

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El diez (10) noviembre 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 **ASTRID ELENA SÁNCHEZ LÓPEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y las sociedades **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** (en adelante COLFONDOS S.A.) y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.) tramitado bajo el radicado **No. 05001-31-05-019-2022-00256-01**.

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 y/o nulidad de su traslado al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida (en adelante RPM) administrado por Colpensiones.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata la actora, que nació el 12 de abril de 1967, que inició sus cotizaciones en el ISS hoy COLPENSIONES desde enero de 1984 hasta mayo del 2002, cuando se trasladó al RAIS por medio de la AFP PORVENIR S.A.

Expone que al momento de la afiliación no obtuvo la suficiente información sobre la liquidación final de su pensión al momento de obtener los requisitos para pensionarse, y una buena asesoría le hubiese permitido evidenciar que le resultaba más beneficioso quedarse en el RPM, pues la asesoría brindada por los fondos privados, no tuvo en

cuenta las condiciones particulares, y solo le limitaron a informar sobre la rentabilidad y las fluctuaciones del mercado que podrían dar lugar a una excelente pensión con diversos beneficios económicos, pero no se le explicó de manera clara y precisa, los riesgos y beneficios que corría al estar afiliada en el RAIS frente al RPM, ni el monto de la mesada pensional, ni que la obtención de esta solo obedece al capital ahorrado.

Manifiesta que el 11 de noviembre de 2021, elevó derecho de petición ante PORVENIR S.A. solicitando el soporte del traslado de régimen y pruebas de la asesoría brindada; así mismo realizó la reclamación administrativa correspondiente ante COLPENSIONES solicitando el traslado el régimen.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El *a quo* despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de la demandante del RAIS al RPM, declarando que se encuentra afiliada al RPM sin solución de continuidad, condenando a COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES dentro de los 30 días siguiente a la ejecutoria de la providencia, los saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, con los rendimientos financieros, los gastos de administración, que se componen de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, primas de seguros y los pagos destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados con cargo a sus propios recursos. Además, se ordenó, que 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 justifiquen y deberá normalizar la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones.

Asimismo, ordenó a COLPENSIONES reactivar la afiliación de la demandante al RPM, y a recibir la devolución de los dineros ordenados.

Finalmente declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, y condenó en costas a COLFONDOS 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 entregó la debida información al afiliado al momento del traslado.

Seguidamente expuso que en el presente proceso no se probó por parte de las AFP demandadas 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 COLFONDOS S.A.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:

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

APELACIÓN DE COLFONDOS S.A.

La apoderada de COLFONDOS S.A. apela la sentencia, argumentando que el traslado de régimen efectuado con COLFONDOS S.A. se dio de manera libre y voluntaria, en virtud del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, como fue confesado en interrogatorio de parte por la demandante. A su vez, debe tenerse en cuenta que, para la fecha del traslado de régimen, en el año 1995, no existía para los fondos privados, la obligación legal de resguardar documentales o grabaciones diferentes al formulario de afiliación, circunstancia que hoy en día imposibilita probatoriamente a los fondos demostrar la existencia de un consentimiento informado. Sin perjuicio de lo anterior, solicita al Tribunal analice de manera detenida el interrogatorio de parte rendido en audiencia, pues la demandante indicó que en el año 1995 no tuvo contacto con el asesor de COLFONDOS S.A., sino que fue su empleador, quien le suministró el formulario afiliación, por lo que es evidente que la demandante reprocha los actos de su empleador y no los de COLFONDOS S.A. Al respecto la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, con ponencia del magistrado Hugo Alexander Ríos Garay en Sentencia del 31 de marzo del 2023 con radicado 2020265, dispuso *“en consecuencia, mal haría este Tribunal en considerar que las consecuencias fácticas del presente asunto equivalen a las consideradas en la regla jurisprudencial de la Honorable Corte Suprema de Justicia relativa a la ineficacia del traslado al RAIS, por cuanto las providencias que componen la regla decisoria jurisprudencial se reprocha el incumplimiento de la AFP del deber de información, asesoría y buen Consejo conforme su desarrollo histórico respecto del afiliado juicio de conducta que no es posible adelantar en el presente asunto, en donde la demandante indicó que no hubo*

participación de asesor alguno de PORVENIR S.A. en el acto de traslado, lo que impide reprochar la conducta de una administradora que no estuvo presente al momento del traslado al RAIS”.

Manifiesta que, conforme a lo anterior no habrá lugar a declarar la ineficacia, ni tampoco a condenar a COLFONDOS S.A. a devolver sumas de dinero por concepto de gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima, máxime que dichas sumas de dinero fueron descontadas por autorización legal y podría generarse un enriquecimiento sin justa causa a la parte demandante.

Arguye que los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993 establecen la forma de financiar las pensiones de invalidez y sobrevivencia, que incluye el pago de los seguros previsionales para cubrir dichas contingencias, de las cuales han estado cubiertos los demandantes durante la afiliación con COLFONDOS S.A. Igualmente frente a los gastos de administración, debe tenerse en cuenta que el artículo 104 de la Ley 100 de 1993 prevé el cumplimiento de las condiciones y montos que fije la Superintendencia Financiera de Colombia. Además, debe precisarse que la ausencia de devolución de dichos dineros no modifica de manera alguna o perjudica las semanas que se trasladen a COLPENSIONES, pues estas solo tienen en cuenta el salario y el período cotizado.

Finalmente indica que es excesiva la imposición de indexación, toda vez que con el traslado de los rendimientos se compensaría la depreciación del poder adquisitivo de los recursos objeto de transferencia a COLPENSIONES.

APELACIÓN DE PORVENIR S.A.

El apoderado de PORVENIR S.A. apela la sentencia, argumentando que, se aparta de las consideraciones dadas por el juez de primera instancia a efectos de la declaratoria de la ineficacia dentro del presente proveído, toda vez, que en el presente proceso existen unas particularidades de manera procesal y técnicas que no son atendidas conforme a la norma, pues en el escrito de demanda inicial que presenta la actora, en ningún momento se hace alusión o se solicita una ineficacia respecto de su traslado de régimen pensional efectuado hacia la AFP COLFONDOS S.A. y es en ese entendido la sentencia debe guardar congruencia respecto de las pretensiones y hechos narrados en la demanda, pues en ningún momento se hizo alusión al traslado de régimen pensional y las circunstancias de modo respecto a cómo se dio dicho traslado, el cual da lugar a que se invierta la carga de la prueba sobre los fondos

privados a efectos de probar el deber de información, sin embargo, se resalta que en el presente asunto la parte actora en ningún momento realizó una negación indefinida respecto de la supuesta falta de información que no se le brindó por parte de COLFONDOS S.A. Además, sumado a ello, como indicó la actora en el interrogatorio de parte, al momento del traslado no estuvieron presentes los comerciales del fondo privado, sino que fue su propio empleador quien gestionó todos los trámites relacionados al traslado de régimen pensional, situación que tampoco fue advertida en el escrito de demanda, razón a ello los fondos privados no puedan ejercer su derecho de defensa acorde a los supuestos fácticos que realmente acontecieron al caso en concreto.

Manifiesta que en el presente caso no puede entenderse un hecho imputable a los fondos privados en cuanto a que no brindaron una información a la demandante, puesto que en el escrito de demanda no se hace la negación indefinida en ese aspecto, en especial en el acto jurídico que se declara ineficaz. También resalta el interrogatorio de partes donde la actora muchas veces se rehusó a responder preguntas respecto de cómo, circunstancias de modo en cuanto a cómo se dio su traslado de régimen pensional, afirmando que no recuerda, por lo que se deja muy entredicho la negación indefinida que realiza la actora, tanto en el interrogatorio de parte, como en su escrito de demanda, por lo que todas esas particularidades hacen de que dicha negación indefinida no pueda ser tenida como certera y que bajo la misma se estudie y se declare la ineficacia de un acto jurídico, puesto que no se están atendiendo los supuestos fácticos que realmente acontecieron al caso en concreto, sumado a ello, no obra prueba y la demandante indicó que su traslado fue una decisión voluntaria, por lo que no logra que se apliquen de manera extensiva a las sanciones contenidas en los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993.

Indica que la actora suscribió un formulario de afiliación que contaba para entonces con todos los requisitos exigidos por la norma, es decir, los contenidos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, por lo que hacen que su vinculación al RAIS sea plenamente válida, pues su traslado cumplió con los requisitos de forma, por lo que es plenamente válido a la luz de lo ya expuesto. También es importante tener en cuenta que lo que motivó a la demandante a iniciar su proceso no radica en una inconformidad de cómo se dio su vinculación o en cómo por parte de PORVENIR S.A. se administran los recursos de la demandante, sino que su inconformidad va direccionada frente al incumplimiento de una expectativa en cuanto al eventual monto de la mesada pensional que obtendría en el RAIS, y es dicho incumplimiento el que no puede entenderse como una falta de información y engaño a efectos de que se declare una

ineficacia, pues para la fecha en que la actora se trasladó de régimen pensional y se trasladó de manera horizontal hacia PORVENIR S.A. no era posible por parte del fondo privado el suministro de una proyección de cuánto iba a ser su mesada pensional, puesto que para ese momento no se contaban con las variables que hoy en día se tienen y tampoco era una obligación. Además, el acto jurídico de traslado de régimen pensional no debe mirarse en cuánto va ser el monto de la mesada pensional, pues pretender equiparar los montos de las mesadas o la forma en como los regímenes pensionales liquidan, financian y reconocen las prestaciones económicas sería transgredir las normas que constituyen dichos regímenes pensionales que, si bien coexisten en el mismo Sistema General de Pensiones, son excluyentes entre sí.

Arguye que es necesario analizar en cuanto a la declaratoria de la ineffecticia que a la demandante le asiste un deber mínimo de diligencia y cuidado de sus propios negocios, el cual carece por su ausencia en el presente asunto, por lo que, en ese sentido, la actora no puede beneficiarse de su propia culpa y actuar, y que ahora, a través de un proceso ordinario laboral, retornar o declarar ineffectico un acto jurídico únicamente por una prestación económica.

Por todo lo anterior, solicita que se revoque la declaratoria de ineffecticia. No obstante, si el Tribunal considera mantener en firme la declaratoria de ineffecticia, solicita sean revocadas las siguientes condenas impuestas a PORVENIR S.A., primero, que se revoque la condena de trasladar a COLPENSIONES o reintegrar los descuentos legales que realizó PORVENIR S.A. por gastos de administración y primas de seguros previsionales, en atención a que estos rubros ya no hacen parte del patrimonio de PORVENIR S.A., en cuanto a los gastos administración los mismos se dispusieron conforme al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, sumado a que los mismos se utilizaron para administrar los recursos de la demandante y generar rendimientos en su cuenta de ahorro individual; en el tema de las primas de seguros previsionales estos rubros fueron pagados de buena fe y efectivamente a una aseguradora para cubrir las contingencias de invalidez y muerte que se llegaren a presentar, es decir, estos descuentos no se realizaron de manera caprichosa por parte de PORVENIR S.A., sino en cumplimiento normativo y en beneficio de la demandante. Además, dichos descuentos también son realizados en el RPM. Segundo que se revoque la condena de trasladar los descuentos legales que realizó PORVENIR S.A. por seguros previsionales, gastos de administración y aportes al Fondo de Garantía de pensión mínima de manera indexada, toda vez, que con el presente fallo debe tenerse en cuenta el principio de las restituciones mutuas, es decir, que las cosas vuelvan a un estado anterior con la declaratoria ineffecticia, en ese entendido, los rendimientos que

se ocasionaron por la administración de los fondos privados no se debieron de haber generado en la cuenta de ahorro individual, así las cosas, el condenar una indexación que lo que busca es que al momento de que estos descuentos legales sean trasladados a COLPENSIONES no sufran deterioro por el paso del tiempo, dicho detrimento se puede resarcir con el traslado de los rendimientos que como ya se indicó, no hay lugar a que se hubieren ocasionado.

Así las cosas, condenar el traslado de los rendimientos y unas sumas indexadas sería imponer una doble condena en contra de PORVENIR S.A. y un enriquecimiento sin justa causa sobre COLPENSIONES, por lo anterior, solicita se tengan en cuenta la anterior fórmula de compensación, consistente en que se revoque la indexación y que se acceda a que los rendimientos ocasionados en el RAIS puedan resarcir el eventual detrimento sobre los descuentos al momento de ser reintegrados a COLPENSIONES en caso de que se acceda a dicha condena.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, únicamente el apoderado judicial de PORVENIR S.A. presentó escritos de alegatos, en el que señala 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 el presente fallo no se tuvo en cuenta las reales circunstancias de modo que rodearon el traslado de régimen pensional, puesto que solo hasta la práctica de pruebas se advirtió que fue el empleador de la demandante quien desplegó las acciones relativas al traslado de régimen, y no fue por una supuesta asesoría indebida del fondo, y que este no le suministro información, dado que el mismo no estuvo presente al momento de traslado, por lo que se debió llamar a juicio al empleador de la demandante a efectos de determinar si en realidad la demandante no recibió una información al momento de trasladarse, y endilgar ante lo que se pruebe, si es el empleador, el acreedor de las sanciones contenidas en los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, dado que la conducta a reprochar y con la que se busca que el traslado se torne ineficaz, es la que desplegó su empleador y no la AFP, postura que se tomó dentro del proceso ordinario laboral identificado con número de radicado corto 2020-265, tanto en primera como en segunda instancia, dentro del distrito judicial de Bogotá, en un caso con particularidades similares, puesto

que en el presente caso no se tuvieron en cuenta los supuestos facticos reales que rodearon el caso en concreto para tomar una decisión.

Sumado a lo anterior, se tiene que 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 con mi defendida, como se expone a continuación:

- 1.1. Mi representada, al momento de realizar el traslado de la parte accionante, cumplió con su deber de información establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues, se le entregó a la parte demandante la información necesaria y obligatoria para entonces dentro del mismo Formulario, el cual se recuerda es revisado y aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, y sus requisitos se regulan en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.
- 1.2. Adicionalmente la parte demandante contó con varias oportunidades para trasladarse nuevamente de régimen y no lo hizo, por el contrario, permaneció en el mismo régimen pensional privado, de lo cual solamente es posible concluir que siempre mantuvo un interés en mantenerse vinculado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.
- 1.3. Por otro lado, a razón de los hechos narrados en la demanda, y de lo sucedido en la audiencia de primera instancia, se logra inferir que la motivación de la parte actora para iniciar este proceso es el carácter económico de la mesada pensional. Por lo tanto, es palmario que lo que motiva a la parte demandante a solicitar la nulidad o ineficacia de su traslado de régimen de pensiones no reposa en la forma en cómo este se produjo, sino en el supuesto hecho de no cumplirse sus expectativas sobre el eventual monto de la pensión que recibiría en este; monto que, como es obvio suponer, no podía ser determinado en el momento en el que se presentó su vinculación, al depender de muchas variables que no eran conocidas en su momento. Esa es la razón por la cual la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que de la sola circunstancia de no cumplirse las expectativas pensionales no puede predicarse un engaño.

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

- 1.4. Aunado a lo anterior, Se recuerda que la prueba documental que extraña el juez de primera instancia en su fallo, frente a aquellos documentos que acrediten la entrega de información, no era una obligación vigente para el momento del traslado de la parte actora, pues esta obligación surgió con la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia financiera de Colombia, teniendo en cuenta lo anterior, no es cierto que mi representada se encuentra en una mejor posición probatoria que acredite lo solicitado.
- 1.5. Así mismo, se resalta que la obligación del buen consejo, la doble asesoría, e incluso la de desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores, surgidas a partir del año 2010 y 2014, lo anterior fue recapitulado y objeto de pronunciamiento en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL SL1688- 2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464- 2019, en consecuencia, tales obligaciones no existían para la época de la afiliación y mucho menos las mismas se pueden aplicar de manera retroactiva.
- 1.6. En el presente proceso también se avizora un incumplimiento de la parte accionante del deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios, lo cual conlleva a que la misma no pueda ser beneficiaria de su propia culpa o negligencia en su actuar.
- 1.7. Por último, se resalta que la totalidad de condiciones del Régimen de Ahorro Individual no son impuestas por las Administradoras de Fondos Pensionales, por el contrario, dichas condiciones para adquirir diferentes prestaciones dentro del régimen se encuentran en la Ley 100 de 1993, en consecuencia, **la ignorancia o desconocimiento de esta no sirven de excusa**, tal y como lo establece el artículo 9 del código Civil Colombiano.

2. Los valores recibidos con motivo de la afiliación, especialmente los gastos de administración, los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, primas de seguros y los pagos destinados al fondo

de garantía de pensión mínima, 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 consecuencialmente debe ser revocada.

Ahora bien, si se decidiera por parte del Honorable Tribunal dejar en firme la ineficacia de la afiliación, se solicita que no se condene al traslado de manera indexada de los gastos de administración, los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, primas de seguros y los pagos destinados al fondo de garantía de pensión mínima, pues:

- 2.1. Atendiendo al fallo emitido por la Juez de primera instancia, en el cual se condena al traslado de los rendimientos que generó la cuenta de ahorro individual de la parte actora, producto de la administración de las AFPs, y que los efectos jurídicos que se causan tras la declaratoria de ineficacia son los propios del concepto de las restituciones mutuas, es decir, que las cosas vuelvan a un estado anterior, dan como sentido en que, no resulte procedente una indexación sobre los descuentos ordenados a trasladar, dado que dicho detrimento que sufre el valor económico de los dineros señalados, el cual se busca reponer con la indexación al momento de ser trasladados a la administradora del RPMD, se resarciría con el traslado de los rendimientos, los cuales no se debieron haber ocasionados tras la declaratoria de ineficacia.

Así las cosas, la indexación sobre el traslado de los descuentos ordenados, estaría imponiendo una condena doble en contra de mi representada y en un enriquecimiento sin justa causa sobre COLPENSIONES, sumado a que se está yendo en contra del principio de congruencia y seguridad jurídica, pues se está condenado a mi defendida en el escenario en que el acto jurídico de traslado de régimen pensional produjo efectos, pues se condena al traslado de los rendimientos generado en el RAIS, y a su vez se está dejando sin efectos, y como si nunca hubiese existido un acto jurídico de traslado de régimen pensional, en el entendido en que, la demandante siempre permaneció sin solución de continuidad en el RPMD, a razón de la declaratoria de ineficacia.

En ese orden de ideas honorables Magistrados, les solicito sea acogida la anterior formula de compensación planteada, a efectos de que se revoque la indexación sobre los descuentos legales realizados por PORVENIR S.A. a las cotizaciones de la parte actora, ordenados en el fallo de primera instancia.

- 2.2. Por otro lado, las sumas correspondientes a los gastos de administración tienen por mandato legal una destinación específica que, se encuentra en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, destinando así el 10% del IBC a las cuentas de ahorro individual, el 0,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, y el 3% restante a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. En el presente caso, es claro que dichos descuentos, han cumplido plenamente con su cometido y no se encuentran en el patrimonio de la AFP, pues se han destinado a cubrir los gastos en que se incurrió, para la generación de frutos o rendimientos que hoy se ven de manera positiva en la cuenta del afiliado y el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte que se han venido disfrutando hasta la actualidad, y que no pueden retrotraerse pues la cobertura y el servicio ya se ha prestado, y este último no es posible devolverlo o retrotraerlo al afiliado.
- 2.3. Atenta contra toda lógica jurídica la declaratoria de un enriquecimiento sin justa causa debido a la inaplicación de las normas legales que regulan las restituciones mutuas derivadas de una nulidad o inejecución de un acto jurídico ordenando devolver o restituir un bien, en este caso una suma de dinero depositada, sumas que invirtió para el mantenimiento de dicho bien e incrementarlo.

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

- 2.4. Toda decisión judicial de traslado de régimen pensional, debe tener como objetivo constitucional, la estabilidad y sostenibilidad financiera

del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por lo que es imperioso en la actualidad, y de acuerdo a la coyuntura económica, hacer un análisis macro de las consecuencias que se derivan de autorizar solicitudes de traslados que no cuentan con los requisitos para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, tal y como se estudió por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en sala extraordinaria del 14 de agosto de 2019 a las 2 PM en virtud de lo establecido en el artículo 35 del CGP donde decidió unificar su jurisprudencia, en sentencia dentro del proceso 05001310500720150129501 negando las ineficacias de traslado en la afiliación, con base en la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

- 2.5. Las anteriores conclusiones frente a la ineficacia en la afiliación y en la manera en cómo deben operar las restituciones mutuas para hacer compatible el régimen y la sostenibilidad del sistema se han recogido y enriquecen con el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia del 17 de enero de 2020 Radicación 2019152169-003-000 el cual fue solicitado por ASOFONDOS.
- 2.6. Improcedencia de traslado de las sumas con destino al fondo de garantía de pensión mínima, pues no hay ninguna razón de orden jurídico para ordenar que la remisión a Colpensiones de las sumas aportadas con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima se haga con cargo a los propios recursos de la administradora demandada. Los efectos de la ineficacia, en particular la de devolver las cosas al estado en que se hallaban antes de que se produjera el acto ineficaz, traen como lógica consecuencia que esos recursos deban ser entregados a la entidad que administra el régimen de prima media, con el fin de financiar las pensiones, de suerte que no tiene ningún sentido que permanezcan en un fondo, cuyo propósito ya no beneficiará al afiliado. Si ello es así, no se encuentra ningún motivo que justifique que esas sumas, que no están en poder de la administradora, sean remitidas con cargo a los propios recursos de esta. Ello equivaldría a una sanción injustificada, que no guarda ninguna correspondencia con los efectos jurídicos de una ineficacia, ni, mucho menos, con las restituciones que de ellos puedan derivarse.

En efecto, como lo ha entendido la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en la consulta del 3 de agosto de 2022 (Número único: 11001030600020220006200), al examinar algunas decisiones de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se ha considerado que, “lo relevante es cerciorarse de que en el régimen pensional en que se encuentre el cotizante estén también sus aportes pensionales. En consecuencia, si aquel opta por un cambio de régimen, lo propio debe ocurrirles a los aportes, sin salvedad ni excepción alguna”.

De acuerdo con este criterio, no tiene sentido que los aportes al fondo permanezcan en el RAIS, en un fondo especial, y el saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y un eventual bono pensional sean trasladados a Colpensiones, con mayor razón si el traslado de ese 1.5% sobre la base de cotización sirve para equilibrar la diferencia que existe en el monto de los aportes que existe entre los dos regímenes. Como se expuso en la referida consulta: “Quiere decir lo anterior, parafraseando a la Corte Suprema de Justicia, que la decisión que ordena trasladar los recursos pensionales al régimen al que esté vinculado el cotizante no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional.

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 COLFONDOS S.A. y 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 afiliado al régimen pensional de prima media administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, según historia laboral que reposa a folio 59 y 60 del expediente (04ContestacionColpensiones), se afilió a la administradora del RAIS COLFONDOS S.A. el 26 de enero de 1996, con efectividad al 1° de febrero de 1996, como se advierte del certificado de SIAFP que milita a folio 35 (06ContestaciónPorvenir). Posteriormente se trasladó a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 11 de marzo del 2002, como se anota del formulario de afiliación a dicho fondo que reposa a folio 37 del archivo (06ContestaciónPorvenir) con efectividad al 1° de mayo de 2002, como se lee del certificado de SIAFP que milita a folio 35 (06ContestaciónPorvenir).

A pesar de estar probado como se indicó en precedencia, que el traslado de régimen pensional de la actora, se produjo el 26 de enero de 1996 a través de la AFP COLFONDOS S.A., aspecto del que en los hechos de la demanda, nada se dice que para este traslado no se le haya brindado a la actora la asesoría conforme la jurisprudencia de la CSJ debe suministrar las AFP para que el traslado sea eficaz, en la sentencia de tutela STL6612-2023, Radicación n.° 70666 del 31 de mayo de 2023, proferida por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, la Corte ordena que este presupuesto fáctico, se entienda incorporado al proceso, con la contestación de la demanda por parte de la AFP en la que se produjo el primer traslado, si esta afirma que sí dio la asesoría legalmente necesaria para ejecutar el referido traslado, por lo que al haber sido vinculada de oficio la AFP COLFONDOS S.A. en la que se produjo inicialmente el traslado de la actora al RAIS, conforme a lo indicado por

la CSJ, al haber indicado esta AFP COLFONDOS S.A. al contestar el libelo, que le brindó a la accionante la asesoría debida, se entiende que el hecho ya referido se entiende incorporado como parte del litigio a resolver, por lo que en acogimiento a lo expuesto por la CSJ en la referida sentencia STL6612-2023, no pueden prosperar los argumentos de la apelación de COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., sobre la imposibilidad de declarar la ineficacia pretendida, por no haber manifestado la actora en el libelo, que no haya sido debidamente asesorada o ilustrada por COLFONDOS S.A. al momento de su traslado de régimen pensional.

Ahora alegan las AFP demandadas en el recurso de apelación, que, en este caso, no se les puede exigir o enrostrar falta de asesoría, por cuanto la actora confesó en el interrogatorio de parte que fue su empleador el que la compelió a la actora trasladarse de régimen pensional y el que se suministró el formulario para tal afiliación sin intervención de un asesor de las AFP en este caso COLFONDOS S.A. con la que se produjo el referido traslado.

Respecto del anterior argumento, considera la Sala, que no tiene vocación de prosperidad para variar la decisión de primera instancia, sobre la declaratoria de ineficacia pluricitada, toda vez, que si conforme jurisprudencia de la CSJ, es procedente ante la deficiente o parcializada asesoría, con más razón es viable ante la ausencia total de asesoría, por la falta de intervención de los asesores de las AFP, pues COLFONDOS S.A., no debió admitir la afiliación en tales circunstancias, es decir por la sola iniciativa del empleador de la actora y sin ilustración alguna de un asesor de esta AFP, siendo relevante que si bien en el expediente no obra el formulario de afiliación de la actora a la AFP COLFONDOS S.A., esta en la contestación al libelo, manifestó que le otorgó a la actora la debida asesoría por lo que se entiende que tal traslado al RAIS a través de COLFONDOS S.A. sí se produjo con un formulario con el cumplimiento de la formalidad de tener la firma de un asesor de COLFONDOS S.A., pues este un requisito legal de tal formulario.

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 1º de abril de 1994 con 35 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la AFP COLFONDOS 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, en el interrogatorio de parte que fue absuelto por la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:28:45 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento (17Audienciaconcentrada), ésta no confiesa que la AFP COLFONDOS S.A. le hubiere brindado toda la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su afiliación al RAIS, pues no manifiesta que se le haya ilustrado sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como lo son las características de uno y otro régimen pensional, los requisitos para acceder a las prestaciones económicas en cada uno de ellos, la forma de liquidación de la pensión de vejez en cada régimen, entre otros aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente, no asistiéndole razón en este punto recurrido, por el apoderado de la accionada Colfondos.

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 de la actora, 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.

Así mismo COLFONDOS S.A., deberá reintegrar a COLPENSIONES los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín durante el tiempo que legalmente se haya descontado 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 los apoderados de COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. en sus recursos 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 hubiesen recibido las AFP'S demandadas como cotización de la demandante, como lo ha señalado de manera reiterada la S CL 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, respecto de la indexación del porcentaje de la referida cuota de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, contrario a lo manifestado por los apoderados de COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. en la apelación, esta Sala considera que es procedente, 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 COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. o gastados para los pagos de las primas, y por ello debe ser devuelto indexado.

En cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN formulada por las demandadas al dar respuesta a la demanda, se tiene que, bajo la óptica jurisprudencial de la ineficacia del traslado de régimen introducido por la SCL de la CSJ, al concluirse que el acto jurídico de traslado de régimen nunca nació a la vida jurídica, no es procedente aplicar la prescripción, conforme puntualmente lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL1689-2019, proferida el 8 de mayo de 2019.

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

COSTAS en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. por haber sido vencida en sus recursos de apelación. Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$1.160.000, de la que responden estas AFP en partes iguales.

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 2023 proferida por el JUZGADO DIECINUEVE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **ASTRID ELENA SÁNCHEZ LÓPEZ** contra **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A.** 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 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 demandante.

Asimismo, COLFONDOS S.A. debe devolver a COLPENSIONES de manera indexada, 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 porcentaje de la cotización que no consignó en la cuenta de ahorro pensional de la actora, durante el tiempo que estuvo afiliada a esta AFP.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. como agencias en derecho se fija la suma de \$1.160.000, de la que responden estas AFP en partes iguales.

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: **05d28d72376792b051929f8adbf984e5705a43951078431ecaa59b1ed0a9758d**

Documento generado en 10/11/2023 03:08:54 PM

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