

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE TRÁMITE Y FALLO

El treinta (30) de junio 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 **MARTHA INÉS VALDERRAMA BARRERA**, 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. 05001-31-05-007-2018-00886-01.

AUTO

Se observa a folio 226 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 238, escrito mediante el cual, escrito mediante el cual, la abogada MARICEL LONDOÑO RICARDO portadora de la T.P. 191.351 del Consejo Superior de la Judicatura, invocando su calidad de representante legal de la firma de abogados MUÑOZ Y ESCRUCERIA S.A.S. presenta poder para actuar en este proceso y sustitución de este a favor de la abogada ADRIANA VELOSA PÉREZ portadora de la T.P. 264.806 del Consejo Superior de la Judicatura

Revisado el expediente, se halla copia de la escritura pública No. 003374 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 MUÑOZ Y ESCRUCERIA S.A.S y al DRA. ADRIANA VELOSA PÉREZ, 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 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 y se condene a esta entidad el reconocimiento y pago de pensión de vejez. Además, solicita, se condene a PORVENIR S.A. al pago de los perjuicios causados por el traslado de régimen pensional.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones relata la actora, que nació el 6 de agosto de 1960 y cuenta con más de 1300 semanas cotizadas. Que durante su vida laboral estuvo afiliada inicialmente al régimen pensional de prima media con prestación definida administrado por el entonces INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (en adelante ISS) hoy COLPENSIONES, y posteriormente en el mes e abril de 2000, se afilió a PORVENIR S.A.

Señala que al momento de afiliación al RAIS no se le brindó una información completa sobre las particularidades de los regímenes pensionales, ni fue debidamente asesorada sobre las implicaciones y consecuencias de trasladarse de régimen, así como que perdería los beneficios del RPM. No se le explicó la forma de liquidar el IBL en ambos regímenes, no se le analizó su situación pensional, como

era la negociación del bono pensional, la densidad de semanas en ambos regímenes y no le dio buen consejo al momento de la afiliación.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El *a quo* despachó de manera favorable las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y condenando a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, incluidos los rendimientos, gastos de administración y cuotas adicionales de la aseguradora. Condenó a Colpensiones a recibir dichos dineros y a reactivar la afiliación de la demandante en el RPM, así como a reconocer pensión de vejez bajo los lineamientos de la Ley 797 de 2003 una vez se acreditara el retiro del sistema pensional por la demandante.

Para fulminar la condena la *a quo* argumentó, que la afiliación libre y voluntaria dispuesta en el artículo 13 de la ley 797 de 2003 conlleva un conocimiento pleno del afiliado, por lo que los fondos de pensiones tienen la obligación de brindar la información necesaria con las características, condiciones de acceso y servicios de cada uno de los regímenes, con ventajas y desventajas para que con criterio objetivo se decida por el régimen que más le conviene y cuando no lo tiene la consecuencia jurídica es la declaratoria de ineficacia.

Que, en este caso, PORVENIR S.A. no probó haber dado una información completa y suficiente a la demandante acerca de lo que para ella conllevaba la afiliación al RAIS, por lo que no existió una la libertad informada en el traslado de régimen pensional, explicándose ventajas y desventajas, carga probatoria que le competía.

Luego concluyó que la demandante acredita los requisitos para acceder a la pensión de vejez bajo los lineamientos del artículo 33 de la ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003 y teniendo en cuenta que confesó en el interrogatorio de parte estar vinculada a un al sistema ordenó el pago de la pensión a partir del momento en que la actora demuestre ante la entidad el retiro del sistema pensional debiéndose liquidar por COLPENSIONES la pensión, teniéndose en cuenta el ingreso base de cotización (IBL) del artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y la tasa de reemplazo del artículo 34 de la misma Ley.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:

La apoderada judicial de PORVENIR S.A., apela la decisión de primera instancia solicitando se revoque, argumentando que para la fecha del traslado de la demandante los fondos privados no tenía la obligación de brindar la información en los términos indicados por la judicatura y solo surgió con el sistema de la información del consumidor financiero.

Aduce que si bien no desconoce la aplicación de la carga dinámica de la prueba, lo cierto es que se debe apartar de la misma pues la carga probatoria es una prueba diabólica y es absurdo ponérsele a Porvenir cuando han transcurrido más de 20 años, ya no puede recolectar el material probatorio para demostrar la información, pues aunque existía el deber de brindar una información completa y oportuna no se exigía que quedara por escrito y si quedo consignado la información brindada con la suscripción del formulario de vinculación.

Dice no estar acuerdo con la devolución de los gastos administrativos y seguros previsionales, pues el artículo 20 de la ley 100 de 1993 modificado por la LEY 797 de 2003 permite su deducción y si no se hubieren realizado no habría quien cubriera los riesgos de invalidez y muerte.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

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

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 en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, 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, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto; pese a lo expuesto, para definir las declaraciones de ineficacia y/o nulidad de los traslados de régimen pensional, se acuda a normas propias del sistema general de pensiones -artículo 271 de la Ley 100 de 1993-, sin consideración a que esta disposición, indica en forma expresa que será ineficaz un traslado cuando se ejecutan las conductas con la intención que allí se mencionan, pero para establecer los efectos de esta ineficacia, se acude a disposiciones del Código Civil, sin tener en cuenta igualmente los presupuestos que este compendio normativo consagra para que se declare la nulidad de un acto o contrato.

Finalmente, con relación a la figura jurídica de la ineficacia, debe mencionarse que, 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, norma que tampoco aplica en este asunto.

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 párrafo 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.

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, ni suscribió el formulario como incapaz absoluto, 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 S.A siempre 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. En el presente asunto, la parte demandante realizó cambio de régimen de forma libre y voluntaria, en el cual se le brindó una información oportuna y completa, como lo aseveró al suscribir el formulario de afiliación.

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 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 reitera es un documento que se presume auténtico, sino se insiste, con la conducta del afiliado, 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.

Forzoso resulta recabar, que de lo expuesto por la parte actora se debe colegir que el afiliado recibió información suficiente y que nunca se preocupó por conocer aspectos para él relevantes que, ahora echa de menos, pese a los diferentes canales de atención con que contaba PORVENIR S.A., lo que denota negligencia de su 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 la 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”.

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.

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 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 mi representada como lo es COLPENSIONES; pero además, determinar que se deben reintegrar los gastos de administración o las primas de seguros, es tanto como ordenarle a una compañía de seguros a que si no se presenta el siniestro amparado, devuelva el valor de la póliza.

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 ni primas de seguros, 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: “. 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.” Negrillas fuera de texto.

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 lo expuesto por la parte actora, en diferentes actos ejecutados por la parte demandante, 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.

III. PETICIÓN FINAL

Con fundamento en lo expuesto, comedidamente solicito al Honorable Tribunal, REVOCAR en su integridad la sentencia de primera instancia proferida por el Juez Séptimo (7) Laboral del Circuito de Medellín, para en su lugar ABSOLVER a mi representada en todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

COLPENSIONES argumenta resumidamente en los alegatos que la posibilidad de traslado de regímenes de pensión está contemplada por el literal E del artículo 2 de la ley 797 de 2003, que modifica el artículo 13 de la Ley 100 de 1993:

“Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez...”

De acuerdo a lo anterior, se tiene que:

1. La demandante no es beneficiaria del Régimen de Transición contemplado el artículo 36 de la ley 100 de 1993. 2. Al momento del traslado del RPM al RAIS, le faltaba a la demandante más de 10 años del cumplimiento de la edad pensional, criterio formal y objetivo contemplado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003.2

2. No se observa que la demandante haya hecho uso del derecho de retracto dentro de los 5 días siguientes a la su elección de régimen de conformidad con el artículo 3 del Dto. 1161 de 1994.

3. Para el momento del traslado se encontraba vigente el decreto 663 de 1993, y atendiendo a la naturaleza financiera especial de los fondos de pensiones, estos tenían el deber de suministrar a los posibles afiliados la información necesaria que les permitiera escoger las mejores opciones del mercado.

Por otra parte, y si bien se ha censurado que la administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS, no proporcionó a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las implicaciones del traslado, es preciso recordar que con ello se está desconociendo que el deber de información que tienen las administradoras de pensiones ha tenido varias etapas como son:

1) Primera Etapa: el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, estableció en el numeral 1. ° del artículo 97, la obligación de las entidades de” suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”.

2) Segunda etapa: 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 buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones.

3) Tercera etapa: la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa N.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, establecieron que los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a la doble asesoría, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes, esto es, a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, con el fin de que se formen un juicio imparcial y objetivo sobre las características, fortalezas y debilidades de cada uno, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

El juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de

Colpensiones, quien sin haber participado en el trámite de traslado es quien debe afrontar la carga de la futura prestación, generándose para esta un desequilibrio financiero.

LA INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN

Con respecto a los procesos de nulidades o ineficacias del traslado, la jurisprudencia en la especialidad civil, indica que la inoponibilidad no requiere de la validez del negocio jurídico, muy por el contrario, algo que es ineficaz entre las partes (como en este caso la afiliación al RAIS), si se tenga como eficaz frente al tercero de buena fe (en este caso Colpensiones).

Así se ha dicho que: “cuyo caso no le interesa que no lo alcancen los efectos de un negocio válido e incontrovertible entre las partes, sino todo lo contrario, esto es que se tenga como válido frente a su calidad de tercero un negocio jurídico que carece de eficacia entre los celebrantes”.

Es decir, que la inoponibilidad en este caso frente a un negocio jurídico ineficaz permite que sus efectos se mantengan ante un tercero de buena fe, o en otras palabras para el caso concreto, que se mantengan los efectos de la afiliación al RAIS frente a Colpensiones, para lo cual, se probará el desmedro patrimonial que sufre la reserva pensional del RPM en caso de resultarle oponible la ineficacia de los traslados irregulares al RAIS.

INVERSIÓN DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA

La Corte Suprema de Justicia ha establecido que, en materia de procedimiento laboral, la parte demandante tiene la carga de probar la culpa o negligencia del empleador, así lo expreso en sentencia SL2799- 2014: «En efecto, en primer lugar, esta Sala de la Corte ha dicho insistentemente que "...la parte demandante tiene la carga de probar la culpa o negligencia del empleador que da origen a la indemnización contemplada en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, además de que el empleador puede desligarse de ella demostrando diligencia y cuidado en realización del trabajo..."

En consecuencia, para beneficiarse el trabajador de los efectos del artículo 1604 del Código Civil, primero debe probarse el incumplimiento. Una vez surtida esta carga,

podrá posteriormente, trasladar al empleador la carga de probar que sí actuó con la diligencia y cuidado para exonerarse de la responsabilidad.

Agrega la Corte que en este tipo de «...culpa por abstención...», el trabajador no queda relevado totalmente de sus cargas probatorias. Por consiguiente, la carga dinámica de la prueba es una excepción y no una generalidad, cuya aplicación está supeditada al análisis de las particularidades del caso por parte del juez, aspectos que fueron desconocidos en el caso sub-lite, en la medida que la Corte invirtió la carga de la prueba en cabeza del fondo, atendiendo a la simple manifestación del demandante y sin realizar el menor análisis en relación a las circunstancias específicas en que se surtió el traslado de régimen. La carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica, sin ninguna ponderación, y en desigualdad de las partes involucradas en un proceso.

El artículo 167 de la ley 1564 de 2012, precisa: Artículo 167. Carga de la prueba Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Por otra parte, y conforme al artículo 167 del Código General del proceso, por regla general corresponde a cada parte probar el supuesto de hecho que exhibe y atendiendo las situaciones particulares del caso, el juez puede invertir la carga de la prueba exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias.

Al respecto es preciso señalar, que la carga dinámica e inversión de la prueba al interior de un proceso judicial exige la igualdad entre las partes con parámetros de buena fe y lealtad procesal. Bajo estas circunstancias, para determinar QUÉN es el que puede probar dentro de un proceso judicial la Corte Constitucional ha señalado que depende de cada situación particular.

Así la sentencia C 086 de 2016 que analizó la constitucionalidad del art. 167 del Código General del Proceso, PRECISÓ:

“el Legislador facultó a los jueces para evaluar las circunstancias de cada caso y definir si se dan o no los supuestos genéricos para recurrir en ciertos casos a la carga dinámica de la prueba. Esta decisión resulta comprensible y completamente válida, no solo ante la dificultad para anticiparse a nuevas situaciones en una sociedad que presenta vertiginosos cambios –algunos tal vez inimaginables-, sino

porque son los contornos de cada situación los que permiten evaluar si la igualdad entre las partes se ha visto o no comprometida y se requiere de la “longa manus” del juez para restablecerla.”

Circunstancias estas que no habilitan a que la demandante asuma una actitud 100% pasiva, pues hasta el año 2016, los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el contrato de afiliación, para probar el conocimiento y asentimiento del afiliado respecto del traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994 y 2016 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al Régimen de ahorro individual con solidaridad, no obstante, el mismo es desestimado, lo que lleva a imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época, constituyéndose en una situación de carácter imposible y desigual para las partes dentro del proceso.

La Corte Constitucional ha indicado, en este sentido y en diversas providencias como en la sentencia T-122 del 2017 que nadie puede alegar su propia culpa a favor, e indico: “Una persona no es digna de ser oída ni menos pretender el reconocimiento de un bien jurídico a partir de su conducta reprochable.

Para la Corte, nadie puede presentarse a la justicia para pedir la protección de los derechos bajo la conciencia de que su comportamiento no está conforme al derecho y los fines que persigue la misma norma.

Este principio no tiene una formulación explícita en el ordenamiento jurídico. No obstante, lo anterior, la Corte Constitucional ha hecho alusión a su naturaleza de regla general del derecho, al derivarse de la aplicación de la analogía iuris. Por ello, cuando el juez aplica dicha regla, se ha señalado que el mismo no hace otra cosa que actuar con fundamento en la legislación.”

Es así como, la parte débil en el caso sub examine debe ser considerada como quien carece de capacidades para ilustrarse y asesorarse de alguna manera y no como una persona per se vulnerable que está imposibilitada de tener un entendimiento mínimo del sistema, incapaz de realizar actividades orientadas a instruirse mejor e incompetente para aportar pruebas que expongan la existencia de un vicio en el consentimiento.

AUSENCIA DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES LEGALES DEL DEMANDANTE SEGÚN EL DECRETO 2241 DE 2010 Y DE LAS OBLIGACIONES RECÍPROCAS DEL CONTRATO DE AFILIACIÓN.

En este sentido el Decreto 2241 de 2010 establece que el Régimen de Protección al Consumidor Financiero determina las obligaciones en cabeza de los afiliados que pertenecen al Sistema General de Pensiones: Artículo 4º. Deberes. Los consumidores financieros del Sistema General de Pensiones tendrán los siguientes deberes, en lo que les sea pertinente:

1. Informarse adecuadamente de las condiciones del Sistema General de Pensiones, del nuevo sistema de administración de multi fondos y de las diferentes modalidades de pensión.
2. Aprovechar los mecanismos de divulgación de información y de capacitación para conocer el funcionamiento del Sistema General de Pensiones y los derechos y obligaciones que les corresponden.
3. Emplear la adecuada atención y cuidado al momento de tomar decisiones, como son entre otras, la afiliación, el traslado de administradora o de régimen, la selección de modalidad de pensión y de entidad aseguradora que le otorgue la renta vitalicia o la elección de tipo de fondo dentro del esquema de "Multi fondos", según sea el caso.

Por lo tanto, existen diferencias entre los afiliados al sistema de pensiones y no todos pueden ser considerados como inexpertos o incapaces de tomar una decisión acertada. Según la Corte existen actividades que dan cuenta de un verdadero entendimiento del afiliado, que, en sí, obedecen a las obligaciones de todo vinculado al sistema pensional, como son: (ver: SL 413- 2018 C.S.J.) Solicitar información de saldos. Actualizar datos. Asignar y cambiar claves. Por mencionar algunos actos de relacionamiento con la entidad que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer a ella.

Existen otros adicionales como: Traslados entre fondos privados, así las cosas, no pueden considerarse a todos los afiliados como una parte débil e indefensa, la misma ley previó distintos deberes en cabeza de estos con el fin de que por interés propio se asesoren de la mejor manera.

Adicionalmente NO pueden desconocerse las situaciones que rodean cada caso y que de alguna manera le permitían al demandante obtener información mínima durante el paso del tiempo SOBRE SU SITUACIÓN PENSIONAL, como son los extractos que recibía, así como los canales de información puestos a su disposición como son los puntos de atención y la internet. DEVOLUCIÓN DE LA TOTALIDAD DE LOS APORTES DEBIDAMENTE INDEXADOS En el caso hipotético caso que se decrete la nulidad o ineficacia en el traslado de régimen solicito la devolución de TODOS los aportes se realizan debidamente INDEXADOS, lo anterior conforme a la sentencia de la CSJ 31989 del 9 de septiembre de 2008 MP EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS “La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, 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 que nos trae a este caso, fue producto de una conducta indebida de la AFP Privada 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 aquella 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 el actor 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.

En este mismo sentido el Artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, introduce el principio de equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social, por lo cual el mismo debe tener observancia por parte de la judicatura para sus fallos de tal suerte que estas decisiones tengan el menor impacto en el PIB y en la reserva pensional de la Nación.

La Corte Constitucional en amplia jurisprudencia destacando entre sus decisiones las sentencias SU 062 2010 y SU 130 2013 determinó: “ (...) con el equilibrio financiero del sistema, la Corte fijó dos importantes condiciones, a saber: (i) que al regresar

nuevamente al régimen de prima media se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual y (ii) que dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el régimen de prima media, pues “el tiempo trabajado en el régimen de ahorro individual les será computado al del régimen de prima media con prestación definida”.

Misma posición que ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia en Sentencias CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL 17595-2017, CSJ SL 4989-2018 y CSJ SL 1421-2019, rad. 56174; SL 1688 de 2019, en las cuales se ordena a las AFP del RAIS la devolución de la totalidad de los aportes al RPM para el financiamiento de las posibles pensiones de los afiliados que retornaran al régimen, esto es: Recursos cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al FGPM, rendimientos financieros, bonos pensionales, seguros previsionales, cuotas de administración, mermas en la cuenta individual. Por todo lo expuesto anteriormente se solicita al Tribunal S.M. se revoqué la sentencia de primera instancia y en su lugar se condene a la demandante al pago de costas a favor de Colpensiones.

No obstante y de considerarse por parte de la sala que efectivamente es procedente la declaratoria de ineficacia, se solicita se modifique la sentencia de instancia en el sentido de ordenar a la AFP PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de la cotización realizadas por el demandante sin descuento alguno, esto es, que además de los aportes y rendimientos, traslade el valor de todos los gastos de administración, aportes al fondo de pensión de garantía mínima, y cuotas de seguro previsional, DE MANERA INDEXADA, ello si se tiene que en sentencia ito que sirve de base para la declaratoria de ineficacia de traslado SL 81989 de 2008 se ordenó a los fondos de pensiones privados incluso con cargo a su propio patrimonio la devolución de la totalidad de la cotización, todo el avance jurisprudencial de la Corte Constitucional, como de la Corte Suprema de Justicia en las que se encuentran la sentencia SU 062 de 2010, SU-130 de 2014 y de la Corte Suprema de Justicia de las más recientes SL 4989 de 2018 y SL 1688 de 2019, han sido vehementes en ordenar a los fondos privados el traslado de la totalidad de los aportes sin descuento alguno, todo en razón al artículo 48 constitucional precisamente por que las personas que se trasladan del régimen de ahorro individual al RPM administrado por COLPENSIONES, están aportas de pensionarse y es la entidad que represento quien debe mantener el equilibrio de sostenibilidad financiera y solo financiar aquellas prestaciones económicas con base a las cotizaciones que efectivamente fueron realizadas.

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. De ser ineficaz el referido traslado, se establecerá, si a la actora, le asiste derecho a que COLPENSIONES le reconozca y pague pensión de vejez, en los términos dispuestos por el juez de primera instancia.

Tramitado el proceso en legal forma y por ser competente esta Corporación Judicial para conocer de la APELACIÓN de la sentencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 10 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 de la demandada PORVENIR S.A., así como la consulta en favor de COLPENSIONES, 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 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 pasado 8 de mayo de 2019, en la 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 afiliada al régimen pensional de prima media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, como se acredita con el reporte de semanas cotizadas de folio 77 del plenario, decidió trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., el 9 de marzo de 2000, conforme se anota en la copia de la solicitud de vinculación a ese fondo suscrita por la actora, vista a folio 142.

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, ello no es óbice para que PORVENIR S.A. en el año 2000 que la demandante se afilió al RAIS, tuviera 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 que dependería su monto.**

Sobre el deber de información antes citado, escuchado el interrogatorio de parte absuelto por la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 1:21:59 del disco compacto que milita a folio 208 y que contiene el audio de la audiencia de trámite y juzgamiento, no se advierte que haya confesado que PORVENIR S.A., le brindó toda la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su traslado al RAIS, y si bien señala que se le explicaron algunos aspectos de este régimen, esta información no es suficiente para considerar que la demandante fue suficientemente informada al momento del traslado, pues hay otros aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como son las características de uno y otro régimen pensional, los requisitos para acceder a las prestaciones económicas en cada uno de ellos, la oportunidad de trasladarse entre regímenes y los términos para ello, la distribución de los aportes en el RAIS, la forma de redención del bono pensional, las diferentes modalidades pensionales, entre otros aspectos que resultan necesario para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

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.

En ilación con lo anterior, es evidente que la demandada PORVENIR S.A. no le brindó, o por lo menos no probó haberle brindado a la demandante la debida asesoría para tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional en el año 2000 que se produjo el citado traslado.

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

Conforme los argumentos de hecho y derecho expuesto en precedencia, se confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora y ordenó la reactivación de su afiliación en el RPM.

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 esta sociedad, 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 y 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 la totalidad de los aportes pensionales que hubiere recibido la AFP, incluidos, contrario a lo afirmado por la recurrente, los porcentajes destinado a cuotas de administración y sumas adicionales de la aseguradora, es decir, el 100% de la cotización, con sus rendimientos, 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.

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 excepción de prescripción formulada por la demandada COLPENSIONES frente a todas las pretensiones de la demanda, ha de señalarse que para esta Sala, la figura jurídica de la prescripción de la acción para reclamar sobre cualquier acto que tenga que ver con el reconocimiento de pensión mientras ella esté en formación, no tiene cabida como lo ha precisada la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, al analizar la prescripción de la acción para demandar el derecho a la pensión o al pago de las cotizaciones o cualquier otra situación que permita o acceder al derecho a la citada prestación, por ser un derecho fundamental, y por ello tal excepción no puede prosperar, respecto de la pretensión de ineficacia de traslado de régimen pensional.

DE LA CONDENA AL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ A LA ACTORA A CARGO DE COLPENSIONES:

Pasa la Sala a referirse sobre las pretensiones que se reconozca a la demandante pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES, que fue decidida por la *a quo* condenando a tal prestación.

Respecto del tema de la competencia para conocer de los conflictos surgidos en el marco del sistema de seguridad social, cuando el demandante sea un servidor público, el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 (por el cual se expide el código contencioso administrativo y de lo contencioso administrativo- CPACA), le atribuye a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la solución de los conflictos “... *relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público...*”.

Lo anterior, da claridad que, en materia de controversias de la seguridad social, la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de los conflictos de los servidores públicos y el estado cuando el vínculo laboral esté determinado por una relación legal y reglamentaria y la prestación de seguridad social se reclame de una entidad de seguridad social de derecho público, valga decir cuando la atadura laboral del servidor público se haya realizado con un acto de nombramiento y su correspondiente posesión y no por un contrato de trabajo.

No óbstate lo anterior, el legislador no previó que el conflicto del servidor público, con relación legal y reglamentaria, podía involucrar simultáneamente a una entidad de seguridad social pública y privada, como ocurre en este caso, en el que el conflicto

involucra a una AFP privada, es decir PORVENIR S.A. y a una administradora de pensiones pública, en este caso COLPENSIONES.

Lo anterior, a juicio de la Sala, trae como consecuencia, que el juez ordinario laboral solo sea competente para conocer de la parte del conflicto, referido a la nulidad o ineficacia del traslado régimen, pues el mismo involucra una AFP privada, sin embargo, respecto del reconocimiento o no de la pensión, después de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, solo puede conocer el juez de lo contencioso administrativo, por ser un conflicto de un servidor público con una relación legal y reglamentaria (empleado público), y un ente de seguridad social de derecho público, como es COLPENSIONES.

En razón a lo anterior, como en este caso la demandante está vinculada laboralmente con la Universidad de Antioquia como lo afirmo a absolver interrogatorio de parte y como se deduce de la historia laboral en la que sus cotizaciones provienen de esta Universidad pública, por lo que la actora tiene la calidad de empleada pública, pues el cargo que ejerce según se anota en el formulario de afiliación al RAIS que milita folio 142 es el de Coordinadora de Postgrado, el que de ninguna manera puede corresponder a un cargo de trabajador oficial vinculado con contrato de trabajo, por lo que respecto del reconocimiento o no de la pensión, solo puede conocer el juez de lo contencioso administrativo, por ser un conflicto de un servidor público con una relación legal y reglamentaria, y un ente de seguridad social de derecho público, como es COLPENSIONES.

Corolario de lo anterior, como la competencia por jurisdicción en este caso es improrrogable e insaneable, esta Sala declarará i) la falta de jurisdicción y de competencia para el análisis de las pretensiones relacionadas con la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez y ii) la nulidad parcial de la Sentencia de primera instancia, en cuanto resolvió las peticiones referidas en el literal anterior, en cumplimiento del deber de control de legalidad previsto en el artículo 132 del Código General del Proceso y lo dispuesto en el artículo 138 ibidem, el cual señala que todo lo actuado con antelación a la sentencia, conserva su validez.

Como consecuencia de lo con lo anterior, se remitirá el expediente a la oficina de reparto de los juzgados administrativos, para que se proceda a su reparto a entre los referidos juzgados, a efecto, que al que le corresponda por reparto, profiera la **sentencia anticipada de que trata el Numeral 1 del Artículo 13 del Decreto 806 de 2020**, en lo concerniente al derecho, que tenga o no la accionante a la pensión

reclamada en la demanda, salvo que el juez administrativo, dentro de su autonomía considere, que la sentencia, no se debe proferir en los términos antes indicados, sino bajo otro rito.

Acorde a las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, se confirmará, y nulificará la sentencia apelada y consultada en los términos anteriormente expuestos.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. por haber resultado vencida en el recurso de apelación.

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 10 de julio de 2019 proferida por el JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso promovido por la señora **MARTHA INÉS VALDERRAMA BARRERA**, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES** y las **AFP PORVENIR S.A.** en cuanto declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS y ordenó la devolución a COLPENSIONES, del 100% del importe de cotización efectuado por la demandante y que no fue consignado en su cuenta de ahorro pensional.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de la sentencia de primera instancia, en cuanto condenó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a reconocer y pagar pensión de vejez a la actora, por falta de jurisdicción y competencia del juez laboral para conocer de este asunto, conforme las razones expuestas en la parte motiva.

Todo lo actuado con antelación a la sentencia, conserva su validez.

TERCERO: REMITIR el expediente a la oficina de reparto de los juzgados administrativos, para que se proceda a su reparto, a efecto, que al que el juzgado al que le corresponda, profiera la sentencia, en lo concerniente al derecho, que tenga o no la accionante a la pensión reclamada en la demanda.

CUARTO: Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. Las agencias en derecho se fijan en la suma de \$908.526.

La anterior sentencia se notificada 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 ° **114** del **01 DE JULIO 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: **b36ea7c09cf88b7d4d2a384aaa20ca4b2a9ed75f53fa0f8bc24a787e44723722**
Documento generado en 30/06/2021 10:35:38 AM