

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 **JOSÉ GUSTAVO ISAZA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** (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. 05001-31-05-019-2020-00019-01.

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, se declare la ineficacia de su traslado al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida (en adelante RPM) administrado por Colpensiones.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata el actor que en octubre del año 1999 unos asesores de PORVENIR S.A. se acercaron hasta su lugar de trabajo y le manifestaron que se afiliara a dicho fondo privado porque era un fondo más eficiente que el ISS, que es ISS tenía muchos problemas y que se podría acabarse en cualquier momento.

Arguye que también le indicaron que si no se trasladaba de régimen pensional corría el riesgo de quedarse sin pensión de vejez. Así mismo le señalaron que en PORVENIR S.A. se podía pensionar más joven que en el ISS; pero no le informaron de los requisitos y condiciones para acceder a la prestación económica por vejez

Señala que en ningún momento le informaron que la pensión en PORVENIR S.A se obtenía por el capital ahorrado ni del derecho de retractor ni del tiempo de permanencia y ni de las modalidades de pensión.

Narra que la PORVENIR S.A. no le hizo un estudio individual previo y concreto de índole técnico y financiero que le permitiera dimensionar la trascendencia de su decisión y objetivar las ventajas y desventajas de uno y otro régimen pensional.

Aduce que en ese momento tampoco se le informó de bonos pensionales, de modalidades de pensión, ni se le hizo un comparativo entre ambos regímenes para determinar la conveniencia o inconveniencia del traslado.

Cuenta que tampoco se le suministro información referente a los factores que se tienen en cuenta para determinar la fecha probable de la pensión y su monto, ni de cómo lo afectaría en cobro de comisiones, no le comunicaron de la existencia de riesgos financieros y que de existir perdidas las asumiría el afiliado.

Relata que no hubo reasesoría, y que tampoco le informaron de los factores que impactan la pensión en el RAIS como la expectativa de vida del afiliado y sus beneficiarios incumpliendo así con el deber de diligencia que por mandato legal es ineludible a las administradoras de pensiones antes, durante y después de la afiliación.

Argumenta que PORVENIR S.A. nunca le indicaron que era beneficiario del régimen de transición y que al trasladarse perdería dicho beneficio.

Informa que en el año 2009 adelantó los trámites para regresar al ISS pero dicha solicitud de traslado al ISS fue rechazada por esta entidad, razón por la cual decidió presentar acción de tutela, esta acción tuteló el derecho fundamental ordenando a PORVENIR S.A. autorizar su traslado con la totalidad de sus ahorros efectuados al RAIS al RPM y así mismo indicó que el ISS debía abstenerse de impedir dicho traslado.

Manifiesta que el 9 de agosto de 2013 solicitó ante COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de vejez y esta entidad el 11 de septiembre de la misma anualidad reconoce la misma bajo el régimen de transición.

Señala que COLPENSIONES mediante una resolución del 23 de agosto de 2017 le informa que iniciarán los trámites de acción de lesividad en razón a que él no era beneficiario del régimen de transición y que la pensión que ya había sido reconocida

se le reconoció sin el lleno de los requisitos legales para el régimen de transición, por lo cual solo era posible reconocerle la pensión de conformidad con la Ley 797 de 2003.

Arguye que, al no autorizar la revocatoria del acto administrativo, COLPENSIONES promovió demanda por el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con la finalidad de que declare que el señor José Gustavo Izasa no es beneficiario del régimen de transición y de que se efectúe el estudio de la prestación económica que le corresponde al señor José Gustavo Izasa.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El a quo despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS y consecuentemente ordenó a reactivar de manera inmediata y sin solución de continuidad la afiliación del demandante JOSÉ GUSTAVO ISAZA al régimen de prima media con prestación definida.

Seguidamente condenó a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante como gastos de administración y comisiones, al ya haberse ordenado el traslado de los recursos incluidos en la cuenta de ahorro individual, tal como lo consagra el artículo 1746 del C.C., sin incluir los valores destinados a pago de seguros previsionales. En igual sentido ordenó a COLPENSIONES a recibir lo trasladado para que su equivalente en semanas se refleje en la historia laboral del demandante.

De otro lado, declaró que al señor JOSÉ GUSTAVO ISAZA le asiste derecho a la pensión de vejez, como beneficiario del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para aplicarle las previsiones del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año. En consecuencia, se otorga la pensión con un IBL para 2013 en la suma de \$4.049.176, al que se le aplica una tasa de reemplazo del 90%, para una mesada pensional para la citada anualidad de \$3.644.258, con disfrute desde el 1° de septiembre de 2013, tal como se dispuso en la Resolución GNR 232454 del 11 de septiembre de 2013, sin que proceda ordenar el pago de sumas dinerarias, ante el pago que a la fecha se viene realizando en los términos del citado acto administrativo.

Finalmente, el *a quo* impuso costas a cargo de PORVENIR S.A. en favor del demandante para cuya liquidación se fijó agencias en derecho en la suma de 1'140.000.

Para fulminar condena, el *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 inconvenientes de uno y otro régimen, y la inversión de la carga de la prueba de la información brindada en cabeza de la AFP.

Luego, señaló que en el proceso no se probó por parte de PORVENIR S.A. que, al momento de la afiliación 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.

Así mismo, consideró que no ordenó el traslado de los dineros correspondientes al pago de seguros previsionales en razón a que son dineros que están en manos de terceros como lo es la compañía de seguro, y esta no tuvo injerencia alguna en el acto de traslado, esta simplemente aceptó unos dineros para el pago de unos seguros que durante el tiempo de afiliación del recurrente ha cubierto la contingencia de invalidez y sobreviviente.

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

3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN:

La sentencia fue apelada por los apoderados judiciales de PORVENIR S.A. y de COLPENSIONES en los siguientes términos:

APELACIÓN DE PORVENIR S.A.

La apoderada de PORVENIR S.A. solicita al Tribunal revocar la sentencia de primera instancia y en consecuencia se le absuelva de todas las condenas impetradas en su contra porque para la fecha del traslado el demandante suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, formulario que cumplía con los requisitos legales vigentes para ese momento, pues la normatividad vigente para tal momento era amplia, poco específica y menos rigurosa que en la actualidad, en razón a ello se podía dar una información de manera verbal a los potenciales afiliados para que ellos de manera libre y voluntaria decidieran suscribir el formulario de afiliación al RAIS.

Arguye que en el caso del señor José Gustavo Isaza, este efectivamente recibió una asesoría por parte de PORVENIR S.A. por un espacio de 15 a 20 minutos donde se le informó las características propias del régimen pensional como lo es la pensión anticipada circunstancia esta que fue el mayor atractivo para trasladarse al RAIS y es una diferencia en cuanto al RPM pues ese régimen pensional no ofrece dicha garantía.

Teniendo en cuenta que el actor tuvo la oportunidad de regresar al RPM manifiesta que no se evidencia que se haya afectado su situación pensional, adicionalmente se debe de tener en cuenta que el artículo 112 de la Ley 100 de 1993 establece una obligación negativa para PORVENIR S.A. en el sentido de aceptar cualquier solicitud de vinculación que se realice ante la misma, de allí que en el momento en el que el señor José Gustavo Isaza suscribió el formulario de afiliación era una obligación para PORVENIR S.A. recibirlo con afiliado y realizar la administración idónea de sus recursos.

Señala que si el Tribunal considera que se debe dejar en firme la ineficacia del traslado solicita no confirmar lo atinente al traslado de las comisiones de administración y todo lo concerniente al artículo 20 de la Ley 100 de 1993. pues los dineros descontados en razón de la administración tienen un respaldo legal, y al momento de hacer el traslado a COLPENSIONES de la cuenta de ahorro individual del accionante se realizó el traslado de todos los rubros que se encontraban dentro de la cuenta de ahorro individual y al ordenar trasladar las comisiones de administración se está generando una doble sanción para PORVENIR S.A., pues al momento de trasladar esos recursos se trasladaron los rendimientos que incluso superan los generados por COLPENSIONES circunstancia que se puede evidenciar claramente en los diferentes reportes de la cuenta de ahorro individual del actor. Así mismo, relata que al ordenar la devolución de los gastos de administración se está generando un castigo injustificado para PORVENIR S.A ya que esta entidad hizo una buena administración de los recursos y no se generó ningún deterioro del bien administrado.

APELACIÓN DE COLPENSIONES.

Solicita al Tribunal Superior de Medellín revocar el numeral dos de la sentencia proferida por el *a quo* en cuanto que no se ordena la devolución del valor correspondiente a las sumas adicionales de la aseguradora y las primas previsionales. En ese sentido indica que la SC de la CSJ recientemente señaló en la sentencia SL 2877 de 2020 “que la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena con efecto retroactivo porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el RPM, ello incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobró el fondo privado a título de cuotas de administración y comisiones incluidos los aportes para garantía de pensión mínima pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional”.

Argumenta que la declaración de ineficacia del traslado conlleva a que el fondo privado devuelva todas las cotizaciones que hubiere recibido incluyendo lo correspondiente al porcentaje por gastos de administración o comisiones de administración que haya descontado de las cotizaciones realizadas por el demandante, como también lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima y las sumas de la aseguradora pues carecería de sentido la declaratoria de ineficacia por la falta información exigida al no trasladarse de manera íntegra las cotizaciones efectuadas, viéndose favorecida PORVENIR S.A. sin razón financiera atendible, ya que es la devolución entera de los aportes la que se busca salvaguardar desde el punto de vista financiero a favor de COLPENSIONES.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, el apoderado judicial de la parte DEMANDANTE, de PORVENIR S.A. y de COLPENSIONES allegaron escritos de alegatos anotando resumidamente lo siguiente:

ALEGATOS DE LA PARTE DEMANDANTE.

La sentencia de primera instancia consulta ineludiblemente el precedente reiterado de órgano de cierre. Sin pretender ser exhaustivo remito a las siguientes sentencias con radicados: 31989-08; 31314-08; 33083-11; SL1236- 14; SL9519_15; SL 17595_17;

SL19447_17, SL3496_18; la 76284 de agosto 14/2019. Resaltando que en la sentencia con radicación SL1421-2019.

Para reforzar la protección constitucional de los derechos de los trabajadores, la Corte Constitucional en sentencia C 903 de 2003, dijo:

“(…) Ello es así, pues si bien la prevalencia del interés general resulta indiscutible, y la Carta Política desde su artículo 1 así lo establece, también lo es que propende por la vigencia de un orden justo (C.P. art. 2), y en ese orden de ideas, el artículo 53, superior, en su inciso final, dispone que “La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”. **Es más, es de tal trascendencia y relevancia la importancia que el Constituyente de 1991 otorgó al reconocimiento de los derechos laborales, que ni siquiera en los estados de excepción el Gobierno puede desmejorar los derechos sociales de los trabajadores (C.P. art. 215 in fine).**” Negrita intencional

No se pierda de vista que la praxis judicial ha puesto al desnudo el abuso de la posición dominante que revela la asimetría de la información y el quebrantamiento de la confianza legítima, al no actuar **con transparencia máxima**. Luego entonces, la primacía de la realidad que se debe proyectar en una verdad material, que no procesal, se insiste ha revelado en estos escenarios la grave afectación de los caros derechos de los trabajadores, que por fortuna la jurisdicción ha protegido.

Ahora, en atención a que las entidades demandadas formularon la excepción de **prescripción** de la acción, debe tenerse presente que de acuerdo con las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la acción encaminada a la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional es **imprescriptible**.” Negrita intencional.

ALEGATOS DE PORVENIR S.A.

Declaratoria de la Ineficacia de la afiliación al RAIS.

En este punto se debe anotar que, no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de 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 para la fecha de afiliación al RAIS, como se expone a continuación:

Mi representada, al momento de realizar el traslado de la parte accionante 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 demandante la información necesaria y obligatoria para entonces 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.

Adicionalmente la parte demandante contó con varias oportunidades para trasladarse nuevamente de régimen y no lo hizo, por el contrario, permaneció en el mismo régimen pensional privado, de lo cual solamente es posible concluir que siempre mantuvo un interés en mantenerse vinculado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Por otro lado, la parte actora manifiesta que su motivación para iniciar este proceso es la diferencia en la mesada pensional entre los regímenes. Por lo tanto, es palmario que lo que motiva a la parte demandante al solicitar la nulidad o ineficacia de su traslado de régimen de pensiones no reposa en la forma en cómo este se produjo, sino en el supuesto hecho de no cumplirse sus expectativas sobre el eventual monto de la pensión que recibiría en este; monto que, como es obvio suponer, no podía ser determinado en el momento en el que se presentó su vinculación, al depender de muchas variables que no eran conocidas en su momento. Esa es la razón por la cual la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que de la sola circunstancia de no cumplirse las expectativas pensionales no puede predicarse un engaño.

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 actora, 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.

Así mismo, se resalta que 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 SL3464- 2019, en consecuencia, tales obligaciones no existían para la época de la afiliación y mucho menos las mismas se pueden aplicar de manera retroactiva.

En el presente proceso también se avizora un incumplimiento de la parte accionante 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 ésta dentro de su interrogatorio de parte, manifestó que en ningún momento acudió a los canales de comunicación con los que cuenta mi representada. Además, en el mismo interrogatorio afirmó que recibe los reportes de su historia laboral y comunicados expedidos por PORVENIR S.A, y que no los revisa, demostrando su falta al deber de auto información, sobre el cual también se ha pronunciado la Superintendencia financiera.

1.Los valores recibidos con motivo de la afiliación, especialmente las comisiones de administración, las cuotas de seguros previsionales y los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

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

Ahora bien, 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 las comisiones de administración, pues:

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 del afiliado 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 al afiliado.

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, 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.

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 parte del 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.

Las anteriores conclusiones frente a la ineficacia en la afiliación y en la manera en cómo 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.”

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

Una sentencia favorable a los intereses del demandante, viola directamente la Constitución Política de Colombia y además desconoce el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones - Art. 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, ya que, pone en peligro el

derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados, pues este tipo de decisiones tienen un gran impacto fiscal, lo cual se podría traducir en la descapitalización del régimen de prima media, pues personas que no contribuyeron a su formación, vienen a último momento a beneficiarse de un ahorro comunitario, accediendo a una pensión, cuyo pago desfinancia el sistema. Sobre este tema ya se ha pronunciado ampliamente la Corte en sentencias tales como la SU 130/2013, en la C-789/2002 y C-1024/2004

Igualmente, la administradora debe devolver al sistema la totalidad de los valores que haya recibido en razón de la afiliación, "...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...". En tanto que "...al haber sido una 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..." (Sentencia de 8 de septiembre de 2008, Radicado 31.989)

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 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 las apelaciones de PORVENIR S.A. y de COLPENSIONES se consultará la sentencia en favor de esta última 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.

Es así como, en el presente asunto, está probado, que el actor, estando afiliado al régimen pensional de prima media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, como se desprende de la historia laboral emitida por dicha entidad, la cual milita de folios 53 al 60 del plenario, se afilió a la administradora del RAIS PORVENIR S.A. el 11 de octubre de 1999, como se anota en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 15 (del documento 01 del expediente digital), retornando nuevamente a COLPENSIONES en el mes de octubre de 2009, tal y como se desprende del certificado SIAFP obrante a folio 29 del documento 14 del expediente digital, entidad que finalmente en el año 2013 le otorgó la pensión de vejez como beneficiario del régimen de transición, como se advierte en el certificado visible a folio 61 del documento 01 del expediente digital.

De otra parte, de acuerdo a la copia de la cedula de ciudadanía del demandante que milita a folio 62 del documento 01 del expediente digital y en armonía con su historia laboral de folios 32 a 37 del documento 14 del expediente digital, se advierte que para el 1° de abril 1994 contaba con 40 años de edad, dado que nació el 7 de agosto de 1953 y por tanto ostentaba la condición de beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la citada Ley 100 de 1993, situación que no se advierte que le haya sido puesta en conocimiento por parte de la AFP PORVENIR S.A en el año 1999, siendo un aspecto relevante en su caso, dado que el traslado al RAIS implicaba la pérdida del beneficio transicional a que tenía derecho.

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 00:19:38 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento (Documento 17 del expediente digital), no se advierte que además de indicar que el asesor de PORVENIR S.A. le manifestó que el ISS se iba a acabar y que se podía pensionar a una edad menor que la exigida por ISS, este haya confesado que el asesor de 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 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, el hecho que el actor ya esté activo en el RPM administrado por COLPENSIONES al que regresó mediante fallo de tutela, y goce de pensión de vejez, otorgada por esta entidad, ello no impide que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, para efecto de conservar el régimen de transición para así continuar gozando los privilegios que en virtud de tal transición le permiten acceder a la pensión de vejez bajo las prerrogativas del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, tal como lo ha determinado la jurisprudencia de la SCL de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL5280-2021 y SL2929-2022

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES, la orden impartida por el *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 indicar que la devolución que debe realizar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES deberá incluir el valor de los gastos o comisiones de administración, incluidos los porcentajes destinados a pago de primas de seguros previsionales, pago de prima de reaseguro de Fogafín y Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir el porcentaje que no fue devuelto del 100% de la cotización, pues al declararse la ineficacia del acto de traslado, **ningún efecto jurídico puede derivarse de este**, como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Ha explicado la Corte Suprema de Justicia que las consecuencias prácticas de la ineficacia son idénticas a las de la nulidad, señalando la Sala Civil de la alta Corporación que: *«cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la*

consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).

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

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

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la 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, contrario a lo argumentado por PORVENIR S.A. en su recurso de apelación, al tratarse de la declaratoria de un acto ineficaz que acarrea los mismos efectos de uno nulo, no es dable concebir, so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración del bien, que dichas sumas queden por fuera de las restituciones, de un lado, porque se trata de rubros que pertenecen al régimen de prima media con prestación definida, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otro, porque, es la indebida actuación por parte de la AFP demandada, al no proveer la información clara, completa y comprensible a través de sus asesores, que tiene como consecuencia, además del hecho de generar la declaratoria de ineficacia, que 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.

De otra parte, se afirma en los alegatos de COLPENSIONES, que la declaración de ineficacia del traslado del demandante al RAIS, y la reactivación la afiliación al RPM, atenta contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano establecida en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, por 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.

Respecto del anterior argumento, se ha de manifestar, 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 afiliado al RPM era beneficiario 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, principio al que quien se debe someter es el legislador al realizar las reformas pensionales, no que el juez para desconocer derechos ya legislados.

En cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN, 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.

DEL DERECHO A LA PENSIÓN DEL DEMANDANTE COMO BENEFICIARIO DE RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DEL ART. 36 DE LA LEY 100 DE 1993.

Como consecuencia declaratoria de ineficacia del traslado del demandante al RAIS, conserva el derecho al régimen de transición establecido en el Art. 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que al 1 de abril de 1994 contaba con más de cuarenta años de edad, pues nació el 7 de agosto de 1953, como se acredita con la copia de su cédula de ciudadanía grabada en el archivo No. 5 del expediente digitalizado denominado “HISTORIA LABORAL Y EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO” y en tal sentido al haber

estado afiliado el demandante al ISS antes de la entrada en vigencia de la citada Ley 100, pues registra cotizaciones en su historia laboral que obra en el archivo antes mencionado, desde agosto de 1976, le asiste derecho a que la pensión se le otorgue bajo las prerrogativas del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

Se advierte que al demandante conforme a las previsiones del Acto Legislativo 01 de 2005, se le extendió el régimen de transición hasta el año 2014, habiendo cumplido los 60 años de edad para acceder a la pensión de vejez, el 7 de agosto de 2013, pues a la entrada en vigencia de la referida norma constitucional el 22 de julio de 2005, contaba con más de 750 semanas cotizadas, exactamente con 1230, como se observa en su historia laboral, en la que registra en total 1561,721 semanas cotizadas hasta el 31 de diciembre de 2011 con la respectiva novedad de retiro del sistema pensional.

En consecuencia, el actor tiene derecho a la pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, como se le otorgó mediante la Resolución GNR 232454 del 11 de septiembre de 2013.

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

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. por haber resultado vencida en el recurso de apelación. Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$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 13 de abril del 2021 proferida por el JUZGADO DIECINUEVE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **JOSÉ GUSTAVO ISAZA**, contra **COLPENSIONES**, y **PORVENIR S.A. ADICIONÁNDOLA** en el sentido de

DECLARAR que la devolución que debe realizar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES, referente a los gastos o cuotas de administración, debe incluir los porcentajes que en su momento fueron descontados por dicha AFP de las cotizaciones del demandante destinados a pago de primas de seguros previsionales, pago de prima de reaseguro de Fogafín y Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir, que debe devolver a Colpensiones el porcentaje de las referidas cuotas de administración, que no fue devuelta a Colpensiones, para completar el 100% de la cotización.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y en favor del demandante. Las agencias en derecho, conforme 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: **138398bab84932f5284a2fdb5c334df10ee728c1e03971c3f8ba52cb77a45e9a**

Documento generado en 06/10/2022 01:56:37 PM

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