

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISION LABORAL

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	ROCÍO MARMOLEJO RAMÍREZ
DEMANDADO	AFPs COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A y COLPENSIONES
PROCEDENCIA	Juzgado 012 Laboral del Cto. de Medellín
RADICADO	05001 3105 <b>012 2018 00111</b> 01
INSTANCIA	SEGUNDA
PROVIDENCIA	SENTENCIA Nro. 110 de 2021
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Confirma, adiciona y revoca

Hoy, **once (11) de junio de dos mil veintiuno (2021)**, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral integrada por los magistrados Martha Teresa Flórez Samudio, Orlando Antonio Gallo Isaza y como ponente Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a emitir pronunciamiento frente al recurso de apelación formulado por los apoderados de **Porvenir S.A. y Colpensiones** y grado **jurisdiccional de consulta para esta última entidad**, en relación con la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito, dentro del proceso ordinario promovido por **Rocío Marmolejo Ramírez**, tramite en que también se demandado a **Colfondos S.A.**, código de radicado único nacional 05001 3105 **012 2018 00111** 01.

La Magistrada ponente, en acatamiento de lo previsto en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con los acuerdos del Consejo Superior y Seccional de la Judicatura, sometió a consideración de los restantes integrantes de la Sala el proyecto discutido y aprobado virtualmente en acta N° **018**, que se adopta como sentencia y se plasma a continuación:

## Antecedentes

Las pretensiones de la demandante se orientan a obtener la declaratoria de ineficacia de su afiliación al RAIS y consecuentemente, se disponga su vinculación al RPMPD administrado por Colpensiones, pues es su voluntad inequívoca estar allí, y también se disponga el traslado del saldo de la cuenta de ahorro individual en la AFP Porvenir S.A. hacia Colpensiones, con los rendimientos, frutos e intereses y sumas adicionales, disponiendo su recibo por Colpensiones. Solicita condena en costas.

En sustento de ello afirma que nació el **03 de agosto de 1962**, inició su vida laboral como médica rural en el Centro de Salud San Martín, entre 1988 y 1989, y en enero de 1997 se vinculó a la ESE Hospital San Pio X del Municipio de Caracolí, afiliándose a la **AFP Colpatria hoy Porvenir S.A.**, sin recibir previamente información de sus asesores, pues fue su empleador quien le manifestó que firmara la vinculación a seguridad social, sin que la referida AFP le explicara que su pensión era por capital, cuanto requería, ni la ilustrara sobre el derecho de retracto, ni le hiciera comparativo entre el RAIS y el RPMPD, ni los factores a tener en cuenta para determinar su mesada, ni la fecha probable de pensión, ni sobre el cobro de comisiones, tampoco de los riesgos financieros, ni sobre factores que impactan el valor de la pensión. **Que en el año 1998** empezó a laborar con el Hospital de Santo Domingo, afiliándose a la **AFP Colfondos S.A.**, ocurriendo lo mismo que en la primera oportunidad, pues firmó el formulario porque su empleador se lo solicitó, sin recibir información de esa AFP. En el **2001** se vinculó al Hospital de Vegachí y ocurrió igual situación, pues no tuvo contacto con asesores de la **AFP Porvenir S.A.**, luego al laborar con la **Clínica La Chinita, fue afiliada a Colfondos**, y al cambiar de empleador fue vinculada a **Horizonte en el año 2006** cuando estuvo laborando al servicio del Hospital San Vicente de Paúl **y finalmente, fue afiliada a Porvenir cuando empezó a laborar en la ESE Hospital La Sagrada**

**Familia** del Municipio de Campamento, administradoras de las que no recibió información sobre los requisitos y condiciones para pensionarse en el RAIS y en el RPMPD. Que al consultar su situación pensional en Porvenir se le informó que su mesada a la edad de 60 años sería de \$1.017.500 mientras que los cálculos en el RPMPD, con los últimos 10 años, arroja \$2.430.589. Infructuosamente solicito retorno a Colpensiones. También pidió a Porvenir y Colfondos se le expidiera copia del estudio previo, manifestándosele que no se cuenta con soporte físico.

En auto del **19 de febrero de 2018** se admitió y ordenó dar trámite a la acción. Enteradas de tal actuación las entidades demandadas allegaron escritos de contestación así:

**Colpensiones**, tiene como ciertos, la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación a la AFP Colpatria S.A. al iniciar su vida laboral, y la solicitud de retorno a esta entidad formulada el 06 de diciembre de 2017 acogiéndose a la sentencia SU 062 de 2010. Los demás supuestos no le constan. **Se opuso** a la prosperidad de las pretensiones y formuló las **excepciones** de inexistencia de la obligación, prescripción, imposibilidad de condena en costas e innominada.

La **AFP Colfondos S.A.**, acepta la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación a esa entidad con formulario suscrito el 20 de octubre de 1998, con efectividad a partir del 1º de diciembre del mismo año, siendo su empleador la ESE Hospital San Pio X y posteriormente, el 1º de marzo de 2002, siendo su empleador la ESE Hospital San Camilo de Lelis de Vegachi. Admite también la solicitud de información y la respuesta a la misma. Los demás supuestos no le constan. Resistió las pretensiones y para enervarlas formuló las excepciones de validez de la afiliación, cumplimiento de la obligación, prescripción, buena fe, compensación, pago y la genérica o innominada.

La **AFP Porvenir S.A.**, acepta la afiliación de la señora Marmolejo Ramírez a Colpatria hoy Porvenir en el mes de marzo de 1997, agregando que *se le brindó una asesoría completa y detallada sobre las características y condiciones del RAIS y sus diferencias con el RPM, pues los asesores comerciales de las AFPs son instruidos para suministrar toda la información necesaria para que el potencial afiliado tome una decisión informada. ... le fueron explicadas las características y funcionamiento del RAIS, en donde se le informó que una vez contara con el capital suficiente acumulado en la cuenta de Ahorro individual podría obtener una pensión de vejez, de conformidad con el artículo 64 de la Ley 100 de 1993... Actuando conforme a derecho y sus asesores han prestado siempre una asesoría completa y oportuna, todo ello como consecuencia de las capacitaciones que en forma permanente se realizan en estas administradoras. ... dentro de la asesoría se advierte que el derecho a la pensión se va construyendo a lo largo de la vida laboral del afiliado teniendo en cuenta su estabilidad en las cotizaciones, su IBC, la edad, entre otros aspectos, los cuales son imposibles fácticamente de prever a futuro y con la mera vinculación a determinado régimen pensional no se garantiza el derecho y monto de una pensión, y por lo tanto se concluye que COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. cumplió con las obligaciones de índole legal que se encontraban vigentes.... A la actora le fueron explicadas las características y funcionamiento del RAIS. ... ES CIERTO, mi representada realizó proyección de mesada pensional solicitada por la demandante. Sin embargo, se hace la salvedad que dicha simulación ES UN CALCULO PROVISIONAL y que NO ES UNA SITUACION JURIDICA CONCRETA NI DEFINITIVA.* Es cierta la solicitud de información y la respuesta emitida. Los demás supuestos no son ciertos o no le constan, incluida la fecha de nacimiento de la afiliada. Manifestó **oposición** a las pretensiones y formuló las **excepciones** de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

La primera instancia terminó con **sentencia** proferida por el Juzgado Doce laboral del Circuito, declarando ineficaz la afiliación de la demandante al RAIS, inicialmente a través de la AFP Colpatria S.A., luego Horizonte, después Colfondos S.A. y finalmente, Porvenir S.A., indicando que

consecuencialmente, para efectos pensionales se tiene que nunca estuvo afiliada al RAIS; ordenó a **Colfondos** que una vez alcance ejecutoria la sentencia, proceda a retornar a **Colpensiones** los dineros recibidos con motivo del traslado o vinculación de la demandante a esa entidad y por el periodo en que permaneció afiliada a la misma, por concepto de gastos de administración y comisiones, con cargo a sus propias utilidades; ordenó a **Porvenir S.A.**, que una vez alcance ejecutoria la sentencia traslade a **Colpensiones** todos los dineros recibidos con motivo del traslado o vinculación de la demandante a esa entidad, por el periodo en que permaneció afiliada a la misma, lo cual incluye **el saldo depositado en la cuenta de ahorro individual, con los respectivos rendimientos, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades.** Ordenó a Colpensiones aceptar la vinculación o afiliación de la demandante a esa entidad, sin solución de continuidad desde el 21 de enero de 1997 y recibir los mencionados recursos para que su equivalente en semanas se refleje en la historia laboral. Gravó con costas a las entidades accionadas, fijando como agencias en derecho \$877.000 para cada una.

El juzgador, luego de citar la normativa a observar para definir el asunto y referenciar algunos radicados de las sentencias sobre el tema proferidas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, efectuando una síntesis de los aspectos decantados en las mismas, indicó que en el caso a estudio los fondos accionados no lograron demostrar que al momento del traslado de régimen y entre administradoras, suministraron a la demandante información suficiente, veraz, completa y comprensible, dándole a conocer ventajas y desventajas de ambos regímenes, pues solo se trajeron los formulario de afiliación, que eran suscritos por esta cuando se vinculaba laboralmente, sin que tal situación releva a las AFP de sus obligaciones, y en el interrogatorio de parte no se logra confesión ya que ratifica los hechos fundamento de la acción, por lo que encontró

procedente la declaratoria de ineficacia de la vinculación y movilidad entre administradoras del RAIS efectuada por la demandante, con las restituciones ya relacionadas y con condena en costas para las accionadas al ser esta de carácter objetivo, bastando que la decisión sea adversa como aquí acontece, sin que se haya operado el fenómeno extintivo de la prescripción por ser un asunto ligado al derecho pensional, y tampoco se configure ninguno de los restantes medios exceptivos decididos en forma implícita.

**El recurso de apelación,** fue oportunamente interpuesto por las entidades codemandadas, así:

Para la **AFP Porvenir S.A.** este es un proceso atípico donde no hubo responsabilidad de los fondos privados por la afiliación de la demandante al RAIS, pues no se puede afirmar que ocurrió por el mal actuar de estas entidades, ya que cada uno de los empleadores la obligó a suscribir los formularios de vinculación como lo afirmó en interrogatorio, presentando además 8 traslados entre administradoras: Colpensiones, Colfondos, Provenir, Horizonte y Colpatria y para cada uno suscribió formulario diferente, documentos estos revisados e impuestos y que no pueden ser modificados por las administradoras, conteniendo los mismos lo relevante para el acto jurídico como tal, siendo importante tener en cuenta que la demandante tuvo una actitud negligente respecto a su futuro pensional, que si bien le interesaba, no se preocupó por el mismo, y solo 23 años después y luego de 8 traslados entre administradoras del RAIS no puede decir que no tenía conocimiento del régimen.

**En caso de confirmarse** la decisión pide revocar lo referente a la devolución de las cuotas de administración, porque estos dineros son autorizados por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 7 de la Ley 797 de 2003 y también se hubieren descontado en el RPMPD,

habiéndose trasladado el porcentaje para seguro previsional a un tercero de buena fe.

**Colpensiones** muestra inconformidad con la orden a Porvenir frente al traslado de dineros, porque no se hizo alusión a las AFP que reemplazo, especialmente Colpatria y Horizonte, debiendo conservar la información y asumir los yerros de estas, como se explicó por la Sala Segada de esta Corporación, pues estos procesos no pueden representar una afectación para la sostenibilidad financiera de Colpensiones, por lo que debe recibir una suma equivalente a la de permanencia de la demandante en el RPMPD, pide **adicionar** este punto, e igualmente, **revocar** la condena en costas, pues la entidad no tuvo participación en el acto cuya ineficacia se declara y no le era posible admitir el retorno solicitado por la actora en el año 2017, al encontrarse dentro de la restricción de edad establecida por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 y no cumplir los supuestos de la sentencia SU 062 de 2010, resultando un tercero ajeno a tal situación.

En favor de esta última entidad, se conoce en el grado jurisdiccional de consulta en lo no recurrido, en los términos del artículo 69 del C.P.T y la S.S. y la jurisprudencia especializada.

Del término para presentar alegaciones hizo uso **la apoderada judicial de Colpensiones**, solicitando revocar la decisión de primer grado, porque si bien esa entidad no tuvo participación ni injerencia en el acto de traslado de la demandante al RAIS, funda su oposición a las pretensiones de la demandan en el interés de salvaguardar la sostenibilidad financiera del régimen que administra, lo que además guarda correspondencia con el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 y la sentencia C 1024-2004, *a saber, evitar la descapitalización del fondo común, ocasionada por el reconocimiento de prestaciones económicas a personas que no fueron tenidas en cuenta en la proyección de los cálculos actuariales de la entidad*, resaltando argumentos de aclaración de voto a

sentencia SL 1452-2019, a lo que se suma que la afiliación supone deberes recíprocos entre las AFP y el afiliado, correspondiéndole a éste último, entre otras cosas, leer los formularios y asesorarse de la decisión que vaya a adoptar, sin que para el caso a estudio la demandante estuviera excluida del RAIS ni fuera beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y por consiguiente, no tenía expectativa legítima de consolidar su pensión de vejez en el RPMPD, siendo evidente que la motivación por retornar al mismo no es la falta de información sino el mayor valor de la mesada pensional.

En el evento de mantenerse la declaratoria de ineficacia, pide adicionar la sentencia para ordenar a las AFP trasladar a Colpensiones no solo los dineros descontados por gastos de administración y comisiones, sino también los conceptos por garantía de pensión mínima, debidamente indexados, teniendo en cuenta que en sentencia SL359 – 2021 se instó a los operadores judiciales a disponer oficiosamente tal actualización. Finalmente, solicita absolver de costas procesales a esa entidad, pues no puede afirmarse que fue vencida en juicio, siendo necesaria su vinculación al trámite para soportar las consecuencias de la declaratoria del acto jurídico de ineficacia, en el que, reitera, no tuvo participación ni injerencia alguna.

El apoderado de la **AFP Porvenir S.A.**, solicita revocar la decisión de primer grado, para lo que argumenta que en este asunto no se alegó y menos probó ninguna de las causales previstas en artículo 1741 del Código Civil, en concordancia con el artículo 1598 de la misma obra, y si bien el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss. del C.C., por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes preceptos para



resolver un asunto en concreto; y finalmente el artículo 899 Código del Comercio, también enseña que, el acto o negocio jurídico, contrario a una norma, tenga causa u objeto ilícito o lo celebre una persona absolutamente incapaz, es nulo absolutamente, sin que **NINGUNO DE ESTOS PRESUPUESTOS LEGALES, SE ALEGARAN NI MENOS RESULTARON DEMOSTRADOS EN EL PROCESO**, descartándose la existencia de causal de nulidad del acto jurídico, pues la demandante realizó el cambio de régimen de forma libre y voluntaria, recibiendo previamente información oportuna y completa, como lo aseveró al suscribir el formulario, cumpliendo la AFP con la carga procesal impuesta, en la medida en que aportó los documentos que tenía en su poder para demostrar que la parte actora ha estado vinculada al RAIS producto de una decisión libre e informada, permitiendo los descuentos con destino al fondo privado, siendo inequívoca su voluntad de permanecer en ese régimen pensional, citando como sustento la sentencia con radicado 47236 del 06 de abril de 2016, sin que sea jurídicamente viable imponerle a la AFP cargas distintas a las previstas en las leyes existentes al momento en que se dio la afiliación, pues ello constituiría violación al debido proceso y a la confianza legítima, resultando forzoso concluir que la afiliada recibió información suficiente, sin que se preocupara por conocer aspectos para ella relevantes y que ahora echa de menos, pese a contar con distintos canales de atención.

A renglón seguido destaca que no se puede confundir la ineficacia con la nulidad absoluta y en consecuencia, atendiendo las orientaciones del artículo 1746 del Código Civil, no se puede ordenar la devolución de sumas diferentes a las previstas en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otro valor está destinado a financiar la prestación, debiéndose excluir de las restituciones lo relativo a cuotas de administración, como se explica por la Superintendencia Financiera en concepto del 17 de enero de 2020.

Seguidamente cita apartes de salvamento de voto del magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán a sentencia de tutela 5912 del 13 de mayo del año en curso, peticionando analizar las circunstancias particulares del trámite, las que a su juicio exhiben con suficiencia que en el acto jurídico celebrado entre las partes no se probó ninguno de los presupuestos establecidos para la declaratoria de nulidad absoluta y tampoco para la ineficacia, cumpliendo la sociedad con la carga probatoria como lo refleja el formulario de afiliación, documento público que se presume autentico y además no fue tachado ni desconocido en los términos de ley. Pide absolver a la AFP de las pretensiones incoadas en su contra.

En orden a decidir, basten las siguientes,

### **Consideraciones**

Conforme al recuento realizado, el **problema jurídico** se contrae a determinar, si procede la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, o si por el contrario la razón está de parte de la AFP Porvenir S.A. y en el evento de llegarse a la misma conclusión de la primera instancia, se establecerá si procede el retorno automático de la actora al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, con las consecuentes restituciones económicas, y los conceptos que estas comprenden, al igual que la condena en costas para Colpensiones.

Pues bien, se explica por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia 31989 de 2008 bajo la figura de la nulidad, y a partir del año 2014 sentencia SL12136-2014, que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación o traslado de régimen desinformado es la *ineficacia* o exclusión de todo efecto jurídico a tal acto, lo que encuentra fundamento en los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de

1993, en armonía con el Decreto 663 de 1993, artículo 97 numeral 1º, aplicable a las AFP desde su creación, pues solo así es viable la escogencia de las mejores opciones del mercado, deber este que ha tenido una evolución en su regulación, inicialmente como información propiamente – años 1993 a 2009 conforme a Decreto 663 de 1993 – Estatuto Financiero-, Decreto 720 de 1994, y Ley 795 de 2003, entre otras disposiciones; posteriormente agregándose la asesoría o buen consejo Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010; y por último, con la doble asesoría desde el año 2014 Ley 1748 de esta anualidad, Decreto 2071 de 2015 y Circular Externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, sin que para su exigencia tenga incidencia el hecho de gozar o no el afiliado de régimen de transición o estar próximo o no a pensionarse o tener o no consolidado su derecho pensional, y sin que de la suscripción del formulario se infiera su cumplimiento y tampoco se convalide la misma por el transcurso del tiempo o por la movilidad entre administradoras del RAIS o por los actos de relacionamiento (recibo de extractos, solicitud o cambio de claves, cambio de direcciones físicas o electrónicas, entre otros), o por reasesoría posterior, invirtiéndose en estos casos la carga de la prueba, quedando en cabeza de las AFP la obligación de acreditarla, la que por demás se juzga al momento del acto inicial, ello por la relevancia e implicaciones que conlleva para el derecho pensional, de carácter fundamental a voces del artículo 48 Superior y 4º de la Ley 100 de 1993 (ver entre otras sentencias SL19447-2017, SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL1838-2019, SL4343-2019, SL4937-2019, SL5144-2019, SL 5462-2019, SL5533-2019, SL149-2020, SL373-2020, SL1763-2020, SL1217-2021, entre otras), tesis ratificada vía tutela por la misma Corporación entre otras en sentencias (STL3182-2020, STL3187-2020, STL3191-2020, STL3193-2020, STL3196-2020, STL3197-2020, STL3199-2020, STL3200-2020, STL3201-2020, STL3202-2020, STL3226-2020, STL, 18 mar. 2020, rad. 56794, STL, 18 mar. 2020, rad. 57402, STL, 18 mar. 2020, rad. 57902, STL, 18 mar. 2020, rad.58678, STL, 18 mar. 2020, rad. 58918, STL, 18 mar. 2020, rad. 59124,

STL, 15 abr. 2020, rad. 57168, STL, 15 abr. 2020, rad. 59268, STL, 30 abr. 2020, rad. 59302).

Agregándose por la alta Corporación que corresponde a las AFP, como entidades que prestan servicios financieros y de seguridad social, relativos al cubrimiento de las contingencias de vejez, invalidez y muerte, brindar la debida asesoría e ilustración por cuanto:

- *i) tales servicios están íntimamente ligados con derechos de raigambre constitucional;*
- *ii) dicha entidad es profesional y/o experta, en una materia que esta «respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios»;*
- *iii) la reglamentación del sistema de seguridad social es compleja y en el caso del RAIS, no solo está integrada por un asunto «hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas»;*
- *iv) existen limitaciones de los usuarios relacionadas con sus «condiciones económicas, sociales, educativas y culturales, que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones»;*

Insistiéndose en que la suscripción del formulario no satisface el deber de información exigido a las AFP frente a sus afiliados. A título de ejemplo en sentencia SL1217-2020, en que es codemandada la AFP Porvenir S.A., refutando argumentos idénticos a los expuestos en el recurso de alzada, que por resultar plenamente aplicables al caso se transcriben in extenso, se explica:

*Sea lo primero señalar que conforme al reiterado criterio de esta Sala la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.*

*En efecto, sobre el particular esta Corporación ha sentado un precedente consistente, en sedas providencias que datan de 2008 y, recientemente, entre otras, en sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de*

*cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.*

*En las más recientes providencias, la Corte también ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente cada vez con un mayor nivel de exigencia, al punto que ha identificado tres etapas que históricamente, conforme a las normas que han regulado el tema, abarcan tres periodos: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo, desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante.*

*Ello implica, conforme a la fecha en la que la accionante migró del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad (febrero de 1999), que la obligación de Porvenir S.A. se enmarca en el primer periodo, durante el cual la obligación consistía en brindar a la accionante información clara y transparente de los dos regímenes pensionales. Al referirse a esta primera etapa, así lo explicó la Corte en sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019:*

**1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación**

**1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente**

*El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*

*De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.*

*Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.*

*En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las*

*personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).*

*En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

*De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.*

*Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

*Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.*

*Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.*

*Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva,*

*comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».*

*En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).*

...

*Ahora, de la revisión objetiva de dicho medio de prueba documental (f.º 20 y 95 a 97), la Sala advierte que solo contiene la fecha de su diligenciamiento y los datos personales y laborales de la accionante, de tal manera que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo se pueda concluir, que Porvenir S.A. cumplió con el deber de suministrar a la afiliada una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.*

*Entonces, frente a este problema jurídico, se configura un primer yerro, toda vez que el formulario de afiliación que la actora suscribió en febrero de 1999, prueba calificada en la que fundamentó su defensa la AFP accionada y sobre la cual el Colegiado de instancia profirió la absolución, no evidencia que ella recibió la información necesaria, clara y oportuna respecto de la incidencia de su decisión ...*

Brillando por su ausencia la prueba de la debida información afirmada insistentemente por la AFP Porvenir S.A. en el escrito de contestación, al igual que por Colfondos S.A., de lo que no se exoneran por haberse suministrado el formulario por el empleador, por lo que acertada resulta la declaratoria de **ineficacia** ordenada por la primera instancia, caracterizándose esta sanción porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, explicándose por la jurisprudencia especializada que en estos casos:

*... los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado*

*por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL1689-2019, CSJSL3464-2019, CSJSL4360-2019 entre otras).*

Y en sentencia SL2877-2020, radicación Nro. 78.666, fecha 29 de julio de 2020, frente al tema en concreto de las restituciones, luego de transcribir el artículo 1746 del Código Civil, precisó:

*Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.*

*Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.*

*De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.*

*En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.*

Acogiéndose y acatándose por esta Sala de Decisión el precedente que en línea mayoritaria ha desarrollado la de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en los términos expuestos en sentencia de tutela radicado 59370 del 06 de mayo de 2020, no tienen prosperidad los



argumentos del apoderado de la AFP tendientes a excluir de la orden de restitución las cuotas de administración y valores aplicados a seguros previsionales, máxime cuando en sentencia de tutela radicado 59370 del 06 de mayo de 2020, el órgano de cierre de esta especialidad exhorta a los jueces a acatar el precedente vertical, en aras de la garantía de los principios de seguridad jurídica e igualdad, pudiendo apartarse del mismo siempre y cuando se cumpla con una carga argumentativa transparente y suficiente,

*mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del disenso, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto, (ii) cambios normativos, (iii) transformaciones sociales que obligan a dar una nueva mirada a determinada cuestión, o (iv) divergencias hermenéuticas fundadas en la prevalencia de mejores y más sólidos argumentos que permiten un desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales. Así, la posibilidad de separarse del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente, de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga (C-621-2015).*

Sin que se cumplan en este caso tales supuestos, sino que por el contrario la identidad fáctica de los casos ya analizados por la alta corporación es total frente al que se decide en esta ocasión y sin que se haya operado un cambio normativo o transformaciones sociales que obliguen a nuevas consideraciones, por lo que se mantienen las restituciones económicas en la forma indicada por la primera instancia para la AFP Porvenir S.A. agregando que las mismas comprenden los aportes efectuados a las sociedades Colpatria S.A. y Horizonte S.A., sin que haya lugar a indexación por permanecer tales saldos en su poder, debiendo generar unos rendimientos mínimos conforme a la regulación de la Superintendencia Financiera.

Frente a la AFP Colfondos S.A., al haber trasladado esta sociedad a Porvenir S.A. el saldo de la cuenta de ahorro individual con los

rendimientos, solo queda pendiente lo que corresponde a las cuotas de administración descontadas a la demandante durante la vigencia de su afiliación a esa sociedad (que en los términos del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 incluyen este concepto, los porcentajes destinados a seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima), **debidamente indexadas**, ver entre otras sentencias SL 359 de 2021, SL 1688, SL1689 ambas de 2019, en las que se explica:

## **2. Otras consecuencias prácticas de la declaración de ineficacia**

*Está probado que la AFP accionada trasladó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que el demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos (f.º 127), sin embargo, no existe constancia de que hubiese devuelto también los valores correspondientes a gastos de administración, de los cuales, según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos.*

*En tal sentido, se condenará a la AFP accionada a la devolución de estos dineros, debidamente indexados. Se modifica la decisión en este sentido, actualización que procede en forma oficiosa sin que con ello se vulnere o desconozca el derecho de defensa de la referida sociedad.*

Finalmente, se debe precisar que en este caso no se está autorizando un traslado de régimen desatendiendo la restricción temporal del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, *después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez*, sino imponiendo la sanción de ineficacia por no haberse dado una libertad informada en la elección de régimen pensional al momento de la vinculación y de la movilidad entre las AFPs en los términos del literal b) de la misma norma, en concordancia con el artículo 271 del mismo estatuto, decisión con la que en manera alguna se atenta contra la sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues con el traslado integro de recursos se garantiza la equivalencia de condiciones en aportes en el evento de haberse mantenido la vinculación, máxime cuando si bien es cierto esta es una regla introducida por

el Acto Legislativo 01 de 2005 que modificó el 48 de la Constitución Política, debe tenerse en cuenta el Acto Legislativo 03 de 2011, artículo 1º, que modificó el artículo 334 superior relativo al régimen de Hacienda Pública, que en su **parágrafo** reza: ***al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su efectiva protección.***

Y si bien es cierto una de las razones para promover esta acción es obtener una mejor mesada pensional, ello se encuentra acorde con el calificativo irrenunciable de la seguridad social, que no procura exclusivamente por el reconocimiento formal de las prestaciones fundamentales que ella comporta, sino que desde un enfoque material, busca la satisfacción en su totalidad a fin de que los derechos e intereses objeto de protección sean reales y efectivos; *en este sentido, el derecho a la pensión se ve sustancialmente afectado cuando la prestación económica no es reconocida en su monto real y con todos los elementos que la integran; si además se tiene en cuenta que una pensión deficitaria no cumple su propósito de garantizar una renta vitalicia digna y proporcional al salario que el trabajador devengó cuando tenía su capacidad laboral inalterada.* Ver sentencias SL8544 y SL 13430 de 2016.

Al estar en discusión la eficacia del acto jurídico de traslado, no aplica para esta el termino prescriptivo que para la nulidad relativa prevé el artículo 1750 del Código Civil, y tampoco el trienal de las normas laborales, pues según la jurisprudencia especializada, entre otras, sentencia CSJ SL1689-2019, dicha figura no opera «*de manera automática, en perjuicio de la posibilidad de acceder a derechos laborales o pensionales que gozan del carácter de imprescriptibles*», razón por la cual «*el análisis de la pretensión relativa a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional*», al ser «*es una cuestión inherente al derecho a la seguridad social*», que redundando en «*un aspecto ínsito a la posibilidad de adquirir una prestación pensional*» no es sujeta a esa figura y, por tanto, puede reclamarse o

hacerse exigible judicialmente en cualquier tiempo, no viéndose tampoco afectadas por este fenómeno las restituciones económicas ordenadas.

En relación con la condena en costas impuesta a Colpensiones, la misma carece de fundamento, toda vez que se está declarando la **ineficacia de la vinculación de la demandante al RAIS y la movilidad entre administradoras, por tanto esta entidad no tiene ninguna injerencia en tal acto**, a lo que se suma que para la época en que se dieron estas vinculaciones, no existía el deber de doble asesoría, debiéndose citar al fondo público para hacerle oponible las órdenes impartidas en esta sentencia. **Se revoca entonces la decisión en este punto.**

Las **costas** en esta instancia corren a cargo de las AFP Porvenir S.A. a quien se desata adversamente la alzada. Como agencias en derecho a favor de la demandante se fija la suma de \$908.526,00.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial Medellín**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **adiciona el numeral 2º de la parte resolutive** de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **Rocío Marmolejo Ramírez** contra las **AFP Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones, para indicar que la AFP Colfondos S.A.,** una vez alcance ejecutoria esta sentencia, restituirá a Colpensiones las cuotas de administración descontadas a la demandante durante la vigencia de su afiliación a esa sociedad (que en los términos del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 incluyen este concepto, los porcentajes destinados a seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima), **debidamente indexadas. Adiciona el numeral 3º**, para indicar que la **AFP Porvenir S.A., debe restituir a Colpensiones los recursos existentes en la**

**cuenta de ahorro individual de la demandante, con los respectivos rendimientos, gastos de administración y comisiones,** estos últimos con cargo a sus propios recursos, y por el lapso en que la señora **Marmolejo Ramírez estuvo afiliada a esa Sociedad, y a Colpatria S.A. y Horizonte S.A. Revoca el numeral 4º** para exonerar de condena en costas a Colpensiones. **En lo demás se confirma la decisión.**

Costas en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A. a quien resulta adverso el recurso, las agencias en derecho se fijan en la suma de **\$908.526,00** a favor de la demandante.

Lo resuelto se notifica a las partes por **estados virtuales**, artículo 295 C.G. del P. en concordancia con el 15 del Decreto 806 de 2020.

**Los magistrados** (firmas escaneadas)

  
**LUZ AMPARO GÓMEZ ABISTIZABAL**  
Magistrada

  
**MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO**  
Magistrada

  
**ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**  
Magistrado

**Certifico:** Que el auto anterior fue notificado por **ESTADOS No. 102** fijados hoy en la secretaría de este Tribunal a las 8:00 a.m. Medellín, **15 de junio de 2021**

\_\_\_\_\_  
Secretario