

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### SALA DE DECISIÓN LABORAL

El diecisiete (17) de agosto 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 **ALBA LUCÍA MEDINA BETANCUR** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.) tramitado bajo el radicado No. **05266-31-05-001-2022-00229-01**.

### AUTO

De conformidad con el memorial allegado a través de correo electrónico, el abogado FABIO ANDRÉS VALLEJO CHANCI, quien funge como representante legal de la sociedad PALACIO CONSULTORES S.A.S., presenta renuncia al mandato conferido por COLPENSIONES. Teniendo en cuenta que con dicho escrito adjunta las constancias mediante las cuales se evidencia que la entidad está enterada de dicha decisión y que con ello se cumple lo estipulado en el artículo 76 del CGP, se acepta la renuncia al poder presentada por FABIO ANDRÉS VALLEJO CHANCI, en calidad de representante legal de la sociedad PALACIO CONSULTORES S.A.S.

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 nació el 28 de mayo de 1962, que se afilió al RPM administrado por el ISS, y luego se trasladó al RAIS por medio de la AFP PORVENIR S.A.

Expone que, en el año de 1994, asesores de Porvenir le brindaron asesorías a mi poderdante para que supiera que en el fondo privado tenían mejores oportunidades para pensionarse y con más garantías.

Indica que asesores de Porvenir le informaron que al afiliarse en dicho fondo privado se pensionaría antes de la edad requerida en el ISS, esto es, antes de los 57 años de edad y con una mesada pensional superior a la que le reconocería en su momento el Seguro Social, hoy Colpensiones.

Manifiesta que solicitó a Porvenir el día 24 de febrero de 2021 que se declarara la ineficacia del traslado y a la fecha no ha recibido respuesta alguna.

## **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 ha permanecido afiliado al RPM, de manera permanente y sin solución de continuidad, condenando a PORVENIR S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de aportes de la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos financieros, sin descuento alguno, incluyendo el porcentaje correspondiente a gastos de administración y primas de seguros previsionales, así como el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados, los bonos pensionales si los hubiere y con cargo a sus propios recursos, dentro del término de (30) días.

Igualmente ordenó a Colpensiones recibir los dineros trasladados, teniendo a la demandante como afiliada al RPM, sin solución de continuidad, actualizando su historia laboral para los fines pensionales y prestacionales a que hubiere lugar.

Para fulminar condena, la *a quo* consideró que la Corte Suprema de Justicia tiene fijada una línea jurisprudencial sobre el tema de la afiliación a un régimen pensional y se sintetiza en la obligación de brindar una información completa, suficiente, idónea y comprensible sobre las características de los regímenes pensionales, determinando e informando la conveniencia e inconveniencia 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 las AFP 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, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado.

Finalmente, declaró no probada la excepción de prescripción, y declaró implícitamente resueltos los demás medios exceptivos.

Condenó en costas a PORVENIR S.A. fijándose como agencias en derecho la suma de TRES MILLONES DE PESOS (\$3.000.000) en favor de la demandante.

### **3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:**

La apoderada de PORVENIR S.A., apela la sentencia argumentando respecto de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, considera que no existían razones ni fácticas ni jurídicas para tal declaratoria, en primer lugar porque de acuerdo a la prueba documental que extraña el juez de primera instancia, frente a qué documentos acreditan una entrega de la información, considera la apoderada, que no era una obligación vigente para la época en que se realizaron estos traslados al régimen de ahorro individual y en ese sentido se le está imponiendo una carga imposible de cumplir a su representada, que también como ha venido explicando desde los alegatos de conclusión, PORVENIR solo cuenta con los formularios de afiliación que se encontraban vigentes para la época. No se puede exigirle cargas que no están a su cargo para ese momento.

Por otro lado, resalta que se tenga en consideración por parte del Tribunal que la voluntad de afiliación de ambas demandantes fue libre y espontaneo. Eran consiente del acto jurídico que estaban celebrando.

En ese sentido, al día de hoy, no se puede desconocer este acto jurídico, voluntario y espontaneo por afirmaciones genéricas con relación a PORVENIR no brindó una información suficiente.

Asimismo, las demandantes ratificaron voluntad de afiliación de pertenecer al RAIS por el hecho de permanecer afiliadas durante todo ese tiempo al fondo de pensiones que administra su represada. Teniendo en cuenta esto, considera que consecuentemente deberá ser revocada la condena consistente en trasladar a Colpensiones, todos los dineros recibidos con motivo de la afiliación.

Sin embargo, si por parte del Tribunal decide dejar en firme el numeral primero, relacionado con la declaratoria de la ineficacia, solicita de forma respetuosa que se revoque la condena consistente en trasladar concepto de gastos de administración, los seguros provisionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima de forma indexada, los cuales también se ordenaron en la sentencia. Dado que estos recursos, en específico los gastos de administración, se invirtieron para la generación de frutos y rendimientos que hoy se reflejan de forma positiva en la cuenta de ahorro de la afiliada.

Estos dineros se descontaron por una gestión que realizó PORVENIR por invertirlos y debido a esto, fue un servicio que ya se prestó de forma efectiva y por lo tanto no es posible retrotraerlos a los afiliados.

En cuanto a los seguros provisionales son sumas que se destinan a un tercero que es una aseguradora y que se utilizan para el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte de los cuales también han vendido disfrutando las aquí demandantes durante todo ese tiempo.

Motivo por el cual son sumas que ya no están en el patrimonio de PORVENIR y que el hecho de condenar a su representada a trasladarlo a Colpensiones atentaría contra el principio de sostenibilidad fiscal y financiera del sistema.

En cuanto a la indexación que se ordenó en la sentencia, considera que lo que busca de cierta forma, se pueda compensar o resarcir la pérdida de poder adquisitivo que tiene el dinero en el tiempo. Lo cierto es que en la sentencia de primera instancia también se está ordenando a trasladar rendimientos financieros.

El hecho de condenar a PORVENIR a trasladar rendimientos, más indexación de cierta forma implicaría una doble condena, pues los rendimientos también tienen esta finalidad de la indexación que es resarcir esta pérdida del poder adquisitivo y a su vez ello conlleva a un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones. Por último, en cuanto a las costas solicita de forma muy respetuosa que se revoque la misma, dado que su representada siempre ha obrado acorde con el ordenamiento jurídico vigente y de buena fe.

#### **4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:**

Corrido el traslado para presentar alegatos de conclusión, los apoderados judiciales de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., presentaron alegatos de conclusión en los siguientes términos:

## **COLPENSIONES:**

“Conforme a la Ley 797 de 2003, artículo 2o, literal E, la pretensión de traslado de régimen, no sería procedente dado a que la demandante se encuentra a menos de 10 años de adquirir el Derecho a su Pensión.

Por otra parte, es necesario que se tenga en cuenta que solo podría la anulación del traslado efectuado hacia la Administradora de Fondos de Pensiones AFP y su retorno al Régimen de prima media, si:

a) Su firma ha sido falsificada en el contrato de afiliación, situación en la cual debe instaurar la respectiva acción penal por la presunta falsificación en documento (público o privado) ante la fiscalía general de la Nación con el fin de determinar la veracidad o falsedad del documento, de conformidad con lo establecido en el Título IX Capítulo III de la Ley 599 de 2000 referente a los delitos contra la fe pública, en especial a la falsedad en documentos. Una vez la autoridad competente se pronuncie sobre el asunto, el ciudadano o la AFP respectiva podrán solicitar la anulación del traslado diligenciando los formularios de la Entidad y allegando copia del respectivo informe grafológico.

b) El empleador lo afilió sin su consentimiento: El formulario de afiliación no fue firmado por el afiliado.

c) Traslado de Régimen por sentencia SU 062 de 2010: en el cumplimiento de las condiciones y requisitos señalados.

Sin embargo, ninguna de estas causales se vislumbra dentro del acápite de los hechos de la demanda y solo arguye la información inadecuada y poco veraz.

Para la fecha de traslado la demandante plasmó su firma en el formulario y siendo este una persona legalmente capaz, debe entenderse que este aceptó cada una de las condiciones ofrecidas, en consecuencia, no es dable años después venga a mostrar su inconformidad, más aún cuando tuvo la posibilidad de tener re-asesoría por parte del fondo privado que demuestra haber estado de acuerdo y satisfecho con lo que ese fondo privado le ofrecía.

Ahora bien, el Decreto 3800 de 2004, artículos 1° y 2°, inciso segundo y que a la letra dice:

Artículo 1o. Traslado de Régimen de Personas que les falte menos de diez años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. De conformidad con lo señalado en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, las personas a las que, a 28 de enero

de 2004, les faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, podrán trasladarse por una única vez, entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, hasta dicha fecha.

Artículo 2°. Casos de múltiple vinculación. En el evento en que las personas a que se refiere el artículo anterior se encuentren en situación de múltiple vinculación de régimen ante las administradoras del Sistema General de Pensiones, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 del Decreto 692 de 1994, deberán elegir el régimen al cual deseen estar vinculados.

Las personas a las que se refiere el artículo anterior, que no manifiesten su voluntad de afiliación de administradora o selección de régimen, se entenderán vinculadas a la entidad a la que se encontraran cotizando a 28 de enero de 2004 o a aquella que recibió la última cotización antes de dicha fecha.

A la fecha, el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual tiene plena validez y respecto a la nulidad del contrato alegado por el interesado.

Así mismo, La institución que represento, no puede argumentar motivos de equidad y desconocer la legislación vigente ni la propia voluntad y decisión del afiliado, Como institución de carácter público, tiene que someterse al imperio de la Ley, pues los servidores públicos no pueden, según la Constitución Política de Colombia, hacer sino lo que les está expresamente permitido, y entre esas cosas no está tomar decisiones en equidad. Lo contrario sería prevaricar.

Ahora, frente a las múltiples afectaciones al Sistema General de Pensiones En reciente pronunciamiento la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia razonó que no es posible revertir ciertos efectos económicos como el deterioro que sufre el capital que ya ha sido objeto de pago a través de mecanismos de financiación como los bonos pensionales y las cuotas partes de entidades contribuyentes, como consecuencia ineludible del pago de mesadas pensionales. En efecto, es irreparable la pérdida de integridad del músculo financiero con que se respalda el pago de la prestación, por lo que forzar a través de una ficción jurídica la vuelta al estado anterior en que se encontraba las cosas, va en detrimento de los recursos de la Seguridad Social, bien sea que provengan de la Nación y/o demás entidades que deben contribuir al financiamiento del pasivo pensional. Sumado a lo anterior, se torna inviable la realización de los efectos de la ineficacia, por cuanto no es posible cesar los efectos jurídicos de las operaciones, contratos y actos que involucran a terceros como aseguradoras, entidades oficiales e inversiones, que según la modalidad pensional en

que se encuentre el actual pensionado, hayan concurrido en la administración y gestión del riesgo financiero, entre otras muchas problemáticas de orden financiero, que ocasionarían un déficit económico entre los actores del Sistema que han confluído en la gestión de los recursos a través de relaciones jurídicas válidamente suscitadas en el mundo jurídico del Sistema General de Pensiones, en cumplimiento de obligaciones y deberes contractuales que ya se encuentran consumados y perfeccionados con las consecuencias de orden legal y financiero que ello acarrea.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales.

Concretamente, esa alta corporación estableció:

“Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata. Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida”.

Es claro, que es un negocio jurídico en el que no intervino COLPENSIONES, por lo tanto, se deberán devolver la totalidad de las sumas que comprenden: Recursos de la cuenta individual de ahorro, ii) Cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, iii) Rendimientos, iv) Anulación de Bonos Pensionales (si los hubiere) v). Porcentaje destinado al pago de Seguros Previsionales y gastos de administración, así como las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, sumas debidamente indexadas y sumas que deberán discriminar los conceptos entregados a COLPENSIONES E.I.C.E, detallando en forma pormenorizada a que corresponden

cada uno de los valores entregados, junto con el detalle de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Por las razones expuestas solicito señor Magistrado, se revoque el fallo proferido en primera instancia por el Juzgado primero (01) Laboral del Circuito de Envigado, frente a la ineficacia de afiliación al RAIS, y la reactivación, sin solución de continuidad, de la señora ALBA LUCIA MEDINA BETANCUR, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.”

## **PORVENIR S.A.**

### **“I. OBJETO DEL RECURSO.**

En atención a los argumentos que se expondrán a continuación, solicito respetuosamente al Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, que **se revoque** la sentencia proferida por el Juez de primera instancia, en la cual se decidió:

**“PRIMERO:** DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la señora ALBA LUCÍA MEDINA BETANCUR, identificada con la cédula de ciudadanía número 43494534 al RAIS, administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A., entendiéndose que ha permanecido en el RPM administrada por Colpensiones sin solución de continuidad, según lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO:** CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones debidamente indexado, la totalidad de aportes por pensiones recibidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante señora ALBA LUCÍA MEDINA BETANCUR, con motivo de su afiliación, con los rendimientos financieros sin descuento alguno, incluyendo el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al FGPM, los bonos pensionales si los hubiere y con cargo a sus propios recursos, todo ello dentro del término de 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, de acuerdo a lo indicado en la parte motiva.



**TERCERO:** ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a recibir los dineros trasladados, teniendo a la señora ALBA LUCÍA MEDINA BETANCUR como afiliada al RPM sin solución de continuidad, actualizando su historia laboral para los fines pensionales y prestacionales a que hubiera lugar, según los considerandos de este proveído.

**CUARTO.** Costas a cargo de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., fijándose como agencias en derecho la suma de 3 millones de pesos en favor de la demandante la señora ALBA LUCÍA MEDINA BETANCUR.

**QUINTO.** Declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada, los demás medios exceptivos se declaran implícitamente resueltas con la presente sentencia.

**SEXTO.** En caso de no ser apelada la presente decisión o ser apelada parcialmente, se remitirá el expediente al TSM – Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones”.

Lo anterior, con base en los siguientes:

## **II. PUNTOS MATERIA DE APELACIÓN.**

Son puntos materia de la apelación los siguientes:

1. Declaratoria de ineficacia de la afiliación de la parte actora al RAIS.
2. La condena consistente en devolver a Colpensiones los aportes por pensiones recibidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante, con los rendimientos financieros sin descuento alguno, incluyendo el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al FGPM y los bonos pensionales.
3. La indexación ordenada.
4. La condena en costas.

## **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 consistente en trasladar a Colpensiones los aportes por pensiones recibidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante, con los rendimientos financieros sin descuento alguno, incluyendo el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al FGPM y los bonos pensionales.**

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 a la devolución de los gastos de administración, la prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al FGPM, 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.

### **3. La indexación ordenada en la sentencia:**

Atendiendo a que los efectos jurídicos que se causan tras la declaratoria de ineficacia son los propios del concepto de las restituciones mutuas, 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 resarciría con los rendimientos financieros que se generaron debido a la buena gestión que mi representada hizo de los recursos de la demandante, que en todo caso, atendiendo a los efectos jurídicos antes mencionados, nunca debieron existir, por lo que se estaría imponiendo una condena doble en contra de mi representada y un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones.

### **4. Condena en costas a cargo de mi representada.**

En relación con la condena en costas debemos indicar que mi representada siempre obró con buena fe objetiva, en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes para la época en la que se dio el traslado de la parte demandante del RPM al RAIS y buscando siempre el beneficio de la parte demandante, por lo que la condena en costas no es procedente ante la ausencia de mala fe 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.

De confirmarse la decisión de declaratoria de ineficacia ante referida, se verificará si es procedente la condena en contra de COLPENSIONES de reconocer y pagar la

pensión de vejez a la demandante, y en caso afirmativo, los términos en que dicha prestación debe ser otorgada.

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 en los art. 10 y 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.

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 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.

Es así como, en el presente asunto, está probado, que la actora, estando afiliado al régimen pensional de prima media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, según historia laboral emitida por COLPENSIONES que reposa de folio 25 a 30 del expediente (Documento 26 del expediente digital), se afilió a la administradora del RAIS PORVENIR S.A. el 28 de julio de 1998 como se advierte en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 92 del expediente (Documento 21 del expediente digital), con efectividad a partir 1° de septiembre de 1998 como se registra en la historia laboral que milita a folio 37 del expediente (Documento 21 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 40 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que PORVENIR S.A. en el año 1995 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 el demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:31:29 del video de la audiencia de conciliación y trámite (documento 32 del expediente digital), no se advierte que, esta haya confesado que al momento de su traslado de régimen 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, 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.

De otra parte, ha señalado la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para probar la 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 en este proceso la AFP PORVENIR S.A., siendo su carga.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES, 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 Fogafin durante el tiempo que legalmente se descontó de la cotización, por lo que se precisa en esta instancia, que PORVENIR S.A., debe devolver a COLPENSIONES la totalidad de los aportes pensionales o cotizaciones que recibió con motivo de la afiliación del actor, sin descuento de ninguna índole, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, con sus intereses o rendimientos, indexando el porcentaje de la cotización que no fue consignado en la cuenta de ahorro pensional de la actora, como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, pues, 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 del 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).

Así lo dispone el art. 1746 del C.C., según el cual, “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, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019, en la que precisó:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la 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, que ninguna suma quede 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 las AFP'S, 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 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.

Ahora, respecto de la excepción de prescripción formulada por la AFP demandada 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, 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.

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.

Finalmente, en lo concerniente a la inoponibilidad a COLPENSIONES, de las decisiones de la sentencia de primera instancia y la solicitud que se realice un test o juicio de proporcionalidad, para variar las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen pensional, planteados en los alegatos de COLPENSIONES, son temas que no pueden ser estudiados en esta instancia, pues no fueron objeto del litigio.

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

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. Las agencias en derecho, 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 13 de diciembre de 2022 proferida por el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE ENVIGADO, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **ALBA LUCÍA MEDINA BETANCUR** contra **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, PRECISÁNDOLA en el sentido que PORVENIR S.A., debe devolver a COLPENSIONES la totalidad de los aportes pensionales o cotizaciones que recibió con motivo de la afiliación de la actora, sin descuento de ninguna índole, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, con sus intereses o rendimientos, indexando el porcentaje de la cotización que no fue consignado en la cuenta de ahorro pensional de la actora.

**SEGUNDO: MODIFICAR** 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.

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR 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: **26af39ee8dc6cf7631abe3ebd14f4abeb046f2987bae8ea10585a28d5b4b6d71**

Documento generado en 17/08/2023 02:35:26 PM

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