

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El veintiséis (26) de mayo 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 **DORA EMILCE HERNÁNDEZ MONTOYA** 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. 05001-31-05-014-2020-00248-01.

El Magistrado del conocimiento, Dr. FRANCISCO ARANGO TORRES, declaró abierto el acto y previa deliberación sobre el asunto, la Sala adoptó el proyecto presentado por el ponente, el cual quedó concebido en los siguientes términos,

1. ANTECEDENTES:

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

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata la actora, que inició cotizaciones en el ISS hoy COLPENSIONES el 14 de enero de 1991, y que efectuó traslado al RAIS por medio de la AFP PORVENIR S.A. el 20 de agosto de 1996.

Expone que la asesora de PORVENIR S.A. solo le informó los beneficios de afiliarse a dicho fondo, más no la forma en que obtendría la pensión de vejez en el RAIS, y que le aseguraron que su prestación sería más alta en el RAIS que la obtendría en el RPM, que el ISS iba a desaparecer, que podía pensionarse con mejores garantías en términos de monto de la pensión y de la edad, pero no le explicaron los requisitos que debían cumplirse para que dichas ventajas pudieran materializarse, por lo que si le

hubiesen informado las desventajas del traslado, en especial lo relativo a las modalidades pensionales y las formas de calcular el valor de la mesada pensional, no hubiese suscrito el formulario de traslado, y que no le informaron las desventajas que el traslado le podría acarrear en el futuro pensional de no cumplirse con las condiciones.

Arguye que se trasladó a la AFP HORIZONTE el 30 de junio de 2002, en donde le indicaron que las características del RAIS y de los fondos privados de pensiones eran más beneficiosas que las características y prestaciones del RPM.

Finalizó diciendo que, con el traslado del RPM al RAIS, se le han ocasionado perjuicios patrimoniales, los cuales deben ser indemnizados por el fondo privado PORVENIR S.A, toda vez que, al omitir la información relacionada con la expectativa pensional, provocó el traslado ineficaz, incurriendo en el pago de 10 SMLMV, conforme al contrato de prestación de servicios.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El *a quo* despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, entendiéndose que la demandante se ha mantenido afiliada al RPM, de manera permanente y sin solución de continuidad.

Consecuencialmente condenó a la AFP PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES, dentro del término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia, el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo los rendimientos financieros y las comisiones de administración, que incluye los seguros previsionales y la garantía de la pensión mínima a partir de 01 de octubre de 1996.

De otro lado, ordenó a PORVENIR S.A. a que comunique dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, la decisión a la NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO OFICINA DE BONOS PENSIONALES, para los efectos legales correspondientes.

Finalmente declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas y condenó en costas a PORVENIR S.A. en favor de la demandante.

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, determinando e informando la conveniencia e inconveniencia de uno y otro régimen y la carga de las AFP de demostrar que efectivamente entregaron la debida información a la afiliada al momento del traslado.

Seguidamente expuso que en el presente proceso no se probó por parte de las AFP que hayan cumplido con su 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 ese consentimiento informado la suscripción del formulario de afiliación, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado de la demandante a PORVENIR S.A.

Arguye que a pesar de que el acto es válido dicho acto jurídico no tiene efecto por haberse violentado el deber de información, ya que el juzgado considera que las reglas que viene decantando la jurisprudencia se ve plasmada en el presente proceso.

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

3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN:

La anterior decisión fue apelada por las apoderadas judiciales de PORVENIR S.A. y de COLPENSIONES, en los siguientes términos:

APELACIÓN DE PORVENIR S.A.

La apoderada de PORVENIR S.A. apela la sentencia, argumentando que no comparte la tesis del despacho, pues considera que se está frente una doctrina probable que pretende una responsabilidad objetiva, de la cual no se encuentra regulada o expresada normatividad vigente u oponible para las fechas de afiliación, pues no se tiene en cuenta que no debe aplicarse de manera irretroactiva normatividades como la asesoría, cargas adicionales de la prueba e incluso desincentivar a los afiliados de vincularse a un régimen, como quiera que la etapa del deber de información que en el proceso se esta declarando ineficaz es la primigenia, por lo que si se analiza la Ley 100 de 1993, su representada tenía la obligación de respetar esa libertad de escogencia de los afiliados, y como quedó demostrado durante el proceso sí hay una libertad de escogencia, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, y como prueba está el formulario de afiliación que constituye una manifestación en

contra de los intereses de PORVENIR S.A., pues si bien tiene un formato preimpreso el mismo se encuentra ajustado a lo que en su momento exigía la Superintendencia Financiera, además fue aceptado de manera suficiente y sin ningún tipo de coacción por parte de la accionante.

Arguye que si se analiza el objetivo del sistema de seguridad social, el legislador fue enfático en establecer que se debían cumplir unas contingencias para ciertos riesgos, pero en ninguno de los apartes se manifestó que para poder garantizar ese sistema de seguridad social se debía hablar de una mayor prestación económica posible o garantizar un valor exacto de la mesada pensional, por lo que no es de recibo que después de 22 años de haberse generado correctamente las contingencias de invalidez y sobrevivencia, ahora pretendan declarar la ineficacia mencionando una supuesta falta al deber de información, sin que obre en el plenario alguna queja o inconformidad ante PORVENIR S.A. o la Superintendencia Financiera, simplemente con la motivación de obtener una mayor prestación económica posible.

Manifiesta que los dos regímenes son excluyentes entre sí, generando el RAIS unos rendimientos financieros que son completamente disimiles a los que podría generar el RPM, además solamente en el RAIS se tiene la posibilidad de no llegar alcanzar los requisitos y devolverse los saldos, se pueden llegar a pensionar anticipadamente con la pensión de garantía mínima, aspectos y beneficios que solo se pueden disfrutar en el RAIS, por lo que solo cuando los afiliados se encuentran en una esfera como lo es la mesada pensional, ahí si ya no es favorable el RAIS, pero el legislador fue el que determinó que el RAIS va depender de la capacidad y volatilidad de los afiliados.

Aduce que para la época del traslado de la demandante PORVENIR S.A. no estaba en la obligación de realizar algún tipo de comparativo o proyección, y de igual forma no podía realizar dicho comparativo sin tener en cuenta esa capacidad de volatilidad y cotización que iban a tener los afiliados. Además, indica que teniendo en cuenta la doctrina probable prácticamente PORVENIR S.A. necesita un medio adicional probatorio para desvirtuar esas negaciones indefinidas, pues solo en estos casos la mala fe se presume, no se tiene en cuenta la buena fe presumida del artículo 29 de la Constitución Política y se le exige a PORVENIR S.A. una prueba adicional que no se sabe de esa responsabilidad objetiva cual es el medio idóneo para demostrar esa buena fe debida.

Indica que, si se llega a la misma consecuencia jurídica, teniendo en cuenta la doctrina probable, PORVENIR S.A. no comparte las consecuencias jurídicas del traslado de régimen, como quiera que una adecuada aplicación sobre las restituciones recíprocas

o mutuas es respetar aquellos aspectos que ya se encuentran consolidados, como lo es la obligación de hacer, de gestionar, por ende no es de recibo que se ordene la devolución de los gastos de administración, porque se está desconociendo la aplicación del artículo 1746 del Código Civil, puesto que a pesar de que PORVENIR S.A. realizó la gestión de administración y se generaran unos rendimientos financieros que superan con creces los aportes pensionales, PORVENIR S.A. se queda sin la correlativa compensación a la que tendría derecho, es decir, sería devolver unos rubros que se están descontando desde un principio de confianza legítima, pues el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 esboza directamente que la finalidad de este rubro está destinada a la financiación de los gastos de administración y no se hace una diferenciación en el RAIS o en el RPM solo se indica que se destina un 3% de los aportes a la cobertura de esas gestiones de administración, por lo que no tiene asidero jurídico que se le ordenen a PORVENIR S.A. devolver unas sumas que ya cumplieron con su finalidad y que se ordenen devolver como si fueran un detrimento a los aportes de los afiliados, pues realmente debe ser analizado de conformidad con el artículo 965 del Código Civil como una expensas necesarias que permitieron conservar los aportes que se encontraban amparados en la cuenta de ahorro individual.

Aduce que una correlativa aplicación es respetar esos derechos, que, si no se encuentran consolidados como lo obligación de hacer y gestionar, se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa a cargo de COLPENSIONES que nunca realizó las gestiones de administración, además si el efecto jurídico de la ineficacia es hacer como si el afiliado nunca hubiese estado en el RAIS tampoco se hubieren generado los rendimientos financieros.

Expone que respecto a los porcentajes destinados a seguros previsionales, la afiliada en todo el tiempo de afiliación ha estado cubierta por las contingencias de invalidez y sobrevivencia, adicionalmente si se analiza la naturaleza jurídica del contrato, el mismo es de tracto sucesivo que se encuentra amparado en el artículo 1070 del Código de Comercio, por lo que una vez se encuentra agotado el término por el cual se contrata el tercero de buena fe como lo es la aseguradora, el asegurado ya cumplió esa prima que se ha venido devengando, por lo que dichas primas no hacen parte de la esfera de dominio de PORVENIR S.A.

Finalmente solicita al Tribunal, que se absuelva a su representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, debiéndose revocar la sentencia.

APELACIÓN DE COLPENSIONES.

La apoderada de COLPENSIONES apela la sentencia parcialmente, en lo que tiene que ver con el traslado de los dineros, rendimientos y comisiones de gastos de administración, pero no lo hizo de forma indexada, por lo que teniendo en cuenta que las cuotas de administración que cobran las administradoras del RAIS son un ingreso propio en favor de la generación de un patrimonio en virtud de afiliación realizada por el cotizante al Sistema General de Pensiones, pues de encontrarse que se declara la ineficacia estos dineros conjuntamente con sus rendimientos, generan un enriquecimiento sin causa a favor de PORVENIR S.A. que de no trasladarse de forma indexada constituyen un desmedro a COLPENSIONES, pues esta entidad nunca tuvo la destinación o administración de dichas sumas de dinero que sirven para efectos de capitalizar el fondo de naturaleza común.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, la apoderada de PORVENIR S.A. allegó escritos de alegaciones, en el que se anota resumidamente lo siguiente:

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.

Sumado a esto, previa suscripción del formulario de traslado de régimen pensional efectuado por la parte demandante, la misma recibió una asesoría en donde le manifestaron características propias del RAIS, pues como lo manifestó en el interrogatorio de parte practicado en audiencia en primera instancia, le indicaron que sus

aportes generarían unos rendimientos y que podía acceder a la pensión de vejez sin atender a un requisito de edad.

- 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, 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. Los valores recibidos con motivo de la afiliación, especialmente las cuotas o gastos de administración, sumas que se condenan a trasladar debidamente indexadas.

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 consecuentemente debe ser revocada.

Ahora bien, si se decidiera por parte del Honorable Tribunal dejar en firme la ineficacia de la afiliación, se solicita que no se condene al traslado de manera indexada de las cuotas o gastos de administración, 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, 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.
- 2.5. Por último, se hace necesario poner de presente que en el fallo emitido por el juez de primera instancia se condena al traslado de los rendimientos que generó la cuenta de ahorro individual de la parte actora en R.A.I.S., 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 la condena a una indexación de los valores ordenados a trasladar, pues dado que dicho detrimento que sufre el valor económico de los aportes que se busca reponer con la indexación, el mismo se resarciría con el traslado de unos rendimientos, que en ocasión estos últimos, a los efectos de una restituciones mutuas nunca debieron existir, por lo que de hacerlo se estaría imponiendo una condena doble en contra de mi representada.

5. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

El problema jurídico a resolver se circunscribe a establecer si la afiliación de la 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 la demandante.

Tramitado el proceso en legal forma y por ser competente esta Corporación Judicial para conocer de la APELACIÓN y de la CONSULTA de la sentencia, conforme a lo dispuesto en los artículos 10 y 14 de la Ley 1149 de 2007, se pasa a resolver, previas las siguientes.

6. CONSIDERACIONES:

De conformidad con lo dispuesto el art. 14 de la Ley 1149 de 2007 además de resolverse la apelación de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, se consultará la sentencia en favor de esta última entidad 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 de la 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 las afiliadas o usuarios del sistema pensional a fin de que estas 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 la afiliada 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 actora, estando afiliada al régimen pensional de prima media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, según historia laboral emitida por COLPENSIONES visible a folios 42 y 43 del documento 03 del expediente digital, se afilió a la administradora del RAIS PORVENIR S.A. el 20 agosto de 1996, como se anota en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 47 del documento 09 del expediente digital, con efectividad al 1° de octubre de 1996 como se anota a folio 30 del documento 09 del expediente digital.

De otra parte, en este caso, si bien la demandante no es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por no contar para el 1° de abril de 1994 con 35 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la AFP PORVENIR S.A. en el año 1996 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, escuchado el interrogatorio de parte que fue absuelto por la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:42:55 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento (Documento 17 del expediente digital), no se advierte que esta haya confesado que los asesores de la AFP PORVENIR S.A. le hubiese brindado la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su afiliación al RAIS, pues no manifiesta 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 forma de liquidación de la mesada pensional en cada régimen, aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

Ahora, conforme lo señaló el *a quo*, 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, siendo su carga, como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada, por lo que habrá de confirmarse en esta instancia la decisión de el *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por la demandante en el año 1996 cuando se trasladó del RPM administrado en ese momento por el ISS hoy COLPENSIONES a la AFP PORVENIR S.A.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES por PORVENIR S.A., la orden impartida por el *a quo*, 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 no existe la debida precisión de los dineros a transferir, pues el 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 contrario a lo manifestado por la apoderada de PORVENIR 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 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 cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Asimismo, 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, la que acarrea como consecuencia, además del hecho de generar la declaratoria de ineficacia, que deban 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.

De otra parte, respecto de la solicitud de la apoderada de COLPENSIONES en el recurso de alzada en el sentido que todas las sumas a devolver por la AFP PORVENIR S.A. deben de hacerse de forma indexada, se tiene que en cuanto a los recursos de cuenta de ahorro individual y rendimientos de la cuenta de la demandante, tal solicitud no es procedente por cuanto estos rubros ninguna depreciación sufrieron por haber generado sus intereses y tampoco se ha alegado ni probado que la suma estos conceptos sean inferior al valor total del aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubieran generado en caso de que la demandante hubiera permanecido en el régimen de prima media. Sin embargo, respecto de las cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, esta Sala considera que es procedente la indexación por cuanto este porcentaje de las cotizaciones no fue abonadas a la cuenta de ahorro pensional de la demandante, por lo que no devengaron los rendimientos o intereses pues fueron apropiados por PORVENIR S.A. o gastados para los pagos de las primas, y por ello debe ser devuelto indexado.

Al respecto la jurisprudencia de la CSJ de la que se citan las sentencias SL1688 de 2019, SL 2932 de 2020, SL 3202, 3571, 3706, 3707, 3708, 3709 y 3769 de 2021, la CSJ ha ordenó que las cuotas de administración fueran devueltas indexadas, por lo que le asiste razón a Colpensiones en este aspecto de la apelación, por lo que se ordenará en esta instancia, que las referidas cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima sean devueltas indexadas.

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 consultada será CONFIRMADA, ADICIONADA y PRECISADA en los términos anteriormente expuestos.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. al haber salido vencida en el recurso de apelación interpuesto. Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$1.160.000.

7. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 8 de agosto de 2022 proferida por el JUZGADO CATORCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **DORA EMILCE HERNÁNDEZ MONTOYA** contra **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, PRECISÁNDOLA en el sentido de 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.

Igualmente, se ADICIONA el fallo de primera instancia en el sentido de declarar que la AFP PORVENIR S.A. debe devolver a COLPENSIONES indexados los porcentajes de gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro de Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. en favor de la demandante. 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: **9e55af55d6a2056def9d8a505fde83ec40b172cf35278dab01c024d43ad1bee5**

Documento generado en 26/05/2023 01:01:19 PM

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