

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El veintitrés (23) de de junio dos mil veintidós (2022), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, se constituyó en audiencia con el fin de resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, contra la sentencia proferida en primera instancia en el presente proceso ordinario laboral, promovido por la señora **LUZ DARY GÓMEZ OSPINA**, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y las sociedades **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.) y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** (en adelante COLFONDOS S.A.), tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-010-2018-00637-01.

AUTO

De conformidad con el certificado de existencia y representación allegado al plenario por COLFONDOS S.A. junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia, se reconoce personería al abogado JAIR FERNANDO ATUESTA REY, portador de la T.P. 219.124 del C. S. de la Judicatura, para que continúe representando los intereses de COLFONDOS S.A. en el presente proceso.

El Magistrado del conocimiento, Dr. FRANCISCO ARANGO TORRES, declaró abierto el acto y previa deliberación sobre el asunto, la Sala adoptó el proyecto presentado por el ponente, el cual quedó concebido en los siguientes términos:

1. ANTECEDENTES:

La demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare la ineficacia de su traslado al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida (en adelante RPM) administrado por Colpensiones.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata la actora que se afilió al RPM administrado por el ISS desde el 1° de diciembre de 1981, y que cotizó allí hasta el 23 de abril de 1994 fecha en la cual se trasladó al RAIS a través de la AFP COLFONDOS S.A., trasladándose posteriormente el 20 de junio de 1996 a la AFP COLPATRIA S.A. hoy PORVENIR S.A.

Expone que los promotores comerciales de COLFONDOS S.A. que en 1994 la visitaron en su lugar de trabajo, no le brindaron una asesoría profesional en la cual le informaran las características, diferencias, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales existentes, sino que se limitaron a aconsejarle que se trasladara al RAIS dado que en dicho régimen se pensionaría más joven y con una mesada pensional más cuantiosa de la que recibiría en el ISS, sin embargo no le informaron que para acceder a una pensión en el RAIS debía acumular un capital suficiente con el cual al menos financiara una pensión del 110% de un salario mínimo, no le indicaron que dicho capital iba a estar compuesto por unos rendimientos que estarían a su vez sujetos a los movimientos del mercado, no le indicaron que en su favor se generaría un bono pensional por el tiempo cotizado al ISS y que el mismo solo podría redimirse de manera normal cuando cumpliera los 60 años de edad, y que en el evento de pensionarse antes de dicha fecha, perdería aproximadamente un 30% del valor del bono pensional, no le realizaron proyecciones de la mesada pensional en ambos regímenes para determinar cuál le era más favorable y no le manifestaron que en el RAIS su pensión se calcularía con base en su expectativa de vida y en la de sus beneficiarios, sin haberle indagado tampoco sobre la conformación de su grupo familiar.

Aduce que según proyección pensional realizada por PORVENIR S.A. el 21 de febrero de 2017, su mesada pensional en el RAIS a los 57 años de edad sin volver a cotizar sería de \$884.300 y a los 60 años sería de \$1.181.200, y que cotizando el 100% del tiempo, los montos sería de \$972.300 a los 57 años y de \$1.299.500 a los 60 años, y que realizado el cálculo de su pensión en el RPM, su mesada pensional ascendería a \$2.695.978,64, diferencia abismal que evidenció que los beneficios ofrecidos por los asesores de COLFONDOS S.A. en primer término y de COLPATRIA S.A. hoy PORVENIR S.A. posteriormente, de tener una mejor mesada pensional en el RAIS y poderse pensionar a una menor edad, fueron aseveraciones infundadas y engañosas, tendientes a persuadirla para que se trasladara de régimen pensional, y no una asesoría transparente y profesional.

Finalmente indica que solicitó ante Colpensiones el 24 de noviembre de 2017 que le fuera aceptado su traslado hacia el RPM, y que dicha solicitud le fue despachada de manera desfavorable, indicándole que no era procedente dado que se encontraba a diez años o menos de adquirir el derecho a la pensión.

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, condenando a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes que ha realizado la actora al sistema pensional, existentes en su cuenta individual de ahorro pensional, con los rendimientos que se hubieren generado y las comisiones cobradas, ordenando a su vez a COLPENSIONES reactivar la afiliación de la demandante en el RPM, sin solución de continuidad.

Para fulminar condena, el *a quo* consideró que la Corte Suprema de Justicia tiene fijada una línea jurisprudencial sobre el tema de la afiliación a un régimen pensional, y 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 inconvenientes de uno y otro régimen, y la inversión de la carga de la prueba de la información brindada en cabeza de la AFP.

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

Finalmente, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, entre ellas la de prescripción y condenó en costas a las AFP PORVENIR S.A., y a COLFONDOS S.A., absolviendo de las mismas a COLPENSIONES.

3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN:

La anterior decisión fue apelada por los apoderados de PORVENIR S.A. y de COLPENSIONES, en los siguientes términos:

APELACIÓN DE PORVENIR S.A.

La apoderada judicial de PORVENIR S.A., apela la decisión de declarar la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, indicando que el traslado de la actora correspondió a un acto válido en la medida en que esta suscribió la solicitud de vinculación de manera libre, voluntaria y sin presiones luego de haber recibido la correspondiente asesoría, lo cual se acredita con la firma del formulario allegado al plenario, el cual cumple con todos los requisitos exigidos por el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Expone que la demandante ha tenido diferentes oportunidades para acceder a la información pensional, como lo fue la recibida al momento de trasladarse de régimen pensional, y posteriormente la recibida al momento de trasladarse de administradora de pensiones dentro del mismo RAIS, información que corresponde a la que para dicha época estaban obligadas las AFP a entregar a sus afiliados, sin contar la diferente información que se allega por parte de las AFP mediante avisos de prensa y campañas de información financiera que se adelantan para todos los afiliados y que son de conocimiento público.

Señala que la demandante no ejerció su derecho de traslado cuando aún se encontraba habilitada para hacerlo, y por tanto para la fecha no es jurídicamente posible realizar dicho traslado por prohibición expresa de la Ley, ya que se encuentra a diez años o menos del requisito de edad para pensionarse.

Indica que al declararse la ineficacia del traslado de régimen de la demandante no habría lugar entonces a restituir los rendimientos financieros, pues como consecuencia de dicha declaratoria se debe presumir que nunca existió afiliación al RAIS, y por tanto dichos rendimientos no se hubiesen generado, no obstante PORVENIR entiende que dichos rendimientos son un beneficio obtenido por el afiliado y por tanto hacen parte de su cuenta de ahorro individual, sin embargo lo que no se entiende es que se ordene también devolver los gastos de administración, los cuales remuneran la gestión del fondo de pensiones, toda vez que es gracias a esa buena administración que el afiliado ha incrementado su capital, debiéndose tener en cuenta además que COLPENSIONES no ejerció ninguna gestión de administración, lo que constituye un

enriquecimiento sin causa a favor de dicha entidad, motivos por los cuales solicita que en caso de confirmarse la decisión de declarar la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, se revoque entonces la orden de devolver a Colpensiones los gastos de administración, pues dichos descuentos se realizaron en cumplimiento de lo establecido en los artículos 20 y 104 de la Ley 100 de 1993.

APELACIÓN DE COLPENSIONES.

El apoderado de COLPENSIONES apela el fallo indicando en primer lugar, que en el presente caso se evidencia que no se encuentra afectado el acto voluntario de estar afiliada al RAIS, pues dicha voluntad de permanencia a dicho régimen se reafirma con la gran cantidad de semanas cotizadas con posterioridad al traslado, y en su interrogatorio de parte señaló que se encontraba plenamente convencida de su voluntad permanecer en la misma AFP, voluntad de permanencia que se corrobora con su traslado por varias AFP del RAIS.

Expone que, de confirmarse la decisión de primera instancia, solicita que como lo señaló el Juez *a quo*, las demandadas deban regresar a Colpensiones los aportes de la demandante sin ningún descuento.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados judiciales de la demandante, COLFONDOS S.A. y de COLPENSIONES allegaron escritos de alegaciones, los cuales se transcribirán textualmente, omitiendo la transcripción de jurisprudencia que efectúan en los alegatos, de los que solo se transcribirá el número y demás datos, y colocándose puntos suspensivos en el lugar del texto de la sentencia transcrita.

ALEGATOS DE LA DEMANDANTE.

“... la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde el año 2008 con la sentencia del 9 de septiembre, expediente nro. **31989**, M.P. **EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS** y hasta la fecha, entre otras, en providencias **SL3202-2020**, Radicado **57444 del 18 de marzo de 2020**, M.P. **CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO**, **SL2611-2020**, Radicación n.º **67972** del 1 de julio de 2020, M.P. **GERARDO BOTERO ZULUAGA**, **SL3708**, Radicación n.º **88556** del 18 de agosto de 2021, M.P.

LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ, SL4025-2021, Radicación n.º 81977 del 8 de septiembre de 2021, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA, SL5280-2021, Radicación 85801 del 3 de noviembre de 2021, M.P. JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN y SL5680-2021, Radicación n.º 84072 del 1 diciembre de 2021, M.P. OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR:

- Los fondos de pensiones tienen el deber de brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, con miras a que adquieran un juicio claro sobre las mejores condiciones pensionales, es una obligación impuesta a las administradoras desde su creación.
- Es obligación de las administradoras de pensiones proporcionar un buen consejo al potencial afiliado, inclusive, disuadiéndolo de trasladarse, si es necesario.
- No se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.
- La ineficacia del traslado no solo se puede predicar en aquellos eventos en que el afiliado a quien no se le suministró la información en debida forma fuere beneficiario del régimen de transición.
- El deber de información impuesta a las AFP ha estado presente desde la creación del Sistema General de Seguridad Social e incluso, desde antes, con la expedición del Decreto 663 de 1993 *“Estatuto Orgánico del Sistema Financiero”* aplicable a dichas Entidades, en el que se estableció la obligación de *“suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado.”*
- La carga de la prueba en el presente proceso se invierte a favor de la demandante. Ello, conforme lo ha expuesto de manera reiterada el órgano de cierre de la jurisdicción laboral en el sentido de que dicha carga tiene asidero en el artículo 1604 del Código Civil cuyo tenor enseña que *«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo»*, de donde sigue la conclusión irrefutable que corresponde al fondo de pensiones acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones de afiliarse al RAIS.

Verificando el precedente judicial de cara a la prueba decretada y practicada en el proceso permite concluir que COLFONDOS S.A. no demostró que cumplió con el

deber de información en los términos antes referenciados, pues se encuentra como único documento relativo al traslado de régimen el formulario de vinculación a la AFP suscrito el 23 de abril de 1994, el cual, conforme al Alto Tribunal, proyecta el otorgamiento de un consentimiento, pero no es suficiente para afirmar que el mismo fue informado.

De igual manera, al analizar el interrogatorio absuelto por la señora **LUZ DARY GÓMEZ** es posible sustraer que las demandadas tampoco lograron acreditar el cumplimiento de ese deber de información y, por el contrario, convalidaron el desacato del mismo. Muestra de ello es que en respuesta a las preguntas efectuadas por el Juez de primera instancia y por las apoderadas de las AFPs, se obtuvo que a mi poderdante, por ejemplo, no le efectuaron proyecciones de su mesada pensional, no le informaron el funcionamiento del RAIS y por ende, no le comunicaron las variables que intervendrían para que pudiera tener una pensión anticipada; tampoco le explicaron los requisitos para obtener la pensión en el RPM o en el RAIS, ni las diferencias entre estos dos últimos; no le entregaron cuadros comparativos para que pudiera comprender las características de cada régimen, etc. Así mismo, no le revelaron la importancia de sus beneficiarios para la cuantificación de la pensión en el RAIS.

Ahora, como lo ha reiterado la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y esta misma Corporación, no debe olvidarse que la decisión de traslado de régimen supone un asunto complejo, cuyo alcance y comprensión se halla ordinariamente fuera del conocimiento del ciudadano común, que puede requerir de un espacio analítico y comparativo en el tiempo, que reviste una importancia vital en cuanto atañe al sostenimiento congruo a futuro de la afiliada y no puede ser asumido de manera genérica, sino que cada caso es singular y especial.

La consecuencia de la inobservancia al deber de información, establecida en los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y 53 de la Constitución Política, así como en las diferentes providencias del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral es la INEFICACIA del traslado de régimen realizado por mi mandante, lo que genera que se debe *“retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).”* (SL4360-2019, Radicación n.º 68852 del 9 de octubre de 2019).

También es importante resaltar que la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha adocinado que el fundamento de la declaratoria de la ineficacia es el artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo [...] (**SL3706-2021, Radicación nº 84907 del 18 de agosto de 2021, M.P. LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ**).

Dicho de otro modo, en razón de que **COLFONDOS S.A.** no desplegó la actividad probatoria necesaria que demostrara que el (la) promotor (a) comercial encargado (a) de suministrarle asesoría a la señora **GÓMEZ OSPINA** cumpliera con su deber legal de suministrar información clara, completa y comprensible a la potencial afiliada, violando lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 y la ausencia de soporte documental o archivos de que trata **el artículo 38 del Decreto 692 de 1994**, permite inferir que, el traslado de régimen no cumplió ni con los lineamientos legales ni jurisprudenciales que se exigen en esta materia.

Por otra parte, en lo referente al traslado que realizó la actora a la **AFP COLPATRIA**, hoy **PORVENIR S.A.** en el año 1996 tampoco quedó probado dentro del proceso que el fondo de pensiones hubiera cumplido con el deber de información, y por tanto, es un despropósito llegar a la conclusión de que fueron subsanados los defectos acaecidos cuando mi prohijada se trasladó al RAIS o que el movimiento efectuado dentro del régimen privado fue por motivo de que conocía sobre las ventajas o desventajas de permanecer en un fondo u otro, o que tenía el suficiente conocimiento en la materia como para descartar de plano su regreso al RPM.

En todo caso, rememoro que el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral reiteradamente ha establecido que los traslados efectuados dentro del RAIS no subsanan la ineficacia del traslado a dicho régimen, una vez acreditada la misma. Transcribo un fragmento importante de la **SL4705-2021, Radicación n.º 78380 del 6 de octubre de 2021, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA**, mediante la cual la Corte indicó que su criterio, desarrollado desde el 2008, no merece ninguna rectificación o variación y que corrige cualquier otro que le sea contrario; y en el que enfatizó en el tema de traslados horizontales:

[...]

Así lo advirtió nuevamente en la **SL5595-2021, Radicación n.º 87406 del 24 de noviembre de 2021, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA**:

□ **Traslado a COLPENSIONES de las cuotas de la administración**

COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. deben devolver a COLPENSIONES los valores indexados cobrados a título de cuotas de administración, comisiones, sumas adicionales de seguros y los aportes para garantía de pensión mínima puesto que es la última es el que se encargará de administrar los dineros y de reconocer el derecho pensional. Así lo ha adocrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde la **Sentencia del 8 de septiembre 2008, radicado. 31989**, reiterado entre otras, en la **SL17595-2017, SL2877-2020, Radicación n.º 78667 del 29 de julio de 2020 y en la SL4811-2020, Radicación n.º 68087 del 28 de octubre de 2020, Radicación n.º 88556 del 18 de agosto de 2021:**

[...]

Por todo lo expuesto, solicito confirmar la sentencia proferida el 9 de noviembre de 2020 por el JUZGADO DÉCIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN dentro del proceso de la referencia.”

ALEGATOS DE COLFONDOS S.A.

“De manera respetuosa, se solicita a la Honorable Sala de Decisión Laboral, se confirme la decisión de A quo de no ordenarle a mí representada, retornar ningún concepto al Régimen de Prima Media, teniendo en cuenta que Colfondos trasladó todos los aportes existentes en la cuenta pensional que alguna vez tuvo en esta AFP, a la administradora Porvenir, en virtud de la decisión de la actora de vincularse a dicha AFP, **traslado que incluyó el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima**, por lo que dicha cuenta se encuentra en estado trasladado y sin recursos para retornar al RPMD.

En cuanto a los gastos de administración y del seguro previsional, estos se realizaron por disposición legal y no por capricho de la AFP y por ende son exequibles, exigibles y vigentes.

Por otra parte, el Decreto 2555 de 2010, refleja que contrario a como siempre se han concebido los gastos de administración, estos tienen una destinación específica en exactamente 11 gastos, de los cuales 1 es para garantizar la defensa judicial del fondo, otro es para la compra de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, en virtud de los cuales, la demandante estuvo amparada por los riesgos de invalidez y muerte durante el período de afiliación a Colfondos, **entonces, la contratación y el pago de las pólizas previsionales, cumplieron su específica destinación.** Los

otros 9, son destinados únicamente para realizar las inversiones que realizan los fondos privados, que generan los rendimientos que son depositados diariamente en las cuentas de ahorro individual de los afiliados. De modo que dichos gastos nunca hacen parte del P y G de los Fondos de Pensiones.

Adicionalmente, ese mismo Decreto, señala que el manejo de estos recursos es vigilado por la Superintendencia Financiera e incluso los Fondos de Pensiones de las utilidades que reciben como sociedad (es decir lo que si reportan dentro del P y G), deben crear reservas que garanticen la rentabilidad mínima mediante el mecanismo creado por esa norma y que periódicamente señala el Órgano de Control y si los fondos de pensiones, no garantizan la rentabilidad mínima, deben incluso sus socios responder con su propio patrimonio. Por lo que entonces, la norma y el Órgano de Vigilancia y Control, prevén mecanismos suficientes para que los fondos hagan un buen uso de esos gastos de administración.

Para el caso de Colfondos, mí representada es la que mejor uso hace de los gastos de administración, ya que es la que mayor rentabilidad genera en el mercado, dado que rentabilidad mínima exigida es en promedio del 4.50% y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías siempre ha generado sobre el 8%, es decir el doble de la rentabilidad mínima exigida.

A su vez, si se mira la rentabilidad que genera mi mandante, esta es muy superior a la rentabilidad que genera Colpensiones en los inversión de los TES, por lo que si se hace un estudio de equivalencia financiera, de los dineros de la cuenta de ahorro individual con rendimientos generados por mí representada durante el período en que administró los recursos pensionales de la actora y que se trasladarían con destino a Colpensiones a través de la AFP Protección, ello arrojaría que los rendimientos que produjo Colfondos fueron muy superiores a los rendimientos que hubiese podido generar el Régimen de Prima Media, si la demandante siempre hubiera permanecido en el mismo.

Es por lo anterior, que ordenar a Colfondos devolver los gastos de administración, generaría un enriquecimiento injustificado, de parte del fondo que va a recibir los aportes de la demandante, **teniendo en cuenta que dichos rubros, no son factor de financiación de la pensión de vejez ni siquiera en el régimen de prima media. Adicionalmente por esa misma circunstancia (no constituir factor de financiación del derecho imprescriptible) y por tratarse de conceptos de tracto sucesivo que se han causado con la periodicidad que impone la ley, Sí son**

susceptibles de ser extinguidos por el transcurso del tiempo y por ende aquellos gastos que no fueron reclamados dentro de los tres años siguientes a su causación, se encuentran prescritos y por ende no hay, ni había lugar a ordenar que Colfondos, traslade dichos rubros

Por otra parte, estos recursos NO se encuentran en poder de Colfondos y en la etapa de fijación del litigio, jamás se estableció de devolución dineros que estuvieran en poder de terceros, que ni siquiera fueron vinculados al proceso, violándose su derecho de defensa y contradicción, al paso que dichas garantías también serían desconocidas para Colfondos, por tanto, solicito confirme la decisión adoptada por el Juez de Primera Instancia, de no ordenar retorno alguno al RPMD a cargo de Colfondos.

Ahora, no será posible que se disponga aplicar la indexación sobre los conceptos que se ordenaron u ordenaran devolver al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en virtud del Grado Jurisdiccional de Consulta que le asiste a Colpensiones, porque con los rendimientos generados por mí representada durante el período en que administró los recursos pensionales de la actora, en todo caso superiores a los que hubiera podido generar el Régimen de Prima Media, si la demandante siempre hubiera permanecido en dicho régimen, quedó más que compensado este concepto, además que el mismo, no fue solicitado en la demanda, ni incluido en la fijación del litigio; ni fue objeto de impugnación por las partes trabadas en esta Litis, por tanto, una condena en ese sentido, desconocería el principio de consonancia y congruencia de la sentencia con las pretensiones de la demanda y comportaría violación del derecho de defensa y el debido proceso, porque en segunda instancia, no se puede fallar más allá de lo pedido.

Sobre el tema, en la sentencia del 28 de marzo de 2022, con ponencia de la Magistrada María Eugenia Gómez Velásquez, proferida dentro del proceso con radicado 05001 31 05 020 2017 00603 01, se señaló: [...]

En sentencia del 24 de marzo de 2022, con ponencia del Magistrado Carlos Alberto Lebrún Morales, proferida dentro del proceso con radicado 05001-31-05-012-2019-0140-01, se señaló: [...]

En sentencia del 22 de marzo de 2022, con ponencia de la Magistrada, María Eugenia Gómez Velásquez, dentro del proceso con radicado 05001-31-05-004-2018-00492-01, se dijo: [...]

En providencia del 18 de marzo de 2022, con ponencia de la Magistrada, Sandra María Rojas Manrique, dentro del proceso con radicado 05001-31-05-008-2019-00170-01, se expuso: [...]

En sentencia del 15 de marzo de 2022, con ponencia de la Magistrada, María Eugenia Gómez Velásquez, dentro del proceso con radicado 05001 31 05 010 2019 00328 01, se expuso: [...]

En la sentencia del 24 de febrero de 2022, proferida por la Honorable Sala de Decisión Laboral con ponencia del Magistrado Carlos Jorge Ruiz Botero, dentro del proceso con radicado N° 05001 31 05 002 2018 00770 01, en la que se dijo: [...]

En sentencia del 19 de noviembre de 2021, proferida por la Honorable Sala de Decisión Laboral con ponencia del Magistrado Víctor Hugo Orjuela Guerrero, dentro del proceso con radicado 05001-31-05001-2018-00418-01, dentro del proceso de JAIRO DE JESÚS LÓPEZ TRUJILLO, en la que se dijo, respecto a dicha condena, lo siguiente:

[...] Este criterio, fue reiterado dentro del proceso en sentencia del 14 de febrero de 2022, dentro del proceso de ANCIZAR OSPINA BEDOYA, con radicación 05001-31-05-011-2018-00321-01.

En sentencia del 24 de junio 2021, dentro del proceso de Clara Inés Rodríguez Muñoz con radicación 05001-31-05-015-2019-00531-01 y ponencia de la doctora María Eugenia Gómez Velásquez, se señaló: [...]

En sentencia del 04 de junio 2021, dentro del proceso de Cruz Magdalena Gutiérrez Lopera, con radicación 05001-31-05-007-2018-00761-01 y ponencia de la doctora Martha Teresa Flórez Samudio, se señaló: [...]

Igualmente, en sentencia del 03 de junio 2021, dentro del proceso de María Deyser Gutiérrez Álvarez, con radicación 05001 3105 **001 2019 00264** 01 y ponencia de la doctora Luz Amparo Gómez Aristizábal [...]

En sentencia del 03 de julio de 2020, con notificación por estados el 07 de julio de 2020, dentro del proceso de MURIEL ENRIQUE HERRERA LEON, con radicación 05001 3105 014 2018 00260 01 y ponencia del doctor John Jairo Acosta Pérez, se señaló: [...]

Se destaca igualmente que la Corte Constitucional en sentencia SU 062 del 03 de febrero de 2010, le impuso la obligación al I.S.S., hoy Colpensiones, de informarle al afiliado cuál era la diferencia en el valor de los aportes entre los dos regímenes sobre el saldo a trasladar y acordar con éste un plazo prudencial para que el interesado asumiera la diferencia resultante, por lo que de presentarse la misma, será la parte demandante quien la asuma. Así las cosas, tampoco podrá ordenarse en segunda instancia, que Colfondos asuma una eventual diferencia en el valor de los aportes. Nótese que en la demanda tampoco fue elevada pretensión alguna en ese sentido, por lo que no podría impartirse condena alguna en ese sentido, porque en segunda instancia, no puede fallarse más allá de lo pedido, como antes se anotó.”

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

“ [...] En los eventos de traslado de Régimen, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sin atender las situaciones particulares de cada caso, invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y exime al demandante de probar la existencia de un vicio del consentimiento al momento de afiliarse al RAIS, obligando a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en una de las partes, sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante.

El esfuerzo del demandante solo se reduce, en el interrogatorio de parte, a realizar afirmaciones sin base de sustento y que equivalen a las mismas del escrito de demanda, y que se traducen en meras conjeturas al momento de realizar la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, como las de que el ISS se iba acabar, existiendo un temor infundado que no permite soportar el vicio real en el consentimiento.

Por consiguiente, la posición jurisprudencial creó una situación ventajosa que favorece a los afiliados, puesto que su simple afirmación respecto a que el fondo no les brindó información precisa, clara y exacta, plasmada en una demanda interpuesta en cualquier tiempo, les viene permitiendo obtener el traslado al Régimen de Prima Media, sin que sea necesario que allegue el más mínimo elemento probatorio al interior del proceso.

Dentro de las providencias relacionadas con traslado de régimen, la Corte Suprema desconoció el precedente constitucional al valerse de manera generalizada de la presunta ignorancia de la ley por parte de los afiliados, para considerarlos como parte débil y en consecuencia legos o inexpertos, desconociendo adicionalmente que el error

de derecho no es justificable en los negocios jurídicos, menos para buscar un aprovechamiento pensional.

Así las cosas, en aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba, se ha invertido la carga probatoria, quedando en cabeza de los fondos de pensiones, la obligación de desvirtuar los supuestos alegados por los demandantes acerca de la suficiencia de la información suministrada al momento del traslado; exigencia probatoria que no ha podido ser acreditada por los fondos puesto que cuentan únicamente con los formularios de afiliación, conllevando que los fallos judiciales en la actualidad se expidan en contra de dichas entidades y de manera colateral afecten los intereses de **COLPENSIONES**.

Con lo señalado hasta ahora, la carga dinámica de la prueba no puede invertirse de una forma arbitraria y sin considerar los aspectos particulares de cada caso debidamente individualizado, tal y como lo precisó la Corte Constitucional en la citada providencia C 086 de 2016:

[...]

No pueden considerarse a todos los afiliados como una parte débil e indefensa, la misma ley previó distintos deberes en cabeza de los mismos con el fin de que por interés propio se asesoren de la mejor manera. Adicionalmente NO pueden desconocerse las situaciones que rodean cada caso y que de alguna manera le permitían al demandante obtener información mínima durante el paso del tiempo. La Corte Constitucional ha indicado, en este sentido y en diversas providencias que nadie puede alegar su propia culpa a favor: [...] (*Sentencia T122/2017*).

Se ha evidenciado que, en los fallos relacionados con la nulidad o ineficacia de traslado entre regímenes pensionales, se censura que la administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, no proporcionó al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las implicaciones del traslado, desconociendo que el deber de información que tienen las administradoras de pensiones, ha tenido varias etapas:

1) Primera Etapa: el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, estableció en el numeral 1. ° del artículo 97, la obligación de las entidades de “ suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les

permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”.

2) Segunda etapa: La ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, reglamentaron los derechos de los consumidores (precisando los principios y el contenido básico de la información) y establecieron el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones.

3) Tercera etapa: la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa N.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, establecieron que los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a la doble asesoría, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes, esto es, a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, con el fin de que se formen un juicio imparcial y objetivo sobre las características, fortalezas y debilidades de cada uno, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

Hasta el año 2016, los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación, para probar el conocimiento y asentimiento del afiliado respecto del traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994 y 2016 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al Régimen de ahorro individual con solidaridad.

Imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituye en una situación de carácter imposible.

Además, como veremos más adelante para que la “voluntad” se vea afectada debe demostrarse la existencia de un vicio o fuerza capaz de anular el acto jurídico. Estos elementos evidentemente solo los puede aportar el demandante.

Es claro que el entendimiento entre el RPM y el RAIS sugiere que los afiliados sean debidamente asesorados dado que hay aspectos técnicos que los diferencian. Sin embargo, esta regla no puede interpretarse como una situación universal que desplace las situaciones de cada caso particular y que además invierta la carga de la prueba sin mayor análisis que la naturaleza experta que tiene la administradora de pensiones.

Este contexto tampoco puede desconocer escenarios donde la expectativa pensional, la permanencia en el sistema, el silencio, la aceptación en el tiempo, la calidad del demandante y otros relacionados con las actividades financieras que ejecuta un usuario durante su vida laboral, le permitía escoger acertadamente el régimen pensional. Este último aspecto ha sido por ejemplo evaluado por la corte Suprema

tratándose de afiliaciones tacitas donde prevalecen las actividades, cotizaciones y movimientos financieros a lo largo de la vida laboral.

Así las cosas, el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado; No es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso, no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Carta, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga.

El juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes, no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de **COLPENSIONES**, quien sin haber participado en el trámite de traslado es quien debe afrontar la carga de una eventual prestación, lo que igualmente violenta el principio de la sostenibilidad financiera del sistema.

En relación a éste, en desarrollo de los fines esenciales del Estado Colombiano, las instituciones que lo conforman deben propender hacia la salvaguarda de los principios y valores constitucionales conforme a lo dispuesto en la Carta Política, la Ley y los Convenios Internacionales suscritos por aquel.

El Artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, señala:

*“El Estado garantizará los derechos, la **sostenibilidad financiera del Sistema Pensional**, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas.”*

Por consiguiente, el artículo 48 de la Constitución Política, estableció dos dimensiones de la seguridad social; por un lado, la concibió como un derecho constitucional fundamental; y, por el otro, como un servicio público de carácter obligatorio el cual se debe prestar bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en aras a la materialización de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, entre otros.

El artículo 334 de la Constitución Política, señala que “La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica”, en ese orden de ideas, es necesario que, dando prevalencia al interés general sobre el particular, se tomen las medidas pertinentes en búsqueda de la protección de los recursos que soportan el sistema pensional, conforme a los principios que rigen la Constitución Política, en la medida que el derecho a la seguridad social se encuentra atado al principio de sostenibilidad fiscal y estabilidad financiera del Estado.

En consecuencia, la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

Debe resaltarse la importancia que en este tema concede la Corte Constitucional a las consecuencias económicas de las diferentes posiciones sobre la sostenibilidad financiera del Sistema.

Así las cosas el principio de sostenibilidad financiera representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de los Colombianos de manera sostenida e indefinida y la posición asumida por la Corte en los fallos relacionados con nulidad o inexistencia del traslado entre regímenes pensionales, quebranta el principio de sostenibilidad financiera, en tanto genera una situación caótica que desvertebra la debida planeación en la asignación y distribución de los recursos del Sistema Pensional, al desconocer la irreductible necesidad de que dichas condenas se cumplan previa la ordenada gestión de los recursos que en la mayoría de los casos no están presupuestados en la medida en que surgen, de manera contingente de la declaración judicial respectiva.

La estabilidad financiera se garantiza en la medida en que el sistema general de pensiones percibe y mantiene, a través de medios jurídicos y financieros, los fondos económicos adecuados que le permitan pagar mes a mes a una mayor cantidad de pensionados y obtener un ahorro para precaver la satisfacción de las pensiones futuras, bajo la permanente orientación de subsanar con urgencia cualquier desventaja contra el bienestar general.

De **CONFIRMARSE** la ineficacia del traslado, decretada por el AD-QUO implica que los fondos de pensiones privados deban regresar la totalidad de los aportes sin ningún descuento, como así se mencionó la Magistrada ponente CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema en la sentencia SL 43602019 con fecha del 9 de Octubre de 2019 (radicación No. 68852):

[...]

Además y en concordancia con lo anterior se deben tener en cuenta lo que advierten las sentencias SL17595-2017, SL4989-2018 y SL1421-2019 en las que ordena que hay lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, es decir: Recursos cuenta individual de ahorro, Cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, Rendimientos, Anulación de Bonos Pensionales y porcentaje destinado al pago de Seguros Previsionales y gastos de administración. Así mismo solicito Honorables magistrados que en el caso de que se CONFIRME la ineficacia de traslado se **ADICIONE** a la misma, en el sentido de que si la sumatoria de todos los conceptos que se ordenen trasladar, tales como los antes mencionados (Recursos cuenta individual de ahorro, Cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, Rendimientos, Anulación de Bonos Pensionales y porcentaje destinado al pago de Seguros Previsionales y gastos de administración), resultare inferior al valor total del aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubieran generado en caso de que el demandante hubiera permanecido en el régimen de prima media, sean las codemandadas **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.** quienes asuman la diferencia que resultare en proporción al periodo durante el cual la mencionada permaneció afiliada la Administradora de Fondos de Pensiones referida.

De igual manera Honorable Magistrada, es de su conocimiento que en la sentencia SL7822021, como en el presente proceso por ser homologo, y por versar sobre los mismos intereses, se debe, en defensa de los principios de la Estabilidad Financiera y Sostenibilidad Financiera del Sistema de Seguridad Social propender porque no solo el saldo de la CAI, sino todos los recursos con sus respectivos rendimientos que generó la afiliación al RAIS, sean TODOS estos valores **DEBIDAMENTE INDEXADOS para la sentencia definitiva del proceso.**

Así mismo, en correlación al principios ya mencionados de la Estabilidad Financiera y Sostenibilidad Financiera del Sistema de Seguridad Social, y aquellos principios que versan sobre una sentencia debidamente realizada y ejecutoriada, sin llegar a ser abstracta, sino al contrario, en dirección a un fallo INTEGRAL y en CONCRETO, solicito como **ADICION y/o ACLARACIÓN** a la sentencia que se especifique la rentabilidad que generaron los recursos anteriormente solicitados que corresponderá a la del RAIS, y que no se haga aplicando la rentabilidad RISS del RPM, todo esto de conformidad con el art. 283 y 284 del CGP y siempre buscando, repito, una condena en concreto y no en abstracto.

[...]

Así las cosas, la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES**, entidad que represento, en su calidad de administradora del Régimen de Prima Media de prestación definida, al reconocer un traslado de régimen, lo hace tomando como eje los principios generales del sistema general de la seguridad social y las normas que se aplican para la misma. Por lo que dicha actuación conlleva a que no prosperen las pretensiones del demandante.

Finalmente, al respecto de las costas, no tiene soporte una condena por este hecho, pues la entidad ha obrado de buena fe, y actúa según lo ordena la característica filosófica de sus funciones, sin que pueda ejecutar hechos prohibidos por las leyes y menos violar sus propios reglamentos razón por la cual no debería estar llamado a pagar costas o agencias en Derecho, así mismo TAMPOCO DEBE CONDENARSE EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA A COLPENSIONES, por cuanto se está solicitando una adición al fallo de segunda instancia que va en PRO de una sentencia que si ha de salir desfavorable para mi representada, será concreta con lo relacionado a los valores y conforme al principio de la estabilidad financiera del sistema general de pensiones. ”

5. PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER:

El problema jurídico para resolver se circunscribe a establecer si la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es ineficaz y de serlo, en qué términos y condiciones se debe realizar el traslado a COLPENSIONES del importe de las cotizaciones efectuadas en el RAIS por la demandante.

Tramitado el proceso en legal forma y por ser competente esta Corporación Judicial para conocer de la APELACIÓN y de la CONSULTA de la sentencia, conforme a lo dispuesto en los artículos 10 y 14 de la Ley 1149 de 2007, se pasa a resolver, previas las siguientes,

6. CONSIDERACIONES:

De conformidad con lo dispuesto el art. 14 de la Ley 1149 de 2007 además de resolverse la apelación de 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.

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

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

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

Es así como, en el presente asunto, está probado, que la accionante, estando afiliada al régimen pensional de prima media administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, según se desprende de la historia laboral que milita a folios 17 y 18 del expediente (Documento 02 del expediente digital), se afilió a la administradora del RAIS COLFONDOS S.A. el 23 de abril de 1994, como se observa en el formulario de vinculación a dicho fondo, visible a folio 19 del expediente, trasladándose posteriormente a la AFP COLPATRIA S.A. hoy PORVENIR S.A. el 21 de junio de 1996, como se advierte del formulario obrante a folio 21 del plenario. (Documento 02 del expediente digital).

De otra parte, si bien la demandante no es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues no contaba para el 1° de abril de 1994 con 35 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la AFP COLFONDOS S.A. en el año 1994 estuviera en la obligación de suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; sobre todo **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué dependería su monto en el RAIS.**

Sobre el deber de información antes citado, escuchado el interrogatorio de parte que fue absuelto por la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 20:14 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento (documento 06 del expediente digital), no se advierte que, además de indicar que el asesor de COLFONDOS S.A. le indicó que el ISS se iba a acabar y que las semanas que tenía allí cotizadas se le podían perder, que al momento de la pensión el monto iba a ser mayor en el fondo privado y que podría pensionarse a una menor edad, esta haya

confesado que al momento de su traslado de régimen 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, como bien lo manifestó la Juez *a quo*, y contrario a lo manifestó por la apoderada de PORVENIR S.A. en su recurso de alzada, ha señalado claramente la Jurisprudencia de la SCL de la CSJ que 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 COLFONDOS S.A., siendo su carga como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada, sin que resulten de recibo los argumentos expuestos por el apoderado de COLPENSIONES en su recurso, referente a la gran cantidad de semanas cotizadas por la demandante al RAIS o el hecho de haberse trasladado entre administradoras del RAIS, pues ninguna de dichas situaciones tiene la facultad de subsanar el incumplimiento del deber de información por parte de COLFONDOS S.A., ni mucho menos el argumento de la apoderada de PORVENIR S.A. en el sentido que la demandante tuvo varias oportunidades de acceder a la información, pues precisamente tal situación fue la que no logró acreditar el fondo que realizó el traslado primigenio de la demandante, por lo que se confirmará en esta instancia la decisión del *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por la demandante en el año 1994 cuando se trasladó del RPM administrado por el extinto ISS a la AFP COLFONDOS S.A.

De otra parte, en lo referente a las sumas que deben ser devueltas a COLPENSIONES, frente a las cuales la *a quo* determinó que PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes que ha realizado la Señora LUZ DARY GÓMEZ OSPINA al riesgo de pensiones, existentes en su cuenta individual de ahorro pensional, con los rendimientos que se hubieren generado y las comisiones cobradas, encuentra la Sala que, conforme lo señala el apoderado de COLPENSIONES en su recurso, la orden impartida por el *a quo*, no se encuentra del todo 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 deben realizar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES deberá incluir no solo los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y las comisiones cobradas, sino también los porcentajes que en su momento fueron descontados por dicha AFP de las cotizaciones de la demandante, que fueron destinados al 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.

Igualmente, deberá adicionarse la sentencia de primera instancia, en el sentido de declarar que contrario a lo manifestó por el apoderado de COLFONDOS S.A. en sus alegatos en esta instancia, dicha AFP deberá devolver a COLPENSIONES en el mismo término otorgado a PORVENIR S.A., las sumas que en su momento descontó de las cotizaciones de la demandante durante el tiempo en que esta estuvo afiliada a dichas administradoras, que fueron destinadas a comisiones de administración, al pago de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, de prima de reaseguro de Fogafín y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir que la totalidad de las entidades demandadas, deberán devolver a Colpensiones el 100% de las cotizaciones de la demandante, con sus rendimientos financieros, sin descuento de ninguna índole, pues al declararse la ineficacia del acto de traslado, **ningún efecto jurídico puede derivarse de este**, como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Ha explicado la Corte Suprema de Justicia que las consecuencias prácticas de la ineficacia son idénticas a las de la nulidad, señalando la Sala Civil de la alta Corporación que: *«cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás»* (CSJ SC3201-2018).

En este orden de ideas, como lo dispone el art. 1746 del C.C., norma que regula las restituciones mutuas en el régimen de nulidades: *“La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”*.

En este sentido se pronunció igualmente la SCL de la CSJ, sentencia 31989 de 8 de septiembre de 2008 y lo reiteró en sentencias SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019 y SL1688-2019.

Igualmente, COLFONDOS S.A. manifiesta en sus alegaciones en esta instancia que dentro del traslado de dineros de la demandante que efectuó en su momento a la AFP COLPATRIA S.A. hoy PORVENIR S.A. se encontraba incluido el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, y que por tanto dicho porcentaje no se encuentran en su poder, a lo que ha de señalarse que dicha afirmación no encuentra sustento probatorio en el proceso, pues si bien a folio 222 se evidencia un pago realizado por COLFONDOS S.A. a COLPATRIA S.A. por un valor de \$452.324, de dicho documento no logra extraerse la información suficiente para corroborar que el traslado de recursos incluyó en su momento los descuentos realizados para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

Por otra parte, respecto del anterior argumento si bien en principio le podría existir razón al apoderada de COLFONDOS S.A., que respecto del porcentaje de la genéricamente denominada cuota de administración, el porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, no se debería ordenar el reintegro a COLPENSIONES, no porque este se encuentre en poder de PORVENIR S.A., sino porque se encuentra en poder del Estado, y COLPENSIONES, se le puede considerar como el Estado, al ser esta una entidad pública de la que el Estado es garante del pago de las prestaciones a que pueda tener derecho el demandante, lo que conllevaría que el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, al estar en poder del Estado no habría lugar restituírselo, en primer lugar en el proceso no se encuentra probado que en efecto COLFONDOS S.A., o COLPATRIA S.A. hayan trasladado al citado Fondo el porcentaje correspondiente, y en segundo lugar si así lo hizo, bien pudo hacer comparecer al proceso a este Fondo, que está adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que se le ordenara restituir el citado porcentaje a COLFONDOS S.A., para que a la vez este lo restituya a COLPENSIONES, e incluso podría eventualmente COLFONDOS S.A., solicitar esta restitución con posterioridad a esta sentencia para dar cumplimiento a ella, pero en todo caso sin perjuicio que sea la directamente obligada a restituirlo, por su deber de correr con las consecuencias que de la declaratoria de ineficacia se derivan, por lo que a juico de la Sala, no resulta de recibo este aspecto de los alegatos de conclusión de COLFONDOS S.A.

Igualmente, 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 los denominados gastos de administración 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 las AFP demandadas, al no proveer la información clara, completa y comprensible a través de sus asesores, que tiene como consecuencia, además del hecho de generar la declaratoria de ineficacia, que deban asumir de su patrimonio los perjuicios que se ocasionen a los afiliadas 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 del argumento en la apelación de COLPENSIONES, 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.

De otra parte, respecto de la solicitud del apoderado de COLPENSIONES en los alegatos de esta instancia, en el sentido que se ordene la devolución indexada de las cuotas de administración, y cuotas abonadas al fondo de garantía mínima, el porcentaje destinado al pago de seguros provisionales, esta es una cuestión que debió plantearse en la contestación de la demanda o cuando menos, en el recurso de apelación, de manera que una decisión en tal sentido implicaría decidir más allá de lo pedido, lo que resulta improcedente en la sentencias de segunda instancia, pues fue un asunto que las partes no tuvieron la oportunidad de debatir en el proceso y por ello no se resolverá sobre esta solicitud.

En cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN formulada por las demandadas al dar respuesta a la demanda, se tiene que, bajo la óptica jurisprudencial de la ineficacia del traslado de régimen introducido por la SCL de la CSJ, al concluirse que el acto jurídico de traslado de régimen nunca nació a la vida jurídica, no es procedente aplicar la

prescripción, conforme puntualmente lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL1689-2019, proferida el 8 de mayo de 2019.

Frente a la prescripción de los denominados gastos de administración que plantea el apoderado de COLFONDOS S.A. en sus alegatos, considera la Sala que ella no opera, toda vez que la obligación de restituir estos rubros 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 de las cuotas de administración, incluyendo lo descontado para el pago de los seguros previsionales.

Respecto de la afirmación expuesta por la apoderada de PORVENIR S.A. en su recurso de apelación sobre la imposibilidad de traslado de régimen impuesta por el legislador 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, 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, se afirma en los alegatos de COLPENSIONES, que la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

Respecto del anterior argumento, se ha de manifestar, que para efecto de declarar la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, no es jurídicamente viable tener en cuenta el principio antes citado, pues, desde que la actora estuvo afiliada al RPM era beneficiaria de las prerrogativas de este régimen pensional, conforme lo disponía la legislación, y por ello no es posible desconocer los derechos que tiene conforme las norma legales vigentes, so pretexto de someterse al principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano, pues a este principio el que se tiene que someter es el legislador al realizar las reformas pensionales, no que el juez para desconocer derechos ya legislados.

De otra parte, el hecho que la actora regrese al RPM, de COLPENSIONES, no necesariamente le va a causar una carga financiera a esta entidad o mejor a los recursos del fondo común de los afiliados, por un mayor monto de la pensión en el RPM, pues en primer lugar no se encuentra probado en el proceso, que la pensión en

el RPM vaya a ser superior a la del RAIS, y en segundo lugar el monto de la pensión de vejez, tanto en el RAIS como en el RPM depende de muchas situaciones de hecho ciertas y de voluntad del afiliado, que no están plenamente probadas en ese proceso, y otras que incluso pertenecen al mundo del azar, pues si un afiliado al RAIS decide hacer vida marital o casarse con una persona muy joven o tener hijos a avanzada edad cuando está a punto de obtener la pensión de vejez, ello necesariamente influirá en que el monto de la pensión en el RAIS sea reducido, o si por ejemplo en el RPM por azar el afiliado pierde el empleo que le irrogaba un buen salario, y no puede seguir cotizando como independiente con el IBC en los últimos 10 años, el valor de su pensión se va a ver menguado.

Pero es más, eventualmente pudiera suceder que un afiliado al RPM, fallezca sin que tengan beneficiarias que legalmente puedan acceder a las prestaciones de sobrevivientes y en tal caso, los dineros de sus cotizaciones, queden en el fondo común de COLPENSIONES. También puede suceder que el afiliado no alcance a obtener la pensión de vejez, sino la indemnización sustitutiva, la que es evidentemente inferior al monto de las cotizaciones con sus rendimientos. Igualmente puede suceder que el afiliado alcance a obtener la pensión de vejez, y fallezca sin tener beneficiarias de una pensión de sobrevivientes, y que los dineros con los que contribuyó al fondo común no se hayan agotado, caso en el cual el saldo no utilizado queda perteneciendo al fondo común, lo que no pasa en el RAIS, pues los dineros deben ser entregados a los herederos.

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

COSTAS en esta instancia 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 06 de agosto de 2020 proferida por el JUZGADO DECIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **LUZ DARY GÓMEZ OSPINA**, contra **COLPENSIONES**, y las sociedades **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, y **COLFONDOS S.A.**, **ADICIONÁNDOLA** en el sentido de DECLARAR que la devolución que debe realizar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES deberá incluir los aportes pensionales existentes en la cuenta de ahorro individual de la actora con los rendimientos o intereses, y las cuotas de administración, incluidas los porcentajes que fueron destinados a 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.

Igualmente se **ADICIONA** la sentencia de primera instancia, en el sentido que COLFONDOS S.A. deberá devolver a COLPENSIONES en el mismo término otorgado a PORVENIR S.A., las sumas que en su momento descontó de las cotizaciones de la demandante durante el tiempo en que esta estuvo afiliada a dichas administradoras, que fueron destinadas a comisiones de administración, incluido el porcentaje de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, prima de reaseguro de Fogafín y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. a favor de la demandante. Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, 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: **423561653824b8060ecb227737345982d6a0da703b52041fe747019e0cf36427**

Documento generado en 23/06/2022 02:05:33 PM

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