

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE TRÁMITE Y FALLO

El veintinueve (29) de abril de dos mil veintiuno (2021), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, se constituyó en audiencia, con el fin de resolver el recurso de apelación contra la sentencia proferida en primera instancia en el presente proceso ordinario laboral promovido por **MIGUEL ANGEL BURGOS ESCOBAR** en 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. 05001-31-05-013-2018-000716-01.

AUTO

Se observa a folio 169, escrito mediante el cual, LA ABOGADA Dra. SUSANA CORREA ACEBEDO renuncia al poder PARA REPRESENTAR LOS INTERESES DE PORVENIR S.A. y conforme al poder que se allega al plenario A FOLIOS 1712 Y 173 se reconoce personería para continuar representando los intereses de esta sociedad a la abogada JACQUELINE RODRÍGUEZ ROJAS portadora de la T.P. 305.950 del C. S. de la Judicatura como apoderada principal.

Además, se le reconoce personería para continuar representando los intereses de COLPENSIONES a la abogada MANUELA ANDREA LÓPEZ HENAO portadora de la T.P. 253.225 del C. S. de la Judicatura, 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 de la afiliación 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 demandante, que se afilió inicialmente al RPM administrado por el entonces INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (en adelante ISS), hoy COLPENSIONES, y posteriormente se afilió a PORVENIR S.A. el 2 de junio de 1998.

Afirma que PORVENIR S.A. al momento de la afiliación omitió su deber de información respecto de las consecuencias de su traslado y que solo se le explicó que en Porvenir tenía más beneficios económicos tales como una mejor rentabilidad, que el ISS iba a desaparecer y que se pensionaría más rápido.

Indica que intentó infructuosamente regresar a Colpensiones.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La *a quo* despachó de manera favorable las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado del demandante al RAIS y condenando en consecuencia a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los aportes, rendimientos y cuotas de administración y a COLPENSIONES a recibir dichos dineros y a reactivar la afiliación del demandante en el RPM.

Finalmente condenó en costas procesales a PORVENIR S.A. por haber resultado vencida en el juicio.

Para fulminar la condena, la *a quo* consideró 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 y de acuerdo a la condición pensional de cada persona, determinando e informando de acuerdo las conveniencias e inconvenientes de uno y otro régimen, el deber del buen consejo y la carga de la prueba de la información brindada en cabeza de la AFP.

Luego señaló que en el proceso no se probó por PORVENIR 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 la suscripción del formulario de afiliación, por lo que considera que existe merito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado y ordenó el traslado de los dineros de la cuenta de ahorro individual, rendimientos y cuotas de administración.

Finalmente declaró no probada la excepción de prescripción pues consideró que en tratándose de la validez del traslado de régimen se trata de un derecho íntimamente ligado a la pensión y por tal razón es imprescriptible.

3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN.

El fallo fue apelado por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES

La apoderada judicial de **PORVENIR S.A.** solicita se revoque la sentencia, argumentando que el demandante informó en el interrogatorio de parte no tener reparo frente a la información dada por Porvenir al momento de la afiliación por lo que se solicita se evalúe esa prueba de confesión.

Que en cuando a la orden de devolución de rendimientos financieros no comparte la decisión pues son propios del RASI y si hubiere permanecido en el ISS no habría tendido ese rendimiento lo que constituye un detrimento para Porvenir.

Finalmente solicita se revoquen las costas procesales aduciendo que Porvenir no podía evitar el litigio.

Por su parte **COLPENSIONES** señala en la apelación, que el traslado de los demandantes fue libre, voluntario y por lo tanto es totalmente valido. Que lo mismo no ocurre con la intención de regresar al RPM pues el demandante no cumple los requisitos legales y jurisprudenciales de la Ley 100 de 1994, Ley 797 de 2003 y el Decreto 3095 de 2003, toda vez que tiene 53 años y solo solicitó el traslado cuando cumplió 52 años y debía haberlo hecho antes del 2008, ya cuando lo hizo estaba incurso en la prohibición de dicho traslado.

Indica además que el demandante no era beneficiario del región de transición por lo que no se encuentra en los supuestos que permite su traslado al RPM.

Que en relación con la deficiencia de la información brindada por la AFP privada, con el paso del tiempo esa irregularidad esta subsanada y el demandante no solicitó asesorías ni realizó acciones sino después de estar limitado por los mandatos normativos.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar COLPENSIONES presentó oportunamente alegaciones argumentando resumidamente que actúo conforme a la normatividad vigente, por lo cual le solicita se tenga en cuenta que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, pues el mismo se trasladó hacía Porvenir en el año 1998 sin evidenciar ningún reparo con la información suministrada en los más de 20 años que ha permanecido en este régimen.

Que COLPENSIONES no tuvo ningún tipo de incidencia en la toma de decisiones del accionante y el traslado del RPM al RAIS y por lo tanto no está inmerso en ninguna prohibición con la normativa vigente.

Que aunado a lo anterior, al momento en que el accionante realizó solicitud ante COLPENSIONES del traslado se encontraba incurso en la prohibición legal literal E art 2 de la ley 797 del año 2003 que modifico el art. 13 de la ley 100 de 1993 y la Sentencias C-789 de 2002 , C 1024 de 2004, T 211 DE 2016, SU 062 DE 2010 y SU 130 DE 2013.

Que por lo anterior, solicita al Honorable Tribunal Superior de Medellín, revocar la sentencia de instancia teniendo en cuenta los argumentos anteriormente expuestos ya que el hecho de reconocer la ineficacia del traslado que de manera libre y voluntaria que realizó el demandante, se le está imponiendo una obligación a COLPENSIONES que normativamente no está llamada a soportar, además de valorar la buena fe en la actuación desplegada en el asunto objeto de litigio por la entidad que represento.

Que no obstante, solicito que en caso de confirmar la sentencia de primera instancia se ordene a la codemandada la devolución y reintegro de las siguientes sumas: recursos de cuenta de ahorro individual, cuotas de administración, cuotas abonadas

al fondo de garantía mínima, rendimientos de la cuenta del demandante, anulación de bonos pensionales si existieren, porcentaje destinado al pago de seguros provisionales y gastos de administración, adicionalmente que dichos valores se entreguen a mirepresentada de manera indexada dada la evidente pérdida del valor de la moneda o si la suma de todos los conceptos a trasladar resultare inferior al valor total del aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubieran generado en caso de que el demandante hubiera permanecido en el régimen de prima media, Porvenir S.A deberá asumir el pago de la diferencia que hubiere con cargo a sus propios recursos, evitando así un detrimento en las cuentas manejadas por Colpensiones.

Lo anterior de acuerdo a lo expuesto en las sentencias SL 4,964 de 2018, SL 4.989 de 2018, SL 1.421 de 2019 y SL 1.688 de 2019 por cuanto precisamente la estabilidad financiera del sistema no se puede ver afectada por un acto que carece de eficacia.

5. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER.

El problema jurídico para resolver se circunscribe a establecer si la afiliación de la demandante al régimen pensional 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.

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 las partes, se consultará la sentencia en favor de COLPENSIONES por haberle resultado adversa, por lo que la legalidad del fallo será estudiada en su integridad.

Para resolver la apelación, es necesario manifestar, primeramente, que el traslado o afiliación a los distintos regímenes pensionales la establece el artículo 13 de la Ley

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

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

Tal posición, que constituye a la fecha la línea jurisprudencial de la SCL de la Corte Suprema de Justicia sobre dicho tema, ha sido ratificada de manera reiterada en todos los pronunciamientos emanados de dicha corporación, como en las sentencias SL1688-2019 y SL1689-2019, ambas proferidas el 8 de mayo de 2019, en las que, además la Corte fijó unas conclusiones jurisprudenciales en torno al tema de la ineficacia o nulidad de traslado de régimen, las que se resumen de la siguiente manera:

1. Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. primeramente, con un deber de información necesaria (en vigencia del decreto 663 de 1993), luego de asesoría y buen consejo (en vigencia de la Ley 1328 de 2009 y el decreto 2241 de 2010), y finalmente de doble asesoría (en vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015)
2. La simple constancia del consentimiento informado vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acredita un consentimiento, pero no que haya sido informado.
3. La carga de la prueba de demostrar que el afiliado recibió la información debida, veraz y suficiente cuando se afilió, le corresponde a la AFP.

4. El precedente de la CSJ en torno a la ineficacia del traslado no aplica sólo a los casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional, o contar con una expectativa pensional o derecho a la transición del art. 36 de la ley 100 de 1993, sino en todos los casos de incumplimiento del deber de información.

En el presente caso, está probado, que el accionante estando afiliado al régimen pensional de prima media, decidió trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., el 2 de junio de 1998, conforme la copia de la solicitud de vinculación a ese fondo suscrita por la demandante vista a folio 27.

De otra parte, en este caso, si bien el demandante no es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por no contar para el 1º de abril de 1994 con 40 o más años de edad, ello no es óbice para que la AFP PORVENIR S.A. en el año 1998 que se trasladó al RAIS, estuviera obligada suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; sobre todo en puntos neurálgicos como era **cómo alcanzaría la pensión de vejez en el RAIS y de que dependería su monto.**

Así mismo, sobre el punto de la debida asesoría, escuchado el interrogatorio de parte absuelto por el demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 01:52:28 en el disco compacto que milita a folio 147, aunque informa que se le explicó por ejemplo que en se formaba una cuenta de ahorro individual en el RAIS y dice no tener reparos con la información brindada, luego explica también que no se le dio la debida asesoría, y en efecto no se advierte, contrario a lo dicho por la apoderada de Porvenir, que este haya confesado que AFP la demandada, le haya brindado la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su traslado al RAIS, sobre todo en un punto neurálgico como era **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de que dependería su monto**, lo que genera que la elección de trasladarse al RAIS adolezca de las características de libre y voluntaria que exige el artículo 13 de la ley 100 de 1993 para que el acto jurídico de traslado nazca a la vida jurídica, pues no se cumple con la condición especial exigida por la norma en los casos de afiliación a un régimen pensional de que sea libre y voluntaria, entendiendo como un componente esencial para que así sea que se brinde la información completa y suficiente sobre cada uno de los aspectos neurálgicos de los regímenes y sobre la situación pensional particular del afiliado.

Ahora, para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción preimpresa sobre que el traslado fue voluntario, así como tampoco se convalida como lo pretende hacer ver la apoderada recurrente por haber transcurrido muchos años desde la afiliación, 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 como ya se ha dicho en esta sentencia, no se probó siendo carga de la parte demandada, como ya lo ha establecido la jurisprudencia de la SCL de la Corte Suprema de Justicia.

Conforme lo explicado en precedencia, concluye la Sala que la AFP demandada, no le brindó o por lo menos no probó en este proceso siendo su carga, haberle brindado al actor la debida asesoría para tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional, sobre todo se repite en un punto determinante, referido a **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué factores dependería su monto**, lo que conlleva a que se deba CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante y declaró su afiliación al RPM.

En cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN formulada por COLPENSIONES al dar respuesta a la demanda, bajo la óptica jurisprudencial de la ineficacia del traslado de régimen introducido por la SCL de la Corte Suprema de Justicia, 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 citada Corte, en la sentencia SL1689-2019, proferida el 8 de mayo de 2019 con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Ahora, referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES por parte de PORVENIR S.A., punto que fue objeto de apelación por la apoderada de PORVENIR, encuentra la Sala que la orden impartida por la *a quo*, de trasladar a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora incluidos los rendimientos y cuotas de administración, debe confirmarse, pues dicha devolución de dineros debe incluir no solo el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora al momento de dar cumplimiento a la sentencia con sus intereses, sino también la totalidad de los aportes pensionales que hubieren recibido las AFP a las que estuvo afiliada, incluidos, contrario a lo afirmado por la recurrente, las cuotas de administración, es decir, el 100% de la cotización, con sus rendimientos y sin descuento de ninguna índole, pues al declararse la ineficacia del acto de traslado, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese

existido el acto de afiliación, es decir 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, pues como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia las consecuencias prácticas de la ineficacia son idénticas a las de la nulidad, señalando que la Sala Civil de la alta Corporación, igualmente ha afirmado 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 esos términos al haberse declarado la ineficacia de la afiliación, deberán devolverse la totalidad de los dineros aportados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

En relación con las costas procesales apeladas por la apoderada de PORVENIR S.A., su apelación se basa en que no podían impedir la iniciación de este proceso judicial, argumento que no resulta suficiente para negar su imposición, pues la condena en costas debe ordenarse en contra de quien resulte vencido en el juicio, máxime cuando fue Porvenir con su actuar quien dio pie a que se declarara la ineficacia de la afiliación.

En lo concerniente a la apelación de COLPENSIONES, sobre la imposibilidad de traslado de régimen impuesta por el legislador en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modificó el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993, cuando le falten al afiliado menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, es palmario que tal prohibición, se aplica en los casos de traslado voluntario, que no es lo que pretende la actora, sino la ineficacia de su afiliación inicial al RAIS.

Conforme a las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia apelada y consultada será CONFIRMADA.

COSTAS en esta instancia a favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

Las agencias en derecho conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$908.526, correspondiendo pagar a cada una de las demandas en 50% de esta suma.

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 mayo de 2019 proferida por el JUZGADO TRECE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **MIGUEL ÁNGEL BURGOS ESCOBAR** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Las agencias en derecho se fijan en la suma de un \$908.526, correspondiendo pagar a cada una de las demandas en 50% de esta suma

La anterior sentencia se notifica a las partes en ESTADOS.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

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

FRANCISCO ARANGO TORRES

JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ

JAIME ALBERTO ARISTIZÁBAL GÓMEZ

**EL SUSCRITO SECRETARIO DEL TRIBUNAL
SUPERIOR DE MEDELLÍN – SALA LABORAL -
HACE CONSTAR**

Que la presente providencia se notificó por
estados N ° **073** del **30 DE ABRIL DE 2021**.

consultable aquí:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/125>

Firmado Por:

FRANCISCO ARANGO TORRES

MAGISTRADO

MAGISTRADO - TRIBUNAL SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA

JAIME ALBERTO ARISTIZABAL GOMEZ

MAGISTRADO

MAGISTRADO - TRIBUNAL SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA

JOHN JAIRO ACOSTA PEREZ

MAGISTRADO

MAGISTRADO - TRIBUNAL SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD 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: **5d1c8af00dc61c052ea52d9cc0aa1bdd2a491ff0040d16f21334fa0d96aa1f13**

Documento generado en 29/04/2021 10:27:25 AM