

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El catorce (14) de julio de dos mil veintidós (2022), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN se constituyó en audiencia, con el fin de resolver los recursos de apelación y para revisar en el grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de COLPENSIONES, la sentencia de primera instancia proferida en el presente proceso ordinario laboral promovido por la señora **GLORIA EMILSE URREGO URREGO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), y de 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. 05001-31-05-002-2020-00380-01.

AUTO

De conformidad con la sustitución de poder allegada por Colpensiones junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia, se reconoce personería a la abogada YESSICA FRANCEDY ZAPATA RAMÍREZ, portadora de la T.P. 260650 del C. S. de la Judicatura, para que continúe representando los intereses de COLPENSIONES en el presente proceso, en calidad de apoderada sustituta.

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

1. ANTECEDENTES:

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

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones, relata la actora, que el 4 de agosto de 1989, fue vinculada a la DIRECCIÓN SECCIONAL DE SALUD DE ANTIOQUIA, donde laboró hasta el 9 de agosto de 1995.

Expone que el 16 de agosto 1995, en virtud de una nueva vinculación laboral, su empleador dio inicio a la cotización al sistema de seguridad social en pensiones a través del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en este entonces por el ISS.

Señala que en el mes de enero de 1997, en virtud de la “asesoría” brindada por un funcionario del Fondo de Pensiones COLFONDOS S.A., quien le recomendó el traslado de régimen pensional, procedió a solicitar el traslado a la entidad mediante la suscripción del formulario de afiliación.

Manifiesta que la asesoría brindada no fue completa pues el funcionario de la AFP se limitó a indicarle que podría acceder a la pensión antes del cumplimiento de la edad y cuando así lo dispusiera, y en una cuantía muy superior a la que tendría derecho en el RPM, máxime teniendo en cuenta que presuntamente esta entidad iba a ser liquidada.

Aduce que sin embargo, al momento de su afiliación al RAIS no se le brindó asesoría por parte de COLFONDOS S.A., sobre la existencia de dos regímenes pensionales para la fecha en que se hizo efectivo su traslado, sobre las desventajas y beneficios de cada uno, no se le informó sobre las variaciones de su eventual mesada pensional en caso de tener cónyuge, hijos menores de edad o hijos estudiantes menores de 25 años, al momento de pensionarse, no se le brindó información respecto del saldo que debía acreditar en la cuenta de ahorro individual, con el fin de obtener una pensión anticipada; es decir, fue inducida a error para efectos de que accediera al traslado de régimen.

Narra que posteriormente, en el mes de enero del año 2001, en virtud de una nueva “asesoría” brindada por personal de PORVENIR S.A., se le aseguró que la rentabilidad en dicho Fondo y la posibilidad de pensión anticipada era mayor, por lo que procedió a solicitar el traslado de Fondo mediante la suscripción del formulario de afiliación, pero sin embargo, dicha entidad tampoco le brindó información clara, completa y comprensible, realizando una comparación no solo entre la rentabilidad que podría ser percibida en uno u otro fondo privado de acuerdo con la modalidad de ahorro seleccionada y atendiendo a las condiciones personales de la demandante, sino además relativo a la posibilidad de tener mayores beneficios si retornaba al Régimen

de Prima Media con Prestación Definida situación que para dicha fecha era viable toda vez que faltaban más de diez años para acceder al derecho a la pensión.

Finalmente expone que mediante radicación de derecho de petición solicitó a Colpensiones el traslado al RPM, solicitud que le fue resuelta de manera negativa indicándole la imposibilidad de traslado debido a que le faltan menos de 10 años para pensionarse.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El *a quo* despachó de manera favorable las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y condenando en consecuencia a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que haya recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones completas, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, ahorros voluntarios, es decir, con los rendimientos que se hubieren causado, con excepción de los dineros descontados por concepto de cuotas de administración de la cuenta de ahorro individual, y ordenó a su vez a COLPENSIONES reactivar la afiliación de la demandante en el RPM sin solución de continuidad, a recibir los dineros que le sea trasladados por PORVENIR S.A. y a corregir la historia laboral de la actora.

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

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

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

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

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

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

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

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:

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

APELACIÓN DE PORVENIR S.A.

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

Expone que existen por parte de la demandante unos actos de relacionamiento que deben ser tenidos en cuenta a la luz de las sentencias SL-413-2018 y SL3752-2020, como lo son la permanencia en el RAIS durante tanto tiempo y los traslados horizontales realizados por esta dentro del mismo régimen, lo cual denota su conocimiento acerca de las ventajas y desventajas del RAIS, así como su deseo de permanecer en dicho régimen.

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

APELACIÓN DE COLPENSIONES.

La apoderada de COLPENSIONES, apela la sentencia de manera parcial, en lo que tiene que ver con la decisión del *a quo* de abstenerse de ordenar la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a gastos de administración y Fondo de Garantía de Pensión Mínima, solicitando sea revocado el fallo en dicho aspecto, y se ordene la devolución de tales emolumentos, argumentando que en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 se encuentra establecida la distribución de los porcentajes de la cotización de los afiliados al RAIS, indicando que un 3% de la cotización será destinado

a gastos de administración, a la prima de reaseguro de Fogafín y a las primas de los seguros previsionales de invalidez y de sobrevivientes, porcentaje que constituye un ingreso propios de las administradoras de pensiones y a favor de su patrimonio, por lo que al declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, la falta de devolución de estos dineros generan un enriquecimiento sin causa en favor de PORVENIR en detrimento de Colpensiones, quien desde el traslado del demandante al RAIS dejó de tener en su haber dichas sumas, las cuales le hubieran servido para capitalizar el fondo de naturaleza común.

Expone que la SCL de la CSJ ha adoctrinado que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, y ha señalado además que la declaratoria de ineficacia del traslado obliga a dichas AFP a devolver también los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, pues tales conceptos desde el momento del nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM administrado por Colpensiones.

Indica que conforme lo dicho, los conceptos antes mencionados deben ser trasladados a Colpensiones debidamente indexados.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

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

ALEGATOS DE LA DEMANDANTE.

La responsabilidad de las AFPs, la cual se estructura conforme al estatuto financiero Decreto 663 de 1993, determina que la obligación de información de los fondos de pensiones debe ser clara, expresa y oportuna, situación que no se dio en el caso de mi representada pues como se acreditó en el proceso, lo que hubo fue una total omisión de información por parte de COLFONDOS, compañía que en su momento estaba más preocupado por captar una vinculación que en asesorar correctamente a la Señora GLORIA EMILSE URREGO URREGO, induciéndola a error y perjudicando sustancialmente su mínimo vital y móvil.

En la prueba documental que aporta COLFONDOS, encontramos únicamente un formulario de afiliación preimpreso, el historial de vinculación y el estado de afiliación,

además de un artículo de un periódico. Igual situación ocurre con la prueba documental aportada por PORVENIR, la cual se limita a la historia laboral de la demandante, y a las actuaciones que ella misma promovió ante dicha AFP. No cumpliendo así con la carga de la prueba, tal y como lo indican diversos pronunciamientos de la H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

No se aporta evidencia de haber entregado información completa, clara, comprensible, *“a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad”* como lo ha indicado la jurisprudencia de la H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA LABORAL, esto es, que le permitiera a la demandante comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Lo que evidencia la prueba aportada, y el interrogatorio de parte rendido por la demandante, es que, en su momento, las AFP estaban más preocupadas por captar una vinculación que en asesorar correctamente a la Señora GLORIA EMILSE URREGO URREGO, induciéndola a error con una afiliación masiva, sin que se le diera a mi poderdante una asesoría completa, limitándose a hacerle entrega de un formulario estándar, y a reiterarle que el ISS desaparecería. Tampoco obtuvo una asesoría personalizada al momento de su traslado a PORVENIR, limitándose el funcionario, a asegurar que la rentabilidad sería mejor en dicho fondo, sin proceder a explicar ni siquiera, qué ventajas tendría dicha “rentabilidad”.

No se puede determinar como válido una información parcial de los servicios que como Administradora de Fondo de Pensiones, COLFONDOS S.A, ofrecía al trasladarse la Señora GLORIA EMILSE URREGO URREGO del régimen en cuyo momento se encontraba, máxime cuando una vez proyectada su pensión, se evidencia el enorme sacrificio económico que le acarreó dicho traslado y que **NO FUE ADVERTIDA**, por quien realizó la asesoría y por consiguiente debía tener pleno conocimiento de los riesgos a que sometía el demandante.

La administradora tampoco cumplió con la carga de re asesorar a la demandante una vez le faltaban 10 años para acceder a la edad de pensión exigida por el RPM y solo hasta que ella misma, confiada en que podría pensionarse en forma anticipada como le informaron al momento del traslado, acudió al fondo para solicitar la proyección de su mesada, entendió el error grave que había cometido producto del engaño y el actuar omisivo del Fondo, máxime cuando una vez proyectada su pensión, se evidencia el enorme sacrificio económico.

Es por ello que solicito acoger el criterio del H. TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA LABORAL, en concordancia con la jurisprudencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, - SALA DE CASACIÓN LABORAL.

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

Sea lo primero reiterar nuevamente lo referente a 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, a través del cual se estableció claramente que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren menos de 10 años para adquirir su pensión de vejez, supuesto jurídico en el cual nos debemos basar en el caso en concreto toda vez que de la prueba que reposa en el expediente, se observa que la demandante ya se encontraba en la prohibición inmersa referida con anterioridad y por ende se imposibilitaba el traslado de régimen como aconteció en el presente asunto.

Ahora bien, la parte débil en el caso sub examine debe ser considerada como quien carece de capacidades para ilustrarse y asesorarse de la menor manera y no como una persona per se vulnerable que está imposibilitada de tener un entendimiento mínimo del sistema, incapaz de realizar actividades orientadas a instruirse mejor e incompetente para aportar pruebas que expongan la existencia de un vicio en el consentimiento. La corte Constitucional en tal sentido (sentencia T 422 de 2011) indicó que en materia de traslado la libertad de escoger el régimen pensional debe verse menguada o adolecer de algún vicio en el consentimiento, y Solamente cuando los hechos de la controversia permitan dilucidar que la persona era una parte débil debido a su calidad y escasos conocimientos puede procederse con un regreso automático. Así pues, dicha providencia amparó los derechos de un ciudadano campesino analfabeta:

La Corte indica la necesidad probatoria de establecer la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de trasladar a un afiliado, de inclusive analizar la calidad del demandante y de analizar cada caso particular según los hechos y circunstancias. Sin embargo y como se dijo en precedencia, son beneficios en los que los afiliados vieron una oportunidad mayor en este régimen pensional, por lo que no puede hablarse de un vicio en el consentimiento en los términos del artículo 1510 del Código Civil.

Vicio del consentimiento que no quedó demostrado en el presente asunto, pues si analizamos de manera pormenorizado el interrogatorio de parte efectuado al

demandante, con sus efectos legales de confesión, aquel indicó en su declaración que la firma del formulario de afiliación a AFP fue de manera voluntaria y no hubo presiones por parte de un tercero ni por el asesor del referido fondo.

Por tal motivo señores magistrados solicito de manera respetuosa, se revoque la sentencia emitida por el juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín.

ALEGATOS DE PORVENIR S.A.

1. Los valores recibidos con motivo a la afiliación, especialmente los dineros descontados por concepto de administración de las cuentas en ahorro individual.

Si se decidiera por parte del Honorable Tribunal, dejar en firme la ineficacia de la afiliación, se solicita que no se condene al traslado de los dineros descontados por Gastos de administración, pues:

1.1. Las sumas correspondientes a los gastos de administración tienen por mandato legal una destinación específica que, se encuentra en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, destinando así el 10% del IBC a las cuentas de ahorro individual, el 0,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, y el 3% restante a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

En el presente caso, es claro que dichos descuentos, han cumplido plenamente con su cometido y no se encuentran en el patrimonio de la AFP, pues se han destinado a cubrir los gastos en que se incurrió, para la generación de frutos o rendimientos que hoy se ven de manera positiva en la cuenta de la afiliada y el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte que se han venido disfrutando hasta la actualidad y que no pueden retrotraerse pues la cobertura y el servicio ya se ha prestado y este último no es posible devolverlo o retrotraerlo por parte del afiliado.

1.2. Atenta contra toda lógica jurídica la declaratoria de un enriquecimiento sin justa causa debido a la inaplicación de las normas legales que regulan las restituciones mutuas, derivadas de una nulidad o ineficacia de un acto jurídico ordenando devolver o restituir un bien (en este caso una suma de

dinero depositada) las sumas que invirtió para el mantenimiento de dicho bien e incrementarlo.

Por si lo anterior no fuera poco, se recuerda que la inversión de dichos gastos de administración en seguros previsionales y en la generación de rendimientos, no se dio de manera antojadiza, sino por el contrario se dio de acuerdo con el mandato legal establecido en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 y a la obligatoriedad de la garantía de rentabilidad mínima establecida en el literal e) del artículo 60 de la ley 100 de 1993.

1.3. Toda decisión judicial de traslado de régimen pensional, debe tener como objetivo constitucional, la estabilidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por lo que es imperioso en la actualidad, y de acuerdo a la coyuntura económica, hacer un análisis macro de las consecuencias que se derivan de autorizar solicitudes de traslados que no cuentan con los requisitos para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, tal y como se estudió por este mismo Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en sala extraordinaria del 14 de agosto de 2019 a las 2 PM en virtud de lo establecido en el artículo 35 del CGP donde decidió unificar su jurisprudencia, en sentencia dentro del proceso del proceso 05001310500720150129501 negando las ineficacias de traslado en la afiliación, con base en la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

1.4. Las anteriores conclusiones frente a la ineficacia en la afiliación y en la manera en como deben operar las restituciones mutuas para hacer compatible el régimen y la sostenibilidad del sistema se han recogido y enriquecen con el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia del 17 de enero de 2020 Radicación 2019152169-003-000 el cual fue solicitado por ASOFONDOS.

2. Condena en costas a cargo de mi representada.

En relación con la condena en costas debemos indicar que mi representada siempre obró con buena fe objetiva, en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes para la época en la que se dio el traslado de la parte demandante del RPM al RAIS y buscando siempre el beneficio de la parte demandante, por lo que la condena en costas no es procedente ante la ausencia de mala fe de mi representada.

5. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

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

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

6. CONSIDERACIONES:

De conformidad con lo dispuesto el art. 14 de la Ley 1149 de 2007, además de resolverse las apelaciones de PORVENIR S.A. y de COLPENSIONES, se consultará la sentencia en favor de esta última entidad por haberle resultado adversa, por lo que, la legalidad del fallo será estudiada en su integridad.

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

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

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

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

Es así como, en el presente asunto, está probado, que la accionante, estando afiliada al Régimen de Prima Media administrado por el extinto ISS hoy Colpensiones, como se acredita con el certificado expedido por Colpensiones que milita a folio 9 y la historia laboral que milita a folios 10 a 13 del Documento 02 del expediente digital, se afilió a la administradora del RAIS COLFONDOS S.A. el 18 de diciembre de 1996, conforme se anota en el formulario de afiliación a dicha AFP que milita a folio 28 del Documento 02 del expediente digital, trasladándose posteriormente a la AFP PORVENIR S.A. el día 31 de mayo de 2001, como se advierte a folio 98 del Documento 10 del expediente digital.

De otra parte, en este caso, si bien la demandante no es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por no contar para el 1º de abril de 1994 con 35 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la

AFP COLFONDOS S.A. en el año 1996 estuviera en la obligación de suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; sobre todo **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué dependería su monto en el RAIS.**

Sobre el deber de información, escuchado el interrogatorio de parte que fue absuelto por la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:49:46 del audio de la audiencia de conciliación hasta tramite (Documento 12 del expediente digital), no se advierte que, además de haber manifestado que el asesor de COLFONDOS le indicó que en dicho fondo privado iba a tener una mejor pensión por que el fondo tenía muy buena rentabilidad y que podía pensionarse incluso antes de la edad y que en todo caso el ISS se iba a acabar, esta haya confesado que la AFP PROTECCIÓN S.A. le hubiere brindado toda la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su afiliación al RAIS, pues no se advierte que haya confesado que se le ilustró sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como lo son la explicación clara de las características de uno y otro régimen pensional, los requisitos para acceder a las prestaciones económicas en cada uno de ellos, la forma de liquidación de la mesada pensional en cada régimen, la oportunidad de trasladarse entre regímenes y entre administradoras y los términos para ello, entre otros aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

Ahora, contrario a lo manifestado por la apoderada de PORVENIR en su recurso de alzada, 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, por lo que habrá de confirmarse en esta instancia la decisión de la a quo de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por la demandante en el año 1996 cuando se trasladó del RPM administrado por el extinto ISS a la AFP COLFONDOS S.A.

Al respecto encuentra considera la Sala que no resulta de recibo la teoría de los actos de relacionamiento, alegados por la apoderada de PORVENIR S.A. en su recurso, referente al largo tiempo que permaneció la actora afiliada al RAIS o el traslado que realizó entre distintas AFP del RAIS, lo que según la recurrente, denotarían su voluntad de pertenecer al RAIS, teoría que sustenta en lo manifestado por la Sala de

Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencias SL 413-2018 y SL3752-2020, ha de tenerse en cuenta que dicha Sala de descongestión no tiene la facultad para variar la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte, habiéndose pronunciado ya esta Corte en su Sala permanente en el sentido que tales actos de relacionamiento, no pueden ser fundamento para negar la ineficacia del traslado de régimen pensional, pues la falta al deber de asesoría se debe estudiar al momento de traslado y no en relación con actos posteriores a este.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES y frente a las cuales el *a quo* determinó que PORVENIR S.A. debe a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que haya recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones completas, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, ahorros voluntarios, es decir, con los rendimientos que se hubieren causado, con excepción únicamente de los dineros descontados por concepto de cuotas de administración de la cuenta, es decir el 3.5% que incluye los gastos de administración y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, encuentra la Sala que, como bien los señaló la apoderada de COLPENSIONES en su recurso de apelación, la orden impartida por el *a quo*, no se encuentra acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia y por ende debe ser ADICIONADA en el sentido de indicar que la devolución que debe realizar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES deberá incluir no solo las cotizaciones y rendimientos financieros, sino también los porcentajes que en su momento fueron descontados por dicha AFP de las cotizaciones de la demandante y que fueron destinados a comisiones de administración, pago de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, al pago de prima de reaseguro de Fogafín y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, e igualmente debe adicionarse la sentencia en sede de consulta en el sentido de indicar que la AFP COLFONDOS S.A. también debe devolver a COLPENSIONES los porcentajes que en su momento descontó de las cotizaciones de la demandante durante el tiempo en que esta estuvo vinculada a dicha entidad previo su traslado a PORVENIR y que fueron destinados a comisiones de administración, pago de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, al pago de prima de reaseguro de Fogafín y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima es decir, que ambas AFP deben devolver a Colpensiones el 100% de las cotizaciones del demandante, con sus rendimientos financieros y sin descuento de ninguna índole, pues al declararse la ineficacia del acto de traslado, **ningún efecto jurídico puede derivarse de este** y por tanto, deben reintegrarse a COLPENSIONES, la totalidad de las sumas que hubiesen recibido las AFP demandadas como cotización del demandante, como lo ha señalado

de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

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

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

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

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

Teniendo en cuenta lo anterior, contrario a lo manifestado por la apoderada de PORVENIR en su recurso, al tratarse de la declaratoria de un acto ineficaz que acarrea los mismos efectos de uno nulo, no es dable concebir, so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración del bien, que dichas sumas queden por fuera de las restituciones, de un lado, porque se trata de rubros que

pertenecen al régimen de prima media con prestación definida, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otro, porque es la indebida actuación por parte de la AFP demandada, al no proveer la información clara, completa y comprensible a través de sus asesores, que tiene como consecuencia, además del hecho de generar la declaratoria de ineficacia, que deba asumir de su patrimonio los perjuicios que se ocasionen a los afiliados y las sumas sufragadas a terceros, como lo son las aseguradoras previsionales, ello con base en los artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

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

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

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

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

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

Finalmente, frente al argumento de Colpensiones en la apelación, que las sumas de gastos de administración deben ser devueltos debidamente indexados, en las sentencias SL1688 de 2019 SL 2932 de 2020, SL 3202, 3571, 3706, 3707, 3708, 3709 y 3769 de 2021, la CSJ ordenó que las cuotas de administración fueran devueltas indexadas, debido a ello, le asiste razón a Colpensiones en este aspecto, de la apelación, por lo que se ordenará en esta instancia, que las referidas cuotas de administración sean devueltas indexadas.

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

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

7. DECISIÓN:

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 19 de mayo de 2021 proferida por el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **GLORIA EMILSE URREGO URREGO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, y las sociedades **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, ADICIONÁNDOLA** en el sentido de DECLARAR que la devolución que debe realizar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES deberá incluir las cotizaciones con rendimientos financieros o intereses, y además, las comisiones de administración, es decir el 100% de la cotización.

Igualmente se DECLARA que la AFP COLFONDOS S.A. también debe devolver a COLPENSIONES los porcentajes que en su momento descontó de las cotizaciones de la demandante durante el tiempo en que esta estuvo vinculada a dicha entidad previo su traslado a PORVENIR S.A., referentes a las comisiones de administración, es decir el porcentaje de la cotización para completar la devolvían del 100%.

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, en cuanto declaró que la devolución a COLPENSIONES debe incluir los aportes voluntarios al sistema pensional que hubiere efectuado la actora, y el bono pensional del tipo A, conforme lo explicado en la parte motiva de este fallo.

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

La anterior sentencia se notifica a las partes en EDICTO.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

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

Los magistrados,

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **cee207547b87fdb8e28d518e8e3192a23f4d90d42bdbd485baa788392272ea715**

Documento generado en 14/07/2022 02:25:29 PM

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