

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El veinticinco (25) de agosto de dos mil veintidós (2022), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, procede a proferir sentencia de segunda instancia, en el presente proceso ordinario laboral promovido por la señora **ADRIANA DÍAZ MORENO** 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. 05001-31-05-019-2019-00743-01.

AUTO

De conformidad con el memorial de sustitución de poder allegado vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por parte de la sociedad RST ASOCIADOS PROJECT S.A.S. quien representa judicialmente los intereses de Colpensiones en este proceso, se procede a reconocer personería al abogado SEBASTIAN ORREGO BETANCURT, portador de la T.P. 278.334 del C. S. de la Judicatura, para que represente a Colpensiones en este proceso como apoderado sustituto.

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 y/o 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 la actora, que el 5 de septiembre de 1988 se afilio al ISS hoy COLPENSIONES, y que posteriormente, en el mes de octubre del año 1994, se trasladó al RAIS a través de la AFP PROVENIR S.A.

Aduce que PORVENIR S.A. al momento de afiliarse no la asesoró de la forma debida sobre las consecuencias que tendría al momento de trasladarse de régimen pensional, es decir que no le brindo una información suficiente, clara y completa, y omitió la obligación del buen consejo.

Indica que el asesor de PORVENIR S.A. al momento de su afiliación le manifestó que ISS se iba a acabar y que su pensión estaba en riesgo y que además en el fondo privado podría pensionarse a cualquier edad, pero en ningún momento le informó que el monto de la mesada pensional dependería del capital que tuviera en su cuenta de ahorro individual.

Expone que el 12 de agosto del año 2019 PORVENIR S.A le da respuesta a su requerimiento, y le hace un comparativo en el que le muestra cuál sería el valor de su mesada pensional en el RAIS indicándole que a los 57 años obtendría una mesada de \$1.330.200 y en el RPM su mesada pensional sería de \$2.519.200.

Finalmente, manifiesta que el 26 de julio del año 2019 solicito a COLPENSIONES que le fuera aceptada la devolución del RAIS al RPM pero esta solicitud fue negada en razón a que se encuentra a menos de diez años para alcanzar la edad pensional.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La *a quo* despachó de manera favorable las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y condenando en consecuencia a la AFP a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES el valor de la cuenta de ahorro individual del demandante, sin incluir otros conceptos ni cuotas de administración, condenando además a COLPENSIONES a recibir dichos dineros y a reactivar a afiliación del actor en el RPM.

Para fulminar condena, la juez 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 proceso no se probó por parte de PORVENIR S.A. que haya cumplido con su 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 ese consentimiento informado la suscripción del formulario de afiliación, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado de la demandante a la AFP PORVENIR S.A.

En lo que tiene que ver con las sumas que deben ser devueltas a COLPENSIONES como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional, señaló que únicamente deben trasladarse los valores existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, sin incluir las cuotas de administración u otro concepto, ello por cuestiones de equidad y proporcionalidad, y porque tal condena es una medida excesiva que resquebrajaría el principio de solidaridad que debe informar al sistema pensional.

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 imprescriptible y condenó en costas a las entidades demandadas, incluyendo a COLPENSIONES por haber sido vencidas en juicio, señalando que la condena en costas es objetiva y que todas las entidades presentaron oposición a las pretensiones de la demanda.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:

La sentencia fue apelada por la apoderada de COLPENSIONES quien solicita sea revocada, indicando que la AFP COLPENSIONES es un tercero ajeno al negocio jurídico del cual se depreca la ineficacia, es por esta razón que no debe verse perjudicado por un error en el cual incurrieron las demás partes del proceso.

Manifiesta que en lo referente a la cuotas de administración y los demás rubros de la cuenta individual de ahorro, si el Tribunal ratifica que la ineficacia del traslado fue ocasionada por la conducta indebida de la AFP PORVENIR S.A., es ésta quien debe asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, es decir, que debe trasladar a COLPENSIONES no solo el valor de la cuenta individual de ahorros si no todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante sin descuento alguno; incluyendo los rendimientos financieros, gastos de administración, cuotas de seguros

provisionales y aportes al fondo de garantías de pensión mínima. Lo anterior sustentado en la sentencia SL 2877 de la Corte Suprema de Justicia del 29 de julio del año 2020 y SL 31989 del 9 de septiembre del año 2008.

Finalmente, manifiesta que la condena a las costas procesales no tiene soporte, pues COLPENSIONES obra de buena fe y actúa según ordena las características filosóficas de sus funciones sin que pueda ejecutar hechos prohibidos por la ley o contrarios a su propio reglamento como sucedería en el caso en concreto; indicando que en ese sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en el expediente 10918 de 1999 sentencia con ponencia del Dr. Ricardo Hoyos Duque la cual señaló que:

“Es claro que el legislador no ha querido en este caso aplicar un criterio absoluto para determinar a cargo de quien están las costas del proceso y por lo tanto no la ausencia de razón o posición lo que hace sujeto a la parte si no su conducta abusiva que implica un desgaste para la administración.”

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, el apoderado judicial de la parte demandante, al igual que los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. allegaron escritos de alegatos de conclusión, en los que señalaron resumidamente lo siguiente:

ALEGATOS DEL DEMANDANTE.

PORVENIR S.A, no demostró siendo estos los que debían demostrar que a la señora ADRIANA DIAZ MONCADA, SE LE DIO UNA INFORMACION: clara, precisa y completa sobre lo que implicaba el cambio de régimen pensional, antes de realizar el cambio de Régimen pensional esto es antes del mes de octubre de 1994, cuando la obligación de las AFP, era según el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, los artículos 271 y 272 # 1 y del Decreto 663/93 artículo 97# 1 (estatuto tributario)

Desde la fundación de las Administradoras de Fondos de Pensiones como es el caso de la señora ADRIANA DIAZ MONCADA, que se afilió en octubre de 1994, la obligación de la AFPPORVENIR S.A, era de brindar una información necesaria y transparente, conceptos que son definidos en la sentencia SL 1452 de 2019, en la que se manifiesta que la sola firma del Formulario de Afiliación al Fondo de pensiones, no se puede tener en cuenta como eximente de responsabilidad para la AFP de fondo de pensiones, pues en este no se evidencia que la información fue dada, este

consentimiento no se puede limitar a una simple manifestación de la voluntad de quien se traslada de régimen pensional sino que se requiere UNA LIBERTAD INFORMADA, ninguna de las AFP cumplió con esa obligación.

Ahora bien en cuanto a las Costa Procesales a cargo de Colpensiones, solicita ser exonerada de estas debido a que la entidad no provocó el litigio ni faltó al deber de información y que su oposición a las pretensiones obedece al ejercicio legítimo de defensa, al respecto el Honorable Tribunal Superior de Antioquia en sentencia 150-2021 de fecha 31 de Agosto de 2021 manifiesta: “al dar respuesta a la demanda dicha AFP se opuso expresamente a la prosperidad de todas las pretensiones, las que estaban dirigidas contra PROTECCION, frente a ellas invoco excepciones de fondo, mecanismos de defensa que no prosperaron, con lo que se entiende que su oposición y resistencia a las pretensiones de la demanda no tuvo éxito, como ya fue explicado en precedente horizontal de esta sala, por lo que hay lugar a la imposición de costas en la primera instancia.”

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

Es importante que antes de analizar el caso, se debe de traer a colación el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira Sala Laboral, en grado Jurisdiccional de Consulta, dentro del proceso 66001310500120170008501, demandante María Victoria Calle Correa, demandados Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A., en el cual se resolvió revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar absolver a las demandadas. Dentro del fallo referido consideró el Tribunal lo siguiente:

“Puestas de ese modo las cosas, resulta imprescindible mencionar lo dispuesto en el art. 1604 del C.C. que exige que “la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”, no obstante lo anterior, dicha obligación probatoria aparece como respuesta inmediata a alguien que previamente ha alegado el incumplimiento de una obligación por parte de su deudor, en esa medida, quien alega un incumplimiento obligacional deberá probar el supuesto de hecho de la norma que consagra el efecto jurídico perseguido (art. 167 CGP), o en otras palabras, deberá probar la obligación incumplida para que se presuma que ello se dio por culpa de la contraparte, quien en respuesta de tal cuestionamiento tendrá la carga de demostrar la diligencia o cuidado en la obligación pactada.

En conclusión en los procesos tendientes a dejar sin efectos una afiliación hecha a cualquiera de los dos regímenes, con el propósito de volver a elegir el que desee, esta

vez de forma libre y espontánea, deberá acreditar imperiosamente que la AFP a la que se afilio incumplió en la etapa precontractual con su obligación principal, esto es, brindarle la información adecuada, completa y veraz para tomar una decisión bajo el principio de libertad informada y en esa medida poder dar rienda suelta al art. 1604 del C.C., pues la presunción allí establecida no es el cumplimiento de la obligación sino la culpa en tal incumplimiento, iterase, una vez probado este.”

Dicho de otra forma, la asesoría brindada por la AFP debe restringirse a informar al afiliado de todas y cada una de las características del RAIS frente al RPM, además de su solidez financiera (art. 97 del Decreto 663/1993 y sus modificaciones), sin que dicha información pueda analizarse desde la óptica de un buen o mal consejo, pues ello implicaría usurpar la voluntad del afiliado, única persona que después de conocer las características del régimen podrá sopesar si la escogencia del RAIS resulta adecuada y atractiva para el fortalecimiento de su vida, pues al gozar de capacidad de ejercicio, quien celebra el contrato de afiliación está en condiciones de entender las incidencias de la escogencia a partir de la información que ha recibido.

A tono con lo anterior, se concluye que la señora ADRIANA DIAZ MORENO suscribió el formulario de vinculación al RAIS con la afp PORVENIR y que cumplió los lineamientos fijados en la ley, sino que reiteró su voluntad de permanencia en dicho régimen, lo que supone que estaba conforme con los beneficios que venía disfrutando desde que ingreso al Régimen de Ahorro individual, puesto que solo hasta el 2019 pretende devolverse al Régimen de prima media administrado por Colpensiones, es decir que más de 15 años disfrutó de los beneficios otorgados por el RAIS.

Asimismo, a través de la providencia C-789 de 2002, la Corte Constitucional precisó el alcance de derechos adquiridos y meras expectativas en materia pensional, indicando lo siguiente:

“La Sala Plena consideró que las disposiciones demandadas se ajustaban a la Constitución puesto que, en primer lugar, el derecho a obtener una pensión de acuerdo con el régimen de transición no es un derecho adquirido sino “apenas una expectativa legítima, a la cual decidieron renunciar voluntaria y autónomamente, para trasladarse al sistema de ahorro individual con solidaridad”.

En esta misma línea se pronuncia la Corte Constitucional en sentencia T-489 de 2010, al expresar:

(...) la Sala se permite destacar dos ideas, relacionadas ambas con la sostenibilidad económica del sistema pensional. Ellas son: a--La primera tiene que ver con la protección del capital pensional. No se puede permitir “la descapitalización del fondo”, si personas que no contribuyeron a su formación, vienen a último momento, cuando les faltan ya menos de 10 años para concretar su pensión de vejez, a beneficiarse de un ahorro comunitario accediendo a una pensión, cuyo pago desfinancia el sistema. b-En segundo término, desde una perspectiva social se contraría la equidad y se abandona el valor de la justicia material, al permitir a personas que no han contribuido a los rendimientos de los fondos pensionales, entren a beneficiarse y a subsidiarse a costa de las cotizaciones y los riesgos asumidos por otras y no por ellas mismas” (Subrayado y negrilla fuera de texto original).

De acuerdo a la sentencia SL373-20 el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, razón por la cual los afiliados al RAIS no pueden estar solicitando un traslado, cuando fue su decisión trasladarse de régimen.

Dado lo anterior, con respecto al pago de la pensión de vejez en un futuro, quien se afilia al régimen de ahorro individual pierde aquello que es incompatible con dicho régimen, en este caso los beneficios consagrados en el régimen de transición y régimen de prima media, por lo tanto el fondo del RAIS es quien debe de pagar su pensión de vejez.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores es claro que la señora ADRIANA DIAZ MORENO no puede ser beneficiaria del régimen de prima media administrado por Colpensiones y mucho menos de una pensión de vejez al momento de cumplir requisitos, pues es claro que presento un traslado al régimen de ahorro individual con la AFP PROTECCION, por lo que solicito se desestimen todas las pretensiones incoadas en la demanda, incluyendo el hecho condenar en costas a la entidad que represento.

Asimismo solicito en caso de condenar a Colpensiones a activar la afiliación del demandante al Régimen de prima media, los fondos privados trasladen todos los aportes, incluidos los rendimientos y los gastos y cuotas de administración, egresos que han fortalecido el patrimonio del fondo privado a expensas de la mala asesoría que realizó al demandante, de acuerdo a la última sentencia de la corte suprema de justicia.

ALEGATOS DE PORVENIR S.A.

1. 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:

- 1.1. 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.

- 1.2. 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.

- 1.3. 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.

- 1.4. 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.

2. 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 A RESOLVER:

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

Así mismo habrá de determinar la Sala si resulta o no procedente imponer condena en contra de COLPENSIONES por concepto de costas procesales de primera instancia.

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

6. CONSIDERACIONES:

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

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

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

Tal posición, que constituye a la fecha la línea jurisprudencial de la SCL de la Corte Suprema de Justicia sobre dicho tema, ha sido ratificada de manera reiterada en todos los pronunciamientos emanados de dicha corporación, como en las sentencias SL1688-2019 y SL1689-2019, ambas proferidas el 8 de mayo de 2019, en las que, además la Corte fijó unas conclusiones jurisprudenciales en torno al tema de la ineficacia 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 la actora, estando afiliada al régimen pensional de prima media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, según la historia laboral válida para bono pensiona emitida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público visible a folios 58 del expediente, se afilió a la administradora del RAIS PORVENIR S.A. el 01 de octubre de 1994, como se anota en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 59 del expediente, con efectividad al 1° de noviembre de 1994, conforme se consigna en el certificado SIAFP que milita a folio 56.

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 1° de abril de 1994 con 35 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la PORVENIR S.A. en el año 1994 estuviera en la obligación de suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; sobre todo **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué dependería su monto en el RAIS.**

Sobre el deber de información antes citado, escuchado el interrogatorio de parte que fue absuelto por la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:19:23 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento (Documento 07 del expediente digital), no se advierte que además de indicar que el asesor de PORVENIR S.A. le manifestó que el ISS estaban en proceso de desaparecer, que no había ningún cambio entre lo que iba a recibir en el régimen de prima media y en el régimen de ahorro individual, que en el fondo privado podía pensionarse incluso a menor edad, que PORVENIR era la mejor opción, y que no recibiría menor valor en su pensión, esta haya confesado que el asesor de la PORVENIR S.A. le hubiere brindado toda la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su

afiliación al RAIS, pues no se advierte que haya confesado que 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, conforme lo señaló la *a quo*, y contrario a lo manifestó por el apoderado de COLPENSIONES en sus alegaciones, 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, contrario también a lo manifestado en el recurso, 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 la demandante en el año 1994 cuando se trasladó del RPM administrado en ese momento por ISS hoy en día COLPENSIONES 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 PORVENIR S.A. debe a trasladar a COLPENSIONES, el valor de la cuenta de ahorro individual sin incluir otros conceptos ni cuotas de administración, encuentra la Sala que, la orden impartida por la *a quo*, no se encuentra acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia, y por tal razón, la misma debe ser ADICIONADA, en el sentido de declarar que la devolución que debe realizar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES deberá incluir no solo el valor de la cuenta de ahorro individual referente a las cotizaciones con sus rendimientos financieros o intereses, sino también el porcentaje de las comisiones o cuotas de administración, incluyendo el porcentaje de seguros previsionales, pago de prima de reaseguro de Fogafín y Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir, el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole, pues, como lo sustentó la apoderada de COLPENSIONES en su recurso de apelación al declararse la ineficacia del acto de traslado, **ningún efecto jurídico puede derivarse de este** y por tanto, deben reintegrarse a COLPENSIONES, la totalidad de las sumas que hubiese recibido la AFP demandada como cotización de la demandante, como lo ha señalado de

manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

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

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

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

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

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

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

Ahora, en lo concerniente a los argumentos expuestos por la apoderada de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. en su escrito de alegaciones, en el sentido que

una sentencia favorable a los intereses de la demandante desconoce el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, se ha de manifestar primeramente, que para efecto de declarar la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, no es jurídicamente viable tener en cuenta el principio antes citado, pues, desde que la actora estuvo afiliada al RPM era beneficiaria de las prerrogativas de este régimen pensional, conforme lo disponía la legislación, y por ello no es posible desconocer los derechos que tiene conforme las norma legales vigentes, so pretexto de someterse al principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano, pues a este principio el que se tiene que someter es el legislador al realizar las reformas pensionales, no que el juez para desconocer derechos ya legislados.

De otra parte, el hecho que la actora regrese al RPM, de COLPENSIONES, no necesariamente le va a causar una carga financiera a esta entidad o mejor a los recursos del fondo común de los afiliados, por un mayor monto de la pensión en el RPM, pues en primer lugar no se encuentra probado en el proceso, que la pensión en el RPM vaya a ser superior a la del RAIS, y en segundo lugar el monto de la pensión de vejez, tanto en el RAIS como en el RPM depende de muchas situaciones de hecho ciertas y de voluntad del afiliado, que no están plenamente probadas en ese proceso, y otras que incluso pertenecen al mundo del azar, pues si un afiliado al RAIS decide hacer vida marital o casarse con una persona muy joven o tener hijos a avanzada edad cuando está a punto de obtener la pensión de vejez, ello necesariamente influirá en que el monto de la pensión en el RAIS sea reducido, o si por ejemplo en el RPM por azar el afiliado pierde el empleo que le irrogaba un buen salario y no puede seguir cotizando como independiente con el IBC en los últimos 10 años, el valor de su pensión se va a ver menguado.

Pero, es más, eventualmente pudiera suceder que un afiliado al RPM, fallezca sin que tengan beneficiarias que legalmente puedan acceder a las prestaciones de sobrevivientes y en tal caso, los dineros de sus cotizaciones, queden en el fondo común de COLPENSIONES. También puede suceder que el afiliado no alcance a obtener la pensión de vejez, sino la indemnización sustitutiva, la que es evidentemente inferior al monto de las cotizaciones con sus rendimientos. Igualmente puede suceder que el afiliado alcance a obtener la pensión de vejez, y fallezca sin tener beneficiarias de una pensión de sobrevivientes, y que los dineros con los que contribuyó al fondo común no se hayan agotado, caso ene cual el saldo no utilizado queda perteneciendo al fondo común, lo que no pasa en el RAIS, pues los dineros deben ser entregados a los herederos.

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

Finalmente, en cuanto a la inconformidad que presenta la apoderada de COLPENSIONES con respecto a la condena en costas, debemos remitirnos a la norma legal que a la fecha de la sentencia de primera instancia reglaba lo referente a la condena en costas, la cual es el Artículo 365 del CGP.

“Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, suplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.”

La apoderada COLPENSIONES aduce que no tiene soporte una condena por decretarse la ineficacia del traslado pues la entidad obra de buena fe y actúa según ordena las características filosóficas de sus funciones sin que pueda ejecutar hechos prohibidos por la ley o contrarios a su propio reglamento como sucedería en el caso en concreto.

Analizados los anteriores argumentos, encuentra la Sala que los mismos resultan de recibo, en atención a que Colpensiones no tuvo ninguna responsabilidad en el traslado de régimen pensional de la demandante puesto que no era su obligación prestar la información debida al momento de la afiliación al RAIS y además, tampoco era la entidad competente para resolver la solicitud de traslado de la demandante debido a la prohibición legal de autorizar dicho traslado vía administrativa, concluyéndose entonces que la convocatoria de dicha entidad al presente proceso fue solo para que corriera con las consecuencias de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, en el que no participó, encontrado la Sala procedente la solicitud elevada en el sentido que dicha entidad no deba asumir costas procesales, por lo que se revocará la condena en costas de primera instancia que fue impuesta por la a quo en contra de Colpensiones, para en su lugar absolverla de tal condena e indicar que las costas en primera instancia correrán a cargo de PORVENIR S.A.

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

SIN COSTAS en esta instancia por haber salido parcialmente adelante el recurso de apelación interpuesto por 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 16 de abril de 2021 proferida por el JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **ADRIANA DIAZ MORENO** contra **COLPENSIONES**, y **PORVENIR S.A.**, **ADICIONÁNDOLA** en el sentido de DECLARAR que la devolución que debe realizar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES, deberá incluir las cotizaciones con rendimientos financieros o intereses, y además, las comisiones y gastos de administración y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir el 100% de la cotización.

SEGUNDO: REVOCAR la condena en COSTAS proferida en primera instancia en contra de COLPENSIONES, para en su lugar absolverla de tal condena e indicar que las costas en primera instancia correrán a cargo de PORVENIR S.A.

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: **5765c0c2c680c8d43d42124421e1c6ab7f21e433ee707a334288a55663396f89**

Documento generado en 25/08/2022 02:33:10 PM

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