

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### SALA DE DECISIÓN LABORAL

El catorce (14) de julio de dos mil veintidós (2022), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN se constituyó en audiencia, con el fin de resolver los recursos de apelación, y para revisar en el grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de COLPENSIONES, la sentencia de primera instancia proferida en el presente proceso ordinario laboral promovido por la señora **EUGENIA DEL PILAR LONDOÑO RAMÍREZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), y de la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.), tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-002-2020-00451-01.

### AUTO

De conformidad con la sustitución de poder allegada por Colpensiones junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia, se reconoce personería a la abogada **ADRIANA MARÍA CORREA CARRASCAL**, portadora de la T.P. 197.178 del C. S. de la Judicatura, para que continúe representando los intereses de COLPENSIONES en el presente proceso, en calidad de apoderada sustituta.

Así mismo, de conformidad con la escritura pública N°1326 del 11 de mayo de 2022 de la Notaria 18 del Círculo de Bogotá y el Certificado de Existencia y Representación Legal de la sociedad **GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S.** que fueron alegados al plenario vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión, se reconoce personería a la abogada **MARÍA ALEJANDRA RAMÍREZ OLEA**, portadora de la T.P. 359.508 del C. S. de la Judicatura, para que presente en este proceso los intereses de PORVENIR S.A. como apoderada sustituta.

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 nulidad y/o ineficacia de su traslado al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida (en adelante RPM) administrado por COLPENSIONES y la devolución de las sumas cotizadas en dicho régimen.

**Como fundamentos fácticos de sus pretensiones**, relata la actora, que estuvo afiliada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, hasta agosto de 1995, fecha en que tenía cotizadas 235 semanas, y que se trasladó del RPM al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A., desde agosto de 1995.

Manifiesta que los asesores de PORVENIR S.A., no le brindaron la información debida acerca de las graves consecuencias del traslado y siempre le manifestaron que en los fondos privados se pensionaría mejor que en el ISS hoy COLPENSIONES y que podría pensionarse anticipadamente, inclusive antes de la edad mínima exigida en el RPM, debido a los rendimientos financieros que produciría su cuenta de ahorro individual, indicándole además que ISS se iba a acabar, sin embargo, en ningún momento le suministraron información adicional consistente en el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual, con el fin de obtener una pensión anticipada; esto es, se le indujo en error a efectos de producir su traslado al RAIS y por otro, no le suministraron la información adecuada, suficiente y cierta para que su traslado estuviera precedido de una libertad informada, logrando su traslado con información no veraz, incompleta y completamente desfavorable a sus intereses, motivo por el cual se debe declarar la ineficacia o nulidad del traslado.

Finalmente, manifiesta que ha solicitado a las demandadas su traslado al RPM y el retiro y desafiliación del fondo de pensiones PORVENIR S.A. y que ambas administradoras demandadas han negado el traslado requerido.

## 2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El *a quo* despachó de manera favorable las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y condenando en consecuencia a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que haya recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones completas, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, es decir, con los rendimientos

que se hubieren causado, ahorros voluntarios, con excepción únicamente de los dineros descontados por concepto de cuotas de administración de la cuenta de ahorro individual, y ordenó a su vez a COLPENSIONES a reactivar la filiación de la demandante en el RPM sin solución de continuidad, a recibir los dineros que le sea trasladados por PORVENIR y a corregir la historia laboral de la actora.

Para fulminar condena, la *a quo* consideró que la Corte Suprema de Justicia tiene fijada una línea jurisprudencial sobre el tema de la afiliación a un régimen pensional, que se sintetiza en la obligación de brindar una información completa, suficiente, idónea y comprensible sobre las características de los regímenes, determinando e informando la conveniencia e inconveniencia de uno y otro régimen y la carga de las AFP de demostrar que efectivamente entregaron la debida información a los afiliados al momento del traslado.

Seguidamente expuso que en el presente proceso no se probó por parte de PORVENIR S.A. que, al momento de la afiliación de la demandante, se haya cumplido con el deber legal de otorgarle una explicación integral sobre la regulación de los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, resultando insuficiente como prueba de la existencia de un consentimiento suficientemente informado la suscripción del formulario de afiliación pre impreso, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A.

Indicó la *a quo*, que conforme la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia, PORVENIR S.A. se encuentra en la obligación de devolver a Colpensiones, todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones completas, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, es decir, con los rendimientos que se hubieren causado y aportes voluntarios, exceptuando el 3,5% descontado por concepto de administración de la cuenta, y fondo de garantía de pensión mínima, señalando respecto a los gastos de administración que no puede desconocerse que la cuenta de ahorro individual existió y generó unos rendimientos, y por tal razón ordenar también la devolución de esas cuotas de administración, generaría un enriquecimiento sin causa para Colpensiones, señalando además que el descuento del 3,5% que se realizó fue por ministerio de la Ley.

Respecto al porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima indicó que tampoco resulta procedente ordenar a dicho fondo estatal que devuelva los dineros que por ministerio de la Ley le fueron trasladados.

Señaló que, si en gracia de discusión existiera la obligación de reintegrar dichos dineros, la oportunidad para solicitar su reintegro estaría parcialmente prescrita, pues una cosa es que no prescriba el traslado o los aportes de los trabajadores, y otro es que no prescriban unos gastos de administración que tienen una naturaleza distinta.

Indicó además que Colpensiones no está legitimada para recibir dichas cuotas de administración, en tanto no ha administrado ni un solo día la cuenta de la demandante, ni ha producido un solo peso de rendimientos, a diferencia del fondo privado.

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

### **3. DEL RECURSO DE APELACIÓN**

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

#### **APELACIÓN DE COLPENSIONES.**

La apoderada de COLPENSIONES, apela la sentencia, en lo que tiene que ver con la decisión del *a quo* de abstenerse de ordenar la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a gastos de administración y Fondo de Garantía de Pensión Mínima, señalando que si lo que se pretende en este proceso es la ineficacia, ello tiene como consecuencia que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban, como si el acto del traslado no hubiese existido, por lo que dichos conceptos también deben ser trasladados a COLPENSIONES como lo tiene establecido la jurisprudencia especializada de la CSL de la CSJ, pues estos dineros generan enriquecimiento sin casusa para la AFP demandada en detrimento de Colpensiones, pues dichas sumas se requieren para capitalizar el fondo de naturaleza común, por lo que solicita se revoque dicho aspecto de la decisión y se ordene a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES todos los valores incluidos las cuotas de administración y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima.

## **APELACIÓN DE PORVENIR S.A.**

La apoderada judicial de PORVENIR S.A. apela la sentencia solicitando que sea revocada, y se absuelva a dicha AFP de todas las suplicas de la demanda, argumentando que debe tenerse en cuenta que para la fecha de vinculación de la demandante al RAIS, el contexto normativo vigente para aquel momento no tenía el nivel interpretativo ni de especificidad que se cuenta en la actualidad, de allí que era admisible para las AFP generar unas informaciones de manera verbal, a través de las cuales los potenciales afiliados pudieran tomar una decisión libre, voluntaria e informada sobre su afiliación al RAIS, como quedó establecido en el interrogatorio de parte rendido por la demandante, en el cual esta indicó que sí recibió la asesoría por parte de dicho fondo, y que su vinculación fue libre y voluntaria, y que además leyó el formulario de afiliación previo a firmarlo, sin que se cuente con otros soportes documentales pues era dicho formulario el documento exigido para la época, el cual cumple con los requisitos legales vigentes para ese momento.

Finalmente aduce que si en gracia de discusión se confirma la decisión de declarar la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, solicita sea confirmada la decisión de no ordenar el traslado de los emolumentos consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta que estos tuvieron lugar por efectos legales y en el caso de los seguros previsionales, estos se encuentran ya en cabeza de terceros de buena fe, quienes brindaron ese cubrimiento a los riesgos de invalidez y sobrevivencia durante el tiempo en que la demandada estuvo afiliada al RAIS.

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

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, las apoderadas de la COLPENSIONES y de PORVENIR S.A., allegaron escritos de alegatos de conclusión, en los cuales señalaron resumidamente lo siguiente:

#### **ALEGATOS DE COLPENSIONES.**

Sea lo primero solicitarle analizar señores Magistrados, lo referente a la imposibilidad de traslado de régimen impuesta por el legislador consagrado en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modificó el literal e del artículo 13 de la ley 100 de 1993 y estableció claramente que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren menos de 10 años para adquirir su pensión de vejez.

Ahora, la ineficacia invocada recae sobre un presunto error al que la parte actora fue inducida en razón a su desconocimiento, para lo cual se solicita a la sala tener de presente que el error, fuerza y dolo, es decir, los vicios del consentimiento deben ser probados, no simplemente referenciarse que los mismos se presentaron. La ineficacia de traslado invocada carece de viabilidad, la mera afirmación de la parte actora de lo que aconteció hace tantos años al momento de su traslado al régimen de ahorro individual no puede ser tomado como cierto absolutamente ya que han pasado muchos años y se desconoce qué fue lo que realmente aconteció, las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ese traslado y mas aunque no se cuenta con la presencia del respectivo asesor del fondo privado, tomar una decisión en dicha magnitud resulta incluso arbitrario y contravía principios legales y constitucionales como la seguridad jurídica y el debido proceso, está establecido como regla general en derecho que la buena fe se presume y la mala fe se prueba y en el caso en concreto no quedo probada mala fe por ninguna de las partes.

Durante el curso del proceso se observó que la parte actora es una persona plenamente capaz según el artículo 1503 del Código Civil, ya que en el plenario no se acredito lo contrario, que la misma bajo sus facultades de forma libre y espontánea suscribió una afiliación considerando que sería más favorable pensionarse con el fondo privado y posteriormente al enterarse de que había perdido beneficios procede a reclamar unos derechos como se indicó anteriormente bajo una modalidad judicial creada por nuestro legislador para las personas verdaderamente perjudicadas.

En el evento que se declare la ineficacia de la afiliación, se solicita señores Magistrados se ordene al fondo privado la devolución de aportes, rendimientos, gastos de administración y cualquier otro rubro recibido en razón a la afiliación que se está declarando ineficaz, lo anterior a raíz de que si el afiliado no va a hacer uso del fondo es claro que no tiene que quedarse el mismo con ningún monto máxime teniendo presente que el traslado efectuado se declaró ineficaz por lo que los efectos surtidos quedan sin valor alguno, conforme lo ha establecido, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia reciente, con número de radicación 46292 expediente SL 17595 del 18 de octubre de 2017.

Por esto mismo, la sala ha adocinado que 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 y CSJ SL1688-2019. También en la sentencia SL 2877 de 2020 Radicación N. 78 667 se ordena el traslado de cuotas de administración y garantía de pensión mínima.

Los anteriores conceptos, deberán ser devueltos a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, debidamente indexados.

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

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

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

- 1.1. La actora 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.
- 1.2. La accionante manifiesta que su motivo para realizar este proceso es la diferencia en la mesada pensional entre los regímenes. Por lo tanto, es palmario que lo que motiva a la demandante a solicitar la nulidad o ineficacia de su traslado de régimen de pensiones no reposa en la forma como 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.

- 1.3. Mi representada, al momento de realizar el traslado de la parte accionada al Régimen de Ahorro Individual, cumplió con su deber de información establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues, se le entregó a la parte actora una asesoría generalizada, tal como él mismo asegura en los hechos de la demanda incoada, sobre la información del Régimen de Ahorro Individual de forma verbal al momento de suscribir el Formulario de Afiliación y finalmente 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.

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.

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 accionante 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.

- 1.4. 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.



1.5. Incumplimiento de la parte accionada del deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios, lo cual conlleva a que la misma no pueda ser beneficiaria de su propia culpa o negligencia en su actuar, lo anterior queda corroborado con el accionar sistemático y reiterado por la parte demandante, pues esta dentro de su interrogatorio de parte, manifestó en diferentes ocasiones, no haber realizado comparaciones con otros Fondos Pensionales, no haber hecho preguntas o indagaciones en el momento de suscripción del formulario y no hacer uso de los diferentes canales de atención al usuario que tiene mi representada.

1.6. 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.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que la parte demandante solicita desde la pretensión de la demanda la figura de la ineficacia, con ocasión, a una supuesta ausencia en la entrega de la información consistente en las condiciones del Régimen de Ahorro Individual, sin embargo, se recuerda que las mismas se encuentran en la ley 100 de 1993 y su desconocimiento no sirve como excusa para inaplicar las mismas.

## **2. Los valores recibidos con motivo a la afiliación, especialmente los dineros destinados al pago de seguros previsionales.**

Respecto de esta condena, la misma no es procedente, toda vez que la parte actora se trasladó de régimen pensional en forma consciente, espontánea, sin presiones y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo, y antes de adoptar la decisión se le informó en relación con la incidencia de su traslado.

Es claro, que el acto de traslado de régimen es completamente válido, pues cumplió con los requisitos establecidos en la normatividad entonces vigente y

no pesa sobre él ningún vicio u omisión que lo invalide y en consecuencia con lo anterior no es procedente que la administradora deba restituir estas sumas.

En ese mismo sentido, es oportuno precisar lo siguiente:

- 2.1. Las sumas correspondientes a las sumas adicionales de las aseguradas tienen por mandato legal una destinación específica, la cual se encuentra consagrada en el artículo 20 de la ley 100 de 1993. El mencionado artículo señala que: “en el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes” (Subrayado y negritas fuera del texto original).
- 2.2. Así las cosas, en el presente caso es claro que los descuentos efectuados por mi representada en su momento cumplieron a cabalidad con el objetivo y la destinación legal, por lo que los mismos ya no están en poder de la administradora que represento, sino en el de la compañía aseguradora que contrató para la cobertura del pago de las sumas adicionales necesarias para financiar las prestaciones que, por mandato legal, así lo requieran. La destinación de estas sumas también cumplió su objetivo y, en consecuencia, aquellas se agotaron y extinguieron.
- 2.3. En ese orden de ideas, si la condena a devolver las sumas adicionales de las aseguradas fuese confirmada por este honorable tribunal estaríamos frente un enriquecimiento sin causa a favor de la parte demandante en la medida en que se estarían inaplicando las normas legales que regulan las restituciones mutuas derivadas de una nulidad o ineficacia de un acto jurídico, siendo necesario reiterar que las sumas descontadas por mi representada , durante el periodo de afiliación cumplieron con la finalidad de proporcionar a la parte actora el aseguramiento de los riesgos de invalidez y

muerte, es decir, se invirtieron conforme con la estructura del Régimen de Ahorro.

## 5. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER.

El problema jurídico a resolver se circunscribe a establecer si el traslado de la demandante al régimen pensional 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 CONSULTA de la sentencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 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 las apelaciones de PORVENIR S.A. y de COLPENSIONES, se consultará la sentencia en favor de esta última entidad por haberle resultado adversa, por lo que, la legalidad del fallo será estudiada en su integridad.

Para resolver la consulta, es necesario manifestar, primeramente, que el traslado o afiliación a los distintos regímenes pensionales la establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, disponiéndose además en los Arts. 60 y 114 de esta ley, como en los arts. 10, 12 y 15 del Decreto 720 de 1994 vigente para la época del traslado de la demandante, que el traslado de régimen pensional debe partir de la cabal y completa asesoría que lleve a un asegurado a tomar una decisión responsable e informada, asesoría que ha de entenderse pedagógica, es decir, realmente entendible para cada persona conforme a su grado de cultura y su situación particular, pues los casos no presentan las mismas características o condiciones.

La jurisprudencia de la SCL de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia SL12136-2014 del 03 de septiembre de 2014, abandonando el concepto de **nulidad** del traslado, precisó que la omisión en la debida asesoría de las AFP al momento del referido traslado lo convierte en **ineficaz**, por violentar la exigencia del literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993, sobre la obligatoriedad de que tal manifestación de traslado fuera libre y voluntaria y contempló que de no ser así, la afiliación respectiva

quedaría sin efecto y podría realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Tal posición, que constituye a la fecha la línea jurisprudencial de la SCL de la Corte Suprema de Justicia sobre dicho tema, ha sido ratificada de manera reiterada en todos los pronunciamientos emanados de dicha corporación, como en las sentencias SL1688-2019 y SL1689-2019, ambas proferidas el 8 de mayo de 2019, en las que, además la Corte fijó unas conclusiones jurisprudenciales en torno al tema de la ineficacia o nulidad de traslado de régimen, las que se resumen de la siguiente manera:

1. Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. primeramente, con un deber de información necesaria (en vigencia del decreto 663 de 1993), luego de asesoría y buen consejo (en vigencia de la Ley 1328 de 2009 y el decreto 2241 de 2010), y finalmente de doble asesoría (en vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015)
2. La simple constancia del consentimiento informado vertido en el formulario de afiliación, es insuficiente para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acredita un consentimiento, pero no que haya sido informado.
3. La carga de la prueba de demostrar que el afiliado recibió la información debida, veraz y suficiente cuando se afilió, le corresponde a la AFP.
4. El precedente de la CSJ en torno a la ineficacia del traslado no aplica sólo a los casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional, o contar con una expectativa pensional o derecho a la transición del art. 36 de la ley 100 de 1993, sino en todos los casos de incumplimiento del deber de información.

En el presente asunto, está probado, que la accionante, estando afiliada al Régimen de Prima Media administrado por el extinto ISS hoy Colpensiones, como se acredita con la historia laboral emitida por Colpensiones que milita en el documento 09 del expediente digital, se afilió a PORVENIR S.A. el 29 de agosto de 1995, conforme se anota en el formulario de afiliación a dicha AFP y el certificado SIAFP que militan a folios 197 y 275 del documento 08 del expediente digital.

De otra parte, en este caso, si bien la demandante no es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por no contar para el 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 PORVENIR S.A. en el año 1995 estuviera en la obligación de suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; sobre todo **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué dependería su monto en el RAIS.**

Sobre el deber de información, escuchado el interrogatorio de parte que fue absuelto por la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:49:10 del audio de la audiencia de conciliación, tramite y juzgamiento (Documento 14 del expediente digital), no se advierte que, además de haber manifestado que el asesor de PORVENIR S.A., le indicó que el ISS se iba a acabar y que existía un riesgo grande de perder los aportes realizados, y que les iba mucho mejor pasándose al fondo privado, esta haya confesado que la AFP PORVENIR S.A. le hubiere brindado toda la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su afiliación al RAIS, pues no se advierte que haya confesado que se le ilustró sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como lo son la explicación clara de las características de uno y otro régimen pensional, los requisitos para acceder a las prestaciones económicas en cada uno de ellos, la forma de liquidación de la mesada pensional en cada régimen, la oportunidad de trasladarse entre regímenes y entre administradoras, y los términos para ello, entre otros aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

Ahora, contrario a lo manifestado por la apoderada de PORVENIR S.A. en su recurso de alzada, y como bien lo manifestó el *a quo*, para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción pre impresa sobre que el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que el traslado se realizó con pleno conocimiento informado, lo cual no probó la AFP PORVENIR S.A., siendo su carga como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada, por lo que habrá de confirmarse en esta instancia la decisión de la *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por la demandante en el año 1995 cuando se trasladó del RPM administrado por el extinto ISS a la AFP PORVENIR S.A.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES y frente a las cuales el *a quo* determinó que PORVENIR S.A. debe a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que haya recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones completas, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, ahorros voluntarios, con excepción de los dineros descontados por concepto de cuotas de administración de la cuenta, es decir el 3.5%

que incluye los gastos de administración y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, encuentra la Sala que, como bien los señaló la apoderada de COLPENSIONES en su recurso de apelación, la orden impartida por el *a quo*, no se encuentra acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia y por ende debe ser ADICIONADA en el sentido de indicar que la devolución que debe realizar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES deberá incluir no solo las cotizaciones y rendimientos financieros, sino también los porcentajes que en su momento fueron descontados por dicha AFP de las cotizaciones de la demandante y que fueron destinados a comisiones de administración, pago de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, al pago de prima de reaseguro de Fogafín y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir, que deberá devolver a Colpensiones el 100% de las cotizaciones de la demandante, con sus rendimientos financieros y sin descuento de ninguna índole, pues al declararse la ineficacia del acto de traslado, **ningún efecto jurídico puede derivarse de este** y por tanto, deben reintegrarse a COLPENSIONES, la totalidad de las sumas que hubiesen recibido las AFP demandadas como cotización de la demandante, como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Y es que la Sala, no comparte el criterio del *a quo*, sobre que respecto al porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima no resulta procedente ordenar a dicho fondo estatal que devuelva los dineros que por ministerio de la Ley le fueron trasladados, toda vez que tal deducción se originan como consecuencia del traslado de la demandante al RAIS, y por ello al declararse este traslado ineficaz, no opera la garantía de pensión mínima a favor de la demandante en el RAIS de que trata el Art. 65 de la ley 100 de 1993, y por ello el porcentaje que se descontó para este efecto debe ser reintegrado al fondo común de COLPENSIONES, pues esta entidad también debe garantizar una pensión al menos del salario mínimo legal y por ello el fondo común debe ser fondeado con el porcentaje descontado para el fondo de garantía de pensión mínima del RAIS.

Contrario a lo manifestado por PORVENIR en sus alegaciones, 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.

Teniendo en cuenta lo anterior, contrario a lo manifestado por la apoderada de PORVENIR S.A. en su recurso, 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 deba 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 devolución a COLPENSIONES de los bonos pensionales, y ahorros voluntarios ordenados por el juez, es necesario indicar que en lo concerniente a los bonos pensionales que se pudieran haberse pagado a favor de la actora, tal decisión resulta desacertada, al menos en lo atinente al bono pensional tipo A, toda vez que al ser ineficaz la afiliación de la demandante al RAIS, no se origina el derecho a bono pensional tipo A, y por tal razón, en el hipotético caso que el referido bono hubiese sido pagado de manera anticipada, lo cual no se encuentra acreditado en el plenario, se debe efectuar la devolución al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y no a COLPENSIONES, por lo que tal orden será precisada.

En lo que tiene que ver con los aportes voluntarios a pensiones, no se advierte de la documentación obrante en el plenario que la actora haya realizado cotizaciones voluntarias mientras estuvo afiliada al RAIS, sin embargo existe la posibilidad que tales aportes voluntarios a pensiones se hayan realizado, los que, en todo caso, no pueden ser considerados para obtener la pensión en el RPM, toda vez que en este régimen pensional, la pensión, al menos desde la vigencia del Decreto 1406 de 1999, su Art. 30 prohíbe al trabajador dependiente aumentar la cotización con cotización voluntaria por ingresos como independiente, por lo que las pensiones en el RPM, solo se reconocen con las cotizaciones obligatorias como trabajador dependiente, sin que sea posible mejorar el ingreso base de cotización y así el IBL con cotizaciones voluntarias como independiente, y por ello las cotizaciones voluntarias que haya podido realizar la actora, no deben ser entregadas a COLPENSIONES, por lo que dicho aspecto de la decisión debe ser revocada.

En cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN formulada por las demandadas al dar respuesta a la demanda, 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.

De otra parte, la Sala no comparte el argumento del *a quo*, en el sentido que, si fuera procedente la devolución los dineros descontados por concepto de administración y fondo de garantía de pensión mínima, ellos estarían prescitos, toda vez que su obligación de restituir estos conceptos se origina con la declaratoria de ineficacia del traslado que solo se produce con la ejecutoria de las sentencias que la declaran, por lo que no sería procedente la prescripción.

Respecto de la afirmación expuesta por el apoderada de COLPENSIONES en sus alegaciones sobre la imposibilidad de traslado de régimen impuesta por el legislador en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modifico el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, cuando le falten al afiliado menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, es palmario que tal prohibición, se aplica en los casos de traslado voluntario, que no es lo que pretende la actora, sino la ineficacia de su afiliación inicial al RAIS.

Finalmente en lo concerniente a la solicitud de COLPENSIONES en los alegatos que la devolución de los gastos de administración, así como todo lo descontado por pólizas



provisionales y fondo de garantía de pensión mínima se reintegren debidamente indexados, se observa en la contestación de la demanda por parte de COLPENSIONES, obrante en el documento 09 del expediente digital, dicha entidad efectuó solicitud en tal sentido, por lo que este asunto hace parte del litigio en este proceso, indexación que es procedente, pues el porcentaje descontado de la cotización como cuota de administración incluido el porcentaje de seguros previsionales y el porcentaje de garantía de pensión mínima no han devengado los intereses del resto del porcentaje de la cotización que sí va al cuenta de ahorro individual del afiliado, por lo que es justo equitativo que sean devueltos debidamente indexados.

Respectó de la forma de devolución del porcentaje de cuota de administración incluido el de seguros previsionales y el porcentaje de garantía de pensión mínima, la SCL de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL1689-2019 indicó lo siguiente:

*“Está probado que la AFP accionada trasladó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que la 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.”*

En razón a lo anterior, se ordenará que los porcentajes de cuota de administración, incluido el porcentaje de seguros previsionales y el porcentaje de garantía de pensión mínima, sean reintegrados a COLPENSIONES debidamente indexados.

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

Las COSTAS en esta instancia estarán a cargo de PORVENIR S.A. por haber resultado vencida en el recurso de apelación. Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$1.000.000.

## **7. DECISIÓN:**

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 19 de abril de 2021 proferida por el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **EUGENIA DEL PILAR LONDOÑO RAMÍREZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, y la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADICIONÁNDOLA** en el sentido de indicar que la devolución que debe realizar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES deberá incluir no solo las cotizaciones y rendimientos financieros, sino también los porcentajes que fueron descontados por dicha AFP de las cotizaciones de la demandante, destinados a comisiones de administración, pago de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, al pago de prima de reaseguro de Fogafín y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima indexados, es decir, que deberá devolver a Colpensiones el 100% de las cotizaciones de la demandante.

**SEGUNDO: REVOCAR** la sentencia de primera instancia, en cuanto declaró que la devolución a COLPENSIONES debe incluir los aportes voluntarios al sistema pensional que hubiere efectuado la actora, y el bono pensional cuando se trate del tipo A, por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.

**TERCERO:** COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y en favor de la demandante. Las agencias en derecho, las estima el ponente en la suma de \$1.000.000.

La anterior sentencia se notifica a las partes en EDICTO.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

No siendo otro el objeto de esta diligencia se declara culminada, y se firma por quienes en ella han intervenido,

Los magistrados,

**Firmado Por:**

**Francisco Arango Torres**  
**Magistrado**  
**Sala Laboral**  
**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Jaime Alberto Aristizabal Gomez**  
**Magistrado**  
**Sala Laboral**  
**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**John Jairo Acosta Perez**  
**Magistrado**  
**Sala Laboral**  
**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **04c4c760633f44b15026942ee85cc46cfa2d82d6765779acbb4e48c11f69a524**

Documento generado en 14/07/2022 02:24:47 PM

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