

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El catorce (14) de julio de dos mil veintidós (2022), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, se constituyó en audiencia con el fin de resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, contra la sentencia proferida en primera instancia en el presente proceso ordinario laboral promovido por el señor **JOSÉ HERNANDO RUBIANO BUITRAGO**, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.), tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-002-2020-00232-01.

AUTO

De conformidad con la sustitución de poder allegada por Colpensiones junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia, se reconoce personería a la abogada YESSICA FRANCEDY ZAPATA RAMÍREZ, portadora de la T.P. 260650 del C. S. de la Judicatura, para que continúe representando los intereses de COLPENSIONES en el presente proceso, en calidad de 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:

El demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare la nulidad y/o la ineficacia de su traslado al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida (en adelante RPM) administrado por Colpensiones.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata el actor que se encuentra cotizando al sistema general de pensiones desde el mes de octubre de 1979, al RPM administrado por el ISS hoy Colpensiones.

Indica que, en diciembre del año 2007, mientras se encontraba laborando para la empresa GLOBALQUIMICA LTDA, su empleador le solicitó afiliarse a la AFP PORVENIR S.A., autorizando a un asesor de dicha AFP para que ingresara a la empresa a tomar su firma y la de otros compañeros, pero sin brindarles ningún tipo de asesoría en la materia.

Finalmente indica que el 03 de julio de 2020 elevó solicitud de nulidad de traslado ante Colpensiones encaminada a lograr su traslado al RPM, solicitud que le fue resuelta de manera negativa por dicha entidad mediante respuesta de la misma fecha.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El *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 acumulados en la cuenta de ahorro individual que haya recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, es decir con los rendimientos que se hubieren causado, así como los ahorros voluntarios del Art. 62 de la Ley 100 de 1993, con excepción únicamente de los dineros descontados por cuotas de administración de las cuentas de ahorro individual, incluyendo el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, y ordenó a COLPENSIONES a reactivar la filiación del demandante en el RPM sin solución de continuidad, a recibir los dineros que le sea trasladados por PORVENIR S.A., y a corregir la historia laboral del actor.

Para fulminar condena, el *a quo* consideró que la Corte Suprema de Justicia tiene fijada una línea jurisprudencial sobre el tema de la afiliación a un régimen pensional, que se sintetiza en la obligación de brindar una información completa, suficiente, idónea y comprensible sobre las características de los regímenes, determinando e informando la conveniencia e inconveniencia de uno y otro régimen y la carga de las AFP de demostrar que efectivamente entregaron la debida información a los afiliados al momento del traslado.

Seguidamente expuso que en el presente proceso no se probó por parte de PORVENIR S.A. que, al momento de la afiliación del demandante, se haya cumplido con el deber legal de otorgarle una explicación integral sobre la regulación de los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, resultando insuficiente como prueba de la existencia de un consentimiento suficientemente informado la suscripción del formulario de afiliación pre impreso, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A.

Indicó el juez, que conforme la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia, PORVENIR S.A. se encuentra en la obligación de devolver a Colpensiones, todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones completas, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, es decir, con los rendimientos que se hubieren causado y aportes voluntarios, exceptuando únicamente de dicha devolución el 3,5% descontado por concepto de administración de la cuenta y fondo de garantía de pensión mínima, señalando respecto de los gastos de administración, que no puede desconocerse que la cuenta de ahorro individual existió y generó unos rendimientos, y por tal razón ordenar también la devolución de esas cuotas de administración, generaría un enriquecimiento sin causa para Colpensiones, señalando además que el descuento del 3,5% que se realizó fue por ministerio de la Ley.

Respecto del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima indicó, que tampoco resulta procedente ordenar a dicho fondo estatal que devuelva los dineros que por ministerio de la Ley le fueron trasladados.

Señaló que, si en gracia de discusión existiera la obligación de reintegrar dichos dineros, la oportunidad para solicitar su reintegro estaría parcialmente prescrita, pues una cosa es que no prescriba el traslado o los aportes de los trabajadores, y otro es que no prescriban unos gastos de administración que tienen una naturaleza distinta.

Indicó además que Colpensiones no está legitimada para recibir dichas cuotas de administración, en tanto no ha administrado ni un solo día la cuenta de la demandante, ni ha producido un solo peso de rendimientos, a diferencia del fondo privado, por lo que declaró probada de oficio la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN.

Finalmente declaró no probada la excepción de prescripción al considerar que, la validez del traslado de régimen se trata de un derecho íntimamente ligado a la pensión, mismo que es un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:

La anterior decisión fue apelada de manera parcial por la apoderada de COLPENSIONES, en lo que tiene que ver con la decisión del *a quo* de abstenerse de ordenar la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a gastos de administración y Fondo de Garantía de Pensión Mínima, frente a lo cual solicita que sea revocado el fallo en dicho aspecto, y se ordene la devolución de tales emolumentos, argumentando, que en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 se encuentra establecida la distribución de los porcentajes de la cotización de los afiliados al RAIS, indicando que un 3% de la cotización será destinada a gastos de administración, a la prima de reaseguro de Fogafín y a las primas de los seguros previsionales de invalidez y de sobrevivientes, porcentaje que constituye un ingreso propios de las administradoras de pensiones a favor de su patrimonio, por lo que al declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, la falta de devolución de estos dineros generan un enriquecimiento sin causa en favor de PORVENIR en detrimento de Colpensiones, quien desde el traslado del demandante al RAIS dejó de tener en su haber dichas sumas, las cuales le hubieran servido para capitalizar el fondo de naturaleza común.

Expone que la SCL de la CSJ ha adoctrinado que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, y ha señalado además que la declaratoria de ineficacia del traslado obliga a dichas AFP a devolver también los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, pues tales conceptos desde el momento del nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM administrado por Colpensiones.

Indica que conforme lo dicho, los conceptos antes mencionados deben ser trasladados a Colpensiones debidamente indexados.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados judiciales del DEMANDANTE, de PORVENIR S.A. y de COLPENSIONES allegaron dentro del

término de dicho traslado, escritos de alegaciones, en los cuales señalaron lo siguiente:

ALEGATOS DEL DEMANDANTE.

“1.- Uno de los principios que rigen el Derecho Laboral y de la Seguridad Social, es el Principio de Favorabilidad, principio, en el cual se deben basar las decisiones de quienes estén investidos como Jueces Laborales.

Este principio, nos dice que en caso de duda y aplicación de normas e interpretaciones jurídicas, se debe aplicar la más favorable al trabajador, y en este caso en concreto al pre pensionado.

2.- Tenemos la plena seguridad frente a la jerarquía en la aplicación de instrumentos de derecho. Razón por la cual debe ser bastante obvio que una Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, está por encima de cualquier salvamento de voto emitido por la misma corporación.

3.- Se debe entender la diferencia entre Precedente Judicial y Doctrina Probable. En Sentencias **C-621 y C-625 del 2015**, La Corte Constitucional denomina la Doctrina Probable como Legislación Judicial.

Y a su vez, muestra la diferencia del precedente judicial, pues la Doctrina Probable, según las sentencias de Constitucionalidad mencionadas, indican que no ahonda los supuestos fácticos, pues se encarga de resolver Situaciones de Derecho.

Existe doctrina probable cuando hay mínimo 3 sentencias de la Corte Suprema de Justicia que resuelvan una misma situación de derecho.

De igual forma, la Corte Constitucional en Sentencia SU-354 del 2017, reafirma:

“la doctrina lo ha definido como el mecanismo jurisdiccional que tiene su origen en el principio stare decisis o estar a lo decidido, el cual consiste en la aplicación de criterios adoptados en decisiones anteriores a casos que se presenten en situaciones posteriores y con circunstancias similares.”

Los anteriores argumentos, coinciden con una fuente auxiliar del derecho, como lo es la Doctrina de Diego Eduardo López Medina.

Adicional a lo anterior frente a la Doctrina Probable, en Sentencia STL 3430-2020 con Radicación No. 57902 de la Corte Suprema de Justicia ordena al Tribunal (M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA), recuerda lo siguiente a una Sala del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá:

“De acuerdo a la línea jurisprudencial fijadas por esta Sala de Casación Laboral de esta Corporación, y recogida en la citada sentencia CSJ SL1452-2019, es claro que la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, incurrió en sendos yerros, que se constituyen en una vía de hecho, ante el defectos sustantivo, por desconocimiento del precedente jurisprudencial, *“cuando el funcionario judicial se apartar de las sentencias emitidas por los tribunales de cierre (precedente vertical) o los dictados por ellos mismos (precedente horizontal) al momento de resolver asuntos que presentan una situación fáctica similar a los decididos en aquellas providencias, sin exponer las razones jurídicas que justifique el cambio de jurisprudencia”*.

Lo anterior, toda vez que es evidente que la autoridad judicial censurada en segundo grado, centró su negativa de acceder a la ineficacia del traslado, al dar por probado que el consentimiento de la demandante fue informado, con la simple suscripción del formulario de afiliación, asó mismo, al afirmar que solo en los eventos en los que existen consecuencias negativas por el cambio de régimen del afiliado, es que es procedente la ineficacia petitionada, y como quiera que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición, ello impedía la prosperidad de las mismas, lo que desconoce la línea jurisprudencial de esta Sala de Casación Laboral, antes mencionada.”

CASO EN CONCRETO:

1.- Doctrina probable que se tiene a día de hoy:

a.- Carga de la Prueba: La Corte Suprema de Justicia ha sido muy enfática en establecer que la carga de la prueba está en cabeza de los Fondos Privados de Pensiones y que el formulario de afiliación no es valido para demostrar que de cumplió con el deber de información. Frente a esto, tenemos a día de hoy más de tres sentencias, con una postura que viene desde el año 2008.

b.- Régimen de Transición: No se requiere tener un beneficio tradicional para que proceda la ineficacia del traslado de régimen de pensiones, pues el deber de información aplica para todos. Al respecto, la Corte Suprema de justicia ha emitido más de 3 fallos con la misma posición.

2.- Los Fondos Privados de Pensiones no pudieron probar que hayan suministrado la información al momento del traslado de régimen de pensiones y tampoco antes de que mi poderdante cumpliera los 52 años de edad.

3.- Se evidencia dentro del interrogatorio de parte, que mi poderdante fue engañado por los asesores de estas AFP, quienes utilizaron mentiras y engaños para que pudiera trasladarse y mantenerse en su sistema.

Finalmente, se debe tener en consideración la SENTENCIA STP 12082 DEL 2019, donde la Sala Penal de la Corte Suprema de justicia REITERA la posición sentada por

la Sala Laboral de esta alta corporación y REVOCA una decisión tomada en contra del derecho por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá D.C.”

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

“Sea lo primero reiterar nuevamente lo referente a la imposibilidad de traslado de régimen impuesta por el legislador en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modificó el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993, a través del cual se estableció claramente que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren menos de 10 años para adquirir su pensión de vejez, supuesto jurídico en el cual nos debemos basar en el caso en concreto toda vez que de la prueba que reposa en el expediente, se observa que el demandante, ya se encontraba en la prohibición inmersa referida con anterioridad y por ende se imposibilitaba el traslado de régimen como aconteció en el presente asunto.

Ahora bien, la parte débil en el caso sub examine debe ser considerada como quien carece de capacidades para ilustrarse y asesorarse de la menor 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. La corte Constitucional en tal sentido (sentencia T 422 de 2011) indicó que en materia de traslado la libertad de escoger el régimen pensional debe verse menguada o adolecer de algún vicio en el consentimiento, y Solamente cuando los hechos de la controversia permitan dilucidar que la persona era una parte débil debido a su calidad y escasos conocimientos puede procederse con un regreso automático. Así pues, dicha providencia amparó los derechos de un ciudadano campesino analfabeta:

“Teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos objeto de esta controversia, la afirmación del actor resulta creíble; en efecto, que los aportes objeto del traslado fueran posteriormente devueltos por parte de Skandia al ISS, sin conocimiento ni autorización del actor, es un hecho que no contrasta con el hallazgo de esta Sala, consistente en considerar que para el afiliado era muy difícil comprender las implicaciones del documento que firmaba, “Afiliación Fondo de Pensiones Obligatorias”, debido a sus bajos conocimientos educativos y al nivel de pensamiento concreto a que se refirió el diagnóstico psicológico.

Con fundamento en lo anterior agrega la Corte que en ese caso específico no será necesario examinar si se presentó un vicio del consentimiento o al menos fuerza con capacidad de viciarlo:

Por considerar suficiente la razón anterior, la Sala no encuentra necesario dilucidar si al momento de firmar el formulario de afiliación con la AFP Skandia al régimen de ahorro individual con solidaridad, se presentó algún vicio del consentimiento o al menos fuerza moral que haya podido viciarlo; lo anterior se afirma por la sensación que puede tener un campesino sin mayor preparación académica, al momento de celebrar un contrato de trabajo, de lo que podría ocurrir si no llegara a firmar la documentación que le presentan y por la ausencia de espontaneidad en la suscripción del formulario.

La Corte indica la necesidad probatoria de establecer la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de trasladar a un afiliado, de inclusive analizar la calidad del demandante y de analizar cada caso particular según los hechos y circunstancias. Sin embargo y como se dijo en precedencia, son beneficios en los que los afiliados vieron una oportunidad mayor en este régimen pensional, por lo que no puede hablarse de un vicio en el consentimiento en los términos del artículo 1510 del Código Civil.

Vicio del consentimiento que no quedó demostrado en el presente asunto, pues si analizamos de manera pormenorizado el interrogatorio de parte efectuado al demandante, con sus efectos legales de confesión, aquel indicó en su declaración que la firma del formulario de afiliación a la AFP fue de manera voluntaria y no hubo presiones por parte de un tercero ni por el asesor del referido fondo.

Por tal motivo señores magistrados solicito de manera respetuosa, se revoque la sentencia emitida por el juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín.”

ALEGATOS DE PORVENIR S.A.

“1. Declaratoria de la Ineficacia de la afiliación al RAIS.

Honorable Tribunal, pese a que no se presenta apelación al no existir condena en contra de Porvenir S.A., de manera respetuosa me aparto de los argumentos que justifican una ineficacia de traslado de fondo esbozados por el juez de primera instancia.

En este punto se debe anotar que, no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado al Régimen de Prima Media con Ahorro Individual, pues la decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin

presiones o apremios de alguna naturaleza y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley pues:

- 1.1. Mi representada al momento de realizar el traslado de la parte accionada al Régimen de Ahorro Individual, cumplió con su deber de información establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues, se le entregó a la parte actora la información del Régimen de Ahorro Individual en diferentes momentos, esto es, de manera verbal en una reunión general y colectiva, otra reunión de forma personal al momento de suscribir el Formulario de Afiliación y finalmente dentro del mismo Formulario, el cual se recuerda es revisado y aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, y sus requisitos se regulan en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Si lo anterior no fuera suficiente, se recuerda que, mi representada ha hecho campañas masivas para la educación del consumidor financiero y ha realizado diferentes comunicados de prensa informando cambios normativos, como se puede extraer de la documental aportada con la contestación de la demanda.

Aunado a lo anterior, Se recuerda que la prueba documental que extraña el juez de primera instancia en su fallo, frente a aquellos documentos que acrediten la entrega de información, no era una obligación vigente para el momento del traslado de la parte accionante pues, esta obligación surgió con la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia financiera de Colombia, teniendo en cuenta lo anterior, no es cierto que mi representada se encuentra en una mejor posición probatoria que acredite lo solicitado.

- 1.2. La obligación del buen consejo, la doble asesoría, e incluso la de desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores, surgidas a partir del año 2010 y 2014, lo anterior fue recapitulado y objeto de pronunciamiento en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL34642019 en consecuencia, tales obligaciones no existían para la época de la afiliación y mucho menos las mismas se pueden aplicar de manera retroactiva.
- 1.3. Incumplimiento de la parte accionada del deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios, lo cual conlleva a que la misma no pueda ser beneficiaria de su propia culpa o negligencia en su actuar, lo anterior queda corroborado con el accionar sistemático y reiterado por la parte

demandante, pues esta dentro de su interrogatorio de parte, manifestó en diferentes ocasiones, no haber realizado comparaciones con otros Fondos Pensionales, no haber hecho preguntas o indagaciones en el momento de suscripción del formulario y no hacer uso de los diferentes canales de atención al usuario que tiene mi representada.

- 1.4. La totalidad de condiciones del Régimen de Ahorro Individual, no son impuestas por las Administradoras de Fondos Pensionales, por el contrario, dichas condiciones para adquirir diferentes prestaciones dentro del régimen se encuentran en la Ley 100 de 1993, en consecuencia, la ignorancia o desconocimiento de esta no sirven de excusa, tal y como lo establece el artículo 9 del código Civil Colombiano.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que la parte demandante solicita desde la pretensión de la demanda la figura de la ineficacia, con ocasión, a una supuesta ausencia en la entrega de la información consistente en las condiciones del Régimen de Ahorro Individual, sin embargo, se recuerda que las mismas se encuentran en la ley 100 de 1993 y su desconocimiento no sirve como excusa para inaplicar las mismas.

2. Los valores recibidos con motivo a la afiliación, especialmente los dineros descontados por concepto de administración de las cuentas en ahorro individual.

Teniendo en cuenta lo argumentado en el aparte anterior, y a la validez de la afiliación, consideramos que, la presente condena de traslado a Colpensiones de los valores recibidos con ocasión a la afiliación de la parte demandante consecuentemente debe ser revocada.

Ahora bien, si de decidiera por parte del Honorable Tribunal, dejar en firme la ineficacia de la afiliación, se solicita que no se condene al traslado de los dineros descontados por Gastos de administración, pues:

- 2.1. Las sumas correspondientes a los gastos de administración tienen por mandato legal una destinación específica que, se encuentra en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, destinando así el 10% del IBC a las cuentas de ahorro individual, el 0,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, y el 3% restante a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

En el presente caso, es claro que dichos descuentos, han cumplido plenamente con su cometido y no se encuentran en el patrimonio de la AFP, pues se han destinado a cubrir los gastos en que se incurrió, para la generación de frutos o rendimientos que hoy se ven de manera positiva en la cuenta de la afiliada y el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte que se han venido disfrutando hasta la actualidad y que no pueden retrotraerse pues la cobertura y el servicio ya se ha prestado y este último no es posible devolverlo o retrotraerlo por parte del afiliado.

- 2.2. Atenta contra toda lógica jurídica la declaratoria de un enriquecimiento sin justa causa debido a la inaplicación de las normas legales que regulan las restituciones mutuas, derivadas de una nulidad o ineficacia de un acto jurídico ordenando devolver o restituir un bien (en este caso una suma de dinero depositada) las sumas que invirtió para el mantenimiento de dicho bien e incrementarlo.

Por si lo anterior no fuera poco, se recuerda que la inversión de dichos gastos de administración en seguros previsionales y en la generación de rendimientos, no se dio de manera antojadiza, sino por el contrario se dio de acuerdo con el mandato legal establecido en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 y a la obligatoriedad de la garantía de rentabilidad mínima establecida en el literal e) del artículo 60 de la ley 100 de 1993.

- 2.3. Toda decisión judicial de traslado de régimen pensional, debe tener como objetivo constitucional, la estabilidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por lo que es imperioso en la actualidad, y de acuerdo a la coyuntura económica, hacer un análisis macro de las consecuencias que se derivan de autorizar solicitudes de traslados que no cuentan con los requisitos para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, tal y como se estudió por este mismo Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en sala extraordinaria del 14 de agosto de 2019 a las 2 PM en virtud de lo establecido en el artículo 35 del CGP donde decidió unificar su jurisprudencia, en sentencia dentro del proceso del proceso 05001310500720150129501 negando las ineficacias de traslado en la afiliación, con base en la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones.
- 2.4. Las anteriores conclusiones frente a la ineficacia en la afiliación y en la manera en como deben operar las restituciones mutuas para hacer

compatible el régimen y la sostenibilidad del sistema se han recogido y enriquecen con el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia del 17 de enero de 2020 Radicación 2019152169-003-000 el cual fue solicitado por ASOFONDOS.”

5. PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER:

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

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

6. CONSIDERACIONES:

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

Primeramente, es necesario manifestar que el traslado o afiliación a los distintos regímenes pensionales la establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, disponiéndose además en los Arts. 60 y 114 de esta ley, como en los arts. 10, 12 y 15 del Decreto 720 de 1994 vigente para la época del traslado 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 asunto, está probado, que el accionante estando afiliado al régimen pensional de prima media administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, conforme la historia laboral aportada por Colpensiones con la contestación a la demanda (Documento 06 del expediente digital), se afilió a la administradora del RAIS PORVENIR S.A. el 11 de diciembre de 2007 como se evidencia en el formulario de vinculación a dicha AFP que milita a folio 45 del expediente (Documento 01 del expediente digital).

De otra parte, si bien el demandante no es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues no contaba para el 1° de abril de 1994 con 40 o más años o 15 años de servicios, ello no es óbice para que la AFP PORVENIR S.A. en el año 2007 estuviera en la obligación de suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; sobre todo **cómo alcanzaría la pensión de vejez, y de qué dependería su monto en el RAIS**

Sobre el deber de información antes citado, escuchado el interrogatorio de parte que fue absuelto por el demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:52:27 del video de la audiencia de trámite y juzgamiento (documento 17 del expediente digital), no se advierte que además de indicar que en la empresa donde laboraba les dijeron que el ISS se iba a acabar, y que por tanto necesitaban que se trasladaran a PORVENIR S.A., este haya confesado que al momento de su traslado de régimen se le ilustró sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como las características de uno y otro régimen pensional, los requisitos para acceder a las prestaciones económicas en cada uno de ellos, la forma de liquidación de la mesada pensional en cada régimen, la oportunidad de trasladarse entre regímenes y entre administradoras y los términos para ello, entre otros aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

Ahora, como bien lo manifestó la Juez de primera instancia, la Jurisprudencia de la SCL de la CSJ ha señalado claramente que para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción preimpresa que el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que el traslado se realizó con pleno conocimiento informado, lo cual no probó la AFP PORVENIR S.A. siendo su carga como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada, por lo que se confirmará la decisión de la *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por el demandante en el año 2007 cuando se trasladó del RPM administrado por el extinto ISS a la AFP PORVENIR S.A.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES frente a las cuales el *a quo* determinó que PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES, todos los valores acumulados en la cuenta de ahorro individual que haya recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, es decir con los

rendimientos que se hubieren causado, así como los ahorros voluntarios, con excepción de los dineros descontados por cuotas de administración de las cuentas de ahorro individual, incluyendo el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, encuentra la Sala que, como lo sostiene la apoderada de COLPENSIONES en su recurso de apelación, la orden impartida por el *a quo*, no se encuentra del todo acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia y por ende debe ser adicionada, en el sentido de indicar que la devolución que deben realizar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES deberá incluir no solo las cotizaciones con los rendimientos financieros o intereses causados, sino también el porcentaje que en su momento fueron descontados por dicha AFP de las cotizaciones del demandante destinados a comisiones de administración, incluido el porcentaje de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, pago de prima de reaseguro de Fogafín y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir que, como lo solicita Colpensiones en la apelación, PORVENIR S.A. deberá devolver a Colpensiones el 100% de las cotizaciones del demandante, con sus rendimientos financieros sin descuento de ninguna índole, pues al declararse la ineficacia del acto de traslado, **ningún efecto jurídico puede derivarse de este**, como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Ha explicado la Corte Suprema de Justicia que las consecuencias prácticas de la ineficacia son idénticas a las de la nulidad, señalando la Sala Civil de la alta Corporación que: *«cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás»* (CSJ SC3201-2018).

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

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

Teniendo en cuenta lo anterior, al tratarse de la declaratoria de un acto ineficaz que acarrea los mismos efectos de uno nulo, no es dable concebir, so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración del bien, que dichas sumas queden por fuera de las restituciones, de un lado, porque se trata de rubros que pertenecen al régimen de prima media con prestación definida, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otro, porque es la indebida actuación por parte de la AFP demandada, al no proveer la información clara, completa y comprensible a través de sus asesores, que tiene como consecuencia, además del hecho de generar la declaratoria de ineficacia, que deba asumir de su patrimonio los perjuicios que se ocasionen a los afiliados y las sumas sufragadas a terceros, como lo son las aseguradoras previsionales, ello con base en los artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

En cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN formulada por las demandadas al dar respuesta a la demanda, se tiene que, bajo la óptica jurisprudencial de la ineficacia del traslado de régimen introducido por la SCL de la CSJ, al concluirse que el acto jurídico de traslado de régimen nunca nació a la vida jurídica, no es procedente aplicar la prescripción, conforme puntualmente lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL1689-2019, proferida el 8 de mayo de 2019

De otra parte, la Sala no comparte el argumento del *a quo*, en el sentido que si fuera procedente la devolución del porcentaje de gastos de administración, ellos estarían prescritos, toda vez que su obligación de restituir estos conceptos se origina con la declaratoria de ineficacia del traslado que solo se produce con la ejecutoria de las sentencias que la declaran, por lo que no sería procedente la prescripción.

Respecto de la afirmación expuesta por el apoderada de COLPENSIONES en sus alegaciones sobre la imposibilidad de traslado de régimen impuesta por el legislador en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modificó 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.

Ahora, en lo concerniente a la devolución a COLPENSIONES de los bonos pensionales, y ahorros voluntarios ordenados por el juez, es necesario indicar que en lo concerniente a los bonos pensionales que pudieran haberse pagado a favor del

actor, tal decisión resulta desacertada, al menos en lo atinente al bono pensional tipo A, toda vez que al ser ineficaz la afiliación de la demandante al RAIS, no se origina el derecho a bono pensional tipo A, y por tal razón, en el hipotético caso que el referido bono hubiese sido pagado de manera anticipada, se debe efectuar la devolución al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y no a COLPENSIONES, por lo que tal orden será precisada.

Igualmente, en lo que tiene que ver con los aportes voluntarios a pensiones, no se advierte de la documentación obrante en el plenario que el actor haya realizado cotizaciones voluntarias mientras estuvo afiliado al RAIS, sin embargo existe la posibilidad que tales aportes voluntarios a pensiones se hayan realizado, los que, en todo caso, no pueden ser considerados para obtener la pensión en el RPM, toda vez que en este régimen pensional, la pensión, al menos desde la vigencia del Decreto 1406 de 1999, su Art. 30 prohíbe al trabajador dependiente aumentar la cotización con cotización voluntaria por ingresos como independiente, por lo que las pensiones en el RPM, solo se reconocen con las cotizaciones obligatorias como trabajador dependiente, sin que sea posible mejorar el ingreso base de cotización y así el IBL con cotizaciones voluntarias como independiente, y por ello las cotizaciones voluntarias que haya podido realizar la actora, no deben ser entregadas a COLPENSIONES, por lo que dicho aspecto de la decisión debe ser revocada.

De otra parte, respecto del argumento de Colpensiones en la apelación, que las sumas de gastos de administración deben ser devueltos debidamente indexados, en las sentencias SL1688 de 2019 SL 2932 de 2020, SL 3202, 3571, 3706, 3707, 3708, 3709 y 3769 de 2021, la CSJ ordenó que las cuotas de administración fueran devueltas indexadas, debido a ello, le asiste razón a Colpensiones en este aspecto, de la apelación, por lo que se ordenará en esta instancia, que las referidas cuotas de administración sean devueltas indexadas.

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

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

7. DECISIÓN:

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 22 de abril de 2021 proferida por el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **JOSÉ HERNANDO RUBIANO BUITRAGO**, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES**, y la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADICIONÁNDOLA**, en el sentido de DECLARAR que la devolución que deben realizar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES deberá incluir no solo el valor de las cotizaciones más los rendimientos financieros o intereses causados, sino también los porcentajes que en su momento fueron descontados por dicha AFP de las cotizaciones del demandante, que fueron destinados a comisiones de administración, pago de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, pago de prima de reaseguro de Fogafín y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir el 100% de las cotizaciones del demandante, con sus rendimientos financieros, sin descuento de ninguna índole

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, en cuanto declaró que la devolución a COLPENSIONES debe incluir los aportes voluntarios al sistema pensional que hubiere efectuado la actora y el bono pensional cuando se trate del tipo A, conforme lo explicado en la parte motiva de este fallo.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

La anterior sentencia se notifica a las partes en EDICTO.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

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

Los magistrados,

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **11769cd76ff8d8be6fc7d37fddd9c08be1df537333a462d694dc8943a95b9e12**

Documento generado en 14/07/2022 02:25:56 PM

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