

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### SALA DE DECISIÓN LABORAL

El veintisiete (27) octubre 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 **GLORIA PATRICIA ARENAS PAUTT** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.) tramitado bajo el radicado **No. 05001-31-05-010-2022-00219-01**.

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 nació el 25 de abril de 1965, y que se vinculó al ISS hoy COLPENSIONES hasta el 31 de mayo de 2001, fecha en la que se trasladó al RAIS por medio de la AFP PORVENIR S.A.

Expone que el asesor comercial de PORVENIR S.A., no le brindó un análisis de su situación pensional, pues no le explicó las modalidades pensionales ni la forma de obtenerlas, sin presentarle un comparativo de los regímenes, ni exponerle la oportunidad que tenía de ejercer el derecho de retracto, ni le dio a conocer las desventajas del fondo privado en relación con su condición particular, ya que el asesor solo le indicó las ventajas del RAIS, informándole que su pensión en dicha entidad le

permitiría gozar de una asignación prestacional más joven y muy superior a la que podría aspirar en el RPM.

Indica que el 25 de agosto de 2009, fue abordada nuevamente por un asesor de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. quien bajo información parcializada y sin documentar su situación pensional particular, la indujo a trasladarse a dicha administradora.

## **2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:**

El *a quo* accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, condenando en consecuencia a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES dentro los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, la totalidad de los saldos existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, el valor de las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Ordenó, que a la fecha de entrega a COLPENSIONES, dichos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

Seguidamente ordenó a COLPENSIONES a recibir los valores señalados, incorporándolos como aportes pensionales en la historia laboral de la demandante, imputándolos a los periodos en que fueron cotizados en el sistema privado, de acuerdo al IBC que fueron aportados, cotizaciones que habrán de tenerse como semanas válidamente cotizadas para la causación de las prestaciones económicas que llegue a reclamar la demandante. Finalmente condenó en costas a PORVENIR S.A.

Para fulminar condena en lo que tiene que ver con la ineficacia de traslado, 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 y se sintetiza en la obligación de brindar una información completa, suficiente, idónea y comprensible sobre las características de los regímenes pensionales, determinando e informando la conveniencia e inconvenientes de uno y otro régimen, y la inversión de la carga de la prueba de la información brindada en cabeza de la AFP.

Luego, señaló que en el proceso no se probó por parte de la AFP demandada que, al momento de la afiliación de la demandante, haya cumplido con el deber legal de otorgar una explicación integral sobre la regulación de los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, resultando insuficiente como prueba de la existencia de un consentimiento suficientemente informado la suscripción del formulario de afiliación pre impreso.

### **3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN:**

La apoderada de PORVENIR S.A. apela la sentencia, solicitándole al Tribunal la revoque frente a las condenas impuestas a PORVENIR S.A., argumentando que la afiliación inicial de la demandante al RAIS a través de PORVENIR S.A. fue completamente válida, y estuvo precedida de una asesoría clara, expresa, completa, oportuna y con toda la información pertinente y necesaria, por lo que en el presente caso no se dan los supuestos necesarios para declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, por el contrario se evidencia que la accionante durante todo este tiempo de vinculación en el RAIS tuvo la posibilidad de conocer las características y condiciones del sistema, incluso esa decisión libre y voluntaria de trasladarse dentro de administradoras siempre dentro en el RAIS, es una muestra fehaciente de querer permanecer en el mismo régimen pensional.

Manifiesta que, si bien es claro que existe una línea jurisprudencial sobre la ineficacia, esta solo resulta aplicada de manera diferenciada, según los supuestos fácticos de los que se exige una similitud, el presente caso no se dan, como quiera que la demandante se afilió de manera válida, libre, voluntaria e informada con todas las cargas impuestas a la AFP para las datas de afiliación, pues los términos tan rigurosos por los que se reprocha a la AFP sólo fueron impuestos posteriormente y las declaraciones y condenas en su contra solo desconocen el principio de irretroactividad y de seguridad jurídica. En todo caso la única motivación para iniciar este proceso sería el monto de la mesada, factor que no es suficiente para dar por probada la falta al deber de información, pues tampoco es un elemento que vicie la voluntad de la actora, máxime si se tiene en cuenta que la forma de financiar las prestaciones en cada uno de los regímenes es sustancialmente diferentes.

Arguye que no se debe mantener la condena respecto de declarar la ineficacia, ni se debe trasladar los gastos de administración contenidos en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, porque durante el periodo de la afiliación a la AFP cumplió con la finalidad pensional de los afiliados con el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte,

por lo que en todo caso estás sumas han sido invertidas como lo exige la Ley, en tal sentido de la Superfinanciera de Colombia ha manifestado que en estos casos lo procedente es que se respete las restituciones mutuas, que no se ordene el traslado de las primas, y que tampoco se ordene la devolución de las comisiones de cuotas de administración, pues estas han sido utilizadas para generar rendimientos a las cuentas de los afiliados, que corresponde al trabajo y a la administración de dichos recursos. En este mismo orden de ideas y de acuerdo a lo establecido en el artículo 1747 del Código Civil, será necesario actualizar los descuentos de las restituciones mutuas a que haya dado lugar, independiente del motivo que da lugar a la ineficacia, al fondo se le deben reconocer los gastos de administración que ha hecho a favor de los afiliados para generarle esos rendimientos y debe reconocerse que la AFP administra los recursos ostensiblemente aumentados y tiene derecho a una compensación económica y no un traslado plano de los recursos hacia COLPENSIONES.

Indica que en lo que respecta a la condena de devolver conjuntamente rendimientos y gastos de administración PORVENIR S.A. se aparta de dicha condena, pues no resulta coherente que se declare la ineficacia en unos sentidos y otros no, como quiera que la misma Corte ha indicado que la consecuencia aplicar a este figura es que el negocio no se ha celebrado jamás, y en ese sentido se tendría que los frutos dados por la administración de los recursos de la demandante por parte de PORVENIR S.A. tampoco se han generado, y así mismo se advierte que los rendimientos financieros al ser propios del RAIS, pondrían a las demandantes en una condición diferente a la que se contarían al pertenecer al RPM, dado que recibirían dineros que no se generan en ese régimen pensional.

Igualmente solicita revocar la condena en costas, al considerar que PORVENIR S.A. siempre actuó conforme a la buena fe objetiva y cumpliendo las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico.

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

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los abogados de PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES, allegaron escritos de alegaciones, en los que anotaron resumidamente lo siguiente:

#### **ALEGATOS DE PORVENIR S.A.**

##### **1. Declaratoria de la Ineficacia de la afiliación al RAIS.**

En este punto se debe anotar que, no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, pues la decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley pues:

1.1. Mi representada, al momento de realizar el traslado de la parte accionante al Régimen de Ahorro Individual, cumplió con su deber de información establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues, se le entregó a la parte demandante la información necesaria y obligatoria para la época dentro del mismo Formulario, el cual se recuerda es revisado y aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, y sus requisitos se regulan en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

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.

1.2. 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.

1.3. 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.

1.4. 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. Los valores recibidos con motivo de la afiliación, y especialmente los gastos de administración, comisiones, primas previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al FGPM, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.**

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 los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, y no incluir las cuotas de administración, y seguros previsionales, pues:

- 1.1. 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.

- 1.2. 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.

- 1.3. 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.
- 1.4. 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. CONDENA EN COSTAS**

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.

## **ALEGATOS DE COLPENSIONES.**

En materia probatoria, por regla general corresponde a cada parte probar el supuesto de hecho que exhibe y atendiendo las situaciones particulares del caso, el juez puede invertir la carga de la prueba exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias.

En los eventos de traslado de Régimen, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sin atender las situaciones particulares de cada caso, invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y exime al demandante de probar la existencia de un vicio del consentimiento al momento de afiliarse al RAIS, obligando a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en una de las partes, sin que exista un menor esfuerzo procesal encabeza del demandante.

Así las cosas, en aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba, se ha invertido la carga probatoria, quedando en cabeza de los fondos de pensiones, la obligación de desvirtuar los supuestos alegados por los demandantes acerca de la suficiencia de la información suministrada al momento del traslado; exigencia probatoria que no ha podido ser acreditada por los fondos puesto que cuentan únicamente con los formularios de afiliación, conllevando que los fallos judiciales en la actualidad se expidan en contra de dichas entidades y de manera colateral afecten los intereses de **COLPENSIONES**.

Con lo señalado hasta ahora, la carga dinámica de la prueba no puede invertirse de una forma arbitraria y sin considerar los aspectos particulares de cada caso debidamente individualizado, tal y como lo precisó la Corte Constitucional en la citada providencia C 086 de 2016:

*“Imponer al juez la obligación de acudir en todos los eventos a la institución de la carga dinámica de la prueba, y **no de manera ponderada** de acuerdo con las **particularidades de cada caso** y los **principios generales de la Ley 1564 de 2012**, significaría **alterar la lógica probatoria** prevista en el estatuto procesal diseñado por el Legislador, para en su lugar prescindir de las cargas procesales razonables que pueden imponerse a las partes y trasladar esa tarea únicamente al juez.”*

No pueden considerarse a todos los afiliados como una parte débil e indefensa, la misma ley previó distintos deberes en cabeza de los mismos con el fin de que por interés propio se asesoren de la mejor manera.

El juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes, no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de **COLPENSIONES**, quien sin haber participado en el trámite de traslado es quien debe afrontar la carga de una eventual prestación, lo que igualmente violenta el principio de la sostenibilidad financiera del sistema.



En relación a éste, en desarrollo de los fines esenciales del Estado Colombiano, las instituciones que lo conforman deben propender hacia la salvaguarda de los principios y valores constitucionales conforme a lo dispuesto en la Carta Política, la Ley y los Convenios Internacionales suscritos por aquel.

El Artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, señala:

*“El Estado garantizará los derechos, la **sostenibilidad financiera del Sistema Pensional**, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas.”*

Por consiguiente, el artículo 48 de la Constitución Política, estableció dos dimensiones de la seguridad social; por un lado, la concibió como un derecho constitucional fundamental; y, por el otro, como un servicio público de carácter obligatorio el cual se debe prestar bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en aras a la materialización de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, entre otros.

El artículo 334 de la Constitución Política, señala que “La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica”, en ese orden de ideas, es necesario que, dando prevalencia al interés general sobre el particular, se tomen las medidas pertinentes en búsqueda de la protección de los recursos que soportan el sistema pensional, conforme a los principios que rigen la Constitución Política, en la medida que el derecho a la seguridad social se encuentra atado al principio de sostenibilidad fiscal y estabilidad financiera del Estado.

Ahora bien, de **CONFIRMARSE** la ineficacia del traslado, decretada por el AD-QUO implica que los fondos de pensiones privados deban regresar la totalidad de los aportes sin ningún descuento, como así se mencionó la Magistrada ponente CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema en la sentencia SL 4360-2019 con fecha del 9 de octubre de 2019 (radicación No. 68852):

Además y en concordancia con lo anterior se deben tener en cuenta lo que advierten las sentencias SL17595-2017, SL4989-2018 y SL1421-2019 en las que ordena que hay lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, es decir: Recursos cuenta individual de ahorro, Cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, Rendimientos, Anulación de Bonos Pensionales y porcentaje destinado al pago de Seguros Previsionales y gastos de administración.

De igual manera Honorable Magistrada, es de su conocimiento que en la sentencia SL782-2021, como en el presente proceso por ser homologo, y por versar sobre los mismos intereses, se debe, en defensa de los principios de la Estabilidad Financiera y Sostenibilidad Financiera del Sistema de Seguridad Social propender porque no solo el saldo de la CAI, sino todos los recursos con sus respectivos rendimientos que generó la afiliación al RAIS, sean TODOS estos valores **DEBIDAMENTE INDEXADOS para la sentencia definitiva del proceso.**

Así las cosas, la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES**, entidad que represento, en su calidad de administradora del Régimen de Prima Media de prestación definida, al reconocer un traslado de régimen, lo hace tomando como eje los principios generales del sistema general de la seguridad social y las normas que se aplican para la misma. Por lo que dicha actuación conlleva a que no prosperen las pretensiones del demandante.

Finalmente, al respecto de las costas, no tiene soporte una condena por este hecho, pues la entidad ha obrado de buena fe, y actúa según lo ordena la característica filosófica de sus funciones, sin que pueda ejecutar hechos prohibidos por las leyes y menos violar sus propios reglamentos razón por la cual no debería estar llamado a pagar costas o agencias en Derecho.

## **5. PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER:**

El problema jurídico para 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. 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 del traslado de régimen pensional, 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 pensional de prima media administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, según historia laboral que reposa a folio 84 a 88 del expediente digital (14ContestacionColpensionesI), se afilió a la administradora del RAIS PORVENIR S.A. el 24 de abril de 2001, como se anota en el formulario de afiliación a dicho fondo que reposa a folio 41 del archivo(15ContestacionPorvenir) con efectividad al 1° de junio de 2001, como se advierte del formulario de SIAFP que milita a folio 39 del expediente (15ContestacionPorvenir). Posteriormente se trasladó a la AFP HORIZONTES hoy PORVENIR S.A. suscribiendo el formulario el 25 de agosto de 2009, haciéndose efectiva la afiliación el 1 de octubre de 2009, como se colige del citado certificado del SIAF.

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 2001 estuviera en la obligación de suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada

régimen pensional; sobre todo **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué dependería su monto en el RAIS.**

Sobre el deber de información antes citado, en el interrogatorio de parte que fue absuelto por la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 01:38:50 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento (28VideoAudiencia05001310501020200029000), 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, entre otros aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

Ahora, conforme lo señaló el *a quo*, 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 del *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por la demandante en el año 2001 cuando se trasladó del RPM administrado en ese momento por ISS hoy COLPENSIONES a la AFP PORVENIR S.A.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES, encuentra la Sala que, 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, sin embargo no existe la debida precisión de los dineros a transferir, pues el juez no hizo mención al porcentaje del reaseguro Fogafín durante el tiempo que legalmente se haya descontó de la cotización, 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 del actor, es decir las cotizaciones allí depositadas con sus rendimientos o intereses, así como indexados, los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín durante el tiempo que legalmente se haya descontó de la cotización, 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 alegado 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 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).

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

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

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

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

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

Teniendo en cuenta lo anterior, al tratarse de la declaratoria de un acto ineficaz que acarrea los mismos efectos de uno nulo, no es dable concebir, so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración del bien, que dichas sumas queden por fuera de las restituciones, de un lado, porque se trata de rubros que pertenecen al régimen de prima media con prestación definida, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otro, porque es la indebida actuación por parte de la AFP demandada, al no proveer la información clara, completa y comprensible a través de sus asesores, que tiene como consecuencia, además del hecho de generar la declaratoria de ineficacia, que deban asumir de su patrimonio los perjuicios que se ocasionen a los afiliados y las sumas sufragadas a terceros, como lo son las aseguradoras previsionales, ello con base en los artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

Ahora, en lo que concierne a la indexación, aspecto que también es apelado por la procuradora de PORVENIR S.A., indicando que la rentabilidad generada es incompatible con la indexación, pues los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante no se han visto afectados por la inflación, sino que han generado rendimientos, ha de decirse por parte de la Sala que no le asiste razón en cuanto a la indexación del porcentaje de las cotizaciones referida a los gastos o cuotas de administración, incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, pues estos rubros que no ganaron los rendimientos o intereses al no ser abonados en la cuenta de ahorro pensional, pues fueron apropiados por PORVENIR S.A. o gastados para los pagos de las primas de seguros.

No obstante lo anterior, de la forma como se redacta la orden de la indexación en la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, se pudiera entender que es respecto de todos los rubros de los que se ordenó la devolución, es decir incluiría las sumas abonadas en la cuenta de ahorro pensional de la actora y los intereses o rendimientos, asunto en el que le asistiría razón a PORVENIR S.A., por lo que se precisará en esta instancia, que a indexación solo se realizará respecto del porcentaje de las cotizaciones referida a los gastos o cuotas de administración, incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima.

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.

Finalmente, con respecto a la oposición de PORVENIR S.A. a la condena en costas que se le impuso, con el argumento que siempre ha actuado acorde a los principios de buena fe, y en apego a las normas establecidas para la época en cuanto a la afiliación de las personas a la entidad, no se entiende cómo tal aseveración incida en que no se le impongan costas a PORVENIR S.A., pues finalmente resultó vencida en el proceso, que es el supuesto de hecho que establece el Artículo 365 de CGP para imponer las costas, por lo que la sentencia del a quo, será confirmando en este aspecto.

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

SIN COSTAS en esta instancia, por haber prosperado parcialmente el recurso de apelación de PORVENIR S.A.

## **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 18 de agosto de 2023 proferida por el JUZGADO DÉCIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **GLORIA PATRICIA ARENAS PAUTT** contra **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, PRECISÁNDOLA en el sentido de 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 del demandante.

**SEGUNDO:** SIN COSTAS en esta instancia.



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: **95e9009a3dd2d4d8b053fe834cd6a7f99357b09f1bfff2c2b89f90b4648e0b9**

Documento generado en 27/10/2023 03:18:08 PM

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