

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, trece (13) de abril de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	María Marleny Rueda Cardona
DEMANDADO	AFPs Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones
RADICADO	05001 3105 001 2019 00110 01
DECISIÓN	Niega adición de la sentencia de segunda instancia

Mediante memorial presentado dentro del término de ejecutoria, el apoderado de la AFP PORVENIR S.A. solicitó adición de la decisión emitida por esta instancia dentro del proceso de la referencia, en la cual se resolvió “**adiciona** la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **María Marleny Rueda Cardona** contra la **AFP Colfondos S.A. y COLPENSIONES**, al que fue vinculada por pasiva la **AFP Porvenir S.A.**, revisada por apelación y consulta, **para indicar que** la restitución de los valores por la AFP Colfondos S.A. a Colpensiones **se hará dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta decisión**; los recursos que se ordenó restituir a la AFP Porvenir S.A. deberán indexarse, y su traslado a Colpensiones se hará dentro de los **30 días siguientes** a la ejecutoria de esta decisión.

Ante la prosperidad parcial del recurso, no hay lugar a imponer condena en Costas a Colpensiones en esta instancia

En dicha solicitud aduce que el despacho omitió pronunciarse en cuanto a: *i)* hacer expreso el análisis probatorio en que se basó la sala para concluir que PORVENIR S.A. no suministró información completa y oportuna y asesoría a la asegurada, teniendo en cuenta el postulado de libertad probatoria establecido en el artículo 51 del CPT; *ii)* indicar el fundamento legal para declarar la ineficacia del traslado de régimen; *iii)* aclarar qué supuesto fáctico probó la actora para ordenar las restituciones mutuas conforme lo regula la ley; *iv)* precisar en qué norma se fundamentó la sala para ordenar el traslado de las cuotas de administración, y los seguros previsionales, y cuál es el sustento normativo en la Ley 100 de 1993; *v)* explicar cuál fue es la facultad legal que le permitió a la Sala adicionar la sentencia, teniendo en cuenta la actual postura jurisprudencial del órgano de cierre, y; *vi)* resolver sobre la excepción de prescripción en lo pertinente.

De acuerdo con el contenido de la solicitud, estima la Sala pertinente traer a colación algunas consideraciones expuestas en la parte motiva de la providencia de segunda instancia, las cuales constituyen la *ratio decidendi* de la misma, y con base en ello establecer si hay lugar o no a acceder a la solicitud elevada, teniéndose que fueron argumentos de la misma y no simples dichos de paso u *obiter dicta*:

"...se explica por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia 31989 de 2008 bajo la figura de la nulidad, y a partir del año 2014 sentencia SL12136-2014, que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación o traslado de régimen desinformado es la ineficacia o exclusión de todo efecto jurídico a tal acto, lo que encuentra fundamento en los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, en armonía con el Decreto 663 de 1993, artículo 97 numeral 1º, aplicable a las AFP desde su creación, pues solo así es viable la escogencia de las mejores opciones del mercado, deber este que ha tenido una evolución en su regulación, inicialmente como información propiamente – años 1993 a 2009 conforme a Decreto 663 de 1993 – Estatuto Financiero-, Decreto 720 de 1994, y Ley 795 de 2003, entre otras disposiciones; posteriormente agregándose la asesoría o buen consejo Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010; y por último, con la doble asesoría desde el año 2014 Ley 1748 de esta anualidad, Decreto 2071 de 2015 y Circular Externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, sin que para su exigencia tenga incidencia el hecho de gozar o no el afiliado de régimen de transición o estar próximo o no a pensionarse o tener o no consolidado su derecho pensional, y sin que de la suscripción del formulario se infiera

su cumplimiento y tampoco se convalide la misma por el transcurso del tiempo o por la movilidad entre administradoras del RAIS, invirtiéndose en estos casos la carga de la prueba, quedando en cabeza de las AFP la obligación de acreditarla, la que por demás se juzga al momento del acto inicial, ello por la relevancia e implicaciones que conlleva para el derecho pensional, de carácter fundamental a voces del artículo 48 Superior y 4º de la Ley 100 de 1993 (ver entre otras sentencias SL19447-2017, SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL1838-2019, SL4343-2019, SL4937-2019, SL5144-2019, SL 5462-2019, SL5533-2019, SL149-2020, SL373-2020, SL1763-2020), tesis ratificada vía tutela por la misma Corporación entre otras en sentencias (STL3182-2020, STL3187-2020, STL3191-2020, STL3193-2020, STL3196-2020, STL3197-2020, STL3199-2020, STL3200-2020, STL3201-2020, STL3202-2020, STL3226-2020, STL, 18 mar. 2020, rad. 56794, STL, 18 mar. 2020, rad. 57402, STL, 18 mar. 2020, rad. 57902, STL, 18 mar. 2020, rad.58678, STL, 18 mar. 2020, rad. 58918, STL, 18 mar. 2020, rad. 59124, STL, 15 abr. 2020, rad. 57168, STL, 15 abr. 2020, rad. 59268, STL, 30 abr. 2020, rad. 59302).

Agregándose por la alta Corporación que corresponde a las AFP, como entidades que prestan servicios financieros y de seguridad social, relativos al cubrimiento de las contingencias de vejez, invalidez y muerte, brindar la debida asesoría e ilustración por cuanto:

- **i)** tales servicios están íntimamente ligados con derechos de raigambre constitucional;
- **ii)** dicha entidad es profesional y/o experta, en una materia que esta «respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios»;
- **iii)** la reglamentación del sistema de seguridad social es compleja y en el caso del RAIS, no solo está integrada por un asunto «hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas»;
- **iv)** existen limitaciones de los usuarios relacionadas con sus «condiciones económicas, sociales, educativas y culturales, que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones»,

A lo que se suma la inversión en la carga de la prueba en los términos de los artículo 1604 del Código Civil y 167 del Código General del Proceso, luego, sin que se haya demostrado por las AFP el cabal cumplimiento de tal deber, por lo que acertada resulta la declaratoria de **ineficacia de la vinculación de la demandante al RAIS, inicialmente AFP Colpatría S.A. hoy Porvenir S.A., con movilidad a la AFP Colfondos S.A.**, dispuesta por la primera instancia, caracterizándose esta sanción porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, siendo la consecuencia la vuelta de las cosas al estado anterior.

/.../

Encontrándose correctamente impartidas las ordenes contenidas en la decisión de primer grado, pues como se dijo en párrafos precedentes la demandante siempre ha estado vinculada al sector público, inicialmente sin aportes, luego, dable resulta mantener la decisión en el sentido de ordenar a Colpensiones su afiliación al Régimen de Prima Media, **previa radicación de formulario de vinculación.**

Se mantiene la orden de restitución de recursos impuesta a la AFP Colfondos S.A., en el numeral 3º de la parte resolutive de la sentencia, sobre los que no procede la indexación reclamada por Colpensiones, por estar tales rubros aún

*en poder de la administradora, debiendo generar sobre los mismos unos rendimientos mínimos que evitan la pérdida del poder adquisitivo, traslado de recursos que se debe realizar dentro del término de **30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.***

*NO ocurre lo mismo con la AFP Porvenir S.A., pues si bien trasladó a Colfondos S.A. el saldo de la cuenta de ahorro individual de la demandante, no incluyó dentro de tales recursos el porcentaje descontado por gastos de administración durante el término de vigencia de la afiliación del demandante a ese fondo, antes AFP Colpatria S.A. (que en los términos del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, incluyen además de tal concepto, las primas de seguros y reaseguros al igual que el porcentaje destinado a garantía de pensión mínima), por lo que debe trasladar estos dineros a Colpensiones, como se indicó en el numeral 4 de la parte resolutive, **dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, debidamente indexados**, ver entre otras sentencias SL 1688, SL1689 ambas de 2019, en las que se explica:*

2. Otras consecuencias prácticas de la declaración de ineficacia

Está probado que la AFP accionada trasladó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que el demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos (f.º 127), sin embargo, no existe constancia de que hubiese devuelto también los valores correspondientes a gastos de administración, de los cuales, según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos.

En tal sentido, se condenará a la AFP accionada a la devolución de estos dineros, debidamente indexados.

*No se está en este caso autorizando un traslado de régimen desatendiendo la restricción temporal del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, 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, sino imponiendo la sanción de ineficacia por no haberse dado una libertad informada en la elección de régimen pensional al momento de la vinculación y movilidad entre administradoras del RAIS, en los términos del literal b) de la misma norma en concordancia con el artículo 271 del mismo estatuto, decisión con la que en manera alguna se atenta contra la sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues con el traslado integro de recursos se garantiza la equivalencia de condiciones en aportes en el evento de haberse mantenido la vinculación, máxime cuando si bien es cierto esta es una regla introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005 que modificó el 48 de la Constitución Política, debe tenerse en cuenta el Acto Legislativo 03 de 2011, artículo 1º, que modificó el artículo 334 superior relativo al régimen de Hacienda Pública, que en su **parágrafo** reza: **al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su efectiva protección.***

Y si bien es cierto una de las razones para promover esta acción es obtener una mejor mesada pensional, ello se encuentra acorde con el calificativo

irrenunciable de la seguridad social, que no procura exclusivamente por el reconocimiento formal de las prestaciones fundamentales que ella comporta, sino que desde un enfoque material, busca la satisfacción en su totalidad a fin de que los derechos e intereses objeto de protección sean reales y efectivos; en este sentido, el derecho a la pensión se ve sustancialmente afectado cuando la prestación económica no es reconocida en su monto real y con todos los elementos que la integran; si además se tiene en cuenta que una pensión deficitaria no cumple su propósito de garantizar una renta vitalicia digna y proporcional al salario que el trabajador devengó cuando tenía su capacidad laboral inalterada. Ver sentencias SL8544 y SL 13430 de 2016.

Al estar en discusión la eficacia del acto jurídico de traslado, no aplica para esta el termino prescriptivo que para la nulidad relativa prevé el artículo 1750 del Código Civil, pues según la jurisprudencia especializada, entre otras, sentencia CSJ SL1689-2019, dicha figura no opera «de manera automática, en perjuicio de la posibilidad de acceder a derechos laborales o pensionales que gozan del carácter de imprescriptibles», razón por la cual «el análisis de la pretensión relativa a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional», al ser «es una cuestión inherente al derecho a la seguridad social», que redundo en «un aspecto ínsito a la posibilidad de adquirir una prestación pensional» no es sujeta a esa figura y, por tanto, puede reclamarse o hacerse exigible judicialmente en cualquier tiempo...”

Advirtiéndose de tales párrafos que en el texto de la decisión quedaron consignados los supuestos jurídicos en los cuales se cimentó, resolviéndose de manera puntual e integra cada uno de los reparos formulados en el recurso de alzada, así como lo pertinente frente a Colpensiones en el grado jurisdiccional de consulta.

Adicional a que se encuentra de manera clara y minuciosamente detallada la normatividad que se aplicó, así como el precedente jurisprudencial decantado y reiterado por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, frente al tema de la ineficacia de la afiliación, subsumiéndose en lo expuesto las inquietudes planteadas por el apoderado de Porvenir S.A en la solicitud de adición, sin que se haga necesario por esta Sala proferir sentencia complementaria.

Colofón de lo dicho, al no cumplirse los requisitos previstos por el artículo 287 del C. G. del P., para la procedencia de la adición peticionada, se negará la misma.

Por lo expuesto, **la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín,**

Resuelve:

Negar la solicitud de adición de la sentencia proferida dentro del proceso ordinario laboral promovido por **María Marleny Rueda Cardona** contra **Colpensiones y las AFPs Colfondos S.A. y Porvenir S.A.,** solicitada por el apoderado de esta última sociedad.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 287 del C. G. del P., *dentro del término de ejecutoria de la providencia que resuelva sobre la complementación podrá recurrirse también la providencia principal.*

Lo resuelto se notifica por **estados virtuales.**

Los magistrados, (firmas escaneadas)


LUZ AMPARO GÓMEZ ABISTIZABAL
Magistrada


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
Magistrada


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado por **ESTADOS No. 62** fijados hoy en la secretaría de este Tribunal a las 8:00 a.m. Medellín, 15 **de abril DE 2021**

Secretario