



## **SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL**

Decisión No. 129

Medellín, diecisiete (17) de junio de dos mil veintidós (2022).

El Tribunal Superior de Medellín, Sala Quinta de Decisión Laboral, procede a proferir el fallo dentro de este proceso ordinario promovido por **DORA MARÍA GIL DE HERRERA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

A continuación, la Sala, previa deliberación del asunto, según consta en el Acta No. 037 de discusión de proyectos, adoptado por los integrantes de la sala, VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO, SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE y JULIO RAFAEL TORDECILLA PAYARES, quien actúa como magistrado ponente, se procede a proferir la decisión de segunda instancia en los siguientes términos:

### **1. ANTECEDENTES**

#### **1.1 DE LOS HECHOS**

Expone la demandante que nació el 23 de agosto de 1963; que estuvo afiliada al RPMPD administrado por el ISS hasta marzo de 1995, fecha en la que se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR S.A., sin que al momento del traslado se le haya suministrado una asesoría clara sobre las diferencias entre ambos regímenes, ni se le haya realizado

proyección alguna sobre su mesada pensional; que posteriormente se trasladó a PROTECCIÓN S.A. suscribiendo formulario en el mes de febrero de 1998; que solicitó el traslado a COLPENSIONES, requerimiento que le fue negada por encontrarse a menos de 10 años de la edad para pensionarse.

## **1.2 DE LAS PRETENSIONES**

Con base en los hechos expuestos solicita la demandante se declare la ineficacia del traslado efectuado al RAIS administrado por PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., y que consecuencia de ello se declare que ha estado válidamente afiliada al RPMPD administrado por COLPENSIONES; que se condenen a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a trasladar las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos e intereses y rendimientos a favor de COLPENSIONES, y a este último a aceptar el traslado y los valores; que se condene a lo que ultra y extra petita resulte probado, junto con las costas procesales.

## **1.3 DE LA RESPUESTA**

COLPENSIONES presentó oposición a lo pedido y para su defensa propuso las excepciones de: PRESCRIPCIÓN, INEXISTENCIA DE VICIO EN EL CONSENTIMIENTO, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, Y COMPENSACIÓN.

Por su parte el abogado de PROTECCIÓN S.A. presentó oposición a lo pedido y formuló las excepciones de: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, RECONOCIMIENTO DE RESTITUCIÓN MUTUA EN FAVOR DE LA AFP, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FAIFA DE CAUSA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA PRIMA DEL SEGURO PROVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, INNOMINADA O GENÉRICA.

A su vez la apoderada de PORVENIR S.A. se opuso a todo lo pedido y propuso las excepciones de: PRESCRIPCIÓN, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD, COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE.

#### **1.4 DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El JUZGADO VEINTIUNO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, el día 12 de julio de 2021. ABSOLVIÓ a las demandadas COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN y PORVENIR S.A. de las pretensiones de la demanda; DECLARÓ probada la excepción de AUSENCIA DE PRUEBA DEL PERJUICIO CON EL TRASLADO AL RAIS; COSTAS a cargo de la demandante. Agencias en derecho en 1 SMLMV para cada una de las demandadas. REQUIRIÓ a la AFP PROTECCIÓN para que en el lapso de 5 días aporte proyección pensional.

#### **1.5 IMPUGNACIÓN**

Interpuso recurso de apelación el apoderado de la DEMANDANTE, solicitando la revocatoria de la sentencia y que como consecuencia de ello se acceda a las pretensiones, esto es la declaración de la ineficacia del traslado, para lo cual argumento que se logró probar que Porvenir no suministró a la afiliada información suficiente, lo que deriva en un vicio en el consentimiento al momento del traslado; que no puede desconocerse la obligación legal de las AFP de brindar una asesoría completa, que le permita tomar una decisión informada, citando jurisprudencia relacionada, la cual también hace alusión a que el deber de información se exigía desde la época del traslado, esto es desde el decreto 611 de 1.994. Igualmente menciona el artículo 1603 del C.C. de acuerdo con el cual las partes no solamente se comprometen a cumplir con las obligaciones expresas, sino también las que emanan de la naturaleza del contrato; sin que ello haya sido satisfecho por el fondo privado Porvenir, quien además de omitido la información relevante en relación al traslado, suministró información errónea e insuficiente no ajustada a la realidad, induciendo a la demandante a un error.

#### **1.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro del término oportuno anexó alegatos el apoderado de la parte demandante, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, citando jurisprudencia que respalda las pretensiones y dan lugar a declarar la ineficacia.

Igualmente anexó los alegatos la apoderada de PORVENIR S.A., quien manifestó que frente a la ineficacia de la afiliación no existe prueba alguna que dé lugar a la declaratoria de la misma, pues se tiene que el formulario de afiliación fue firmado de manera libre y voluntaria, cumpliendo su representada con la obligación exigible al momento del traslado, y que siempre ha realizado campañas tendientes a garantizarle al afiliado el acceso a la información, por lo que no puede desconocerse el incumplimiento del afiliado a su deber como usuario del sistema. Por otro lado, solicita que de accederse a la declaratoria de ineficacia no sea condenada la entidad a trasladar los gastos de administración por tratarse de unas sumas descontadas de manera legal y que están corresponde a la buena gestión de la administradora durante el tiempo que estuvo afiliada por lo que ordenar su traslado constituye un enriquecimiento sin justa causa y atenta contra la sostenibilidad del sistema. Finalizó solicitando que no sea condenada la sociedad que representa en costas por haber actuado siempre de buena fe y en cumplimiento de la ley.

## **2. CONSIDERACIONES**

Procede la Sala de Decisión a pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por la DEMANDANTE, advirtiéndole que de conformidad con el principio de consonancia consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, el estudio del fallo recurrido se limitará a los puntos de inconformidad.

### **2.1 PROBLEMA JURÍDICO**

Consiste en determinar, si procede la declaratoria de ineficacia de la vinculación de la demandante Dora María Gil De Herrera al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y como consecuencia de ello, la reactivación en el régimen de prima media con prestación definida como fue pretendido en la demanda, definiéndose en caso afirmativo, lo relativo al traslado de saldos, o si por el contrario razón le asiste al juez de instancia

en la decisión adoptada, esto es absolver a las demandadas de todas las pretensiones.

## **2.2 HECHOS PROBADOS**

Que la señora DORA MARÍA GIL DE HERRERA nació el 23 de agosto de 1.963, como se colige de la fotocopia de la cédula de ciudadanía que reposan en el archivo (01DemandaAnexosContestaciones fls. 26); que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través del ISS en enero de 1.995 como se aprecia en las historias laborales insertas (01DemandaAnexosContestaciones.pdf- fls. 74 - 75); posteriormente se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR S.A. el 14 de marzo de 1995, (02ContestaciónPorvenir.pdf); y luego se trasladó a la AFP DAVIVIR S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. suscribiendo formulario el día 14 de abril de 1997, fondo en que se encuentra afiliada en la actualidad (01DemandaAnexosContestaciones fls. 127); que la actora solicitó ante COLPENSIONES el traslado de régimen, requerimiento que le fue negado el 19 de septiembre de 2019, con el argumento de que se encontraba a menos de 10 años de la edad, para pensionarse. (01DemandaAnexosContestaciones fls. 11). Por último, tenemos la historia laboral de la actora (01DemandaAnexosContestaciones.pdf- fls. 12 - 25, 130 - 163).

## **2.3 MARCO NORMATIVO**

Sea lo primero indicar que el juez cognoscente, sentó su decisión en que no se encontraron probados los perjuicios ocasionados a la demandante con el traslado al RAIS, situación que no es congruente con la jurisprudencia que analiza lo concerniente a la ineficacia del traslado, en la que no se requiere probar perjuicio alguno para declarar la ineficacia que acá se persigue, como explicaremos más adelante.

Así que como fue solicitado en el libelo genitor, la prestación se analizará bajo la óptica de la ineficacia de la afiliación, toda vez que ha sido explicado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias SL12136 de 2014, SL4989-2018; SL1421- 2019, SL1688-2019, SL 1689-2019 y SL 3464-2019, que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación a régimen pensional desinformada, o

el traslado entre regímenes bajo el mismo supuesto, es la *ineficacia* o exclusión de todo efecto, lo que encuentra fundamento en los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto, debiéndose dejar por sentado que dicho órgano de cierre ha considerado que aparte de constar por escrito, tal acto debe estar precedido de la debida información al afiliado sobre las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, así como las consecuencias jurídicas de la decisión en cada caso particular, información que se debe brindar al usuario en un lenguaje claro, simple y comprensible y debe ser, además objetiva y transparente, ello en atención a la exigencia de libertad y voluntariedad en la elección de régimen pensional prevista en el literal b) del artículo 13 y artículo 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 que ha tenido una evolución legislativa, pues inicialmente fue regulado como información propiamente – años 1993 a 2009 conforme a Decreto 663 de 1993 – Estatuto Financiero-, Decreto 720 de 1994, en la Ley 795 de 2003; posteriormente adicionada la asesoría ó buen consejo entre 2009, Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010 y 2014 y por último, con inclusión de 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.

Respecto de la omisión en la información por parte de los fondos administradores de pensiones, traemos a colación la sentencia SL 12136 del 3 de septiembre de 2014, radicación 46.292, M.P. Dra. Elsy del Pilar Cuello, exponiéndose lo siguiente:

*"Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que, por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.*

**Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración**

**de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia. (...)** (Subraya y resalto fuera del texto).

## **2.4 CASO CONCRETO**

### **2.4.1 INEFICACIA DE AFILIACIÓN O TRASLADOS DE RÉGIMEN PENSIONAL.**

Así que, la AFP PORVENIR S.A. entidad a la cual se trasladó la accionante en el Régimen de Ahorro Individual, y posteriormente PORVENIR S.A., respectivamente, tenían la obligación de brindarle a la demandante una asesoría personalizada y completa, debiéndole informar entre otras cosas, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual, el número de beneficiarios y la edad de los mismos; la posible redención del bono pensional; la densidad y constancia de los aportes; y que si no se completa el suficiente capital para obtener, por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del salario mínimo legal vigente, a la fecha de expedición de dicha ley actualizado con el IPC), deberán seguir cotizando; que existen diferentes modalidades pensionales, así como efectuarles las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios futuros en ambas opciones y otras tantas observaciones; reiterándose que la labor del funcionario del fondo debe trascender al "DEBER DEL BUEN CONSEJO" como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, pues al ser la función de las administradoras de pensiones privadas un servicio público a luz del artículo 48 superior, y atendiendo a la sensibilidad social de su rol, se exige de estas un papel activo en la asesoría, mostrándole a la afiliada en detalle las ventajas y desventajas del traslado, a fin de que dicha decisión sea realmente pensada, libre y voluntaria, siendo explicado en la línea de la jurisprudencia especializada<sup>1</sup>, que no basta la simple suscripción de un formulario, ni completar espacios vacíos, ni una simple expresión genérica de las condiciones pensionales, pues lo que se echa de menos es el no brindarse una información clara, precisa, comprensible y específica para el caso particular de cada afiliado a fin de que conozca de la mejor manera posible

---

<sup>1</sup> Sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral SL1688-2019 y SL2030-2019

su situación ante el sistema y de esa manera migre al RAIS con plena conciencia de las implicaciones de su decisión.

Lo anterior se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la afiliada a la administradora de pensiones, como se indica en las sentencias reseñadas, porque son los fondos quienes cuentan con los medios técnicos y los conocimientos de los servicios que ofrecen.

Así mismo, debe precisarse que, la circunstancia de haberse permanecido la demandante a lo largo de los años en uno u otro fondo privado, no puede tenerse como indicativo del conocimiento informado del régimen pensional que pudiera atribuírsele a la afiliada o de la información que recibió de parte de las AFP, pues lo que se discute no es permanencia de la afiliada en el RAIS, sino del traslado de régimen pensional, que es lo que tiene incidencia prestacional y restricciones para la movilidad, lo que no ocurre con los traslados dentro del régimen de ahorro individual, porque el afiliado(a) se puede cambiar de administradora indefinidamente cada seis (6) meses, con cierta uniformidad en el nivel de las prestaciones que tienen a su cargo las AFP, por la aproximación en el comportamiento de las rentabilidades que obtienen, en razón a la inversión de sus recursos y la regulación que les imparte la Superintendencia Financiera (ver CSJ SL4609-2021), sin que se verifique de parte de la administrador que hace parte del RAIS la satisfacción del requisito de información que permita dar validez al cambio de régimen que desde el año 1995 que se efectuó.

Es por lo anterior, que la Sala fundándose en las argumentaciones de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que, ante la *"Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional"*, procede la ineficacia del acto de traslado, debiéndose revocar este punto apelado.

Ahora, debemos señalar que al declararse la ineficacia del traslado, la consecuencia jurídica es que el acto de vinculación al régimen de ahorro individual no produjo ningún efecto, lo que conlleva a la reactivación de la afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, con la consecuente devolución a COLPENSIONES por parte de los fondos privados de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la



actora, tales como cotizaciones, descuentos de la garantía de pensión mínima, cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y los rendimientos sin deducción alguna, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil y la sentencia del 09 de septiembre de 2008, radicación 31.989, debiéndose devolver indexados los correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a los propios recursos de los fondos privados, como lo determino la jurisprudencia laboral en sentencia SL 950 de 2022, en la que se señala:

*"... Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones -- debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.*

*En consecuencia, al resolver la consulta a favor de COLPENSIONES habrá de adicionarse el numeral primero del fallo del a quo, en el sentido de que PROTECCIÓN S.A. deberá trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos..."*

Y es que la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), y de tal modo, las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, se ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, postura que resulta igualmente aplicable respecto del

porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2877-2020, SL3199-2021, SL 4652-2021).

Con ello, se busca no afectar financieramente el régimen de prima media con prestación definida, además de que la H. Corte Suprema de Justicia a través de su Sala de Casación Laboral ha dispuesto que *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*(SL4426-2021), debiendo precisarse que las primas de seguros previsionales también deben ser devueltas con cargo a los propios recursos de la AFP privada, pues aun cuando fueron entregados a terceros que los recibieron de buena fe y en el período de afiliación la demandante estuvo cubierta para los riesgos de invalidez y muerte, no son las aseguradoras quienes asumen su reconocimiento por ser terceros ajenos al acto viciado, sino que ello recae en la AFP que incurrió en la omisión y se abstuvo de dar cumplimiento a sus deberes de información frente a los afiliados.

## **2.4. EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, por lo cual se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

Conforme a las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia apelada se revocará.

Costas de primera instancia a cargo de los fondos privados PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. En esta instancia no se causaron.

### **3. FALLO DEL TRIBUNAL**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Quinta de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**PRIMERO:** Se **REVOCA** la sentencia apelada, de fecha y procedencia indicadas, y en su lugar **DECLARA** la ineficacia de la afiliación de la señora **DORA MARIA GIL DE HERRERA** al Régimen de Ahorro individual administrado por **PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.**, siendo la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación definida administrado por **COLPENSIONES**, permanente y sin solución de continuidad.

**SEGUNDO:** Se **ORDENA** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES** todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la señora DORA MARÍA GIL DE HERRERA tales como cotizaciones, descuentos de la garantía de pensión mínima, cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y los rendimientos sin deducción alguna, debiéndose devolver indexados los conceptos correspondiente a los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a cargo de los fondos privados.

**TERCERO:** Se **CONDENA** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES** a recibir las sumas provenientes de **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** para financiar la prestación económica que como Administradora del Régimen de Prima Media debe asumir a favor del demandante.

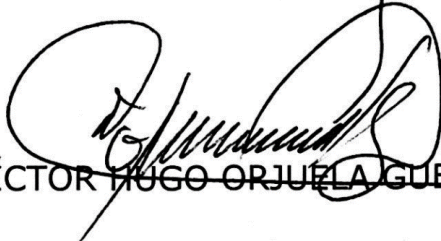
**CUARTO:** COSTAS de primera instancia a cargo de los fondos privados PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. En esta instancia no se causaron.

Lo decidido se notifica por EDICTO.

Los Magistrados,



JULIO RAFAEL TORDECILLA PAYARES



VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO



SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE