



**REPUBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLIN**  
**SALA QUINTA DE DECISION LABORAL**

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05001-31-05-021-2018-00375-01
Demandante:	Natalia Elvira Fandiño Beltrán
Demandado:	Colpensiones y otros.
Asunto:	Apelación y Consulta
Procedencia:	Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito
Magistrada ponente:	Sandra María Rojas Manrique
Temas:	Ineficacia afiliación al RAIS

**Medellín, enero veintinueve (29) de dos mil veintiuno (2021)**

En la fecha, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados CARLOS JORGE RUIZ BOTERO, VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO y SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE, como magistrada sustanciadora, procede, conforme a lo dispuesto en el decreto legislativo 806 de 2020, a decidir el recurso de apelación interpuesto por la señora apoderada de la parte demandante y los apoderados de las codemandadas Colpensiones y Porvenir S.A., así como el grado jurisdiccional de Consulta, en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín, el 26 de Junio del 2020, en el proceso Ordinario laboral de primera instancia instaurado por la Señora NATALIA ELVIRA FANDIÑO BELTRAN en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS

PORVENIR S.A., la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS. Radicado 05001-31-05-021-2018-00375-01.

## **1.- ANTECEDENTES**

### **1.1.- DEMANDA**

La señora NATALIA ELVIRA FANDIÑO BELTRAN, convocó a juicio a COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., pretendiendo se declare la ineficacia o subsidiariamente la nulidad, del traslado de régimen pensional efectuado del Instituto de los Seguros Sociales a Porvenir S.A., el 6 de abril de 1995, así como del posterior traslado a Colfondos S.A. y Protección S.A., antes Santander Pensiones y Cesantías, en consecuencia, se ordene su regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; se ordene a Protección S.A., la devolución de todos los valores que recibió con motivo de la afiliación; se ordene a Colpensiones aceptar el regreso y finalmente, se condene a Protección S.A., a pagar la reserva actuarial a favor de Colpensiones, con la que se garantice el monto de la pensión de vejez.

En respaldo de tales aspiraciones, se expuso en síntesis, que la actora se afilió al ISS el 12 de marzo de 1990, que en el mes de abril de 1995 solicitó la vinculación a Porvenir S.A., decisión que estuvo motivada en engaños y falas informaciones, entregadas por el asesor de Porvenir S.A., quien se presentó a su lugar de trabajo y les indicó que si permanecían en el ISS se corría el riesgo que dicha entidad entrara en quiebra, que en Porvenir S.A., se podrían pensionar en el momento que quisieran, sin más explicaciones y asegurando igualmente que el monto de la pensión sería superior.

Se indicó que a comienzos del año 2003, Colfondos S.A., visitó la empresa en la que laboraba la demandante y en el mes de mayo de la misma anualidad, esta

solicitó su afiliación a Colfondos S.A., refiriendo que dicha decisión fue igualmente motivada en engaños y falsa información que dieron los asesores del fondo de pensiones, quienes insistieron en el supuesto riesgo de quiebra del ISS y le prometieron que el monto de la mesada pensional sería igual o superior a la que podía obtener en el Régimen de Prima Media.

En igual sentido, se adujo que a finales del año 2005, Santander Pensiones y Cesantías hoy Protección S.A., visitó la empresa en la que laboraba la actora, con la finalidad de explicar los beneficios del traslado de fondo, reafirmando el engaño del que ya había sido víctima la accionante por parte de Porvenir S.A. y Colfondos S.A.

## **1.2.- CONTESTACIÓN**

Por conducto de su representante legal y a través de apoderado, oportunamente **COLPENSIONES**, dio respuesta al libelo introductorio, indicando que es cierto lo relacionado con la afiliación de la demandante al ISS, sin constarle los demás hechos de la demanda, por ser ajenos a la entidad que representada.

A su vez, propuso las excepciones de prescripción; inexistencia de vicio en el consentimiento; imposibilidad de condena en costas y compensación.

Al dar respuesta a la demanda, **PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a las pretensiones, respecto de los hechos en que se fundamentan, admitió como cierto que los ejecutivos comerciales de la entidad realizaban visitas a distintas empresas con el fin de promocionar y dar a conocer el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no siendo cierto, que a la actora se le haya reafirmado un supuesto engaño, por cuanto a la misma se le informó objetivamente sobre las condiciones del Régimen de Ahorro Individual y sus diferencias con el régimen administrado por el ISS, así como tampoco es cierto, que se le haya asegurado que si regresaba al ISS corría el riesgo de que la

entidad entrara en quiebra, ni que se le asegurara que el monto de la mesada pensional iba a ser superior en el fondo privado. Respecto de las demás afirmaciones contenidas en la demanda, refirió no constarle las mismas.

En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y la excepción innominada o genérica.

Por su parte, **PORVENIR S.A.**, aceptó como cierto el traslado de la actora a Provenir S.A., el 6 de abril de 1995, no obstante, indicó que no es cierto que a la accionante se le hubiese suministrado información falsa o engañosa, pues la entidad ha tenido como pilares fundamentales de su actividad la honestidad y la debida diligencia en la atención de los afiliados, y en dicho sentido, a la demandante se le brindó información oportuna, clara, suficiente, concreta, adecuada y veraz respecto de las características del Régimen de Ahorro Individual. En relación con los demás hechos de la demanda, manifestó no constarle los mismos.

En oposición a las pretensiones de la demanda invocó las excepciones de prescripción; falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas; buena fe; prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo; enriquecimiento sin causa y la excepción innominada o genérica.

Finalmente, **COLFONDOS S.A.**, respecto a la vinculación de la actora a dicha entidad, señaló que no es cierto lo afirmado, por cuanto Colfondos S.A., entregó información objetiva a la demandante sobre el Régimen de Ahorro Individual y su comparación con el Régimen de Prima Media, poniendo de presente las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, con el fin de que la misma tomara una decisión libre, voluntaria e informada. Igualmente, manifestó que no le constan los demás hechos.

Con el fin de enervar las pretensiones de la demanda, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva; no existe prueba de causal de nulidad alguna; prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado; buena fe; compensación y pago; saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación; innominada o genérica y ausencia de vicios del consentimiento.

### **1.3.- SENTENCIA DE PRIMER GRADO**

Mediante fallo proferido el 26 de junio del 2020, el Juzgado de conocimiento declaró la ineficacia del traslado de la demandante, del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, declarando la afiliación sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media; ordenó a Protección S.A a trasladar a Colpensiones y a ésta, a recibir los saldos de la cuenta de ahorro individual de la actora, incluidos los rendimientos financieros; condenó a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones las cuotas de administración y las sumas del seguro previsional, descontadas de los aportes realizados en favor de la demandante, durante todo el tiempo en que estuvo afiliado en el Régimen de Ahorro Individual, incluyendo los tiempos de afiliación en otras AFP; declaró probada la excepción de ausencia de prueba en el vicio del consentimiento; condenó en costas a Porvenir S.A.

### **1.4.- RECURSO DE APELACIÓN**

#### **Demandante**

La apoderada de la actora interpone recurso de apelación respecto de la decisión de no condenar en costas a las otras AFP Privadas, esto es Colfondos S.A. y Protección S.A., por considerar que si bien, Porvenir S.A., fue quien efectivamente asesoró a la demandante en su cambio de régimen pensional, las otras AFP perpetuaron el error durante la vinculación de la demandante, no brindaron reasesorías y en las asesorías para el cambio de fondo tampoco le presentaron los pro y los contra de permanecer en el Régimen de Ahorro

Individual, refirió que en el año 2003 cuando se expidió la Ley 797 que estableció un año de gracia para el regreso al RPM, no existe prueba de que Colfondos S.A., que era el fondo en el que se encontraba afiliada la demandante, hubiese adoptado algún protocolo de reasesoría, tampoco existe prueba de que Protección S.A., previo al cumplimiento de los 47 años de edad hubiese llevado a cabo alguna labor de reasesoría, por lo que la actora por cuenta de esa falta de asesoría permaneció en el Régimen de Ahorro Individual hasta el día de hoy, razón por la cual solicita se le imponga a estas AFP vinculadas a juicio la condena en costas.

**Porvenir S.A.**

El apoderado de la AFP, presenta recurso de apelación de manera parcial, en lo que respecta al numeral tercero de la sentencia, en la cual se ordena a Porvenir S.A., a reintegrar la totalidad de los valores descontados por cuotas de administración y seguros provisionales durante todo el tiempo de vigencia de la afiliación de la actora en Régimen de Ahorro Individual, indicando que debe tenerse en cuenta, que si bajo la lógica de la declaratoria de ineficacia las cosas volverán a su estado original, no se hubiera generado unos rendimientos financieros, los cuales son ampliamente superiores a los que se hubieran generado en el Régimen de Prima Media, debiéndose tener en cuenta que no se puede declarar una absoluta retroactividad de las circunstancias que se presentaron, toda vez que durante más de 25 años se presentaron circunstancias que afectaron a unos terceros, como las afiliaciones a Protección S.A. y a Colfondos S.A.

Continuó señalando que conforme a los artículos 20, 61 y 100 de la Ley 100 de 1993, los descuentos por cuotas de administración se generan tanto en el Régimen de Prima Media como en el Régimen de Ahorro Individual, aunado a ello, hay una prohibición legal y expresa, en la cual se determina que estos valores se deben manejar en cuentas apartes, siendo entonces valores que son descontados por mandato legal y no por capricho de la entidad,

adicionalmente, sostuvo que tal y como se desprende de la relación histórica de movimientos durante la afiliación de la demandante a Porvenir S.A., hubo unos rendimientos que tren como consecuencia un mayor capital a la cuenta de ahorro individual, adicionalmente los seguros provisionales únicamente se pagaron a la aseguradora con la que tenía contratado Porvenir S.A., durante el tiempo en que estuvo vigente la afiliación con la AFP y no con posterioridad y por lo tanto, ese dinero no era responsabilidad de Porvenir S.A. y el mismo afiliado era el asegurado.

Sostuvo que conforme al artículo 1746 del Código Civil, se tiene que las restituciones mutuas se autorizan en el evento de que el bien administrado haya sufrido detrimento, detrimento que no se haya evidenciado, en el entendido de que las cotizaciones efectuadas por el afiliado fueron administradas en debida forma y por el contrario se incrementaron, por la gestión profesional de Porvenir S.A., por lo que resulta improcedente que Porvenir S.A., deba reintegrar estos valores como una especie de indemnización o responsabilidad provisional, por cotizaciones que no percibió, toda vez que la vinculación de la afiliada cesó hace más de 17 años, configurándose un enriquecimiento sin causa por parte de Colpensiones con el reintegro de esos valores cuando ni siquiera se recibieron cotizaciones.

Concluyendo que, a lo sumo debería darse un reintegro de estas cuotas de administración en proporción al tiempo que la demandante estuvo afiliada a cada una de las AFP del Régimen de Ahorro Individual, teniéndose igualmente presente la teoría de la equivalencia del aporte, que indica que si los rendimientos financiero que hubiera generado los dineros sin el descuento de las cuotas de administración, hubiese sido superior a lo que se hubiera generado en el Régimen de Prima Media, no habría lugar a reintegro alguno.

### **Colpensiones**

Interpone recurso de apelación, solicitando que la sentencia sea revocada en lo que tiene que ver con la declaratoria de ineficacia de traslado por las consideraciones expuestas en la sentencia, aduciendo que la aplicación del artículo 272 de la Ley 100 de 1993, sustento para la declaratoria de ineficacia, habla de la vulneración de derechos fundamentales y por ende, se aplica de manera difusa la inconstitucionalidad de las normas de la seguridad social bajo el entendido de que al afectar la mesada pensional de la accionante, generaría una afectación a esos derechos fundamentales, valiendo la pena recordar la sentencia C-086 de 2002, en la que la Corte Constitucional estudia la constitucionalidad de ambos regímenes pensionales creados por la Ley 100 de 1993, en la cual se indicó que el sistema de seguridad social no tiene por finalidad preservar el equilibrio cuota prestación y más si se tiene en cuenta que la demandante en su interrogatorio confiesa que sus condiciones de vida han variado en los últimos años, por lo que ahí nos encontramos en lo que bien señala el juez de instancia la teoría de la imprevisibilidad, adicionalmente la aplicación difusa de la inconstitucionalidad de las normas tiene que tener un sustento base en el que se encuentre que esa diferencia pensional sea óbice para declarar una afectación de derechos fundamentales y ya la Corte Constitucional ha dicho sobre el particular que ello no corresponde.

### **1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA**

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos, se pronunciaron los apoderados de las codemandadas Porvenir S.A., Colpensiones y Colfondos S.A. El procurador judicial de Provenir S.A., solicita se revoque la sentencia de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con Porvenir S.A. sea valido. Expresó que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma establece la ineficacia cuando existen actos que impidan o atenten



contra la afiliación del trabajador; es decir, se exigen conductas dolosas que impidan o atenten la libre y voluntaria afiliación del posible afiliado, presupuestos que no se alegaron, ni mucho menos resultaron demostrados, resaltando que la AFP acreditó con la prueba aportada el cumplimiento de las obligaciones legalmente exigidas, sin que sea viable que se le impongan cargas adicionales.

En el evento de que se considere que el negocio jurídico celebrado entre las partes, no tuvo validez, no puede olvidarse que, el artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993, menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen, que corresponden al saldo de la cuenta individual y los rendimientos, lo que impide que legalmente se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes a las referidas en esta norma, por lo tanto, no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas, por cuanto ningún otro valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que condenar a pagar valores adicionales, configura un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, adicionalmente, determinar que se deben reintegrar los gastos de administración, es tanto como ordenarle a una compañía de seguros a que si no se presenta el siniestro amparado, devuelva el valor de la póliza.

El apoderado de Colpensiones, solicita igualmente se revoque la sentencia proferida en primera instancia, por considerar que el traslado de régimen efectuado por la demandante tiene plena validez, señala que acepta parcialmente los postulados de las sentencia con radicación 31989 de 2008, 46292 de 2014 y SL 1452 DE 2019, por cuatro puntos que fueron tratados dentro de la parte motiva de la providencia, pero sobre todo en el tema planteado, en cuanto a la indebida información, tomando que las consideraciones de la Corte Suprema de Justicia, que respaldan los argumentos del demandante, pareciera dar a entender que la causa de la desmejora en el monto de la pensión se debió a esa ausencia de información o indebida asesoría, lo cual no resulta completamente cierto, por cuanto la pensión, o los

eventuales beneficios derivados de la afiliación al régimen pensional dependen, en gran medida, de factores o hechos posteriores al traslado. Reitera que el a quo, desconoce que en la Sentencia C 086 de 2002, se declararon exequibles todos los cargos imputados a los artículos contentivos al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, al declarar la ineficacia con fundamento en el artículo 272 de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, solicita que en el caso hipotético que se reconozca la ineficacia el traslado, se ordene al fondo privado, devolver toda la cuenta de ahorro individual, con los respectivos rendimientos financieros de esta, además de las cuotas y gastos de administración con los seguros previsionales, ello conforme lo señalado por la Sala de Casación Laboral en sentencia radicado 68838 de mayo de 2019.

Por último, la apoderada de Colfondos S.A., solicita se desestime el recurso de apelación de la actora, con el que se pretende modifique parcialmente el fallo de primera instancia, para que se condene en costas a su representada, teniendo en cuenta que esa decisión, se encuentra ajustada a derecho porque es claro que al no haber materializado el traslado de régimen, no puede considerarse a Colfondos S.A., como parte vencida en el proceso y si bien Colfondos S.A., integra la parte pasiva de esta litis, esto obedece a la necesidad de que todas las entidades a las cuales ha estado afiliada la actora en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad comparezcan al proceso, pero solo frente a la AFP que materializó el traslado de régimen, puede resolverse la nulidad o ineficacia.

Igualmente, solicita la confirmación de la sentencia en el sentido de que no se ordenó traslado alguno por parte de Colfondos S.A., hacia el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y ello porque dicha decisión también se ajusta a la realidad procesal, porque está probado, que la cuenta pensional que alguna vez tuvo la demandante en Colfondos S.A., fue trasladada a ING Pensiones y Cesantías hoy Protección S.A., en el mismo sentido, tampoco es posible ordenar a Colfondos S.A., la devolución de los gastos de

administración porque frente a estos operó la prescripción, por ser un concepto de tracto sucesivo, ni se podrá ordenar tampoco la devolución del porcentaje destinado a la garantía de la pensión mínima, el cual se realiza por disposición legal.

## **2. CONSIDERACIONES**

### **2.1.- COMPETENCIA DE LA SALA**

Inicialmente, debe advertirse que la competencia de esta Corporación está dada por los puntos que son objeto de apelación, entendiendo que las partes quedaron conformes con lo resuelto de más; de conformidad con el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984; los artículos 10 y 35 de la Ley 712 de 2001, que modificaron los artículos 15 y 66A del C.P.L y de la S.S., respectivamente.

De igual forma procede la consulta, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social que dispone “*También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren totalmente adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante*”.

### **2.2.- HECHOS ESTABLECIDOS EN EL TRÁMITE DE LA INSTANCIA**

Quedaron acreditados en el trámite del proceso y no son objeto de controversia los siguientes hechos:

- Que la señora Natalia Elvira Fandiño Beltrán nació el 18 de diciembre de 1964, tal y como se desprende de la copia del registro civil de nacimiento obrante a folio 30 del plenario.

- Que la actora se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el extinto ISS, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de Porvenir S.A., el 6 de abril de 1995, con fecha de efectividad el 1° de mayo de 1995; de Porvenir S.A. se trasladó a Colfondos S.A., el 16 de mayo del 2003 y finalmente, se trasladó a Santander S.A., hoy Protección S.A., el 29 de noviembre de 2005, de conformidad con los formularios obrantes a folios 238, 39 y 40, así como de la información extraída del formulario del SIAFP obrante a folio 125 del plenario.

- Que la accionante acredita un total de 1306 semanas cotizadas, conforme a la historia laboral generada por Protección S.A., el 04 de septiembre del 2018, obrante a folios 116 del expediente.

### **2.3.- PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER**

Debe determinar la Sala si:

¿Se encuentra ajustada a derecho la sentencia objeto de apelación y de consulta, proferida en el presente proceso por el señor Juez Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín, determinando si es ineficaz el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por Porvenir S.A., efectuado por la demandante?

¿Hay lugar a ordenar a Porvenir S.A., que traslade a Colpensiones, las cuotas de administración y los seguros previsionales, descontados durante la vigencia de la afiliación de la actora al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

¿Procede la condena en costas a cargo de Protección S.A., y Colfondos S.A., en favor de la demandante?

### **2.4.- TESIS**

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual, i) es ineficaz el acto de traslado por el incumplimiento del deber de información y por lo tanto debe ordenarse el traslado de todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización obligatoria, ii) Hay lugar a condenar en costas a Colfondos S.A. y Porvenir S.A., al resultar igualmente vencidas en el proceso; en consecuencia, la sentencia debe ser MODIFICADA y ADICIONADA en su numeral tercero, en el sentido de CONDENAR a PORVENIR S.A., a trasladar también a COLPENSIONES, los aportes al Fondo de Garantía Mínima, que afectaron el valor de la cotización obligatoria del demandante, en vigencia de la afiliación a dicha AFP y CONDENAR a COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES, las comisiones de administración, seguros provisionales y aportes al Fondo de Garantía Mínima, que afectaron el valor de la cotización obligatoria del demandante, en vigencia de la afiliación a cada AFP, REVOCADA en el numeral quinto para condenar en costas a COLFONDOS S.A. Y PROTECCION S.A.; CONFIRMÁNDOLA en las demás partes.

## **2.5.- PREMISAS NORMATIVAS**

El modelo pensional adoptado en Colombia a través de la ley 100 de 1993, permitió la concurrencia de dos regímenes pensionales, excluyentes, el régimen público de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales y algunos Fondos y Cajas de Previsión del sector Público y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por los Fondos Administradores de Pensiones, entidades financieras de carácter privado. (artículo 12).

El Régimen de Prima Media con Prestación Definida está caracterizado en los artículos 31 y 32 de la ley 100 de 1993, como un régimen en el cual las prestaciones que obtienen los afiliados o sus beneficiarios están previamente definidas por el legislador, donde los aportes de todo los afiliados constituyen un fondo común de naturaleza pública, con el cual se financia las prestaciones

de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia y en el cual el Estado es quien tiene a su cargo la garantía de las pensiones a que se hacen acreedores los afiliados en este régimen, que se concreta a través del subsidio estatal.

Por su parte, el Régimen de Ahorro Individual, tal como lo define el artículo 59 del estatuto general de pensiones, está fundamentado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, el reconocimiento de la pensión y el monto de la misma está determinado por el capital acumulado, que debe ser el necesario para financiar una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente para 1994 y reajustado anualmente según la variación porcentual de IPC. La solidaridad opera en relación con la garantía de la pensión mínima legal, que da derecho a que el Estado complete la parte que haga falta para financiar una pensión mínima de vejez.

En este contexto de dualidad, el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, establece como característica del sistema general de Pensiones, la libertad de selección de régimen en los siguientes términos *“la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para el efecto manifestara por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1° del artículo 271 de la presente ley”*.

A su vez, el artículo 271 ibidem establece que: *“El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud,*

respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador. (subraya de la Sala)

El deber de brindar información completa, comprensible y veraz de las administradoras de Fondos de Pensiones, es consustancial a la actividad de estas entidades de carácter financiero y así fue establecido desde la vigencia misma del Régimen de Ahorro Individual, por el artículo 97 del estatuto financiero vigente para la época, decreto 663 de 1993, el artículo 4 del decreto 656 de 1994 y los artículos 10 y 12 del decreto 720 de 1994.

Posteriormente, el legislador ha regulado el contenido de la información que debe ser brindada a los potenciales afiliados, por parte de los Fondos de Pensiones; véase la ley 1328 de 2009, el decreto reglamentario 2555 de 2010, la ley 1748 de 2014, el decreto 2071 de 2015 y la circular 016 de abril 16 de 2016 de la Superintendencia Financiera, dentro del cual se incluye las reglas de funcionamiento, ventajas y desventajas de ambos regímenes, el análisis de la situación particular del afiliado, proyecciones financieras de la futura pensión y la obligatoriedad de la doble asesoría para eventos de traslado.

En esta misma dirección, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha consolidado una línea jurisprudencial reiterada y uniforme, en torno al deber permanente e ineludible de información que concierne a las administradoras pensionales, como condición de eficacia del traslado de régimen; según la cual la afiliación desinformada produce la ineficacia del acto; correspondiendo a las AFP la carga probatoria de demostrar que entregaron al afiliado la información objetiva sobre la actividad de cada uno de los regímenes pensionales, para obtener un verdadero consentimiento.

Dan cuenta del precedente en referencia, los siguientes pronunciamientos:

Sentencia	Línea Jurisprudencial
SL, Rad, 31989 del 08 de septiembre de 2008	FUNDADORA  Se produce la nulidad del traslado de régimen pensional por incumplimiento del deber de información, es insuficiente el

	<p>formulario de vinculación para acreditar el consentimiento informado</p> <p>Inversión de la carga de la prueba hacía las Administradoras de Pensiones</p>
SL Rad. 31314 del 08 de septiembre de 2008	FUNDADORA
SL, Rad 33083 del 22 de noviembre de 2011	CONFIRMATORIA
SL31314 del 06 de diciembre de 2011 de instancia.	CONFIRMATORIA
SL, SL12136 Rad 46292 del 03 de septiembre de 2014	La sanción del acto de traslado cuando se incumple el deber de información lo es la INEFICACIA del acto de traslado, de conformidad con el artículo 271 de la ley 100 de 1993.
SL 19447(47125) del 27 de septiembre de 2017	Debe acreditarse el cumplimiento del deber de información encontrándose o no la persona bajo en el régimen de transición.
SL 17595-2017 (46922) del 18 de octubre de 2017	CONFIRMATORIA
SL413 (52704) del 21 de febrero de 2018	<p>CONFIRMATORIA</p> <p>La afiliación o traslado de régimen pensional no es dable deducirlo en todos los casos con el simple diligenciamiento, firma y entrega del formulario de afiliación.</p>
SL4964 (54814) del 14 de noviembre de 2018	<p>CONFIRMATORIA</p> <p>Las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no son suficientes para acreditar el cumplimiento del deber de información, quien debe probar la diligencia y cuidado es el Fondo de Pensiones, quien estaba obligado a emplearla.</p>
SL4989-(47125) del 14 de noviembre de 2018.	<p>CONFIRMATORIA</p> <p>Ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de información</p> <p>Inversión de la carga de la prueba hacía las Administradoras de Pensiones</p>
SL 1452 (68852) del 03 de abril de 2019	<p>ACLARATORIA</p> <p>El deber de información es permanente y aunque ha tenido distintas fases en su regulación normativa, ha sido siempre ineludible.</p> <p>No se requiere una situación consolidada ni ser beneficiario de un régimen de transición para la aplicación del precedente.</p>



SL1421 (56174) del 10 de abril de 2019	CONFIRMATORIA –
SL1688 (68838) del 08 de mayo de 2019	CONFIRMATORIA-  Imprescriptibilidad de la Acción  La información debe ser entregada de manera oportuna y por lo tanto la ineficacia debe ser evaluada respecto a la asesoría inicial, sin que se produzca su saneamiento en virtud de las reasesorías posteriores
SL1689 (65701) del 08 de mayo de 2019	CONFIRMATORIA-
SL3464 (76284) del 14 de agosto de 2019	CONFIRMATORIA-
SL4360 (68852) del 09 de octubre de 2019	CONFIRMATORIA-
SL4426 (79167) del 16 de octubre de 2019	CONFIRMATORIA  La transparencia es una norma de dialogo, que impone dar a conocer al afiliado toda la verdad objetiva de los regímenes.
SL1611 del 01 de julio de 2020	CONFIRMATORIA
SL2877 del 29 de julio de 2020	CONFIRMATORIA  Efectos de la ineficacia.

A los pronunciamientos anteriores se suman sentencias de las distintas Salas de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tales como: SL782 del 14 de marzo de 2018, SL 3496 del 22 de agosto de 2018, SL361 del 13 de febrero de 2019, SL4933 del 30 de octubre de 2019, SL4937 del 13 de noviembre de 2019, SL5144 del 20 de noviembre de 2019, SL373 del 12 de febrero de 2020, SL600 del 25 de febrero de 2020, SL881 del 10 de marzo de 2020, SL985 del 18 de marzo de 2020, SL4381 del 26 de octubre de 2020, SL4336 del 04 de noviembre de 2020 y SL4388 del 11 de noviembre de 2020.

De acuerdo con la ratio decidendi de las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es indiscutible que, para resolver el problema jurídico atinente a la validez o eficacia de las afiliaciones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, debe aplicarse las dos subreglas

principales establecidos por el máximo Tribunal de la jurisdiccional ordinaria laboral, esto es i) el deber profesional, permanente e ineludible de información que tienen las administradoras de pensiones y ii) la inversión de la carga de la prueba, que les traslada la responsabilidad de acreditar que entregaron al afiliado la información necesaria para adoptar una decisión consciente.

## **2.6.- CASO CONCRETO**

En el caso concreto, se establece el traslado de régimen pensional de la señora NATALIA ELVIRA FANDIÑO BELTRAN, a través de la AFP PORVENIR S.A., el 6 de abril de 1995, con fecha de efectividad el 1º de mayo de la misma anualidad; posteriormente, se trasladó de Porvenir S.A., a Colfondos S.A., el 16 de mayo del 2003 y finalmente, se trasladó a Santander S.A., hoy Protección S.A., el 29 de noviembre de 2005, de conformidad con los formularios obrantes a folios 238, 39 y 40, no obstante y contrario a lo señalado por el apoderado de Protección S.A., en los alegatos de conclusión, dichos formularios no dan cuenta de la información que fue brindada a la accionante, tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia *“La firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones es insuficiente para dar por demostrado el deber de información, pues además de ello, la entidad administradora de pensiones tiene el deber ineludible de obtener del afiliado un consentimiento informado –(sentencia SL1688 de 2019); por ello no puede inferirse la voluntariedad del traslado en los términos del artículo 11 del decreto 692 de 1994.*

Aunado a lo anterior, advierte esta Colegiatura que no existe medio de convicción alguno, a partir del cual pueda establecerse que en su momento Porvenir S.A., cumplió con el deber profesional de información, para garantizar la decisión libre, voluntaria e informada de la afiliada, sobre las implicaciones del traslado, razón por la cual no está llamado a prosperar el recurso de alzada presentado por el apoderado de la entidad.

En el interrogatorio de parte practicado a la demandante, la misma indicó que se trasladó a Porvenir S.A., porque en ese momento les planteaban la idea de que los fondos privados eran la panacea, pero que nunca le explicaron la diferencia entre un régimen y otro, diferencias que en la actualidad aún desconoce, que les vendieron la idea de que el ISS se había quebrado, que las pensiones del Estado iban terrible, pero no le dieron más información, no le explicaron que iba a pasar con lo que tenía cotizado en el ISS, no le hablaron de pensión anticipada, ni le explicaron que pasaría en caso de que falleciera, sin cumplir con los requisitos para pensionarse, aduciendo que se siente engañada por Porvenir S.A., porque no le hablaron claro y no le dijeron la verdad. Adicionalmente, del traslado a Protección S.A., refirió que cuando ingresa a las empresas, estas tienen los asesores y finalmente la afiliación por comodidad por comodidad, sin recordar detalles de dicha afiliación.

Debe indicarse igualmente que, del interrogatorio de parte rendido por el representante legal de Porvenir S.A., no es posible inferir que la entidad hubiera suministrado a la accionante una información, adecuada, clara y suficiente, al momento de efectuarse el traslado.

En este escenario probatorio, ante la ausencia de medios de prueba que dé cuenta de la información que brindó PORVENIR S.A., a la demandante no es posible una decisión distinta a la que adoptó el funcionario de primer grado, resaltando que la ineficacia de la afiliación se presenta en atención a la ausencia de prueba de la información que la AFP dio a la demandante en su momento y no en atención a la diferencia en el monto de la pensión a que tendría derecho la demandante, como lo determinó el a quo, por cuanto a, a juicio de la Sala, de ello no puede derivarse, a prima facie, una afectación grave a la dignidad humana y los derechos de los trabajadores protegidos en 272 de la Ley 100 de 1993, como lo anotó el apoderado de Colpensiones.

### **Sobre los efectos de la ineficacia**

La ineficacia supone que el acto no produce efectos jurídicos, como si no hubiese existido, por lo tanto, no pueden excluirse del traslado, los gastos de administración, los seguros previsionales, ni los aportes al Fondo de Garantía Mínima, teniendo en cuenta que estos afectaron el valor de la cotización de la demandante y al ser declarada la ineficacia, los pagos y deducciones, quedan sin causa jurídica, debiéndose trasladar el aporte completo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, para garantizar el financiamiento de la futura pensión de la actora, debiéndose aclarar, que dichos conceptos deben ser trasladados por cada una de las administradoras accionadas, en atención a la vigencia de la afiliación de la accionante a cada entidad, tal y como lo reclama el apoderado de Porvenir S.A., en la sustentación del recurso de alzada, no pudiendo recaer esta obligación de manera exclusiva en Porvenir S.A, pues no existe fundamento alguno, para que sea dicha entidad quien traslade los gastos de administración y cuotas de seguros previsionales a Colpensiones, por los periodos en los cuales estuvo vigente la afiliación de la demandante a Colfondos S.A., y Protección S.A.

No puede afectarse, además, el fondo común de naturaleza pública del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con la disminución de la cotización en favor de ninguna de las administradoras accionadas, teniendo en cuenta, que fue Porvenir S.A, quien dio lugar a la sanción del acto jurídico, en virtud del incumplimiento al deber de información, y que la actora presentó movilidad dentro del mismo régimen al trasladarse a Colfondos S.A., y Protección S.A., entidad en la cual se encuentra vigente la afiliación de la actora, por lo tanto, deben asumirlo aun de su propio patrimonio, conforme al artículo 963 del Código Civil.

De otra parte, los rendimientos generados, mientras estuvo activa la afiliación, son de propiedad de la demandante y no de los Fondos, tampoco resultan ajenos al régimen administrado por Colpensiones, conforme al artículo 32 de la ley 100 de 1993, dado que el fondo común también se integra por

rendimientos de las cotizaciones de los afiliados y por lo tanto no pueden compensar los gastos administrativos.

Los aportes al Fondo de Garantía Mínima, cuya aplicación es exclusiva del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deben ser trasladados conforme al artículo 7 del decreto 3995 del 2008 y las sentencias SU062 de 2010 y SU 130 de 2013, destacando que la diferencia entre el ahorro y la cotización, cuando se trata de traslado permitido legalmente, debe ser asumida por el afiliado, no así cuando, como en el sub lite, se trata de la sanción al acto jurídico por incumplimiento de la AFP al deber de información.

Ahora, en cuanto a los porcentajes de seguros previsionales, si bien los mismos ampararon los riesgos de invalidez y muerte en vigencia de la afiliación del accionante, también generaron la disminución de la cotización y al quedar sin efecto la afiliación, también deben ser trasladados, siendo claro que, al no estar estos conceptos dentro de la cuenta de ahorro individual del demandante, deben ser trasladados con cargo a los propios recursos de las AFP demandadas y por lo tanto no afectan los pagos realizados a la respectiva aseguradora.

Respecto a los conceptos que deben ser trasladados como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, se pronunció recientemente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2877 del 29 de julio de 2020, indicando:

*“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.”*

En cuanto al concepto expedido por la Superintendencia Financiera al cual hace referencia el apoderado de Porvenir S.A., en sus alegaciones, debe recordarse que la devolución de los conceptos ordenados debe ser entendida como consecuencia de la sanción del acto jurídico cuya responsabilidad es atribuible a la AFP, de ahí que no pueda acogerse dicho concepto, pues en este asunto, no se trata de un traslado voluntario, sino del incumplimiento al deber información que tornó ineficaz la vinculación.

Conforme a los anteriores criterios, encuentra la Sala, que la orden impartida por el señor Juez Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín, se encuentra parcialmente ajustada a derecho, debiendo ADICIONARSE en su numeral tercero, en el sentido de condenar a Porvenir S.A., a trasladar también a Colpensiones, los aportes al Fondo de Garantía Mínima, que afectaron el valor de la cotización obligatoria de la demandante, en vigencia de la afiliación a dicha entidad, así mismo, deberá MODIFICARSE, para en su lugar ordenar a Colfondos S.A., y Protección S.A., a trasladar a Colpensiones, los gastos de administración, cuotas de seguros provisionales y aportes al fondo de garantía mínima, descontados a la actora en vigencia de la afiliación a cada una de las entidades.

Finalmente, atendiendo al reparo presentado por la apoderada de la demandante, respecto a que no se impuso condena en costas a Colfondos S.A. y Protección S.A., encuentra procedente esta Sala de Decisión Laboral revocar el numeral sexto de la decisión, de conformidad con el artículo 365 del Código General del Proceso, teniendo en cuenta, que la ineficacia declarada se

extiende a los traslados posteriores realizados a Colfondos S.A. y Protección S.A. y en razón de ello ambas AFP resultaron vencidas en el proceso, y fueron condenadas a la devolución de las cuotas de administración, aportes al Fondo de Garantía Mínima y cuotas de seguro en vigencia de la afiliación-

Costas en esta instancia a cargo de las AFP apelantes.

### **3.- DECISION**

En consonancia con lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

#### **FALLA:**

1.- Se **ADICIONA el numeral tercero** de la Sentencia de Primera Instancia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral de Circuito de Medellín, el 26 de junio de 2020, en el sentido de condenar a Porvenir S.A., a trasladar también a Colpensiones, los aportes al Fondo de Garantía Mínima, que afectaron el valor de la cotización obligatoria de la demandante, en vigencia de la afiliación a dicha AFP, así mismo, se **MODIFICA**, para en su lugar ordenar a Colfondos S.A., y Protección S.A., a trasladar a Colpensiones, las comisiones de administración, las cuotas de seguros provisionales y los aportes al Fondo de Garantía Mínima, descontados a la actora en vigencia de la afiliación a cada una de las AFP.

2.- Se **REVOCA PARCIALMENTE** el numeral quinto y en su lugar se condena en costas en primera instancia a Colfondos S.A., y Protección S.A., agencias en derecho que serán fijadas por el Juez de primera instancia

3. Se **CONFIRMA** por distintas razones el numeral primero de la sentencia.

4.-Se **CONFIRMA** la sentencia en lo demás.



5.- Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones, se fijan agencias en derecho en la suma de \$908.526 a cargo de cada apelante y en favor de la demandante.

6.- Se ordena la devolución del expediente al Juzgado de origen

El fallo anterior queda notificados a las partes por ESTADOS, de conformidad con el Artículo 295 del Código General del Proceso.

Los Magistrados,

  
**SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE**

  
**CARLOS JORGE RUIZ BOTERO**

  
**VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO**

La presente sentencia fue notificada por estado No.**015** fijado en la secretaría de la sala del Tribunal Superior de Medellín, a las ocho de la mañana (8:00 a.m.) del 1 de febrero de 2021.

RUBEN DARIO LOPEZ BURGOS

Secretario