

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El dieciséis (16) de febrero 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 **ANA LUCIA ANGULO TIRADO** 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. 05001-31-05-009-2019-00014-01.

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 las sociedades GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S. y MUÑOZ MEDINA ABOGADOS S.A.S. quienes representan judicialmente los intereses de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES en este proceso, se procede a reconocer personería al abogado OCTAVIO ANDRÉS CASTILLO OCAMPO portador de la T.P. 380.131 del C. S. de la Judicatura y al abogado DARIO MAURICIO TOBON CHAMORRO portador de la T.P. 271.442 del C.S. de la Judicatura para que representen a PORVENIR S.A. y COLPENSIONES en este proceso como apoderados sustitutos.

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 ineficacia y/o nulidad de su traslado al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con

prestación definida (en adelante RPM) administrado por COLPENSIONES y la devolución de las sumas cotizadas en dicho régimen.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones, relata la actora que se afilió al extinto ISS el 10 de mayo de 1989, y que posteriormente se trasladó al RAIS por medio de la AFP PORVENIR S.A. el 30 de junio de 1999.

Expone que, el asesor de PORVENIR S.A. le informó que podría hacer a la pensión a cualquier edad, omitiendo informar los requisitos de capital que debía cumplir para el reconocimiento de la prestación económica, le indicó que el ISS se encontraba en proceso de sanciones legales y liquidación, por lo que si no se trasladaba de fondo podría perder el dinero de las cotizaciones realizadas al RPM, además nunca le suministro información consistente a la edad en la cual cumpliría con requisitos de capital, y el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual para acceder a dicha prestación, ni que IBC debía cotizar con el fin de obtener una pensión anticipada, ni las ventajas o desventajas de trasladarse del RPM al RAIS, ni la forma en que sería liquidada su pensión y las variables que se tendrían que tener en cuenta al momento del reconocimiento de la prestación, ni la distribución que se daría a su aporte en el RAIS, ni los costos o comisiones que le cobraría dicho fondo por el movimiento de su cuenta, en conclusión no recibió ninguna información que le permitiera identificar los riesgos a los que se sometía al trasladarse de régimen.

Aduce que el 06 de abril de 2018 le solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen, a lo cual dicha entidad responde que no es procedente por cuanto se encuentra a 10 años o menos del requisito de tiempo para pensionarse, así mismo solicitó a PORVENIR S.A. traslado de régimen, pero dicha entidad responde de forma negativa.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El *a quo* despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado del demandante al RAIS y condenó en consecuencia a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, todos los valores que haya recibido con motivo del traslado del demandante por el periodo que estuvo afiliado a la AFP, como lo acumulado en la cuenta de ahorro individual, cotizaciones completas, bonos pensionales, cuotas de administración, comisiones, aportes para la garantía de pensión mínima, cuota de seguros previsionales con todos sus rendimientos.

Finalmente ordenó a COLPENSIONES recepcionar dichos aportes y a continuar administrando los mismos, para ser tenidos en cuenta en el historial laboral, para reconocimiento de derechos prestacionales que le puedan asistir a futuro y condenó en costas a PORVENIR S.A., exonerando de dicha condena a COLPENSIONES.

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 que 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 inconveniencia de uno y otro régimen hasta el punto de desestimular el traslado cuando este no resulta conveniente, 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.

Finalmente, declaró no probadas las excepciones propuestas por PORVENIR S.A.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:

La sentencia fue apelada por la apoderada judicial de PORVENIR S.A., argumentando que, en primer lugar, sobre la declaratoria de la afiliación al RAIS no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado al RPM pues la decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin apremios, ni presiones de ninguna naturaleza y cumpliendo con los requisitos exigidos en la Ley, puesto que PORVENIR S.A. al momento de realizar el traslado de la actora al RAIS cumplió con el deber de información establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues se le entregó a la actora la información del régimen privado que era obligatoria para el momento del traslado en una reunión grupal y posteriormente en una asesoría individual, además dentro del formulario de afiliación también se le brindó información adicional que podía leer, formulario que se encuentra revisado y aprobado por la Superintendencia Financiera y sus requisitos se regulan en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Expone que PORVENIR S.A. ha realizado campañas masivas para la educación del consumidor financiero y ha realizado diferentes comunicados de prensa informando los distintos cambios normativos, tal como se puede extraer de la documental aportada en la contestación de la demanda, además que la prueba documental que menciona el juez en su fallo frente aquellos documentos que acrediten la entrega de la información no eran obligaciones vigentes para el momento del traslado de la demandante, pues dicha obligación surgió con la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera.

Manifiesta que no es cierto que PORVENIR S.A. se encuentre en una mejor posición probatoria, además que las obligaciones de buen consejo, doble asesoría e incluso la obligación de desincentivar la afiliación, son obligaciones que surgieron posteriormente a partir del año 2010 y 2014, conforme a las Sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL 1688, SL1689, SL3464 de 2019, en consecuencia tales obligaciones no existían para la época de la afiliación y mucho menos se podría aplicar de forma retroactiva.

Indica que en el presente caso lo que se avizora es un incumplimiento por parte de la demandante del deber de diligencia y cuidado a sus propios negocios, lo cual conlleva a que la misma no pueda ser beneficiaria de su propia culpa o negligencia en su actuar, como queda ratificado por parte demandante al indicar que no leyó el formulario de afiliación, sino que simplemente lo firmó.

Aduce que la totalidad de las condiciones del RAIS no son impuestas por las administradoras de fondos de pensiones, sino que son condiciones establecidas en la Ley 100 de 1993, y en consecuencia a la ignorancia o desconocimiento de la normatividad no sirve de excusa como lo establece el artículo 9 del Código Civil.

Indica que la condena del traslado a COLPENSIONES de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la parte demandante consecuencialmente debe ser revocada, pero que en caso de que el Tribunal decida dejar en firme la ineficacia de la afiliación solicita que se revoque la condena del traslado de los dineros por gastos de administración, seguros previsionales y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, pues las sumas de administración tiene por mandato legal una destinación específica que se encuentra en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, destinando el 10% del IBC a las cuentas de ahorro individual, el 0,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y el 3% restante a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, por cual dicha

sumas no se encuentran en el patrimonio de PORVENIR S.A. pues precisamente cumplen con su finalidad, además la inversión de dichos gastos de administración no se dio de forma caprichosa sino conforme a un mandato legal.

Expone que atentaría contra la lógica jurídica, el hecho que se inapliquen las normas que regulan las restituciones mutuas, dado que se está ordenando restituir un bien que ya se utilizó y que se invirtió para el mantenimiento del mismo bien y que se ven actualmente reflejados de manera positiva en la cuenta de ahorro individual de la afiliada.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados judiciales del demandante, PORVENIR S.A. y de COLPENSIONES, allegaron escritos de alegatos exponiendo resumidamente lo siguientes:

ALEGATOS DE LA PARTE DEMANDANTE.

Las entidades que administran el régimen de ahorro individual, no sólo tienen el deber sino la obligación de brindar asesoría personalizada, completa, y eficaz, con el fin de entregar al afiliado toda la información necesaria para que éste tome la mejor decisión, en la medida en que es ella la que cuenta con el conocimiento de la normatividad que regula el Régimen con sus características particulares, la formación en materia financiera y la experiencia, mientras que el ciudadano que pretende afiliarse, ignora tales detalles y confía plenamente en que recibirá la asesoría adecuada y completa, para de ese modo tomar una decisión informada, libre y voluntaria.

En fin, significa entonces que la asesoría que debe brindar la administradora de pensiones en esa etapa previa y preparatoria a la formalización de la información, no sólo debe ser completa y comprensible para el afiliado, sino que trasciende al “deber del buen consejo” en los términos definidos por la Sala Laboral De La Corte Suprema De Justicia en su precedente, deber que en los mismos términos fue acogido en el artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, pues al mostrar con detalle las diferentes alternativas de la persona tras el análisis de su caso, mostrando los beneficios e inconvenientes de tomar la decisión de traslado, debe incluso ir más allá, para evitar que la persona tome una opción que claramente la perjudica.

Respecto a este deber de información se tiene que a la señora ANA LUCIA ARANGO TIRADO, no se le brindó la asesoría adecuada, aspecto que compartimos con él a quo.

CARGA DE LA PRUEBA EN PROCESOS DE INEFICACIA DE AFILIACIÓN

La jurisprudencia de la sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha venido consolidándose como precedente vertical, desde el año 2008 con la sentencia con radicado 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de dicha anualidad, posteriormente en sentencias con radicado 33.083 del 22 de noviembre de 2011, en sentencias como la SL 12136 radicado 42.292 del 3 de septiembre de 2014, sentencia de instancia SL 17595 del 18 de octubre de 2017, SL 4296 de 2018, SL 1452 del 2018 y SL 1688 de 2019.

Es evidente entonces que el fondo privado en el proceso que hoy nos convoca no cumplió con este deber o carga procesal impuesta, pues no logro demostrar que se hubiese asesorado a la señora ANA LUCIA ANGULO TIRADO, con tal especialidad que incluso desmotivara a afiliarse en el Régimen de ahorro individual.

Teniendo en cuenta la parte considerativa de los alegatos de conclusión y probados los presupuestos axiológicos de la pretensión de ineficacia solicito al H. Tribunal Superior de Medellín confirme la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta además las pretensiones consecuenciales incoadas en la demanda.

ALEGATOS 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 para la fecha de afiliación al RAIS, como se expone a continuación:

- 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 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.

- 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, a razón de los hechos narrados en la demanda, y de lo sucedido en la audiencia de primera instancia, se logra inferir que la motivación de la parte actora para iniciar este proceso es el carácter económico de la mesada pensional. 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. 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.
- 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.
- 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.

Los valores recibidos con motivo de la afiliación, especialmente las cuotas de administración, comisiones, aportes para la garantía de pensión mínima, cuotas de seguros previsionales

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 cuotas de administración, comisiones, aportes para la garantía de pensión mínima, cuotas de seguros previsionales, pues:

- 2.1. Atendiendo a que en el fallo emitido por el juez de primera instancia se condena al traslado de los rendimientos que genero la cuenta de ahorro individual de la parte actora, y que los efectos jurídicos que se causan tras la declaratoria de ineficacia son los propios del concepto de las restituciones mutuas, es en ese sentido que, no es posible que

se condene a una indexación de los valores ordenados a trasladar, pues dado que dicho detrimento que sufre el valor económico de los aportes se busca reponer con la indexación, el mismo se compensaría con el traslado de unos rendimientos, que en ocasión estos últimos a los efectos de unas restituciones mutuas, nunca debieron existir, es por ello que se estaría imponiendo una condena doble en contra de mi representada.

2.2. Por otro lado, 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.

2.3. 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.

2.4. 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.

2.5. 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.

Conforme a lo establecido en la circular 019 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia que mencionó que cuando el afiliado decida trasladarse de régimen o de administradora, expresará su voluntad mediante el diligenciamiento del correspondiente formulario ante el empleador o ante la nueva entidad administradora, de conformidad con las disposiciones vigentes. Es por ello que la solicitud de afiliación o traslado se analiza de manera directa y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen, de conformidad con lo establecido en la ley 100 de 1993, Artículo 13 Literal B; además las personas que se trasladen al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad y posteriormente se devuelvan al ISS, no conservarán el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas el documento suscrito por el accionante solicitando el traslado obedeció a la decisión de una persona plenamente capaz en ejercicio de la autonomía de la voluntad y del derecho a la libre selección que se consagra en el art 2 de la ley 100 de

1993. Si bien el demandante inició cotizando al RPMPD, el mismo se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR S.A y solo hasta ahora pretende devolverse para Colpensiones porque se dio cuenta que el RPMD le es más favorable para su pensión manifestando que fue inducido en error.

Además de lo expuesto, debe tenerse en cuenta que las normas laborales establecen unos requisitos para el traslado de régimen, y prohíbe expresamente el mismo cuando a la persona le falten 10 años o menos para cumplir la edad de pensión, Conforme al Artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Conforme a lo mencionado, en lo relacionado con la incidencia del principio constitucional de la sostenibilidad del sistema de la seguridad social. Esto, por cuanto los recursos económicos, que se encuentran en la cuenta de ahorro individual y del bono pensional, pueden ser insuficientes para cubrir cualquier eventual retroactivo pensional al que posiblemente se condenará a mi representada y de esta manera la declaratoria de sin solución de continuidad al régimen de prima media, atentaría contra la sostenibilidad del sistema de seguridad social del régimen de prima media.

Así las cosas, si la sentencia fuese desfavorable para mi representada hay lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, es decir: i) Recursos cuenta individual de ahorro, ii) Cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, iii) Rendimientos, iv) Anulación de Bonos Pensionales v). Porcentajes destinado al pago de Seguros Previsionales y gastos de administración, **se hagan de manera indexada.**

5. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

El problema jurídico a resolver se circunscribe a establecer si el traslado del 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 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., 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 y la consulta, 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 asunto, está probado, que la accionante, estando afiliada al Régimen de Prima Media administrado por el extinto ISS hoy Colpensiones, como se acredita con la historia laboral que milita a folio 28 a 31 del expediente (documento 01 del expediente digital), se afilió a la administradora del RAIS PORVENIR S.A. el 30 de julio de 1999, como se prueba con el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 66 del expediente, con efectividad al 1º de agosto de dicha anualidad como se demuestra con el certificado SIAFP que milita a folio 92 (documento 07 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, por no haber estado afiliado al RPM para el 1º de abril de 1994, ello no es óbice para que la AFP PORVENIR S.A. en el año 1999 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, escuchado el interrogatorio de parte que fue absuelto por el demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:26:05 del audio de la audiencia de conciliación, tramite y juzgamiento (Documento 16 del expediente), no se advierte que, esta haya confesado que la AFP PORVENIR S.A. le haya brindado toda la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su traslado al RAIS, pues no expresó que se le ilustró sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como lo son las características de uno y otro régimen pensional, los requisitos para acceder a las prestaciones económicas en cada uno de ellos, la oportunidad de trasladarse entre regímenes y entre administradoras y los

términos para ello, entre otros aspectos, sobre todo cómo alcanzaría la pensión de vejez en el RAIS, y de que dependería su monto, aspectos que a juicio de la Sala, resultaban necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente, y debían ser explicados por la AFP PORVENIR S.A. de manera previa al traslado.

Ahora, contrario a lo manifestado por la recurrente PORVENIR S.A., ha señalado pacíficamente la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como ya se anotó, que para probar dicha asesoría y el cumplimiento del deber de información, 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 y no la del demandante como lo pretende hacer ver la apoderada de PORVENIR en su recurso de alzada, tal y como lo ha establecido la jurisprudencia especializada, por lo que se confirmará la decisión del *a quo* de declarar ineficaz la afiliación de la demandante al RAIS.

Ahora, En lo que tiene que ver con **las sumas que deben ser devueltas a Colpensiones** como consecuencia de la declaratoria de ineficacia, encuentra la Sala que, en principio se encuentra acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia, sin embargo al no existir la debida precisión de los dineros a transferir, pues la juez no hizo mención a la devolución del porcentaje del reaseguro de Fogafín, por lo que se precisa en esta instancia, que PORVENIR S.A., debe devolver a Colpensiones la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro pensional de la actora, es decir las cotizaciones allí depositadas con sus rendimientos o intereses, así como los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole, pues como bien lo señaló el fallador en su sentencia, 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 hubiesen recibido las AFP demandadas, como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Ha explicado la Corte Suprema de Justicia que las consecuencias prácticas de la ineficacia son idénticas a las de la nulidad, señalando la Sala Civil de la alta

Corporación que: *«cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás»* (CSJ SC3201-2018).

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

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

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación dla actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

“Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba la actora antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuando le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Teniendo en cuenta lo anterior, es importante recordar que al tratarse de la declaratoria de un acto ineficaz que acarrea los mismos efectos de uno nulo, no es dable concebir, so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración del bien, como lo pretende la alzada, 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 PORVENIR S.A., al no proveer en una primera oportunidad la información clara, completa y comprensible a través de sus asesores, la que acarrea como consecuencia, además del hecho de generar la

declaratoria de ineficacia, que deba asumir con su patrimonio los perjuicios que se ocasionen a los afiliados y las sumas sufragadas a terceros, como lo son las aseguradoras previsionales, ello con base en los artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

En lo que tiene que ver con la orden del *a quo*, de reintegrar a COLPENSIONES el bono pensional que se pudiera haberse pagado a favor del actor, tal decisión resulta desacertada, toda vez que al ser ineficaz la afiliación del demandante al RAIS, no se origina el derecho a bono pensional, al menos el tipo A, y por tal razón, si el referido bono fue pagado se debe efectuar la devolución al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y no a COLPENSIONES, por lo que tal orden será precisada.

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.

De otra parte, respecto de la solicitud de la apoderada de COLPENSIONES en los alegatos de esta instancia, en el sentido que se ordene la devolución indexada de las cuotas de administración, y cuotas abonadas al fondo de garantía mínima, porcentaje destinado al pago de seguros provisionales y gastos de administración, esta es una cuestión que debió plantearse en la contestación de la demanda o cuando menos, en el recurso de apelación, de manera que una decisión en tal sentido implicaría decidir más allá de lo pedido, lo que resulta improcedente en la sentencias de segunda instancia, pues fue un asunto que las partes no tuvieron la oportunidad de debatir en el proceso y por ello no se resolverá sobre esta solicitud.

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 de la 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, pues a este principio el que se tiene que someter es el legislador al realizar las reformas pensionales, no que el juez para desconocer derechos ya legislados.

De otra parte, el hecho que el actor regrese al RPM, de COLPENSIONES, no necesariamente le va a causar una carga financiera a esta entidad o mejor a los recursos del fondo común de los afiliados, por un mayor monto de la pensión en el RPM, el monto de la pensión de vejez, tanto en el RAIS como en el RPM depende de muchas situaciones de hecho ciertas y de voluntad del afiliado, que no están plenamente probadas en ese proceso, y otras que incluso pertenecen al mundo del azar, pues si un afiliado al RAIS decide hacer vida marital o casarse con una persona muy joven o tener hijos a avanzada edad cuando está a punto de obtener la pensión de vejez, ello necesariamente influirá en que el monto de la pensión en el RAIS sea reducido, o si por ejemplo en el RPM por azar el afiliado pierde el empleo que le irrogaba un buen salario y no puede seguir cotizando como independiente con el IBC en los últimos 10 años, el valor de su pensión se va a ver menguado.

Pero es más, eventualmente pudiera suceder que un afiliado al RPM, fallezca sin que tengan beneficiarios que legalmente puedan acceder a las prestaciones de sobrevivientes y en tal caso, los dineros de sus cotizaciones, queden en el fondo común de COLPENSIONES. También puede suceder que el afiliado no alcance a obtener la pensión de vejez, sino la indemnización sustitutiva, la que es evidentemente inferior al monto de las cotizaciones con sus rendimientos. Igualmente puede suceder que el afiliado alcance a obtener la pensión de vejez, y fallezca sin tener beneficiarios de una pensión de sobrevivientes, y que los dineros con los que contribuyó al fondo común no se hayan agotado, caso en el cual el saldo no utilizado queda perteneciendo al fondo común, lo que no pasa en el RAIS, pues los dineros deben ser entregados a los herederos.

Respecto de la excepción de prescripción formulada por las demandadas al dar respuesta a la demanda, para esta Sala, 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 SCL de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL1689-2019, proferida el 8 de mayo de 2019 con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, además, la figura jurídica de la caducidad o prescripción de la acción para reclamar sobre cualquier acto que tenga que ver con el reconocimiento de pensión mientras ella esté en formación, no tiene cabida como lo ha precisado la Corporación antes mencionada, al analizar que la prescripción de la acción para demandar el derecho a la pensión o al pago de las cotizaciones o cualquier otra situación que permita o acceder al derecho a la citada prestación por ser un derecho fundamental, impide que el derecho mismo a accionar caduque o prescriba, por lo que se confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto negó la prosperidad de la excepción de prescripción.

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

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. por haber sido 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 \$1.160.000 a cargo de la recurrente.

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 diciembre de 2021 proferida por el JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **ANA LUCIA ANGULO TIRADO** contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, PRECISANDO que PORVENIR S.A., debe devolver a Colpensiones la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro pensional de la actora, es decir las cotizaciones allí depositadas con sus rendimientos o intereses, así como los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro de Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole.

Igualmente se precisa la sentencia de primera instancia, en el sentido que en el evento que se hubiese pagado bono pensional tipo A, a favor del demandante, la devolución del importe del mismo, debe efectuarse al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y no a COLPENSIONES.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A y en favor de la demandante. Como agencias en derecho se fija 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: **e69646b09f4d04b0a128e4893cc3e922b8942a50f01d6b03eeee7702c1b439e5**

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