

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El seis (06) de octubre 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 el señor **ADOLFO LEÓN GÓMEZ PANIAGUA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.) y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.), tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-015-2019-00149-01.

AUTO

De conformidad con el memorial de sustitución de poder y el certificado de existencia y representación legal, allegados 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 a la abogada ANYTA CAMILA MOSQUERA BETANCOURT, portadora de la T.P. 340.503 del C. S. de la Judicatura, para que represente a COLPENSIONES en este proceso como apoderada sustituta.

El Magistrado del conocimiento, Dr. FRANCISCO ARANGO TORRES, declaró abierto el acto y previa deliberación sobre el asunto, la Sala adoptó el proyecto presentado por el ponente, el cual quedó concebido en los siguientes términos,

1. ANTECEDENTES:

El 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 el actor, que nació el 1 de agosto de 1956 y empezó a realizar cotizaciones al ISS desde 1989 hasta 1995 en diferentes entidades del sector público, y que en 1995 se trasladó al RAIS a la administradora PORVENIR S.A., y posteriormente en 1999 se trasladó a PROTECCIÓN S.A.

Indica que el asesor de PORVENIR S.A. realizó unas charlas en el lugar de trabajo, con una deficiente, incompleta, engañosa, superficial y vacilante explicación de los pormenores de la concreta situación pensional del demandante, sin poner en una justa balanza las ventajas y desventajas que tenía en ambos regímenes, ni le informaron cuál era la situación del bono pensional y si efectivamente podría pensionarse anticipadamente y por el contrario le aseguraron que se podía pensionar a cualquier edad.

Expone que de la misma manera los asesores de PROTECCIÓN S.A. le indicaron que la mesada pensional en dicha entidad sería mayor que la que recibiría en el ISS sin haber realizado ningún calculo pensional, ni proyección alguna de la pensión, ni estudiaron el caso en concreto del demandante para poder determinar en caso de permanecer en el RPM los requisitos de edad, tiempo y monto de la pensión de vejez.

Manifiesta que fue inducido en error para trasladarse de régimen, pues tanto PORVENIR S.A. como PROTECCIÓN S.A. le brindaron información incompleta sobre las condiciones específicas de su situación pensional, por lo que el traslado de régimen se encuentra afectado por nulidad relativa.

Aduce que presentó ante COLPENSIONES solicitud del traslado de régimen en el año 2014, a lo que COLPENSIONES respondió que para el 1º de abril de 1994 el actor no contaba con 15 años de servicio, posteriormente volvió a elevar derecho de petición para que le autorizaran el traslado de fondo a lo que respondieron de forma negativa.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La *a quo* accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado del demandante al RAIS y condenando en consecuencia a la AFP a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES el valor de la cuenta de ahorro individual del demandante, sin incluir otros conceptos ni cuotas de administración. Condenó además a COLPENSIONES a recibir dichos dineros y a reactivar la afiliación del actor en el RPM y absolviendo a las demás AFP demandadas de la pretensión de devolución de las cuotas de administración.

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 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 haya cumplido con su deber legal de otorgar a la demandante 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 del demandante a las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN 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, 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, en cuanto a las excepciones propuestas por las demandadas, indicó que quedaron resultas implícitamente. En cuanto a la excepción de prescripción la declaró no probada 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 los apoderados del demandante, de PORVENIR S.A. y de COLPENSIONES en los siguientes términos:

APELACIÓN DEL DEMANDANTE.

La apodera del demandante apela parcialmente la sentencia de primera instancia solicitando se adicione en lo que tiene que ver con las pretensiones 2º y 3º de la demanda, en lo ateniendo a que se traslade la totalidad del ahorro que reposa en las cuentas de PROTECCIÓN S.A. incluido el porcentaje de fondo de garantía de pensión mínima en los términos del decreto 3995 de 2008, y además que se ordene enviar al demandante y la oficina de devolución de bonos tipo A, el detalle completo de la devolución de estos aportes correspondientes a los periodos de cotización efectuados en el RAIS a través de este fondo de pensiones, con la escritura y especificaciones técnicas requeridas acordadas entre los fondos privados.

Indica que la solicitud de adición de la sentencia tiene que ver con que posterior a estos temas siempre hay debates en cuanto a los requisitos que COLPENSIONES solicita para reconocer o no las pretensiones.

APELACIÓN DE PORVENIR S.A.

El apoderado judicial de PORVENIR S.A. apela la sentencia de primera instancia, indicando que no comparte las conclusiones de la juez, en tanto se declara la ineficacia de la afiliación del actor a PORVENIR S.A., pues en el año 1995 en una actuación libre y voluntaria se dieron todos los requisitos de validez del acto jurídico, l que quedó corroborado en el interrogatorio de parte y la prueba documental como el formulario de afiliación en el cual se constató tal situación en forma textual, y para 1995 no existían las obligaciones que se solicita cumplir por parte de la juez de primera instancia, pues las normas que regulan este tipo de actuaciones son posteriores al año 1995.

Manifiesta que el formulario de afiliación cumplía con cada uno de los requisitos legales, específicamente el Decreto 692 de 1994 y el artículo 13 en su literal A de la Ley 100 de 1993, por ello que no se comparte la declaración de ineficacia que se realiza.

Aduce que en caso que el tribunal considere que se cumple con los requisitos para declarar la ineficacia de la afiliación, le solicita al Tribunal se confirmen los apartados de la sentencia de primera instancia en cuanto se absuelve a PORVENIR S.A. de la devolución de los gastos de administración, las primas reaseguradoras y el porcentaje de la garantía de pensión mínima, en tanto no es consecuente con la ineficacia realizar una devolución de estos emolumentos que se dan por un carácter legal y no por un capricho de la administradora.

APELACIÓN DE COLPENSIONES.

El apoderado de COLPENSIONES solicita revocar la sentencia proferida por el *a quo*, indicando que COLPENSIONES es un tercero ajeno al negocio jurídico que se ha declarado como ineficaz, y quien sin haber participado en el trámite de traslado ahora debe afrontar la carga de la pretensión y pueda verse afectado por el error en cual hubiera incurrido la demandante.

Indica que atendiendo al principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones previsto en Acto Legislativo 01 de 2005 en lo referente a las cuotas de administración y demás rubros de la cuenta de ahorros individual, si el Tribunal ratifica que la ineficacia del traslado fue ocasionada por la conducta indebida de las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. son estas las que deben asumir 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 sea por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual o por los gastos de administración en los que hubieren incurrido, los cuales deben ser asumidos por las AFP a cargo de su propio patrimonio, con fundamento en la sentencia 31989 de 2008 de la Corte Suprema de Justicia y la Sentencia SL 2877 de 2020.

Finalmente, manifiesta que respecto a las costas procesales no tiene soporte una condena por decretarse la ineficacia del traslado, pues COLPENSIONES actúa según lo ordenan las características filosóficas de sus funciones, sin que pueda ejecutar hechos prohibidos por la ley, y mucho menos violar su propio reglamento, indicando además que a lo largo de todo el proceso se ha logrado constatar que el actuar de COLPENSIONES ha sido de buena fe y nada tuvo que ver con la ineficacia del traslado, por todo lo expuesto solicita al Tribunal Superior de Medellín sea apelada la sentencia proferida en primera instancia.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, el apoderado judicial del demandante y las apoderadas de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. allegaron escritos de alegatos, en los que señalaron resumidamente lo siguiente:

ALEGATOS DEL DEMANDANTE.

Se equivoca el fallador en negar el traslado de la totalidad del ahorro que reposa en las cuentas de **PROTECCIÓN S.A.** incluido el porcentaje del fondo de garantía de

pensión mínima, ya que como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia en reiteradas ocasiones, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retroactivo, tal y como lo expresa la CSJ en la sentencia del 8 de sep. 2008, rad. 31989 y en las sentencias SL 28772020 y SL5174-2021

Como ha indicado la jurisprudencia anteriormente citada, existe en principio claridad frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia, por tanto no se encuentra fundamento alguno para que fallador de primera instancia considerara que al acceder a tales pretensiones se estaría tomando una medida desproporcionada puesto que esta declaratoria implica ineludiblemente que las cosas vuelvan a la situación en la que se encontraban antes de que el demandante se trasladara del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, por un vicio de la voluntad (error) que fue probado y por el cual se condenó a PROTECCIÓN S.A.

Así mismo y de conformidad con lo establecido en el artículo 8° del Decreto 510 de 2003, los recursos del fondo de garantía de pensión mínima los manejan las AFP en una subcuenta separada, por lo que se debe aplicar el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008, compilado en el artículo 2.2.2.4.7 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, en el cual se determina que cuando se realice el traslado de recursos del régimen de ahorro individual al régimen de prima media no solamente debe trasladarse los recursos existentes en la cuenta individual del afiliado, sino también se debe incluir lo que la persona ha aportado al fondo de garantía de pensión mínima.

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

Conforme lo estipulado 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, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. En este sentido se hace necesario señalar, que el demandante, nació el 28 de septiembre de 1967, lo que significa que a la fecha cuenta con 55 años de edad, no cumpliendo así el requisito para poder acceder al traslado pretendido por faltarle menos de 10 años para cumplir con la edad para pensionarse por vejez. No existen entonces elementos de juicio para predicar responsabilidad patrimonial por parte de la administradora colombiana de pensiones.

En cuanto a la pretensión de declarar la ineficacia de la afiliación al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS (AFP PROTECCIÓN S.A.), solicito al honorable tribunal, tener presente, lo establecido en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en donde se estableció el

principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano, pues la declaración injustificada de la ineficacia del traslado de un afiliado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y la reactivación de su afiliación, afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados. Así lo reconoció la Corte Constitucional en la sentencia T-489 de 2010.

El principio de sostenibilidad financiera representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de los colombianos de manera sostenida e indefinida, sostenibilidad que se encuentra afectada dada la inexistencia de equivalencia entre los valores recibidos y los valores requeridos para el posterior reconocimiento y pago de la pensión de vejez del demandante.

Ahora, en cuanto al tema de la información brindada por el fondo al momento de realizar el traslado sería prudente entrar a valorar la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado y no imponerles a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen.

Finalmente, solicito respetuosamente tener en cuenta que Colpensiones como Administradora del Régimen de Prima Media, fue un tercero ajeno al contrato celebrado entre el señor ADOLFO LEON GOMEZ PANIAGUA, y la AFP PROTECCION S.A.; por lo cual solicito respetuosamente no haya condena alguna para la entidad que represento, como también solicito condenar a la AFP PROTECCION S.A., a entregar a Colpensiones el total de los valores cotizados y/o depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos, intereses y cualquier otro concepto a consideración del Despacho.

ALEGATOS DE PORVENIR S.A.

Mí representada no comparte la decisión a la cual arribó el Despacho en el sentido de declarar la ineficacia de la afiliación de la parte demandante a la AFP de PORVENIR S.A., toda vez que no obra dentro del proceso ninguna prueba que respalde en forma fehaciente y concluyente la afirmación de la parte actora en el sentido de que se le omitió información en el momento de tomar la determinación de efectuar el traslado y más aún, teniendo en cuenta que obra prueba documental, esto es, formulario de vinculación a mi representada, en el cual la parte actora suscribió de su puño y letra que tomaba su decisión de traslado en forma autónoma y con el pleno conocimiento.

El acto jurídico suscrito por las partes en el momento de diligenciar la vinculación a la AFP de PORVENIR S.A. goza de plena validez y fue producto de la voluntad de ambos contratantes, por lo que no es procedente bajo argumentos que carecen de sustento probatorio, invalidar la manifestación de la voluntad plasmada en el documento de la afiliación el cual es auténtico y goza de plena validez, toda vez que no fue tachado de falso.

En cuanto a la devolución de los saldos de la CAI con destino al RPM, es importante considerar en primera medida que el Decreto 3995 de 2008 dispone lo siguiente en su Artículo 7: TRASLADO DE RECURSOS. El traslado de recursos pensionales entre regímenes, incluyendo los contemplados en este decreto, así como de la historia laboral en estos casos, deberá realizarse en los términos señalados a continuación y en el artículo siguiente:

“Cuando se trate de una administradora del RAIS, deberá trasladar el saldo en unidades de los aportes efectuados a nombre del trabajador, destinados a la respectiva cuenta individual y al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, multiplicado por el valor de la unidad vigente para las operaciones del día en que se efectúe el traslado.

Para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS.”

En este orden de ideas si lo que se pretende es buscar la compensación de aportes entre el RAIS y el RPM, se atiende a dicho interrogante con el traslado en unidades de los aportes realizados atendiendo a la rentabilidad acumulada y compensándose así las semanas sin que para el fondo común del RPM exista detrimento para sufragar las prestaciones debido a que los rendimientos tienen la tendencia a ser superiores al 50% o 100% el capital acumulado en la CAI, contrario cuando se trata del traslado de aportes provenientes del RPM en la medida que la devolución realmente se efectúa por el valor equivalente a las cotizaciones para financiar la pensión de vejez, que se hubieren efectuado actualizadas con la rentabilidad acumulada durante el respectivo período de las reservas para pensión de vejez de COLPENSIONES, o en su defecto la informada por la Superintendencia Financiera para los períodos respectivos, esto quiere decir que, la equivalencia no atiende a tasas variables que aumentan el capital gracias a los rendimientos, sino a una tasa regular por las reservas que COLPENSIONES tiene para el pago de las pensiones, o a la tasa regular determinada por la Superintendencia Financiera.

Por lo anterior, no debe ordenarse el reintegro de las cuotas de administración como lo dispuso el A quo en razón del desarrollo de este rubro a través de la sentencia 31.989 de 2008 proferida por la CSJ, lo cierto es que la orden de la Alta Corporación

se impartió en consideración a la depreciación que sufrió el demandante con su traslado y haber sido beneficiario del régimen de transición pensional y haber recibido una prestación por el RAIS deficitario, lo que a criterio de la Sala en aquella data representaba una compensación como lo establecen los artículos 1746 y 963 del CC y sin que en el presente caso se den los mismo patrones fácticos de dicha sentencia.

5. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

El problema jurídico a 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 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 del demandante, de PORVENIR S.A. y de COLPENSIONES, se consultará la sentencia en favor de esta última 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 las afiliadas 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 actor, estando afiliado al régimen pensional de prima media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, según historia laboral de Colpensiones visible a folio 21 (documento 01 del expediente digital), se afilió a la administradora del RAIS PORVENIR S.A. el 30 de junio de 1995, como se anota en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 236 del

expediente, con efectividad al 1° de julio de 1995, conforme se consigna en el certificado SIAFP que milita a folio 150 , trasladándose posteriormente a la AFP COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. de afileo a la administradora el 27 de octubre de 1999 como se anota en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 147 con efectividad al 1° de diciembre de 1999, conforme se consigna en el certificado de SIAFP que milita a folio 150.

De otra parte, en este caso, si bien el demandante no es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por no contar para el 30 de junio de 1995, dada su condición de empleado público del orden territorial, con 40 o más años de edad o 15 años de servicio, pues si bien en los hechos de la demanda se señala que contaba con 794,29 semanas, lo cierto es que de la prueba obrante en el plenario se logra determinar por parte de la sala que solo contaba con 719 semanas para dicha calenda, el hecho que el actor no fuere beneficiario del régimen de transición, ello no es óbice para que 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 la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:29:55 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento (Documento 05 del expediente digital), no confiesa que el asesor de la AFP PORVENIR S.A. le hubiere brindado toda la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su afiliación al RAIS, pues no manifiesta que se le ilustró sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como lo son 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*, para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción preimpresa sobre que el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que el traslado se realizó con pleno conocimiento informado, lo cual 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 en ese momento por ISS hoy COLPENSIONES a la AFP PORVENIR S.A.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** 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, como lo solicita el apoderado de la demandante y el apoderado de Colpensiones en su recurso de alzada, la misma debe ser ADICIONADA, ordenando que la devolución que debe realizar PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES deberá incluir no solo el dinero existente en la cuenta de ahorro pensional de la demandante con sus rendimientos o interés, sino también los gastos o cuotas de administración, incluido el porcentaje destinado al pago de primas de seguros previsionales, de reaseguro de Fogafín y Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir el 100% de la cotización de la actora.

Igualmente, la AFP PORVENIR S.A. deberá devolver igualmente a Colpensiones los gastos o comisiones de administración incluido el porcentaje destinado al pago de primas de seguros previsionales, de reaseguro de Fogafín y Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir el 100% de la cotización de la actora, descontados de las cotizaciones del demandante durante el tiempo de afiliación a dicha AFP, pues 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 dla 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 cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Teniendo en cuenta lo anterior es importante recordar que 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, la que acarrea como consecuencia, además del hecho de generar la declaratoria de ineficacia, que deba asumir con 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.

De otra parte, en cuanto a lo expuesto en los alegatos de PORVENIR S.A. que la devolución no debe incluir los gastos o cuotas de administración, conforme se dispone en el Artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, tal norma legal lo que regula es las

devoluciones de cotizaciones en los casos de definición de múltiple vinculación, que no puede ser aplicada a este caso, en el que se define es la ineficacia del traslado al RAIS, por falta de la debida asesoría por parte de las AFP.

Ahora, respecto del aspecto de la apelación del actor, en el sentido que y además que se ordene enviar al demandante y la oficina de devolución de bonos tipo A, el detalle completo de la devolución de estos aportes correspondientes a los periodos de cotización efectuados en el RAIS a través de este fondo de pensiones, con la escritura y especificaciones técnicas requeridas acordadas entre los fondos privados, conforme se solicitó en la pretensión tercera de la demanda, considera la Sala que no le asiste razón al apoderado del actor, toda vez que la devolución de las cotizaciones, es un asunto del solo resorte de COLPENSIONES y las AFP demandadas, toda vez que con la orden que se profiere por la judicatura, que la devolución debe corresponder al 100% de las cotizaciones con sus rendimientos o intereses, queda habilitado el actor a exigir tanto de COLPENSIONES como de las AFP demandadas que en su historia laboral se reflejen el 100% de los aportes pensionales realizados en las AFP del RAIS, sin que para ello se requiera que se rinda infirme al demandante o a la oficina de devolución de bonos tipo A, por lo que no prospera este aspecto de la apelación del actor.

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

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

Ahora, en lo concerniente a los argumentos expuestos por el apoderado de COLPENSIONES en su apelación y el escritos de alegaciones, que la declaratoria de ineficacia 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 del demandante al RAIS, no es jurídicamente viable tener en cuenta el

principio antes citado, pues, desde que el actor 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 el actor regrese al RPM, de COLPENSIONES, no necesariamente le va a causar una carga económica a esta entidad o mejor a los recursos del fondo común de los afiliados, por un mayor monto de la pensión de vejez en el RPM, pues 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 en el 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.

Finalmente, en cuanto a la inconformidad que presenta el apoderado de COLPENSIONES con respecto a la condena en costas de primera instancia, los argumentos del apoderado de COLPENSIONES resultan de recibo la Sala, en atención a que, como lo afirma el recurrente, Colpensiones no tuvo ninguna responsabilidad en el traslado de régimen pensional del 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 del 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, y en el sentido dicha entidad no deba asumir costas procesales, por lo que se revocará la condena en costas que fue impuesta por la *a quo* contra de Colpensiones, para en su lugar absolverla de tal condena.

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 sido vencidos todos los apelantes, total o parcialmente en su recurso de apelación.

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 15 de junio de 2021 proferida por el JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **ADOLFO LEÓN GÓMEZ PANIAGUA** contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**, ADICIONÁNDOLA en el sentido de DECLARAR que la devolución que debe realizar PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES, deberá incluir las cotizaciones con rendimientos financieros o intereses, así como las comisiones o gastos de administración, incluidos los porcentajes destinados a seguros previsionales, seguro de Fogafín y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir el 100% de la cotización.

Igualmente se CONDENA a PORVENIR S.A. devolver a Colpensiones las comisiones o gastos de administración incluidos los porcentajes destinados a seguros previsionales, seguro de Fogafín y 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.

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: **f24f4871697317a2e35295c9994a451081425832c0ee4b5360143d703c127745**

Documento generado en 06/10/2022 01:55:50 PM

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