

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El once (11) de octubre de dos mil veintidós (2022), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, procede a proferir sentencia de segunda instancia, en el presente proceso ordinario laboral promovido por la señora **MARGARITA JIMÉNEZ RESTREPO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.), y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS** (en adelante COLFONDOS S.A.) la tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-012-2019-00187-01.

AUTO

Se le reconoce personería jurídica a la abogada LUZ FABIOLA GARCÍA CARRILLO, portadora de la T.P. 85.690 del C. S. de la Judicatura, para que represente a PORVENIR S.A. en este proceso como apoderada judicial. Así mismo se le reconoce personería al abogado JAIR FERNANDO ATUESTA REY, portador de la T.P. 219.124 del C. S. de la Judicatura, para representar a COLFONDOS S.A. como apoderado general.

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 nació el 2 de agosto de 1967 y antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones se encontraba afiliada al extinto Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES.

Expone que, el 22 de abril de 1994 se trasladó al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A. y que, dicho fondo solo le manifestó lo maravilloso del RAIS, pues le dijeron que esta AFP tenía mayor solidez y rentabilidad, y que ello implicaría necesariamente una mesada pensional mejor, y la podría obtener de manera anticipada sin tener que cumplir la edad exigida.

Señala que, le hicieron hincapié en que el ISS se iba a acabar, que en poco tiempo las únicas entidades de pensiones que sobrevivirían serían los fondos privados, que si permanecía en el RPM podría perder sus ahorros pensionales.

Aduce que, no le suministraron informaron oportuna, clara, suficiente, concreta, adecuada y veraz antes de su traslado al RAIS a través de PORVENIR S.A.

Manifiesta que, el 26 de septiembre del año 2012 se trasladó a COLFONDOS S.A., entidad que tampoco le suministró información oportuna, clara, suficiente, concreta, adecuada y veraz en razón a que está entidad no le hizo un estudio particular y detallado sobre su situación pensional, pues únicamente le ofreció mayor rentabilidad que PORVENIR S.A.

Arguye que, ninguna de las AFP accionadas le brindo la reasesoría sobre la posibilidad de regresarse al RPM, antes de entrar a la edad límite para su traslado.

Relata que, su traslado al RAIS obedeció a que el asesor de PORVENIR S.A le manifestó que, de trasladarse a dicho fondo y de permanecer en el, se pensionaría antes de los 57 años de edad y con una mesada superior a la que le reconocería en su momento el ISS, con el 110% de su salario. Argumenta que el asesor le hizo mucho hincapié al tema de los rendimientos financieros, insistiéndole que con el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual se incrementaría mensualmente su saldo de manera considerable, lo que aumentaría el monto de su pensión, además le manifestaron que no perdería ningún beneficio con el traslado, que le era más conveniente estar en PORVENIR S.A, también le expusieron que el ISS desaparecería por la consolidación de los fondos privados ya que estos tenían más solidez y garantizaban mayor rentabilidad.

Narra que, los asesores de COLFONDOS S.A. únicamente le explicaron las implicaciones positivas del RAIS, pero en ningún momento le suministraron información adicional, consistente en el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual, con el fin de obtener una pensión de vejez anticipada, no le comunicaron que, de pensionarse anticipadamente, antes de los 60 años de edad, su bono pensional le sería castigado.

Cuenta que, no le hicieron un estudio comparativo entre uno y otro régimen pensional, nunca le hablaron de las modalidades de pensión, ni que en el RAIS los requisitos varían tajantemente.

Argumenta que, los fondos accionados, no le suministraron la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado, estas tampoco le indicaron las consecuencias reales de alcanzar su pensión en el RAIS o de la posibilidad de alcanzar una pensión mayor en RPM si regresaba.

Aduce que, realizó ante COLPENSIONES reclamación administrativa, solicitando la ineficacia de su afiliación al RAIS, la que fue resuelta desfavorablemente.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La *a quo* accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS a través de PORVENIR S.A. y posteriormente a COLFONDOS S.A. condenó en consecuencia a la AFP COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante incluyendo cotizaciones, cuotas y/o gastos de administración, lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima y demás emolumentos descontados en la vigencia de la afiliación.

Así mismo, condenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas de dinero descontadas por concepto de cuotas y/o gastos de administración, lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima y demás emolumentos descontados en la vigencia de la afiliación de la señora Margarita Jiménez Restrepo como si hubiera permanecido en el RPM.

De otro lado, condenó a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la actora en el RPM sin solución de continuidad y a recibir dichos dineros para reintegrarlos al fondo común que administra, para que su equivalente en semanas se refleje en su historia laboral.

Declaró infundada la excepción de prescripción propuesta por las codemandadas.

Finalmente condenó en costas a PORVENIR S.A., para lo cual fijó las agencias en la suma de \$908.526 y absolvió a COLFONDOS y a COLPENSIONES del pago de costas procesales.

Para fulminar condena, la *a quo* argumentó 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 al afiliado al momento del traslado.

Seguidamente expuso que en el presente proceso no se probó por parte de las AFP que hayan cumplido con su 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 ese consentimiento informado la suscripción del formulario de afiliación, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado del demandante a PORVENIR S.A. y a COLFONDOS S.A.

Finalmente, 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 imprescriptible.

3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN:

La sentencia fue apelada por los apoderados judiciales de PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., y COLPENSIONES en los siguientes términos:

APELACIÓN DE PORVENIR S.A.

Solicita que, la sentencia proferida por la juez de primera instancia sea revocada en todas sus partes, indicando que la señora Margarita Jiménez Restrepo se encuentra inmersa en la prohibición legal establecida en el artículo 2 de la Ley 797 del año 2003, por cuanto la misma se encuentra a menos de 10 años para alcanzar la edad pensional y en razón a ello resulta improcedente la declaratoria de ineficacia por una aducción de falta de información al momento de la afiliación a la AFP PORVENIR S.A. Adicionalmente la actora para la época del traslado era una persona totalmente capaz de dilucidar los pro y los contra que le representaría el trasladarse al RAIS.

Señala que, la demandante dejó transcurrir más de 26 años desde la afiliación a PORVENIR S.A., afiliación que cumplió con los rigorismos y formalidades que para la época se exigían, esto es la suscripción del formulario de afiliación en aceptación del traslado al RAIS tal como la demandante lo manifestó en el interrogatorio de parte, ella no fue obligada ni constreñida a firmar el formulario de afiliación y era consciente de que se estaba trasladando a una administradora de pensiones de carácter privado. Es por ello que en ese sentido resulta ilógico que después de 26 años de permanencia en el RAIS se aduzca de una falta de información como excusa para retornar al RPM

Precisa que hubo un desinterés por parte de demandante en cuanto a su futuro pensional, ya que dejó transcurrir mucho tiempo desde la afiliación al RAIS hasta la fecha de la presente diligencia.

Argumenta que la actora era totalmente competente para saber que estaba en el RAIS y así lo confirmó con el posterior traslado que hizo a COLFONDOS S.A. en el año 2012 ejecutando un acto de traslado horizontal, por lo tanto, era claro su deseo de permanecer afiliada al RAIS y pensionarse bajo los parámetros establecidos en los artículos 64 y siguientes de la Ley 100 de 1993

Finalmente solicita al Tribunal que, en caso de confirmar la decisión de primera instancia, absuelva a PORVENIR S.A. de ordenar trasladar a COLPENSIONES, las comisiones de administración y los seguros previsionales, ya que dichas sumas tienen sustento legal en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 para ser descontadas, y son sumas que ya cubrieron unas contingencias frente a los riesgos de invalidez y sobrevivencia durante todo el tiempo que la señora Margarita Jiménez Restrepo estuvo afiliada a PORVENIR S.A.

Solicita que, PORVENIR S.A. sea absuelta de condena en costas.

APELACIÓN DE COLFONDOS S.A.

COLFONDOS S.A. solicita le sea revocada la condena de devolver a COLPENSIONES el porcentaje que destinó al pago de seguros y pólizas previsionales, en razón a que estos son conceptos de tracto sucesivos, que se causaron con la periodicidad que impone la Ley, y por ende no fueron reclamados dentro de los tres años siguientes a su causación por lo que están prescritos en la medida en los pagos destinados al pago de seguros y de seguros previsionales no son factor de financiación de la prestación económica de vejez en ninguno de los dos regímenes pensionales.

Adicionalmente, aduce que la actora ha estado amparada frente a los riesgos de invalidez y muertes durante el periodo de vinculación a COLFONDOS S.A., y por ende la contratación y pago de los seguros cumplieron ya con su destinación específica. Así mismo, manifiesta que, dichos descuentos no fueron realizados de manera arbitraria por parte de COLFONDOS S.A. sino porque la Ley así lo dispone, y además dichos recursos no están en poder de COLFONDOS S.A.

Arguye que, en la fijación del litigio jamás se estableció la devolución de sumas de dineros que estuvieran en poder de terceros, que ni siquiera fueron vinculados al proceso, violándoseles el derecho de defensa y contradicción; al paso que dichas garantías también fueron desconocidas para COLFONDOS S.A y por tanto solicita sea absuelta de trasladar dichos conceptos al RPM.

APELACIÓN DE COLPENSIONES.

COLPENSIONES solicita que la sentencia sea adicionada en cuando a los valores que deben ser devueltos por los fondos privados a COLPENSIONES, indicando que se debe trasladar, lo depositado en la cuenta de ahorro individual de la actora junto con los rendimientos, las cuotas de administración, las cuotas del fondo de garantía de pensión mínima, bonos pensionales y seguros previsionales, todo ello sin lugar a deducción alguna.

Señala que, la devolución a COLPENSIONES de cada uno de los rubros debe realizarse de manera indexada para mantener la sostenibilidad y seguridad financiera del sistema y del RPM administrado por COLPENSIONES.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, COLPENSIONES allegó escrito de alegatos por fuera de término, por lo que los mismos no serán tenidos en cuenta. De otro lado, los apoderados judiciales de la parte demandante, de PORVENIR S.A. y de COLFONDOS S.A. allegaron escrito de alegatos de manera oportuna, en los que expusieron resumidamente lo siguiente:

ALEGATOS DE LA PARTE DEMANDANTE.

En el plenario no existen elementos que llevan a concluir que las demandadas, hayan brindado la asesoría y debida información a la demandante para su traslado al RAIS,

por lo cual conforme la jurisprudencia de la CSJ y el Tribunal Superior de Medellín es procedente la DECLARATORIA DE LA INEFICACIA de su afiliación al RAIS.

Contrario a lo que afirman las entidades demandadas, si existía norma que regulaba las obligaciones de las AFP desde el nacimiento de los fondos privados, primero el DECRETO 663 de 1993 ESTATUTO ORGANICO DEL SECTOR FINANCIERO dentro del cual se encuentran las AFP, ARTICULO 97 Y el DECRETO 720 de 1.994, por el cual se reglamenta los artículos 105 y 287 de la ley 100 de 1.993, el artículo 10 consagra la responsabilidad de los promotores, y el artículo 12 sus obligaciones. “los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberá suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado”.

Las AFP PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A, no re-asesoraron a la actora sobre su posibilidad de regreso al RPM antes de faltarle 10 años para cumplir la edad para acceder a su pensión de vejez, esto es antes de los 47 años, de poder volver al RPM administrado el día de hoy por COLPENSIONES, tampoco le hablaron de que al entrar en dicha barrera temporal ya no podría hacerlo si ese fuere su deseo, que por el contrario ya tenía que permanecer en el RAIS, y alcanzar su pensión bajo el amparo de dicho régimen, no le hablaron de los beneficios de su regreso, de lo que sería su mesada pensional en el RPM respecto a lo que podría recibir en el RAIS, simplemente lo que ocurrió fue que con paso del tiempo, la fueron trasladando dentro del mismo RAIS, de una AFP a otra, hasta llegar a COLFONDOS S.A donde se encuentra el día de hoy, donde permaneció por una falta al deber de información de dichas entidades.

ALEGATOS DE PORVENIR S.A.

Solicita que sean consideradas al momento de tomar una decisión, las precisiones efectuadas por la Superintendencia Financiera de Colombia mediante concepto con radicado No. 2019152169-003-000, del día 17 de enero de 2020, en el que emitió su pronunciamiento frente a los interrogantes planteados por Asofondos sobre la declaratoria de ineficacia o nulidad de traslado y sus consecuencias.

Por otra parte, al momento de realizar la demandante su traslado hacia mi representada, se cumplieron con los requisitos legales exigidos para la fecha en cuanto al deber de información, pues la asesoría brindada por Porvenir S.A se efectuó de conformidad con las disposiciones legales vigentes al momento de la afiliación, la demandante sí contaba con el consentimiento informado en los términos que se

exigían en dicho momento para el traslado entre regímenes por las disposiciones legales vigentes, más cuando la misma efectuó actos de traslado entre administradoras del RAIS, lo que verifica actos de relacionamiento y el ánimo de la demandante de permanecer afiliada a dicho régimen.

Ahora bien, en el caso de que la delegatura determine que la sentencia emitida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín debe ser confirmada, le solicito, atender lo indicado por la Superintendencia Financiera de Colombia en el concepto referido anteriormente, frente a sus consideraciones sobre la distribución de la cotización determinado por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993¹ modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, en el que resaltó lo siguiente:

“(…) En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafin, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. (…)”

Concluyendo que no resulta viable el traslado de sumas diferentes a los aportes y sus rendimientos tales como comisión de administración, aquellas asociadas con las primas previsionales y de reaseguro pues considera que, frente a la comisión de administración, esta se justifica en la medida en que, al ser los fondos de pensiones obligatorias patrimonios autónomos integrados por las cuentas de ahorro individual de los afiliados que son independientes al patrimonio de la administradora, esta ha desplegado una serie de actividades para su conservación, entre otras: **(i)** la elección adecuada de los instrumentos financieros en que se invierten los recursos con el fin de obtener rendimientos en las condiciones y con sujeción a los límites que para el efecto establece el Gobierno Nacional y que hoy se encuentra recogido en el Decreto 2555 de 2010; **(ii)** la valoración diaria de la unidad que compone dichos patrimonios autónomos, en cumplimiento de lo establecido en el Capítulo I de la Circular Externa 100 de 1995 expedida por esta Superintendencia. **(iii)** Y, en caso de no generarse la rentabilidad mínima exigida en el artículo 101 de la Ley 100 de 1993, proceder a responder con su propio patrimonio y con la reserva de estabilización que corresponde al 1% del valor del fondo administrado, que debe estar invertida en las mismas condiciones que el correspondiente fondo, evitando así, perjuicios para los afiliados.

Todo lo anterior para solicitar al Honorable Tribunal Superior de Medellín lo siguiente: **(i)** acoger los argumentos de hecho y de derecho que se exponen a lo largo del

presente documento para revocar la decisión tomada por la Jueza de primera instancia en cuanto a la declaratoria de la ineficacia del traslado de la señora Margarita Jiménez Restrepo, (ii) considerar igualmente los fundamentos expuestos en el escrito de contestación de la demanda y los argumentos presentados con el recurso de apelación en sede de primera instancia, (iii) en caso de ser coincidente con sus consideraciones, acoger los argumentos indicados por la Superintendencia Financiera de Colombia y por lo tanto, mantener la decisión adoptada por la Juez de primera instancia, y en consecuencia mantenga absuelta a mi representada de trasladar los conceptos de cuotas de administración, y seguros previsionales, pues como ya se indicó, los mismos fueron destinados a mantener una cobertura integral de la señora Margarita, frente a los riesgos de invalidez y muerte, y a cubrir los gastos de administración que se generaron por la gestión de su ahorro pensional lo que le permitió contar con los rendimientos que incrementaron el capital de su cuenta, durante todo el tiempo que el mismo permaneció afiliada en la Administradora, (iv) Y finalmente se revoque la condena impuesta por concepto de costas, toda vez que el actuar de la AFP ha estado ajustado a derecho, no siendo competente Porvenir S.A. para decidir de manera oficiosa lo pretendido por la parte actora.

ALEGATOS DE COLFONDOS S.A.

Teniendo en cuenta lo errores en los que incurrió la A quo al dictar el fallo de primera instancia, los cuales fueron debidamente reseñados en la sustentación del recurso de apelación, se insiste en la revocatoria de dicha providencia, en cuanto a los puntos materia de impugnación.

Con relación a la petición de condena por concepto de indexación, contenida en el recurso de apelación formulado por Colpensiones, nos oponemos a tal petición y solicitamos se desestime, para lo cual se traen a colación, los siguientes pronunciamientos de la Honorable Sala de Decisión Laboral, sobre la inviabilidad de esta condena:

En 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, en la cual se señaló: **“De otro lado, la apoderada de COLFONDOS S.A. se opone a la condena por indexación. Habiendo considerado esta Sala de Decisión Laboral, que no hay lugar a imponer condena por este concepto, sobre las cuotas de administración y demás emolumentos cuyo traslado se ordenó, teniendo en cuenta que a la Administradora de Fondos de Pensiones donde actualmente se encuentra activa la vinculación del afiliado, se le impuso la**

obligación de devolver a COLPENSIONES, la totalidad de las cotizaciones recibidas con motivo de la afiliación, sin descuento alguno, incluyendo los rendimientos financieros generados; así mismo, las AFP anteriores, trasladaron la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, concepto esté que puede compensar la devaluación que se hubiere causado con el transcurso del tiempo. Por tanto, se revocará la condena impuesta por este concepto a cargo de COLFONDOS S.A.” El resaltado es nuestro

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: “ Lo anterior conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación del demandante con el ISS, hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual, esto es, la AFP PROTECCIÓN S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD no solo los dineros de la cuenta de ahorro individual, incluyendo sus rendimientos, sino también los dineros descontados por gastos de administración, seguros previsionales, Fondo de Garantía de Pensión Mínima y demás conceptos retenidos o deducidos, **sin indexación alguna, pues esta Sala ha estimado que los rendimientos generados cubren con creces cualquier pérdida de poder adquisitivo, todo en aras de preservar la sostenibilidad financiera del régimen, tal como lo dispuso la falladora de primer grado:..**” El resaltado es nuestro

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: “**4° Solicita la apoderada de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías se absuelva de la indexación de los valores a trasladar; encontrando esta Sala de Decisión procedente lo pretendido, toda vez que se ha considerado que no hay lugar a imponer condena por este concepto, teniendo en cuenta que a la Administradora de Fondos de Pensiones se le impuso la obligación de devolver a Colpensiones, la totalidad de las cotizaciones recibidas con motivo de la afiliación de la demandante, sin descuento alguno, incluyendo los rendimientos financieros generados; concepto esté que puede compensar la devaluación que se hubiere causado con el transcurso del tiempo (Ver Sentencias SL2207, SL2208 y SL2279 de 2021). Así las cosas, esta Sala de Decisión Laboral revocará parcialmente la decisión en cuanto condenó a la indexación de las condenas y en su lugar se absolverá.**” El resaltado es nuestro.

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: “**Indexación de los conceptos a trasladar**

En relación con la solicitud presentada por la apoderada de Colpensiones, en cuanto a que se ordene el traslado de todos los conceptos de manera indexada, debe señalarse, que a juicio de esta Sala, no procede dicha indexación, teniendo en cuenta que se está ordenando a las AFP demandadas, devolver todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización realizada por la actora con los rendimientos financieros, los cuales compensan ampliamente la pérdida de capacidad adquisitiva de los valores a trasladar, aunado al hecho que las órdenes así impartidas, se encuentran conforme a las directrices planteadas por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral y con ello se está asegurando que Colpensiones reciba todos los valores que la entidad haría recibido, en el evento en el que el accionante, siempre hubiera estado afiliado en esa administradora pensional...” El resaltado es nuestro.

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 cuanto a que se ordene la devolución debidamente indexada, de los dineros que las AFP deberán trasladar al RPMPD, según lo solicita la apoderada de COLPENSIONES: Ha considerado esta Sala de Decisión Laboral que no hay lugar a imponer condena por este concepto, teniendo en cuenta que, a la Administradora de Fondos de Pensiones se le impuso la obligación de devolver a COLPENSIONES, la totalidad de las cotizaciones recibidas con motivo de la afiliación del demandante, sin descuento alguno, incluyendo los rendimientos financieros generados; concepto esté que puede compensar la devaluación que se hubiere causado en el tiempo...**” El resaltado es nuestro.

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 No 05001 31 05 002 2018 00770 01, en la que se dijo: “...Sobre la indexación solicitada en la alzada por Colpensiones, debe decirse que considera la Sala que este aspecto no es procedente en este asunto particular, ya que es un tema que no fue discutido en esta controversia, no fue incluido en la fijación del litigio, ni rebatido por la entidad accionada en la contestación de la demanda, siendo una situación nueva que no coincide con la oposición, ni con lo señalado por el Juez de Primera Instancia, estando en contravía con el principio de congruencia previsto Radicado en el artículo 281 del Código General del Proceso, que establece que la sentencia debe estar “...en

consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda... y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley...". Y no obstante existir la posibilidad de pronunciamientos ultra y extra petita, dada la protección especial que legal y constitucionalmente tienen los derechos involucrados en los procesos de ese linaje, dicha facultad sólo está otorgada al Juez de primera instancia, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el juicio y estén debidamente probados, siendo claro que este argumento del recurso, constituye una petición nueva, que no puede ser considerado por esta Corporación..."

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 05001-31-05- 001-2018-00418-01, dentro del proceso de JAIRO DE JESÚS LÓPEZ TRUJILLO, en la que se dijo, respecto a dicha condena, lo siguiente:

"... Así mismo, vale señalar que no era posible ordenar que la devolución de los descuentos se realice de manera indexada, en razón de que dicha actualización monetaria no se pretendió con la demanda, ni se planteó en la contestación, de lo que se sigue que, la indexación de las sumas por trasladar no fue materia de debate en el presente proceso, y siendo que la obligación de trasladar entraña una prestación de hacer y no de dar -cancelar una suma de dinero-, no es aplicable en este punto el reconocimiento oficioso de la misma, imponiéndose de esa forma su revocatoria en esta instancia ..." **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.**

Es importante recordar también, 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 este 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.

5. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

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

En el presente asunto, está probado, que la actora, estando afiliada al régimen pensional de prima media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, según historia laboral emitida por COLPENSIONES visible de folios 33 a 34 del documento 03 del expediente digital, se afilió a la administradora del RAIS PORVENIR S.A. el 22 de abril de 1994, como se anota en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 39 del expediente, con efectividad el 1º de mayo de 1994, tal y como consta en el certificado SIAFP obrante a folio 240 del expediente, posteriormente se trasladó a la administradora COLFONDOS S.A. el 26 de septiembre del 2012, tal y como se anota en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 38 del plenario.

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 PORVENIR 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 00:17:28 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento (Documento 08 del expediente digital), la actora indicó que los asesores de las AFP demandadas le manifestaron que era mejor los rendimientos en los fondos privados, que el ISS se iba acabar y que el sistema de pensiones únicamente iba a ser administrado por los fondos privados, que podía pensionarse a una edad menor que la exigida por el ISS, pero no se advierte que haya confesado que se le ilustró sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como lo son 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, conforme lo señaló la *a quo*, para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción pre impresa sobre que el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que el traslado se realizó con pleno conocimiento informado, lo cual no probaron las AFP, 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 1998 cuando se trasladó del RPM administrado en ese momento por ISS hoy COLPENSIONES a la AFP PORVENIR S.A.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES y frente a las cuales la *a quo* determinó que COLFONDOS S.A. debe a trasladar a COLPENSIONES, el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo para el efecto cotizaciones, cuotas y/o gastos de administración, lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima y demás emolumentos descontados en la vigencia de la afiliación, como si hubiera permanecido en el RPM, encuentra la Sala que la orden impartida por la *a quo*, 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 tal razón, la misma debe ser CONFIRMADA. Igualmente se ajusta a derecho la orden de PORVENIR S.A. de devolver a COLPENSIONES las sumas que en su momento descontó de las cotizaciones de la demandante destinadas a comisiones de administración, al pago de primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, al pago de

la prima de reaseguro de Fogafín y Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir, que ambas AFP deberán devolver a Colpensiones el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole, pues al declararse la ineficacia del acto de traslado, **ningún efecto jurídico puede derivarse de este** y por tanto, deben reintegrarse a COLPENSIONES, la totalidad de las sumas que hubiesen recibido las AFP demandadas como cotización de la demandante, como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

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, en la que precisó:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación dlla actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

“Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba la actora antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Así mismo, contrario a lo manifestado por el apoderado de PORVENIR S.A., es importante recordar que 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 las AFP demandadas, al no proveer la información clara, completa y comprensible a través de sus asesores, la que acarrea como consecuencia, además del hecho de generar la declaratoria de ineficacia, que deban asumir con 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 sobre la teoría de los actos de relacionamiento, indicados por PORVENIR S.A. en el recurso de apelación, referentes al traslado de la actora entre distintas AFP del RAIS, que denotarían su voluntad de pertenecer al RAIS, se ha pronunciado la Sala de Casación laboral de la CSJ 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 al RAIS y no en relación con actos posteriores a este. Al respecto esto, precisó la SCL de la CSJ en la Sentencia SL5686-2021:

“Ahora, en este punto la Corte no pasa inadvertido que el Tribunal concluyó que el traslado fue voluntario pues la actora se afilió a otras administradoras del mismo régimen pensional, lo cual respalda Colpensiones bajo la teoría de los actos de relacionamiento que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer en el RAIS y, a su vez, la recurrente critica al indicar que el estudio de la acción de ineficacia debe centrarse simplemente en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial, sin que la afiliación misma suponga que ello se acató.

Pues bien, la postura del Tribunal es contraria a la que ha adocinado la Corte en su jurisprudencia, que sobre este punto tiene un carácter consolidado y reiterado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021). En estas providencias se ha señalado claramente que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras privadas de este esquema.”

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, respecto de la prescripción de las cuotas de administración incluido el porcentaje de las primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, de reaseguro de Fogafín y Fondo de Garantía de Pensión Mínima, ella no opera, toda vez que la obligación de restituirlas se origina con la declaratoria de ineficacia del traslado que solo se produce con la ejecutoria de las sentencias que la declara.

Ahora, sobre el argumento de la apelación de COLFONDOS S.A., que en la fijación del litigio jamás se estableció la devolución de sumas de dineros que estuvieran en poder de terceros, que ni siquiera fueron vinculados al proceso, violándoseles el derecho de defensa y contradicción; al paso que dichas garantías también fueron desconocidas para COLFONDOS S.A., es necesario manifestar que tal argumento no es de recibo por estas colegiatura, pues al peticionarse la ineficacia del traslado de régimen pensional, ello trae de contera que se deba estudiar lo concerniente la devolución de la cotizaciones en toda su integridad, sin que se vulnera derecho de contradicción y defensa de ningún terceros ajeno al proceso, pues no se ha dado orden a ningún tercero que no se encuentre vinculado al proceso.

Respecto del argumentos de Colpensiones en la apelación, que las sumas de gastos de administración deben ser devueltos debidamente indexados, esta Sala del Tribunal es del criterio, que si la indexación se solicitó en la contestación de la demanda, o al menos en el recurso de apelación resulta procedente concederla en la sentencias de segunda instancia, pues las partes tuvieron la oportunidad de debatirlo en el proceso, al menos en los alegatos de segunda instancia, y de esta manera como este asunto fue apelado por COLPENSIONES y la jurisprudencia de le CSJ de la que se citan las sentencias SL1688 de 2019 SL 2932 de 2020, SL 3202, 3571, 3706, 3707, 3708, 3709 y 3769 de 2021, la CSJ ha ordenó que las cuotas de administración fueran devueltas indexadas, 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.

Finalmente, en cuanto a la inconformidad que presenta el apoderado de PORVENIR S.A. con respecto a la condena en costas de primera instancia, tal condena debe ser confirmada, pues conforme al Artículo 365 del CGP: *“1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, suplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además,*

en los casos especiales previstos en este código.” Y al haber sido PORVENIR S.A. vencida en el proceso era procedente la condena en costas.

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

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., por haber sido vencidas en la 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 de la que responde en partes iguales cada una de estas AFP.

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 30 de agosto de 2021 proferida por el JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **MARGARITA JIMÉNEZ RESTREPO** contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. ADICIONÁNDOLA** en el sentido que la devolución que debe realizar COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES, de las cuotas o gastos de administración, incluido el porcentaje descontado para el fondo de garantía de pensión mínima, reaseguro Fogafín y seguros previsionales deberán ser indexados.

Igualmente, PORVENIR S.A. debe devolver a COLPENSIONES las cuotas o gastos de administración, incluido el porcentaje descontado para el fondo de garantía de pensión mínima, reaseguro Fogafín y seguros previsionales indexados.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. Las agencias en derecho, las estima el ponente en la suma de \$1.000.000 de la que responde en partes iguales cada una de estas AFP.

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: **aba743131adcb9e61826fb5fb1ce3903f766c74105ecfdaecf101583ffc9d9f**

Documento generado en 11/10/2022 02:15:30 PM

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