

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE TRÁMITE Y FALLO

El siete (07) de abril de dos mil veintiuno (2021), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, se constituyó en audiencia con el fin de resolver el recurso de apelación contra la sentencia proferida en primera instancia en el presente proceso ordinario laboral promovido por la señora **ROSALBA DE JESÚS POSADA GIRALDO** en contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.), tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-013-2018-000743-01.

AUTO

Se observa a folio 168, escrito mediante el cual, al abogado ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ portador de la T.P. 115.849 del Consejo Superior de la Judicatura, invocando su calidad de representante legal de PORVENIR S.A. presenta alegatos de conclusión.

Revisado el expediente, se halla copia de la escritura pública No. 00885 del 28 de agosto de 2020, a través de la cual PORVENIR S.A. le confiere poder especial al referido abogado para actuar como apoderado en procesos judiciales en su contra.

En atención a lo anterior, se le confiere personería al Dr. CASTELLANOS LÓPEZ, para actuar como apoderado de PORVENIR S.A. en este proceso.

También se observa a folio 182, escrito mediante el cual, el abogado ANDRÉS EDUARDO SALCEDO CAMACHO, portador de la T.P. 262.589 del Consejo Superior de la Judicatura, invocando su calidad de representante legal de la firma de abogados ABACO ABOGADOS Y CONSULTORES S.A.S. presenta poder para actuar en este proceso y sustitución de este a favor de la abogada MANUELA

ANDREA LÓPEZ HENAO portadora de la T.P. 253.225 del Consejo Superior de la Judicatura

Revisado el expediente, se halla copia de la escritura pública No. 003378 del 2 de septiembre de 2019, a través de la cual COLPENSIONES. le confiere poder especial a la referida firma de abogados para actuar como apoderada judicial en procesos judiciales en su contra.

En atención a lo anterior, se le confiere personería como apoderada principal ABACO ABOGADOS Y CONSULTORES S.A.S. y a la DR. MANUELA ANDREA LÓPEZ HENAO, 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 nulidad de la afiliación 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 demandante, que nació el 2 de febrero de 1960. Que durante su vida laboral estuvo afiliado inicialmente al RPM administrado por el entonces INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (en adelante ISS), hoy COLPENSIONES, y posteriormente se afilió a PORVENIR S.A. el 6 de marzo de 2001.

Afirma que PORVENIR S.A. al momento de la afiliación no le explicó que la pensión era por capital, el derecho al retractor, no le hicieron un comparativo entre los regímenes para determinar la conveniencia del traslado, no se le informó sobre la existencia de riesgos financieros, y que eran asumidos por el afiliado, los factores tenidos en cuenta para determinar la fecha probable de la pensión y su monto.

Asegura que no se le brindó una información adecuada, suficiente, clara, comprensible donde se objetivaran las ventajas y desventajas de ambos regímenes.

Indica que el 1º de octubre de 2018 solicitó a Colpensiones el traslado de régimen y le fue negado.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La *a quo* despachó de manera favorable las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado del demandante al RAIS y condenando en consecuencia a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los aportes, rendimientos y cuotas de administración y a COLPENSIONES a recibir dichos dineros y a reactivar la afiliación del demandante en el RPM.

Finalmente condenó en costas procesales a PORVENIR S.A. por haber dado pie a la ineficacia del traslado declarada.

Para fulminar la condena, la *a quo* consideró que la corte Suprema de Justicia tiene fijada una línea jurisprudencial sobre el tema de la afiliación a un régimen pensional y se sintetiza en la obligación de brindar una información completa, suficiente, idónea y comprensible sobre las características de los regímenes y de acuerdo a la condición pensional de cada persona, determinando e informando de acuerdo las conveniencias e inconvenientes de uno y otro régimen, el deber del buen consejo y la carga de la prueba de la información brindada en cabeza de la AFP.

Luego señaló que en el proceso no se probó por PORVENIR que al momento de la afiliación de la demandante haya cumplido con el deber legal de otorgar una explicación integral sobre la regulación de los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, resultando insuficiente como prueba la suscripción del formulario de afiliación, por lo que considera que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado y ordenó el traslado de los dineros de la cuenta de ahorro individual, rendimientos y cuotas de administración.

Luego declaró no probada la excepción de prescripción pues consideró que en tratándose de la validez del traslado de régimen se trata de un derecho íntimamente ligado a la pensión y por tal razón es imprescriptible.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN.

La apoderada judicial de PORVENIR S.A. recurre la decisión de primera instancia, solicitando se revoque la sentencia, en primer término, en cuanto a la declaratoria de ineficacia, para el efecto indicó que quedó demostrado que la demandante firmó el formulario de manera libre y voluntaria, cumpliendo así la demandada la carga de la prueba.

Aduce que, debe mirarse el deber de información de acuerdo con la situación de cada afiliado y como la demandante no tenía expectativa pensional en el momento de la afiliación se les otorgó la información disponible.

Indicando no estar de acuerdo con la orden de trasladar a COLPENSIONES las cuotas de administración y rendimientos pues al considerar que no hay ineficacia tampoco lo habrá a esta condena, además en ambos regímenes se cobran estas cuotas de administración como lo dispone el artículo 20 de la Ley 100 de 1993. Que este tipo de condenas se da cuando hay un detrimento y que en este caso se generaron unos rendimientos considerables.

En cuanto a las costas, aduce que, no procediendo las condenas en contra de PORVENIR, tampoco habría lugar a imponer este concepto.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar las partes presentaron oportunamente alegaciones en los siguientes términos:

ALEGATOS DE COLPENSIONES:

COLPENSIONES argumenta resumidamente en los alegatos que, al momento en que la accionante realizó solicitud ante COLPENSIONES del Traslado se encontraba incurso en la prohibición legal literal E art 2 de la ley 797 del año 2003 que modificó el art. 13 de la ley 100 de 1993 y la Sentencia C 1024 de 2004.

En concordancia con dicha normatividad, es que mi representada negó la solicitud en sede administrativa, pues como entidad pública está sometida al imperio de la ley y reitero la solicitud de revocatoria de la sentencia de primera instancia.

No obstante, solicito respetuosamente a la sala que en caso de confirmar la sentencia de primera instancia se ordene a la codemandada la devolución y reintegro de las siguientes sumas: recursos de cuenta de ahorro individual, cuotas de administración, cuotas abonadas al fondo de garantía mínima, rendimientos de la cuenta de la demandante, anulación de bonos pensionales si existieren, porcentaje destinado al pago de seguros provisionales y gastos de administración, adicionalmente que dichos valores se entreguen a mi representada de manera indexada dada la evidente pérdida del valor de la moneda, evitando así un detrimento en las cuentas manejadas por Colpensiones.

ALEGATOS DE PORVENIR S.A.

PORVENIR S.A., argumenta resumidamente en los alegatos que, no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con mi representada es eficaz.

Esta norma, claramente prevé que cuando existe: a) objeto o causa ilícita: b) omisión de alguno de los requisitos que prescriben las leyes para el valor de estos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan; c) cuando lo celebra una persona absolutamente incapaz, el negocio jurídico o el contrato está viciado de nulidad absoluta. Advierte esta misma disposición que, cualquier otra irregularidad produce una nulidad relativa.

De igual forma, el artículo 1598, expresa cuáles son los vicios del consentimiento, esto es, error, fuerza o dolo y en los artículos subsiguientes, se explican que se puede presentar; a) error en la naturaleza del acto o negocio jurídico; b) sobre la identidad del objeto; c) en la calidad del objeto; d) o error en la persona. Así también, el artículo 1513, explica las nociones de fuerza, el 1515 del dolo, el 1517, del objeto ilícito, y el 1524 de la causa ilícita.

De otra parte, si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma establece la ineficacia cuando existen actos que impidan o atenten contra la afiliación del trabajador; es decir, se exigen conductas dolosas que impidan o atenten la libre y voluntaria afiliación del posible

afiliado. Finalmente, el artículo 899 Código del Comercio, también enseña que, el acto o negocio jurídico, contrario a una norma, tenga causa u objeto ilícito o lo celebre una persona absolutamente incapaz, es nulo absolutamente.

Dicho esto, preciso es mencionar que, 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 demandante 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 ley 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, hecho que ratifica en el interrogatorio de parte, sumado a que el referido documento 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.

Ahora, como quiera que se descarta la existencia de un presupuesto para declarar la nulidad absoluta del acto jurídico, como quiera que no contiene objeto o causa ilícita, tampoco el consentimiento de la parte actora estuvo viciado por error, fuerza o dolo, de presentarse alguna irregularidad distinta, la misma estaría saneada conforme lo indican los artículos 1742 y 1743 del citado código, esto es, por la ratificación tácita de la parte demandante, al permitir durante todo el tiempo de permanencia en el régimen privado, el descuento del aporte con destino al régimen privado.

Adicionalmente, no se puede desconocer que Porvenir, le garantizó el derecho de retracto, conducta que se prueba con 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.

Aduce el fallador de primera 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 y oportuna, tal inferencia no se ajusta a la realidad procesal, por cuanto mi representada en 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 tenía su poder para demostrar que la parte actora, ha estado

vinculada a mi representada producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita no solo con el formulario de afiliación, el cual se itera es un documento que se presume auténtico, sino se insiste, con la conducta de la afiliada, que permaneció por 20 años en el régimen de ahorro individual y permitió el descuento con destino al fondo privado, pruebas que analizadas de manera crítica y en conjunto, conducen con certeza a concluir que la intención de la parte actora era pertenecer al régimen de ahorro individual.

Entonces, es un hecho objetivamente demostrable que durante el tiempo de vinculación, la parte actora permitió el descuento del aporte con destino al fondo privado que represento, conductas que bajo la línea que ha trazado la H. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, deben considerarse como “la verificación de la voluntad del afiliado”, pues si bien así lo ha venido explicando referido al análisis que debe hacer el juez para determinar si el afiliado desea seguir cotizando el sistema de seguridad social integral en pensiones, para así establecer la fecha desafiliación del sistema, también lo es que, nada impide y por el contrario obliga al fallador a que, con el mismo análisis crítico y razonable de la conducta de los afiliados, se concluya sobre su voluntad inequívoca de permanecer en uno u otro régimen pensional.

Se cita solo a título de ejemplo la sentencia con Rad. 47236 del 06 de abril de 2016. Vale mencionar que, jurídicamente no es viable imponerle cargas distintas a mi representada, a las previstas en las leyes existentes al momento en que sucedió la afiliación de la parte demandante, pues constituye una violación al debido proceso y a la confianza legítima del fondo que represento, ya que para cuando se celebró el acto jurídico de vinculación, no solo el afiliado para ese momento era jurídicamente capaz, sino que además, el citado acto contiene objeto y causa lícita, y ahora por cuenta de interpretaciones y el alcance que se hace de algunas normas, se desconocen instituciones primarias de un estado social de Derecho como son la validez y los efectos de los actos jurídicos.

Válidamente se debe colegir que el afiliado recibió información suficiente y que nunca se preocupó por conocer aspectos para ella relevantes que ahora echa de menos, pese a los diferentes canales de atención con que cuenta PORVENIR S.A., durante su vinculación con esa AFP, lo que denota negligencia de la parte demandante y que ahora pretende sanear a través del proceso que adelanta en contra de mi representada, con el argumento de que no se le dio la información necesaria.

Sin realizar el análisis en conjunto y crítico de estas pruebas como lo ordena el artículo 60 del CPT y SS, 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.

Otro aspecto de mayor relevancia es que, no se puede 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 hipotético remoto 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 está

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 segundo inciso 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.”

En consecuencia, no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en citado literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otra valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que condenar a pagar valores adicionales, configura un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico celebrado entre la parte demandante y PORVENIR S.A., como lo es COLPENSIONES; pero además, determinar que se deben reintegrar los gastos de administración, es tanto como ordenarle a una compañía de seguros a que si no se presenta el siniestro amparado, devuelva el valor de la póliza.

Con relación estos gastos de administración, la Superintendencia Financiera de Colombia, en concepto con radicación No. 20191522169-003-000 del 17 de enero de 2020, indicó en forma expresa que, en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son: los aportes y rendimientos

de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de la Prima de Seguro Provisional en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, ni tampoco la comisión de administración.

En este orden de ideas, los gastos de administración al no corresponder a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales en cuanto no financian la prestación de vejez y por ende no son parte integrante de ella, razón de peso para descartar su imprescriptibilidad, característica de que, si goza el derecho pensional luego, si están sujetos al fenómeno previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS, y así deberá declararse. 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.”

Finalmente, y en buena hora, el H. Magistrado de la H. Corte Suprema de Justicia, Dr. Jorge Luis Quiroz Alemán, en la sentencia de tutela Rad. 5912 del 13 de mayo del año en curso, en su salvamento de voto, expresó que no procede declarar en forma automática la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado, pues siempre es necesario que se analice en cada caso la situación particular del afiliado. Al respecto indicó: “2. Tampoco considero que pueda accederse de manera indiscriminada a todas las pretensiones de nulidad o ineficacia de traslado, con fundamento en la falta de información alegada por la demandante, porque estimo que es necesario revisar en cada caso en particular, con las singularidades que cada uno tiene, tal como se ha precisado en las sentencias de casación que han tratado el asunto, y no se puede generalizar con el argumento de que «sin importar si se tiene uno un derecho consolidado, si se tiene uno un beneficio transicional, o si se está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información

se predica frente a la validez del acto jurídico considerado en sí mismo. Esto es, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto», hacerlo de forma masiva, sin estudiar cada solicitud, se estaría creando un sistema legal que no fue establecido por el ordenamiento jurídico, en tanto el legislador garantizó la libertad de elección del régimen pensional en cabeza del afiliado de traslado, con las consecuencias jurídicas que ello conlleva.”

Por las anteriores consideraciones, respetuosamente se solicita al H. Tribunal, Sala Laboral, analizar las circunstancias particulares de este proceso que exhiben con suficiencia que en el acto jurídico celebrado entre las partes no se probó ninguno de los presupuestos establecidos en la ley para declarar la nulidad absoluta, como tampoco, la ineficacia del acto jurídico por el argumento jurisprudencial de la falta del consentimiento informado, como quiera que mi representada cumplió con la carga probatoria de acreditar que suministró la información suficiente y objetiva al momento de la vinculación como lo refleja el formulario de afiliación, el cual se reitera se trata de un documento público que se presume auténtico, además que no fue tachado ni desconocido en los términos previstos en la ley, sumado a los diferentes actos ejecutados por la parte demandante por espacio de más de 20 años, pruebas que analizadas en conjunto y de manera crítica, sin duda exhiben el tan mentado consentimiento informado, más allá del momento mismo del traslado, inclusive.

ALEGATOS DE LA DEMANDANTE.

La parte demandante, argumenta resumidamente en los alegatos que, dado el reiterado precedente del órgano de cierre en estos escenarios, pues como bien se dice en la ratio decidendi no se probó por parte de las administradoras de pensiones, que a mi mandante se le hubiere dado una información plausible que dejara incólume el consentimiento informado, ineludible en el tópico de las afiliaciones o traslados de regímenes.

En os alegatos se citan las sentencias con radicados: 31989-08; 31314-08; 33083-11; SL1236-14; SL9519_15; SL 17595_17; SL19447_17, SL3496_18; la 76284 de agosto 14/2019 y SL1421-2019, de las que respecto de algunas se transcriben extractos.

5. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER.

El problema jurídico para resolver se circunscribe a establecer si la afiliación de la demandante al régimen pensional 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 las partes, se consultará la sentencia en favor de COLPENSIONES por haberle resultado adversa, por lo que la legalidad del fallo será estudiada en su integridad.

Para resolver la apelación, es necesario manifestar, primeramente, 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 del demandante, que el traslado de régimen pensional debe partir de la cabal y completa asesoría que lleve a un asegurado a tomar una decisión responsable e informada, asesoría que ha de entenderse pedagógica, es decir, realmente entendible para cada persona conforme a su grado de cultura y su situación particular, pues los casos no presentan las mismas características o condiciones.

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

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

1. Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados 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 caso, está probado, que la accionante estando afiliado al régimen pensional de prima media, decidió trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., el 31 de agosto de 2000, conforme la copia de la solicitud de vinculación a ese fondo suscrita por la demandante vista a folio 103.

De otra parte, en este caso, si bien la demandante no es beneficiaria del régimen de transición consagrado en el 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, ello no es óbice para que la AFP PORVENIR S.A. en el año 2000 que se trasladó al RAIS, estuviera obligada suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y

desventajas de cada régimen pensional; sobre todo en puntos neurálgicos como era **cómo alcanzaría la pensión de vejez en el RAIS y de que dependería su monto.**

Así mismo, sobre el punto de la debida asesoría, escuchado el interrogatorio de parte absuelto por la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 01:40:07 en el disco compacto que milita a folio 163, no se advierte que este haya confesado que la demandada PORVENIR S.A., le haya brindado la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su traslado al RAIS, sobre todo en un punto neurálgico como era **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de que dependería su monto**, lo que genera que la elección de trasladarse al RAIS adolezca de las características de libre y voluntaria que exige el artículo 13 de la ley 100 de 1993 para que el acto jurídico de traslado nazca a la vida jurídica, pues no se cumple con la condición especial exigida por la norma en los casos de afiliación a un régimen pensional de que sea libre y voluntaria, entendiendo como un componente esencial para que así sea que se brinde la información completa y suficiente sobre cada uno de los aspectos neurálgicos de los regímenes y sobre la situación pensional particular del afiliado.

Ahora, para probar dicha asesoría, contrario a lo dicho por la recurrente, 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, para acreditar que el traslado se realizó con pleno conocimiento informado, lo cual como ya se ha dicho en esta sentencia, no se probó siendo carga de la parte demandada, como ya lo ha estableció la jurisprudencia de la SCL de la Corte Suprema de Justicia.

Conforme lo explicado en precedencia, concluye la Sala que la AFP demandada, no le brindó o por lo menos no probó en este proceso siendo su carga, haberle brindado al actor la debida asesoría para tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional, sobre todo se repite en un punto determinante, referido a **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué factores dependería su monto**, lo que conlleva a que se deba CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante y declaró su afiliación al RPM.

En cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN formulada por COLPENSIONES al dar respuesta a la demanda, 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 SCL de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL1689-2019, proferida el 8 de mayo de 2019 con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Ahora, referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES por parte de PORVENIR S.A., punto que fue objeto de apelación por la apoderada de PORVENIR, encuentra la Sala que la orden impartida por la *a quo*, de trasladar a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora incluidos los rendimientos, sumas adicionales de la aseguradora, cuotas de administración, debe confirmarse, pues dicha devolución de dineros debe incluir no solo el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora al momento de dar cumplimiento a la sentencia con sus intereses, sino también la totalidad de los aportes pensionales que hubieren recibido las AFP a las que estuvo afiliada, incluidos, contrario a lo afirmado por la recurrente, las cuotas de administración, es decir, el 100% de la cotización, con sus rendimientos y sin descuento de ninguna índole, pues al declararse la ineficacia del acto de traslado, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación, es decir 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, pues como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia las consecuencias prácticas de la ineficacia son idénticas a las de la nulidad, señalando que la Sala Civil de la alta Corporación, igualmente ha afirmado 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 esos términos al haberse declarado la ineficacia de la afiliación, deberán devolverse la totalidad de los dineros aportados, pues estos recursos, desde el

nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (*CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019*).

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

En relación con las costas procesales apeladas por la apoderada de PORVENIR, su apelación se basa en que si se revoca la condena no habría lugar a imponerlas y teniendo en cuenta que se confirmará la decisión de primera instancia en los términos del artículo 365 del CGP hay lugar a imponer esta condena en contra de PORVENIR S.A.

Conforme a las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia apelada y consultada será CONFIRMADA.

COSTAS en esta instancia a favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A.

Las agencias en derecho conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$908.526.

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 27 de mayo de 2019 proferida por el JUZGADO TRECE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor ROSALBA DE JESÚS POSADA GIRALDO contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-

y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A. Las agencias en derecho se fijan en la suma de un \$908.526.

La anterior sentencia se notifica a las partes en ESTADOS.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

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

FRANCISCO ARANGO TORRES

JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ

JAIME ALBERTO ARISTIZÁBAL GÓMEZ

**EL SUSCRITO SECRETARIO DEL TRIBUNAL
SUPERIOR DE MEDELLÍN – SALA LABORAL -
HACE CONSTAR**

Que la presente providencia se notificó por
estados N ° **057** del **08 DE ABRIL DE 2021**.

consultable aquí:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/125>

Firmado Por:

FRANCISCO ARANGO TORRES
MAGISTRADO

MAGISTRADO - TRIBUNAL SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA

JAIME ALBERTO ARISTIZABAL GOMEZ
MAGISTRADO

MAGISTRADO - TRIBUNAL SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA

JOHN JAIRO ACOSTA PEREZ
MAGISTRADO

MAGISTRADO - TRIBUNAL SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD 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: **e53ba3dcccfe0c793340d2b51836c6519adc4d4852e6621651d8c9af89c27fd6**

Documento generado en 07/04/2021 03:14:52 PM