

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El veintisiete (27) de enero de dos mil veintitrés (2023), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, procede a proferir sentencia de segunda instancia, en el presente proceso ordinario laboral promovido por la señora **BEATRIZ ELENA LOAIZA SOSSA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), la sociedad **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** (en adelante COLFONDOS S.A.) y la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.) tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-002-2021-00215-01.

AUTO

De conformidad con el memorial de sustitución de poder, allegado vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por parte de la sociedad GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S. quien representa judicialmente los intereses de PORVENIR S.A. en este proceso, se procede a reconocer personería a la abogada MARÍA ALEJANDRA RAMÍREZ OLEA portadora de la T.P. 359.508 del C. S. de la Judicatura, para que represente a PORVENIR S.A. 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:

La demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare la nulidad de su traslado al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida (en adelante RPM) administrado por Colpensiones.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata la actora que inició sus cotizaciones en el sistema general de pensiones en el RPM en agosto de 1983 hasta julio de 1994, posteriormente se trasladó al RAIS a través de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y después en 1999 se afilió a COLFONDOS S.A.

Expone que el asesor de HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. le manifestó que el RAIS era su mejor opción, que el dinero de los aportes iba a estar garantizado, puesto que el ISS iba a desaparecer y corría el riesgo de que sus aportes se perdieran si permanecía en el RPM, que se podía pensionar a menor edad y con un valor mayor de pensión, pero no le explicaron cómo y en qué condiciones obtendría dichos beneficios.

Indica que el asesor de COLFONDOS S.A. le indicó que el dinero de sus aportes pensionales estaba más seguro con dicha entidad, sin explicarle nada más sobre cómo se conformaba la pensión en el régimen privado, ni los pros y contra con relación al régimen público.

Manifiesta que intentó regresar al RPM obteniendo respuesta negativa por parte de COLPENSIONES en la que le contestan que el traslado no es procedente, por cuanto se encontraba a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse.

Cuenta que estando próxima a cumplir los 47 años de edad COLFONDOS S.A. no le realizó reasesoria de ninguna clase sobre la conveniencia de trasladarse al fondo público o quedarse en el fondo privado, y que no fue debidamente informada del tema por los asesores del RAIS, nunca le presentaron una información completa de los efectos de trasladarse al RAIS; no le hablaron de las diferentes modalidades de pensión del régimen, ni le mencionaron que adicional al aporte que le descontaba el empleador debía ahorrar mucho más si quería obtener una igual o mejor mesada pensional, es decir, nunca le mencionaron la posibilidad de la llamada pensión voluntaria, nunca le mencionaron que su pensión dependía del capital ahorrado, valor y redención del bono pensional, beneficiarios, tablas de supervivencia, de los movimientos de mercado.

Finalmente indica que la reclamación administrativa frente a COLPENSIONES se encuentra agotada.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El *a quo* accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y condenando en consecuencia a la AFP COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, todos los recursos de la cuenta de ahorro individual, incluyendo el 100% de los aportes obligatorios efectuados por la demandante, como cotizaciones completas y rendimientos, los gastos de administración, las primas de seguros de invalidez y sobrevivencia, la prima de reaseguros de Fogafín, los aportes al Fondo de garantía de pensión mínima y en caso de haberse generado, los aportes del Fondo de solidaridad pensional-garantía de pensión mínima, durante todo el tiempo que permaneció afiliado a dicha entidad, ordenando además a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la demandante en el RPM y a recibir los dineros que le sean trasladados por COLFONDOS S.A.

Así mismo ordenó a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES, todos los recursos de la cuenta de ahorro individual, incluyendo el 100% de los aportes obligatorios efectuados por la demandante, como cotizaciones completas y rendimientos, los gastos de administración, las primas de seguros de invalidez y sobrevivencia, la prima de reaseguros de Fogafín, los aportes al Fondo de garantía de pensión mínima y en caso de haberse generado, los aportes del Fondo de solidaridad pensional-garantía de pensión mínima, durante todo el tiempo que permaneció afiliado a dicha entidad.

Para fulminar condena en lo que tiene que ver con la ineficacia de traslado, el *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 pensionales, 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 de la 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, y señalando además que el traslado entre administradoras del mismo régimen no convalida la falta de información al momento del traslado, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado.

Finalmente declaró no probadas las excepciones de mérito y condenó en costas a PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. y absolvió de las mismas a COLPENSIONES.

3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN:

La sentencia fue apelada por los apoderados judiciales de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.

APELACIÓN DE PORVENIR S.A.

La apoderada judicial de PORVENIR S.A. apela la sentencia proferida en primera instancia argumentando que la demandante suscribió de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación frente a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. siendo este el soporte documental necesario vigente y suficiente para demostrar la información brindada, pues se debe tener en cuenta que dicho formulario de afiliación contaba con los requisitos legales vigentes para tal momento por cuanto contaba con la aprobación de la Superintendencia Bancaria.

Expone que mayores soportes documentales solo se exigen a partir de la circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, además que en este tipo de procesos solo se puede acudir al interrogatorio de parte por cuanto han transcurrido bastantes años desde la ocurrencia de los hechos, por lo que se debe acudir al recuento histórico que realizan los demandantes, siendo difícil para las administradoras de pensiones por cuanto esto beneficia a los mismos demandantes construyendo su propia versión.

Manifiesta que teniendo en cuenta el formulario de afiliación y lo manifestado por la señora Beatriz Elena es claro que sí se cumplieron con esos requisitos vigentes, pues ella recibió una asesoría de manera verbal, en la cual le manifestaron circunstancias particulares sobre el régimen pensional, pues en el caso de COLFONDOS S.A. se le informó sobre la posibilidad de tener una mejor rentabilidad en dicho fondo, adicionalmente aunque la demandante indica que se trasladó por la situación del ISS, se debe destacar que dicha situación era un hecho notorio para la fecha de ocurrencia de los hechos pues había gran incertidumbre a nivel nacional sobre lo que sucedería con el ISS por lo que no era una circunstancia ajena a todas las personas y que finalmente termina siendo cierto por cuando el ISS fue terminado y liquidado.

Indica que se deben destacar los actos de relacionamiento de la demandante, pues esos traslados horizontales entre administradoras de fondos de pensiones, así como la consulta de saldos y la obtención de historia laboral y consulta de la misma

demuestra esa avocación de permanencia además de conocimiento de riesgos, ventajas y beneficios del RAIS, pues ha permanecido en este régimen por más de 20 años realizando diferentes actuaciones ante el mismo.

Aduce que se debe tener en cuenta que el único motivo por el cual señora Beatriz desea regresar a COLPENSIONES es la diferencia de la mesada pensional que no es óbice para entender una falta de información por parte de PROVENIR S.A. o por parte de cualquier administradora de fondos de pensiones pues para la fecha de ocurrencia de los hechos los cambios normativos eran imposibles de prever, así mismo la estructuración de la mesada pensional de la demandante estaba en construcción pues esto atiende al IBC, a la estructuración del núcleo familiar, entre otras.

Teniendo en cuenta lo anterior y que el artículo 112 de la Ley 100 de 1993 establece una obligación negativa a las administradoras de fondos de pensiones en el sentido de que se tiene que aceptar cualquier vinculación elevada ante las administradoras de fondos de pensiones, pues de impedir o rechazar las vinculaciones se estaría en contra del mismo artículo 271 de la Ley 100 de 1993, por lo que le solicita al Tribunal se absuelva a PORVENIR S.A. pero si en gracia a la discusión se deja en firme dicha ineficacia solicita reconsidere la situación frente a los descuentos efectuados bajo el imperio del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, pues los descuentos efectuados sobre cuotas de administración y seguros previsionales así como Fondo de Pensión de Garantía Mínima se realizaron bajo el imperio de dicha normatividad con esa destinación específica, además los seguros previsionales son trasladados a terceros de buena fe, quienes cumplieron su cometido de brindar un cubrimiento en la invalidez y sobrevivencia del actor y las comisiones de administración fueron utilizadas para generar los rendimientos en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Aduce que al generar esta doble condena a PORVENIR S.A. se estaría generando un perjuicio o enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES al trasladar a PORVENIR S.A. las comisiones, y lo que ya trasladó a COLFONDOS S.A. frente a los rendimientos generados, y frente al Fondo de Garantía Mínima estos ya fueron trasladados a COLFONDOS S.A. al momento en que la actora se trasladó a este fondo en 1999.

APELACIÓN DE COLFONDOS.

La apoderada judicial de COLFONDOS S.A. apela parcialmente la sentencia en cuando a que se revoquen las condenas impuestas atinentes a la devolución de los

gastos de administración y seguros previsionales teniendo en cuenta que los gastos de administración fueron descontados por lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Indica que si bien es cierto se declaró la ineficacia de la afiliación y se substraer al momento en el que se suscribe el acto, lo que quiere decir que no causó ningún efecto jurídico, lo cierto es que la demandante al estar afiliada al RAIS se está beneficiando de las características propias de este y en ese sentido se está llevando consigo los rendimientos financieros que le generó COLFONDOS S.A. y a su vez PORVENIR S.A., lo que generaría un enriquecimiento sin justa causa conforme a la Sentencia T 219 de 1995 a favor de la demandante y de COLPENSIONES en atención a que se le está aumentando un patrimonio o capital a la demandante y a COLPENSIONES al momento de realizar el traslado de aportes pensionales y se le está desconociendo el trabajo que realizó COLFONDOS S.A. en la buena administración de esos recursos.

Expone que se generaría un empobrecimiento a COLFONDOS S.A. teniendo en cuenta que dicha entidad tendría que sacar esos dineros de su propio peculio como quiera que dichos gastos de administración ya fueron utilizados en beneficio de la demandante, así mismo los dineros de los seguros previsionales esto es seguro de invalidez y sobrevivencia fueron destinados a terceros de buena fe como son las aseguradoras, motivo por el cual nunca reposaron en la cuenta de la demandante ni en las arcas de COLFONDOS S.A. y cubrieron durante todo el tiempo en que la demandante estuvo afiliada las contingencias de invalidez y sobrevivencia.

Manifiesta que se le estaría desconociendo la teoría de las restituciones mutuas al momento de declararse la ineficacia de la afiliación, teniendo en cuenta que si se declaró la ineficacia de la afiliación no habría porque devolver también los rendimientos, no obstante a lo anterior COLFONDOS S.A. no tiene ningún reparo en devolver los rendimientos pero si a que se le desconozca el trabajo realizado a la demandante.

Aduce que se debe tener en cuenta que dichos dineros no va solo para las arcas de la demandante, sino por la naturaleza propia de COLPENSIONES al ser la administradora del RPM esos dineros van destinados para todos los afiliados al sistema, por lo cual se estarían beneficiando de unos dineros por los cuales no trabajaron unos terceros que nada tuvieron que ver en el presente negocio.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados de PORVENIR S.A. y de COLPENSIONES allegaron escrito de alegaciones, en los que señalaron resumidamente lo siguiente:

ALEGATOS DE PORVENIR S.A.

1. 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 pues:

- 1.1. 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 la época 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.
- 1.2. 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.
- 1.3. 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 a 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.

Si lo anterior no fuera suficiente, se recuerda que, mi representada ha hecho campañas masivas para la educación del consumidor financiero y ha realizado diferentes comunicados de prensa informando cambios normativos, como se puede extraer de la documental aportada con la contestación de la demanda.

- 1.4. 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.
- 1.5. Asimismo, 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 SL16882019, 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.
- 1.6. 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 en diferentes ocasiones, no haber realizado comparaciones con otros Fondos Pensionales, no haber hecho preguntas o indagaciones en el momento de suscripción del formulario y no hacer uso de los diferentes canales de atención al usuario que tiene mi representada.
- 1.7. Por último, se resalta que la totalidad de condiciones del Régimen de Ahorro Individual no son impuestas por las Administradoras de Fondos Pensionales,

por el contrario, dichas condiciones para adquirir diferentes prestaciones dentro del régimen se encuentran en la Ley 100 de 1993, en consecuencia, **la ignorancia o desconocimiento de esta no sirven de excusa**, tal y como lo establece el artículo 9 del código Civil Colombiano.

2. La condena a reintegrar a Colpensiones las cotizaciones completas, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivencia, prima de reaseguros de Fogafín, aportes fondo de garantía de pensión mínima, y en caso de haberse generado aportes del fondo de solidaridad pensional 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 a la devolución de los gastos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivencia, prima de reaseguros de Fogafín, aportes fondo de garantía de pensión mínima, y en caso de haberse generado aportes del fondo de solidaridad pensional, pues:

- 2.1. Las sumas correspondientes a los gastos de administración tienen por mandato legal una destinación específica que, se encuentra en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, destinando así el 10% del IBC a las cuentas de ahorro individual, el 0,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, y el 3% restante a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

En el presente caso, es claro que dichos descuentos, han cumplido plenamente con su cometido y no se encuentran en el patrimonio de la AFP, pues se han destinado a cubrir los gastos en que se incurrió, para la generación de frutos o rendimientos que hoy se ven de manera positiva en la cuenta 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.

- 2.2. Atenta contra toda lógica jurídica la declaratoria de un enriquecimiento sin justa causa debido a la inaplicación de las normas legales que regulan las restituciones mutuas, derivadas de una nulidad o ineficacia de un acto jurídico ordenando devolver o restituir un bien (en este caso una suma de dinero depositada) las sumas que invirtió para el mantenimiento de dicho bien e incrementarlo.

Por si lo anterior no fuera poco, se recuerda que la inversión de dichos gastos de administración en seguros previsionales y en la generación de rendimientos, no se dio de manera antojadiza, sino por el contrario se dio de acuerdo con el mandato legal establecido en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 y a la obligatoriedad de la garantía de rentabilidad mínima establecida en el literal e) del artículo 60 de la ley 100 de 1993.

- 2.3. Toda decisión judicial de traslado de régimen pensional, debe tener como objetivo constitucional, la estabilidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por lo que es imperioso en la actualidad, y de acuerdo a la coyuntura económica, hacer un análisis macro de las consecuencias que se derivan de autorizar solicitudes de traslados que no cuentan con los requisitos para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, tal y como se estudió por 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.

- 2.4. 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.

Para lo anterior, se adjunta con el presente escrito el denominado concepto.

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

Sea lo primero reiterar nuevamente lo referente a 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, a través del cual se estableció claramente que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren menos de 10 años para adquirir su pensión de vejez.

Ahora bien, la parte débil en el caso sub examine debe ser considerada como quien carece de capacidades para ilustrarse y asesorarse de la menor manera y no como una persona per se vulnerable que está imposibilitada de tener un entendimiento mínimo del sistema, incapaz de realizar actividades orientadas a instruirse mejor e incompetente para aportar pruebas que expongan la existencia de un vicio en el consentimiento. La corte Constitucional en tal sentido (sentencia T 422 de 2011) indicó que en materia de traslado la libertad de escoger el régimen pensional debe verse menguada o adolecer de algún vicio en el consentimiento, y Solamente cuando los hechos de la controversia permitan dilucidar que la persona era una parte débil debido a su calidad y escasos conocimientos puede procederse con un regreso automático. Así pues, dicha providencia amparó los derechos de un ciudadano campesino analfabeta:

“Teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos objeto de esta controversia, la afirmación del actor resulta creíble; en efecto, que los aportes objeto del traslado fueran posteriormente devueltos por parte de Skandia al ISS, sin conocimiento ni autorización del actor, es un hecho que no contrasta con el hallazgo de esta Sala, consistente en considerar que para el afiliado era muy difícil comprender las implicaciones del documento que firmaba, “Afiliación Fondo de Pensiones Obligatorias”, debido a sus bajos conocimientos educativos y al nivel de pensamiento concreto a que se refirió el diagnóstico psicológico.

Con fundamento en lo anterior agrega la Corte que en ese caso específico no será necesario examinar si se presentó un vicio del consentimiento o al menos fuerza con capacidad de viciarlo:

Por considerar suficiente la razón anterior, la Sala no encuentra necesario dilucidar si al momento de firmar el formulario de afiliación con la AFP Skandia al régimen de ahorro individual con solidaridad, se presentó algún vicio del consentimiento o al menos fuerza moral que haya podido viciarlo; lo anterior se afirma por la sensación que puede tener un campesino sin mayor preparación académica, al momento de celebrar un contrato de trabajo, de lo que podría ocurrir si no llegara a firmar la

documentación que le presentan y por la ausencia de espontaneidad en la suscripción del formulario.

5. PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER:

El problema jurídico para 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 la apelación de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., se consultará la sentencia en favor de COLPENSIONES 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.

En el presente asunto, está probado, que la accionante, estando afiliado al régimen pensional de prima media administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, según historia laboral que reposa a folios 23 y 24 del expediente (Documento 02 del expediente digital), se afilió a la administradora del RAIS COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. el 02 de agosto de 1994, como se advierte del formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 22 del expediente (documento 14 del expediente digital), con efectividad al °1 de septiembre de la misma anualidad como se advierte del certificado SIAFP que milita a folio 20 del expediente, se trasladó a COLFONDOS S.A. en octubre

de 1999, como se advierte de la historia laboral de COLFONDOS S.A. que milita a folio 30 a 36 del expediente (documento 02 del expediente digital).

De otra parte, si bien la demandante no es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues no contaba para el 1º de abril de 1994 con 35 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. en el año 1994 estuviera en la obligación de suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; sobre todo **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué dependería su monto en el RAIS.**

Sobre el deber de información antes citado, en el interrogatorio de parte que fue absuelto por la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:15:14 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento (documento 25 del expediente digital), no confiesa que la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. le hubiere brindado toda la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su afiliación al RAIS, pues manifiesta que se le haya ilustrado 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, contrario a lo manifestado por la apoderada de PORVENIR S.A. en su recurso de alzada 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 la demandante en el año 1994 cuando se trasladó del RPM administrado por el extinto ISS a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., así como los posteriores traslados realizados entre administradoras del mismo régimen.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES, encuentra la Sala que, la orden impartida por la *a quo*, 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 debe ser CONFIRMADA y en consecuencia deben devolverse a Colpensiones el 100% del valor de las cotizaciones, con sus rendimientos financieros sin descuento de ninguna índole, pues contrario a lo argumentado por las apoderadas de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. en su recurso de alzada, 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 del actor, 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 el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuando le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Teniendo en cuenta lo anterior, 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.

Ahora en la apelación PORVENIR S.A. se opone a la orden del a quo de trasladar a COLPENSIONES, los rendimientos generados, y el porcentaje del Fondo de Garantía Mínima y comisiones aduciendo que esto genera un perjuicio o enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES al trasladar a PORVENIR S.A., pues ya trasladó a COLFONDOS S.A. frente a los rendimientos generados, y frente al Fondo de Garantía Mínima estos ya fueron trasladados a COLFONDOS S.A. al momento en que la actora se trasladó a este fondo en 1999.

Respecto del anterior asunto de la apelación, considera la Sala que le asiste razón a la apoderada de PORVENIR S.A., en cuanto a que no se le puede imponer orden de devolver los rendimientos generados por las cotizaciones, pues estos debieron ser transferidos a COLFONDOS S.A. cuando la actora se trasladó a esta AFP en el año 1999, por lo que la orden a PORVENIR S.A. de reintegrar a COLPENSIONES los rendimientos generados por las cotizaciones será revocada.

Ahora en lo referente al porcentaje de la cotización descontada para el Fondo de Garantía Mínima, no existe prueba en el proceso que hayan sido trasladados a COLFONDOS S.A., sin embargo, no desconoce la Sala, que tal porcentaje lo manejan

los Fondos de Pensiones, en una cuenta especial, por lo que si de común acuerdo COLFONDOS S.A. admite que PORVENIR S.A. le transfirió el porcentaje de la cotización destinada al Fondo de Garantía Mínima, PORVENIR S.A. podrá abstenerse de trasladar a COLPENSIONES este porcentaje de la cotización a efecto que sea transferido por COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES, en caso contrario persiste la obligación de PORVENIR S.A. de trasladar a COLPENSIONES dicho porcentaje de la cotización.

En ilación con lo anterior, se precisará en la sentencia de esta instancia que lo que está obligado a reintegrar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima en los términos indicados en el inciso anterior, es decir el porcentaje de las cotizaciones, que no fue consignado en la cuenta de ahorro pensional de la actora, durante el tiempo que estuvo afiliada a estas AFP.

De otra parte, sobre la teoría de los actos de relacionamiento, alegados por PORVENIR S.A. en su recurso de apelación referentes al traslado de la actora entre distintas AFP del RAIS, recibir y revisar extractos pensionales, realizar cotizaciones constantes, realizar actualización de información en las bases de datos de las AFP demandadas, lo que denotarían su voluntad de pertenecer al RAIS, la Sala de Casación Laboral de la Corte, habiéndose pronunciado ya esta Corte, en su Sala permanente se pronunció en el sentido que tales actos de relacionamiento, no pueden ser fundamento para negar la ineficacia del traslado de régimen pensional, pues la falta al deber de asesoría se debe estudiar al momento de traslado y no en relación con actos posteriores a este. Al respecto esto, precisó la SCL de la CSJ en la Sentencia SL5686-2021:

“Ahora, en este punto la Corte no pasa inadvertido que el Tribunal concluyó que el traslado fue voluntario pues la actora se afilió a otras administradoras del mismo régimen pensional, lo cual respalda Colpensiones bajo la teoría de los actos de relacionamiento que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer al RAIS y, a su vez, la recurrente critica al indicar que el estudio de la acción de ineficacia debe centrarse simplemente en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial, sin que la afiliación misma suponga que ello se acató. Pues bien, la postura del Tribunal es contraria a la que ha adocinado la Corte en su jurisprudencia, que sobre este punto tiene un carácter consolidado y reiterado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL 2877-2020, CSJ SL 1942-2021 y CSJ SL 1949-2021). En estas providencias se ha señalado claramente que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras privadas de este esquema.”

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 la demandante, sino la ineficacia de su afiliación inicial al RAIS.

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.

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

COSTAS en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A. por haber sido vencida en los recursos de apelación. Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$1.160.000.

Sin costas a cargo de PORVENIR S.A. por haber prosperado parcialmente su 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 21 de octubre de 2021 proferida por el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **BEATRIZ ELENA LOAIZA SOSSA** contra **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.**, salvo en lo referente a la

codena a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES los rendimientos generados por las cotizaciones, aspecto de la sentencia que se REVOCA.

Se PRECISA que lo que está obligado a reintegrar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES son los gastos o cuotas de administración, incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, es decir el porcentaje de las cotizaciones, que no fue consignado en la cuenta de ahorro pensional de la actora, durante el tiempo que estuvo afiliada a estas AFP.

Respecto del porcentaje del Fondo de Garantía de Pensión Mínima si COLFONDOS S.A. admite que PORVENIR S.A. le transfirió el porcentaje de la cotización destinada a dicho Fondo, PORVENIR S.A. podrá abstenerse de trasladar a COLPENSIONES este porcentaje de la cotización, a efecto que sea transferido por COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES. En caso contrario persiste la obligación de PORVENIR S.A. de trasladar a COLPENSIONES dicho porcentaje de la cotización.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A. Las agencias en derecho, las estima el ponente en la suma de \$1.160.000.

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: **17ab0d3d6f7d3d6e1ce2a1bdd16c1a633c1ca1c1ad78e4dd7b09b5ccbd06d97f**
Documento generado en 27/01/2023 01:45:50 PM

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