo es en el evento de en qué se solicite seguro previsional, fondo garantía pensión mínima o bono pensional solo procede cuando son solicitados en las pretensiones sino se hace el juzgado no está obligado a pronunciarse.

Dicho lo anterior, la sentencia SL 1688 de 2019 que concreto que cuando se trata de ineficacia de traslado, el consentimiento informado respecto de las AFP, es el que debe despachar conforme con la institución de la ineficacia y no indistintamente de la nulidad sustancial como se está apoyando en este caso.

Acorte suprema de justicia ha exigido en pie de igualdad, que los fondos privados que deben suministrar al potencial afiliado una explicación que contenga el análisis detallado de su situación particular, de acuerdo al buen consejo, llegando incluso a desanimar al interesado de tomar una decisión que a futuro lo pueda perjudicar. Lo que se dice luego entonces es que hay incumplimiento de tal obligación cuando se guarde silencio acerca de aspectos tan determinantes para tomar la decisión lo que hace que se genere un vicio en el consentimiento. Ya que la persona toma una decisión fundamentado en una recomendación que no atañe a su realidad, o no se le da en forma completa y diligente lo que genera la nulidad del traslado independientemente de la persona que venga a estrados judiciales tenga estatus de pensionado o este próximo, tampoco importa si es beneficiario del régimen de transición.

Así entonces concretando con base en la orientación jurisprudencial y en lo que refiere a la carga de la prueba o inversión de la misma, conforme con la prueba que obra en el caso, independientemente del interrogatorio también obra el formulario de vinculación al RAIS que cumple con los requisitos del art 11 decretos 692 de 1994 y

además está inmersa la cláusula de voluntad de selección de régimen de forma libre y espontánea pero ese documento es suficiente para probar que el fondo privado en este caso, haya cumplido con ese deber de información, como lo ha exigido la corte suprema de justicia en la sentencia 1688 de 2019,

Así en el caso en particular, los esfuerzos de los litigantes de las entidades accionadas expuestas en alegatos de conclusión son razonables y respetables pero los mismos no pueden ser atendidos a la referida línea jurisprudencial por lo que para este despacho era incumbencia de COLFONDOS demostrar que efectivamente asesoró en debida forma a la hoy demandante. Es decir, previo al traslado de régimen debía proporcionar a ella toda la información para la toma de decisión de haberle informado de manera tal que la información pudiese catalogar como eficiente, eficaz y oportuna completa y comprensible y hubiese abarcado etapas del proceso como alternativas mejores, en que se benéfica un régimen y otro, ventajas y desventajas.

Al no haber acreditado COLFONDOS el cumplimiento del deber de información aplicable a la época del traslado de régimen de la demandante como tampoco proporcione la explicación integral acerca de cada uno de los regímenes pensionales con ventajas y desventajas y mejores opciones para ella cuando se trasladó, ello lleva a declarar la ineficacia de la afiliación sin solución de continuidad.

Lo que respecta a la prescripción, no está llamada a prosperar en tanto esta acción involucra el traslado de régimen pensional y está estrechamente ligado con la causación del valor de la pensión lo que hace que sea imprescriptible.

Finalmente, declaró no probada las restantes excepciones, las que quedan implícitamente resueltas con lo determinado.

Indicó que, las costas serán asumidas por COLFONDOS S.A., para lo cual se fijan las agencias en derecho a favor de la demandante en la suma de \$1.160.000, que equivale a un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2023, exonerando de estas a Colpensiones.

3. DEL RECURSOS DE APELACIÓN:

La anterior decisión fue apelada por la apoderada judicial de COLFONDOS S.A., pidiendo se revoque el numeral segundo, cuarto y sexto de la sentencia, argumentado que, contrario a lo manifestado por el despacho, COLFONDOS dio toda la información precisa y justada a las normas que regulan el RAIS para que la actora tomara la

decisión que más se adaptara a sus intereses. En el interrogatorio de partes la actora fue muy clara en indicar que no solo fue COLFONDOS quien se presentó en su lugar de trabajo para darle una asesoría indica que allá estuvo PORVENIR, PROTECCIÓN y COLFONDOS y que ella tomó la decisión de afiliarse a Colfondos, porque las directivas de la empresa donde ella laboraba indicaron que era el fondo que más rentabilidad daba.

No obstante, lo anterior, de confirmarse la ineficacia de la afiliación de la vinculación de la actora y la orden del regreso de ella, debe indicarse que frente a la condena frente a bonos pensionales no es procedente que se ordene a COLFONDOS trasladar a Colpensiones el bono pensional debido a que cuando se trata de un traslado del RAIS a RPM, lo procedente es el traslado a los aportes que reposan en la cuenta individual del afiliado con sus respectivos rendimientos.

Los fondos privados no liquidan y no pagan los bonos pensionales, por lo que resulta improcedente una condena en este sentido. Máxime cuando el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, es la única autoridad competente relacionado a bonos pensionales y no ha transferido suma alguna a COLFONDOS por concepto de bono pensional, pues COLFONDOS no puede trasladar sumas inexistentes.

Frente a las sumas adicionales, tampoco es procedente que se traslade estas, porque tales sumas son reconocidas por las aseguradoras que expiden el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia y solo cuando se presente esa reclamación pensional por cuanto estos dos siniestros y de cumplirse los demás requisitos el otorgamiento de una pensión de invalidez o sobrevivencia en el RAIS el capital acumulado no alcance para la financiación de la pensión a cargo de la AFP estas sumas adicionales no se causan cuando el afiliado al sistema pensional se traslade del RAIS a RPM.

Finalmente, frente a los gastos de administración, tampoco es procedente toda vez que las actuaciones de COLFONDOS han estado ceñidas a la constitución y a la ley, pues la comisión por el manejo de aportes obligatorios son de consagración legal y esta contemplados en el art 60 ley 100 de 1993 donde señala las características del RAIS lit b. Teniendo en cuenta lo anterior, las AFP están facultados para cobrar a esos afiliados por el manejo de aportes que realicen las administradoras ya que el cobro obedece a un mandato de la superintendencia financiera.

En este orden de ideas si la consecuencia de la ineficacia del traslado de la actora es que sus cosas vuelvan al estado anterior, COLFONDOS nunca debió administrar estos recursos y por ende, los rendimientos de dicha cuenta no se causó y tampoco se debió

cobrar una comisión de administración, y si esto no hubiese sido descontado tampoco debió existir rendimientos.

Frente a la excepción de prescripción, de acuerdo al art 151 estos están prescrito y en consecuencia es improcedente el reintegro de las cuotas de administración al considerar que están prescritos parcialmente. Si bien es cierto que el traslado no prescribe ni los aportes a pensiones. Lo cierto es que estos dineros no tienen la misma naturaleza por ende tendría que darse la excepción de prescripción frente a los gastos de administración y demás emolumentos.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, el apoderado judicial de COLFONDOS S.A. allegó escrito de alegatos, en los que señaló resumidamente lo siguiente:

2.1. 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. Pese a lo diáfano de las normas, la H. Corte Suprema de Justicia realiza una mixtura para poder resolver las ineficacias de los traslados de régimen pensional, por cuanto acude a normas propias del sistema general de pensiones - artículo 271 de la Ley 100 de 1993- para decir que el acto jurídico de traslado es ineficaz, pese a que nada dice esta norma al respecto y, para establecer los efectos de esta “ineficacia”, acude a disposiciones del Código Civil, sin igualmente tener en

cuenta que este compendio normativo consagra los presupuestos para que se declare la nulidad de un acto o contrato y no la ineficacia del traslado pensional.

En este asunto, NINGUNO DE ESTOS PRESUPUESTOS LEGALES, SE ALEGARON NI MENOS RESULTARON DEMOSTRADOS EN EL PROCESO, pues obligatorio es mencionar que el formulario de afiliación suscrito por la parte actora, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es que, la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo.

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 COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS., teniendo también la obligación de exigir las explicaciones verbales o escritas necesarias, precisas y suficientes que le posibilitaran la toma de decisiones informadas.

2.2. DEL DERECHO DE RETRACTO COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

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, 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.

2.3 DEL DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA La señora GLORIA HERLEY ORTIZ VALENCIA.

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.

2.4. DE LA ACREDITACIÓN DEL DEBER DE INFORMACIÓN A CARGO DE COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

Aduce el fallador de primer grado que, mi representada, no allegó pruebas del cumplimiento de sus deberes para con la parte actora al momento de la vinculación, esto es entregar información, completa, veraz, cierta y oportuna. Tal inferencia no se ajusta a la realidad procesal, por cuanto 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 él. Es por lo anterior, que bajo el mismo criterio señalado por la H. Sala Laboral de la Corte Suprema en los asuntos referidos a la “desafiliación tácita de los afiliados” del sistema que, debe apreciarse en conjunto la “voluntad del afiliado”, en estos asuntos en los que permanece en el régimen privado por más de 20 años, sin hacer la más mínima manifestación de la cual se pudiera entender que quería retornar al RPMPD. Se cita sólo a título de ejemplo la sentencia con Rad. 47236 del 06 de abril de 2016.

2.5. 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 en este caso, para cuando sucedió la afiliación de la parte demandante pues hacerlo, claramente constituye una violación al debido proceso y a la confianza legítima de mí representada, en tanto que actuó amparada por lo señalado en la Ley 100 de 1993, los decretos reglamentarios y en las disposiciones del órgano de vigilancia. 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.

Llama la atención que, en el avance jurisprudencial respecto al alcance de la información ya vamos en que la misma tiene que ser no solo de calidad sino “CALIFICADA”-, como lo indica la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL1637-2022 Radicación n.º 89208 del once (11) de mayo de dos mil veintidós (2022), cuando expuso: “

“Así las cosas, el entendimiento de la Corte respecto del tipo o clase de información con la cual se cumplía el mentado deber, se acompasa con la dinámica legislativa y reglamentaria que siempre quiso poner en cabeza de las administradoras de pensiones tal previsión, la de brindar información, no de cualquier calidad sino calificada, dada la complejidad técnica del tema y las incidencias que una decisión de ese calibre podría llegar a tener en la vida de un trabajador.” Negrillas y subrayado fuera de texto. Entonces, en forma palmaria se le imponen a las AFP cargas inexistentes, pues la misma Corte en la providencia referida, establece que, el querer eventual, futuro, en ciente de las leyes fue colocar en “cabeza de las administradoras” el deber de información; es decir, para el momento de la celebración de los actos jurídicos de traslado pensional NO EXISTÍA la obligación de suministrar la información con el alcance que se despliega hoy en la jurisprudencia, esto es que, el afiliado comprenda se le traslada también a las AFP la responsabilidad del acto personal de lo entendido un tema que, ni siquiera versados en materia laboral logran abarcar, dada la complejidad técnica del asunto, como lo acepta la misma Corporación en el citada decisión.

2.6. 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., el juzgador de primera instancia 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.

3. 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”.¹

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).

2 4. 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 insisten 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. Basta leer apartes de la mentada sentencia SL1637-2022 Radicación n.º 89208, en cuanto a que se “activa la afiliación”, para concluir razonablemente que, se traslada el valor de los aportes con los rendimientos que se hubieran causado en el RPMPD.

5. 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.

5.1. DEVOLUCIÓN DE RENDIMIENTOS FINANCIEROS

En atención al principio de la congruencia del artículo 281 del C.G.P, al no haberse discutido y menos probado la mala fe de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS 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.

5.2. CONDENA A CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN.

La administradora cumplió con el deber de administrar la cuenta del demandante, y fue gracias a su optima inversión se produjeron rendimientos en sus cuenta individual, por

lo que es deber del fallador aplicar también principios constitucionales de equidad y justicia, pues se entiende que si se van a trasladar todos los rendimientos no existiría la obligación legal de trasladar las cuotas de administración dado que fue gracias a estos manejos que se generaron los rendimientos generados en su cuenta de ahorro individual, que comparados con los gastos de administración, se entiende que dichos gastos son muy inferiores a los rendimientos.

En consecuencia, es improcedente el reintegro de las cuotas de administración de la cuenta de ahorro individual habría que considerar que están prescritos parcialmente porque si bien es cierto no prescribe el traslado ni prescriben los aportes a pensiones lo cierto es que eso dineros no tienen esa misma naturaleza porque son por unos gastos de administración por administrar unas cuentas de ahorro individual que han administrado por más de 29 años el fondo a quien represento.

Es imperioso señalar la labor del juzgador al momento de fallar en equidad y justicia, por lo que es indispensable que se tenga en cuenta que los rendimientos superan el monto de lo que hubiese producido en el régimen público y la razón es que, es la inversión que los fondos privados pueden hacer, inversiones en la totalidad de los renglones de la economía nacional e internacional, pues tiene libertad de inversión. Se tiene que tener en cuenta que estos rendimientos que no se hubieran producido en el fondo publico porque el fondo publico Colpensiones solo puede invertir en dineros públicos en fondos públicos en bonos del tesoro nacional en bono soberano y por consiguiente está muy limitado porque son fondos muy conservadores y es un fondo muy conservador precisamente porque es del Estado es una seguridad correlativamente un menor ingreso o rendimiento, por esta misma razón, no puede ordenarse sin caer en injusticia o inequidad a que se devuelva o traslade de una parte los rendimientos pero que también se traslade los gastos de administración por haber administrado eficientemente esa cuentas de ahorro individual ya que si desconocemos los efectos ocurridos en el mundo fenomenológico tendría que imaginar que no existieron cuentas de ahorro y tampoco rendimientos de las mismas.

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 esta entidad por haberle resultado adversa, por lo que, la legalidad del fallo será estudiada en su integridad.

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

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

Tal posición, que constituye a la fecha la línea jurisprudencial de la SCL de la Corte Suprema de Justicia sobre dicho tema, ha sido ratificada de manera reiterada en todos los pronunciamientos emanados de dicha corporación, como en las sentencias SL1688-2019 y SL1689-2019, ambas proferidas el 8 de mayo de 2019, en las que, además la Corte fijó unas conclusiones jurisprudenciales en torno al tema de la ineficacia 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 afiliada al régimen pensional de prima media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, según la historia laboral allegada en los anexos de la demanda a folios 27 a 30 del expediente, (documento 01 del expediente digital), se afilió a la administradora del RAIS COLFONDOS S.A. el 08 de julio de 1994 como se advierte en el formulario de afiliación a dicho fondo a folio 26 del expediente (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 35 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que COLFONDOS 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 00:17:03 del video de la audiencia de trámite y juzgamiento (documento 19 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 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 pre impresa sobre que el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que el traslado se realizó con pleno conocimiento informado, lo cual no probó la AFP, siendo su carga, como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada, por lo que habrá de confirmarse en esta instancia la decisión de 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 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 durante el tiempo que legalmente se haya descontado de la cotización, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole, pues al declararse la ineficacia del acto de traslado, **ningún efecto jurídico puede derivarse de este** y por tanto, deben reintegrarse a COLPENSIONES, la totalidad de las sumas que hubiese recibido la AFP demandada como cotización de la demandante, como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Ha explicado la Corte Suprema de Justicia que las consecuencias prácticas de la ineficacia son idénticas a las de la nulidad, señalando la Sala Civil de la alta Corporación que: «*cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos*

estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).

En este orden de ideas, como lo dispone el art. 1746 del C.C., norma que regula las restituciones mutuas en el régimen de nulidades: *“La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”.*

En este sentido se pronunció igualmente la SCL de la CSJ, sentencia 31989 de 8 de septiembre de 2008 y lo reiteró en sentencias *SL4964-2018*, *SL4989-2018*, *SL1421-2019* y *SL1688-2019*, en la que precisó:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación dla actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

“Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba la actora antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Asimismo, al tratarse de la declaratoria de un acto ineficaz que acarrea los mismos efectos de uno nulo, no es dable concebir, so pretexto del principio de la buena fe o **de una buena gestión en la administración del bien**, que dichas sumas queden por fuera de las restituciones, de un lado, porque se trata de rubros que pertenecen al

régimen de prima media con prestación definida, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otro, porque es la indebida actuación por parte de las AFP demandadas, al no proveer la información clara, completa y comprensible a través de sus asesores, la que acarrea como consecuencia, además del hecho de generar la declaratoria de ineficacia, que deban asumir con su patrimonio los perjuicios que se ocasionen a los afiliados y las sumas sufragadas a terceros, como lo son las aseguradoras previsionales, ello con base en los artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

La Sala no comparte el argumento de la *a quo*, en el sentido que las restituciones a COLPENSIONES, se deben limitar a la manera como fueron peticionadas en la demanda, pues considera esta magistratura que es como legalmente corresponda, toda vez que los aportes pensionales no son de disposición del trabajador por no ser de su propiedad sino del sistema pensional, pues el trabajador solo tiene derecho a las prestaciones que el sistema le otorgue conforme a la Ley, pero no a las cotizaciones, con las que se financia el fondo común del RPM, hasta el punto que si con las cotizaciones no se genera ninguna prestación, los aportes pensionales quedan siendo de propiedad del fondo común, como en el caso que el trabajador fallezca sin tener beneficiarios con derecho a pensión de sobrevivientes o a indemnización sustitutiva de sobrevivientes.

En lo que tiene que ver con la orden del *a quo*, de reintegrar a COLPENSIONES el bono pensional que se pudiera haberse pagado a favor de la actora, decisión apelada por COLFONDOS S.A., tal decisión resulta desacertada, toda vez que al ser ineficaz la afiliación del 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 se debe efectuar la devolución al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y no a COLPENSIONES, por lo que tal orden será modificada.

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.

De otra parte, la Sala no comparte el argumento del *a quo*, en el sentido que si fuera procedente la devolución los dineros descontados por concepto de administración y

fondo de garantía de pensión mínima, ellos estarían prescritos, toda vez que su obligación de restituir estos conceptos se origina con la declaratoria de ineficacia del traslado que solo se produce con la ejecutoria de las sentencias que la declaran, por lo que no sería procedente la prescripción.

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

Sin costas en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A. por haber por haber prosperado parcialmente su recurso de apelación.

Conforme a las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia apelada será REVOCADA y en su lugar se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, en los términos anteriormente expuestos.

Las COSTAS en ambas instancias correrán a cargo de PROTECCIÓN S.A. por haber sido vencida en el juicio. Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$1.160.000. a cargo de PROTECCIÓN S.A.

7. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 03 de agosto de 2023 proferida por el JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora GLORIA HERLEY ORTÍZ VALENCIA contra COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., ADICIONÁNDOLA en el sentido de DECLARAR que la devolución que debe realizar PROTECCIÓN 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 es decir el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole, valga decir, incluidas las cuotas de administración, el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro de Fogafín, y el fondo de garantía de pensión mínima,.

SEGUNDO: MODIFICAR la sentencia de primera instancia, en el sentido que en el evento que se hubiese pagado bono pensional tipo A, a favor del demandante, la devolución del importe del mismo, debe efectuarse al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y no a COLPENSIONES. El importe de bono pensional distinto al tipo A, a cargo del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, sí debe ser devuelto a COLPENSIONES.

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: **57d2559b138a7e7de835a31ba2143c7c45d9ed91eb6bb88b8bf2b60dee865199**

Documento generado en 14/12/2023 10:01:37 AM

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