

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 revisar en consulta, la sentencia proferida en primera instancia en el presente proceso ordinario laboral promovido por el señor **NORBERTO DE JESÚS OSORIO RODRÍGUEZ**, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y las sociedades **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.), **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.) y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** (en adelante COLFONDOS S.A.), tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-018-2016-00723-01.

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 INGRIS RUIDIAZ SOTO, portadora de la T.P. 240.222 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 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 durante su vida laboró para el sector público y privado, y sus empleadores lo afiliaron al ISS, estando afiliado allí hasta el año 1995 cuando por un error en el consentimiento fue afiliado a PROTECCIÓN S.A. sin recibir la información y asesoría correspondiente sobre lo que significaba un traslado de régimen pensional.

Indica que el error en el consentimiento consistió en que nunca fue enterado por parte de la AFP sobre las consecuencias del traslado de régimen, asunto que tampoco le fue informado por el ISS como administrador de fondo de pensiones, lo que le implicó un grave perjuicio consistente en tener que continuar realizando cotizaciones por un largo tiempo hasta completar el tiempo, aunado a que en el fondo privado dichas semanas de cotización resultan irrelevantes.

Finalmente indica que 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 del 19 de mayo de 2016

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La *a quo* despachó de manera favorable las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, y condenando en consecuencia a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales en caso de existir, los rendimientos que se hubieran causados, sumas adicionales de las aseguradoras y cuotas de administración, ordenando a COLPENSIONES a reactivar la afiliación del demandante en el RPM, a recibir las sumas antes señaladas y a consolidarlas en la historia laboral del actor.

Para fulminar condena, la *a quo* argumentó que la Corte Suprema de Justicia tiene fijada una línea jurisprudencial sobre el tema de la afiliación a un régimen pensional y 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 PROTECCIÓN S.A. que al momento de la afiliación inicial del demandante, haya cumplido con el deber legal de otorgar una explicación integral sobre la regulación de

los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, resultando insuficiente como prueba 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 del demandante al RAIS.

Finalmente, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, entre ellas la de prescripción.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:

La anterior decisión fue apelada de manera parcial por la apoderada de PROTECCIÓN S.A., en lo que tiene que ver con la orden de devolver a Colpensiones los emolumentos que no conforman la cuenta de ahorro individual del demandante, argumentando, que no existe en la legislación laboral ni civil, la obligación de devolver la comisión de administración o el porcentaje establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 dado que ordenar la devolución de dichos valores genera un enriquecimiento sin justa causa de la cuenta del afiliado, en tanto se estaría conformando una pensión de vejez con un porcentaje diferente al que dispone la Ley, independientemente del régimen, desconociendo con ello los principios de sostenibilidad financiera, cobertura, igualdad de las partes, la aplicación de la norma más beneficiosa, máxime que para la inaplicación de una norma y de los principios generales, debe el juez sustentar las razones por la cuales se aparta, y es por ello que solo resulta procedente la devolución de los aportes de la cuenta de ahorro individual más los rendimientos financieros , pero no los valores descontados por comisiones de administración o sumas adicionales de la aseguradora, toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Aduce que cuando existe traslado entre regímenes, e inclusive entre administradoras del RAIS, dichos valores no hacen parte de las sumas que las AFP trasladan, pues dicho porcentaje corresponde al funcionamiento de las administradoras de ambos regímenes pensionales, por lo que no resulta procedente su devolución a la luz de lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil que habla de los efectos de la declaratoria de la nulidad, la cual tiene los mismo efectos de la declaratoria de ineficacia, esto es, otorga derecho a las partes para ser restituidas al mismo estado en que se hallaban si no hubiera existido el acto jurídico, y si esta era la intención, se debió haber ordenado devolver estos valores pero no los rendimientos, sin embargo, dado que el efecto se está dando en el transcurso del tiempo, sería injusto con el afiliado

no devolverle esos rendimientos financieros fruto de la buena gestión de administración.

En cuanto a la excepción de prescripción, indica que si bien ha señalado la Corte que en lo que tiene que ver con la ineficacia esta es imprescriptible, no sucede lo mismo con los valores que no hacen parte de la cuenta del afiliado como las comisiones de administración, las cuales si son susceptibles de prescripción.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados judiciales de PROTECCIÓN, de PORVENIR y de COLPENSIONES allegaron dentro del término de dicho traslado, escritos de alegaciones, en los cuales señalaron resumidamente lo siguiente:

ALEGATOS DE PROTECCIÓN S.A.

No fue probado por el demandante, que existiera vicio alguno que invalidara su afiliación al RAIS por lo que no le asistía el derecho reclamado en cuanto a la declaratoria de ineficacia o nulidad de su afiliación al RAIS. Tampoco se demostró que cumpliera con los requisitos exigidos para ser beneficiario del régimen de transición al momento de regresar al Régimen de Prima Media, conforme lo regulado en la ley 100 de 1993.

De la posición asumida por el operador jurídico y los términos en los que se ordena el traslado de los valores se desconoce la norma en tanto que, dispone que los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente ley el 3% indistintamente del régimen se destina como valor razonable para la administradora, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes y si bien se dispone en la presente sentencia dejar sin efecto un traslado, el mismo, al producirse en el transcurrir del tiempo quien administro el capital fue RAIS, conforme las prerrogativas legales, tanto es así que de su administración de la cuenta de ahorro individual entrega unos rendimientos financieros, lo que conlleva a una administración de buena fe y de manera diligente, alcanzando rendimientos financieros inclusive superiores a los que se alcanzaría bajo la administradora Colpensiones.

Indica el A Quo que el acto de afiliación que realizara el actor a la AFP PROTECCIÓN, es ineficaz y que por tanto no genera efecto jurídico alguno, pero en la parte resolutive ordena la devolución de valores que no hacen parte de la cuenta de ahorro individual, al asumir esta posición, está creando un efecto jurídico, el ordenar devolución en los términos prescritos es un efecto propio del ahorro, como lo es un rendimiento financiero, reza la norma:

ARTICULO 13 Y ART 20 DE LA LEY 100

q. <Literal adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente ley

ART 20--En el régimen de prima media con prestación definida el 10.5% del ingreso base de cotización se destinará a financiar la pensión de vejez y la constitución de reservas para tal efecto. El 3% restante sobre el ingreso base de cotización se destinará a financiar los gastos de administración y la pensión de invalidez y sobrevivientes.

En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

De sostenerse dicha decisión se estaría no solo vulnerando los principios rectores de los sistemas pensionales y sus fines, si no el principio de sostenibilidad, si bien es cierto se declara la ineficaz del acto, no existe detrimento patrimonial ni para el afiliado ni para el fondo receptor, pues este último recibe los aportes con los rendimientos, este último no incurrió en gastos de administración finalidad de la disposición indicada en el artículo 13 y 20 de la ley 100, Contrario a lo que sí tuvo que hacer la administradora del RAIS que de buena fe administro y asumió los riesgos en atención y con apego a la disposición legal, lo que conllevaría a un rompimiento del equilibrio de las cargas financieras y administrativas de la sostenibilidad del régimen de ahorro individual e inclusive del sistema general de pensiones.

Al perseguirse la declaratoria de ineficacia de un acto, y su consecuente inexistencia a la vida jurídica obsérvese como no se genera afectación o perjuicio alguno al demandante, pues toda vez, con la declaratoria de la misma el afiliado sin solución de continuidad continua en el fondo de prima media, quien asume la prerrogativa de pensión de vejez, pero que como el mismo se dio con posterioridad quien asumió la carga administrativa como hecho realidad fue el RAIS amparando los riegos

dispuestos por la ley, para ambos regímenes indistinto del administrador, por lo cual no es dable la aplicación de dicha sanción ni siquiera atribuible en un escenario de culpa leve.

El primero de ellos por la inexistencia del perjuicio tanto para el afiliado- entrega de su cuenta con rendimientos financieros inclusive superiores a los que pudiera obtener en el régimen de prima media hoy administrado por Colpensiones, es decir, la cuenta genero unos frutos y ganancias de rentabilidad.

Y el segundo en cuanto en igual sentido recibe el régimen de prima media hoy Colpensiones, un afiliado con unos rendimientos administrados en mayor proporción al que el régimen de prima media les entrega a sus afiliados, así mismo, dispone la ley que el 3% en dicho régimen también se traslade a fin de los gastos de administración y asegurabilidad en sobrevivencia e invalidez.

Es por ello se reitera la obligación únicamente será procedente para la devolución de los aportes de la cuenta de ahorro individual más los rendimientos financieros generados con la buena gestión de PROTECCIÓN, pero NO es procedente que se ordene la devolución de lo que mi representada descontó por comisión de administración.

Lo anterior se concluye también a la luz de lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil que habla de los efectos de la declaratoria de nulidad “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; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita. En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

En este orden de ideas, si la consecuencia de la ineficacia y/o nulidad de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende nunca PROTECCION debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y tampoco se debió cobrar una comisión de administración, sin embargo el artículo 1746 habla de las restituciones mutuas, intereses, frutos y del abono de mejoras, con base en esto debe entenderse que

aunque se declare una ineficacia y/o nulidad de la afiliación y se haga la ficción que nunca existió contrato, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, por eso el fruto o mejora que obtuvo el afiliado son los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, producto de la buena gestión de la AFP y el fruto o mejora de la AFP es la comisión de administración, la cual debe conservar si efectivamente hizo rentar el patrimonio del afiliado.

De igual forma se produjo un aseguramiento por riesgos que, en el evento de haberse materializado hubiera operado con independencia de la validez de la afiliación, luego retrotraer los efectos no puede extenderse a aquello.

La teoría de las prestaciones acaecidas que no pueden desconocerse fue puesta de presente por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en la Sentencia con Radicado No. 31989 del nueve (9) de septiembre de dos mil ocho (2008), Magistrado Ponente Eduardo López Villegas, cuando manifestó que *“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social.*

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

En primer lugar, es oportuno hacer mención **El art. 13 de la Ley 100 de 1993, que aseguró la libertad en escogencia de régimen** pensional, por su parte el Decreto 663 de 1993 el cual aplica como regulación para las Administradoras de Fondos de Pensiones, toda vez que hacen parte del sistema como instituciones financieras privadas de carácter previsional encargadas de administrar eficientemente los fondos y planes de pensión del régimen de ahorro individual con solidaridad y de los fondos de cesantías en Colombia; estableció en el Art. 97 la importancia del deber de informar al consumidor financiero, adicionalmente el decreto 692 de 1994, en su artículo 5 establece que las personas que cumplan los requisitos para seleccionar el régimen de ahorro individual con solidaridad no podrán ser rechazadas por las administradoras del mismo.

Es oportuno mencionar que solo para el 2014, con la expedición de la ley 1748, se establece la obligación de brindar información transparente a los consumidores de los

servicios financieros y consecuentemente diferentes niveles de intensidad del deber de información según la legislación vigente.

Descendiendo al caso concreto las premisas normativas antes referidas, podemos indicar y consecuencialmente colegir, lo siguiente:

1. El traslado de régimen del afiliado (a) – demandante, y selección del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ocurrió el 30 DE JUNIO DE 1995, en vigencia del Decreto Ley 663 del 02 de abril de 1993 *“Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración.”*, solo se exigía a las Sociedades Administradoras de Pensiones y Cesantías, atender el formulario con el lleno de los requisitos que para los efectos preveía la entonces Superintendencia Bancaria, a fin de demostrar la aceptación y consentimiento por parte de aquel.

Imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituye en una situación de carácter imposible.

2. Es claro que el entendimiento entre el RPM y el RAIS sugiere que los afiliados sean debidamente asesorados dado que hay aspectos técnicos que los diferencian.

Sin embargo, esta regla no puede interpretarse como una situación universal que desplace las situaciones de cada caso particular y que además invierta la carga de la prueba sin mayor análisis que la naturaleza experta que tiene la administradora de pensiones.

Este contexto tampoco puede desconocer escenarios donde la expectativa pensional, la permanencia en el sistema, el silencio, la aceptación en el tiempo, la calidad del demandante y otros relacionados con las actividades financieras que ejecuta un usuario durante su vida laboral, le permitía escoger acertadamente el régimen pensional. Este último aspecto ha sido por ejemplo evaluado por la Corte Suprema de Justicia tratándose de afiliaciones tacitas donde prevalecen las actividades, cotizaciones y movimientos financieros a lo largo de la vida laboral.

Adicional a lo anterior y teniendo en cuenta la práctica de la prueba decretada en el proceso, se colige del interrogatorio de parte realizado al señor NORBERTO DE JESUS OSORIO RODRIGUEZ, que nadie lo obligó a efectuar su traslado al Régimen de ahorro individual, sino que lo realizó de manera voluntaria.

Ahora bien, en caso de que la decisión en esta instancia sea la de confirmar la sentencia emitida por la Juez 18 Laboral del Circuito, solicito a los señores magistrados indicar claramente en la sentencia que AFP PROTECCIÓN S.A., traslade a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de el señor NORBERTO DE JESUS OSORIO RODRIGUEZ tales como: (i)cotizaciones, (ii) bonos pensionales, (iii) 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, (iv) cuotas de administración y la indexación de las mismas, (v) el porcentaje de garantía de pensión mínima y (vi) el traslado de los reaseguros y seguros previsionales; tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689 de 2019; SL17595-2017 y CSJSL4989- 2018, entre otras.

Por último, de manera respetuosa se solicita a los señores magistrados, adicionar la sentencia de primera instancia, en sentido de ordenar a la AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A, trasladar con destino a COLPENSIONES, los valores correspondientes a las cuotas de administración, incluyendo sumas adicionales de la aseguradora, el porcentaje de garantía de pensión mínima y el traslado de los reaseguros y seguros previsionales, que se causaron en el periodo que el demandante estuvo afiliado a esa entidad, toda vez que hacen parte de los rubros económicos derivados de las cotizaciones que hizo el señor NORBERTO DE JESUS OSORIO RODRIGUEZ, ante las AFP mencionadas.

ALEGATOS DE PORVENIR S.A.

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.

Si se 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.

3. Condena en costas a cargo de mi representada.

En relación con la condena en costas debemos indicar que mi representada siempre obró con buena fe objetiva, en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes para la época en la que se dio el traslado de la parte demandante del RPM al RAIS y buscando siempre el beneficio de la parte demandante, por lo que la condena en costas no es procedente ante la ausencia de mala fe de mi representada.

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 PROTECCIÓN S.A., se consultará la sentencia en favor de COLPENSIONES 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 en su calidad de empleado de EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLÍN, estando afiliado al régimen pensional de prima media administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, según se desprende de la historia laboral válida para bono pensional emitida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el certificado SIAFP que militan a folios 71, 81 y 82 del expediente (Documento 01 del expediente digital), se afilió a la administradora del RAIS PORVENIR S.A. el 30 de enero de 1995 como se evidencia del formulario de vinculación a dicha AFP que milita a folio 37 del documento 13 del expediente digital, con efectividad a partir del 1° de julio de dicha anualidad, trasladándose posteriormente a la AFP COLFONDOS S.A. el día 12 de diciembre de 2001 y finalmente a la AFP PROTECCIÓN S.A. el 19 de noviembre de 2003, como se advierte del certificado SIAFP que militan a folios 71, (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 1995 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 00:21:23 del video de la audiencia de trámite y juzgamiento (documento 20 del expediente digital), no se advierte que este haya confesado que al momento de su traslado de régimen se le ilustró sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como lo son la explicación clara de 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, y contrario a lo señalado por Colpensiones y por PORVENIR en sus escritos de alegaciones, ha señalado claramente la Jurisprudencia de la SCL de la CSJ que para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción pre impresa sobre que el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que el traslado se realizó con pleno conocimiento informado, lo cual no probó la AFP PORVENIR S.A. siendo su carga como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada, por lo que habrá de confirmarse en esta instancia la decisión de la *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por el demandante en el año 1995 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 y frente a las cuales la *a quo* determinó que PROTECCIÓN S.A. debe trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales en caso de existir, los rendimientos que se hubieran causados, sumas adicionales de las aseguradoras y cuotas de administración, encuentra la Sala que la orden impartida por

la *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 sede de consulta en favor de Colpensiones, en el sentido de indicar que la devolución que deben realizar PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES deberá incluir no solo el valor de las cotizaciones, los rendimientos financieros causados, las sumas adicionales de las aseguradoras y las cuotas de administración, sino también los porcentajes que en su momento fueron descontados por dicha AFP de las cotizaciones del demandante y que fueron destinados a pago de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, al pago de prima de reaseguro de Fogafín y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

Además el fallo de primera instancia debe ser ADICIONADO en el sentido de indicar que las AFP COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. también deberán devolver a COLPENSIONES las sumas que en su momento descontaron de las cotizaciones del demandante durante el tiempo en que este estuvo afiliado a dichas AFP, que fueron destinadas 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, 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, contrario a lo argumentado por PROTECCIÓN S.A. en su recurso de alzada, se pronunció la SCL de la CSJ, sentencia 31989 de 8 de septiembre de 2008

y lo reiteró en sentencias SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019 y SL1688-2019, en la que precisó:

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

“Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba 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.”

Teniendo en cuenta lo anterior, contrario a lo manifestado por la AFP recurrente, al tratarse de la declaratoria de un acto ineficaz que acarrea los mismos efectos de uno nulo, no es dable concebir, so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración del bien, que dichas sumas queden por fuera de las restituciones, de un lado, porque se trata de rubros que pertenecen al régimen de prima media con prestación definida, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otro, porque es la indebida actuación por parte de las AFP demandadas, al no proveer la información clara, completa y comprensible a través de sus asesores, que tiene como consecuencia, además del hecho de generar la declaratoria de ineficacia, que deban 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 lo que tiene que ver con la orden del *a quo*, de reintegrar a COLPENSIONES el bono pensional que se pudiera haberse pagado a favor del actor, tal decisión resulta desacertada, toda vez que al ser ineficaz la afiliación del demandante al RAIS, no se origina el derecho a bono pensional, al menos el tipo A, y por tal razón, si el referido bono fue pagado se debe efectuar la devolución al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y no a COLPENSIONES, por lo que tal orden será precisada.

De otra parte, respecto de la solicitud del apoderado de COLPENSIONES en los alegatos de esta instancia, en el sentido que se ordene la devolución indexada de las cuotas de administración, y cuotas abonadas al fondo de garantía mínima, el porcentaje destinado al pago de seguros provisionales, esta es una cuestión que debió plantearse en la contestación de la demanda o cuando menos, en el recurso de apelación, de manera que una decisión en tal sentido implicaría decidir más allá de lo pedido, lo que resulta improcedente en la sentencias de segunda instancia, pues fue un asunto que las partes no tuvieron la oportunidad de debatir en el proceso y por ello no se resolverá sobre este solicitud.

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.

Frente a la prescripción de los denominados gastos de administración que plantea la apoderada de PROTECCIÓN S.A. en sus alegatos, considera la Sala que ella no opera, toda vez que la obligación de restituir estos rubros 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 de las cuotas de administración, incluyendo lo descontado para el pago de los seguros previsionales.

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

COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN 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 \$1.000.000.

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 05 de abril de 2021 proferida por el JUZGADO DIECIOCHO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **NORBERTO DE JESÚS OSORIO RODRÍGUEZ**, contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., ADICIONÁNDOLA** en el sentido de indicar que la devolución que deben realizar PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES deberá incluir las cotizaciones con los rendimientos financieros o intereses causados, así como las cuotas de administración, incluidos las de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, de reaseguro de Fogafín, y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir, el 100% de las cotizaciones.

Igualmente se ADICIONA la sentencia de primera instancia, en el sentido de DECLARAR que las AFP COLFONDOS S.A., y PORVENIR S.A., deberán devolver a COLPENSIONES las sumas que descontaron de las cotizaciones del demandante durante el tiempo que este estuvo afiliado a estas AFP, que fueron destinadas a comisiones de administración, incluido al pago de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, prima de reaseguro de Fogafín y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir, deberán devolver a Colpensiones el 100% de las cotizaciones.

SEGUNDO: ACLARAR que, en el evento, que el bono pensional tipo A, a favor del actor hubiere sido pagado, se debe efectuar la devolución al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y no a COLPENSIONES

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. y a favor del demandante. Las agencias en derecho, las estima el ponente en la suma de \$1.000.000.

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: **b183d4ef72d924eca0b48d100983af368fa0eae4a7d2ac07aff2e774e9f97bce**

Documento generado en 14/07/2022 03:33:58 PM

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