

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El veinticuatro (24) de noviembre 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 **JAFFA KABIRI QUINTANA MOLDÓN**, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y las sociedades **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** (en adelante COLFONDOS S.A.), **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.), **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.) tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-009-2019-00671-01.

AUTO

Conforme a la sustitución de poder allegada vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por las sociedades GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S. quien funge en este proceso como apoderada principal de PORVENIR S.A. y MUÑOZ MEDINA ABOGADOS S.A.S. quien funge en este proceso como apodera principal de COLPENSIONES, se procede a reconocer personería para actuar como apoderados sustitutos de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES al abogado DAIRO MAURICIO TOBÓN CHAMARRO, portador de la T.P. 271.442 del C.S de la judicatura y a la abogada JULIANA ARAQUE QUIROZ, portadora de la T.P. 293.693 del C.S de la judicatura.

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 nulidad y/o 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 estuvo afiliada al ISS desde 1987 hasta 1988, y que en 1994 fue trasladada al RAIS por medio de la AFP PROTECCIÓN S.A., posteriormente se trasladó a PORVENIR S.A. en 2001 y a COLFONDOS S.A. en 2016.

Expone que al momento del traslado al RAIS, PROTECCIÓN S.A. se presentó a las oficinas donde laboraba hablándole de las bondades de pertenecer a dicho fondo de pensiones privado, además le indico que el ISS se iba acabar y que en PROTECCIÓN S.A. se podía pensionar más joven y mejor, indica que no le preguntaron acerca de su núcleo familiar de beneficiarios, adicionalmente que no se le brindó en la antesala de la afiliación ni durante la misma, información acerca de que la pensión dependería de un capital ahorrado y menos aún el monto que debería acumular para pensionarse, ni el derecho de retracto ni el tiempo mínimo de permanencia, ni los factores que influyen en la liquidación de la pensión como la expectativa de vida propia y de los beneficiarios, ni que el riesgo financiero lo asumen los afiliados, ni de la garantía de pensión mínima, ni la posibilidad de realizar aportes voluntarios, ni de las consecuencias negativas del traslado, ni le hicieron un comparativo entre ambos regímenes.

Manifiesta que ni PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. le brindaron información adecuada, ni le brindaron le reasesoría antes de cumplir los 47 años de edad.

Aduce que solicitó mediante derecho de petición enviado a cada una de las AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. le suministraran los documentos de la afiliación como estudios, proyecciones, entre otros, a lo que las AFP respondieron que no contaban con dicha información, pues esta se suministraba de forma verbal. Así mismo solicitó a COLPENSIONES le permitiera trasladarse de régimen, a lo que respondieron negativamente.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El *a quo* despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y consecuentemente el traslado realizado por el demandante entre administradoras del mismo régimen y ordenó en consecuencia a la AFP COLFONDOS S.A., trasladar al régimen de prima media

administrado por COLPENSIONES, los dineros recibidos con motivo del traslado, por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a esta AFP, incluyendo lo acumulado en la cuenta de ahorro individual, los valores cobrados a título de cuotas de administración y comisiones, los aportes para garantía de pensión mínima y los cuotas de seguros previsionales con los respectivos rendimientos. Ordenó además a las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES los respectivos rendimientos, los valores cobrados a título de cuotas de administración y comisiones, los aportes para garantía de pensión mínima y las cuotas de seguros previsionales.

Seguidamente ordenó a COLPENSIONES recepcionar dichos aportes para ser tenidos en cuenta en el historial laboral de la actora, para reconocimiento de derechos prestacionales que le puedan asistir a futuro y condenó en costas a las AFP PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., y COLFONDOS S.A., exonerando de dicha condena a COLPENSIONES.

Para fulminar la condena, al *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 pensionales, determinando e informando la conveniencia e inconveniencia de uno y otro régimen hasta el punto de desestimar el traslado cuando este no resulta conveniente, y la inversión de la carga de la prueba de la información brindada en cabeza de la AFP.

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

Finalmente, declaró no 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. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN:

La sentencia fue apelada por las apoderadas de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. en los siguientes términos:

APELACIÓN PROTECCIÓN S.A.

La apoderada de PROTECCIÓN S.A. apela la sentencia parcialmente, en lo que tiene que ver con la condena de devolver los gastos de administración, indicando que se debe tener en cuenta que la deducción de la cuenta de ahorro individual de la demandante por este concepto se realizó como consecuencia de una disposición legal, válida, exigible, aplicable y vigente no por capricho de PROTECCIÓN S.A., se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Manifiesta que en el hipotético caso que se asuma que PROTECCIÓN S.A. no realizó su gestión de administración y se ordene la devolución de estos conceptos a COLPENSIONES, procederá entonces la devolución de todos los rendimientos generados mientras la accionante estuvo afiliada a PROTECCIÓN S.A. y que fueron enviados a PORVENIR S.A. cuando la demandante se trasladó a dicha AFP, pues estos se generan producto de la gestión y buena administración, y en este sentido solo habría lugar a que se trasladaran los aportes sin incluir los rendimientos generados, y que en caso de declararse la ineficacia del traslado la consecuencia jurídica es que el traslado de las cosas vuelvan al estado anterior, por lo que se deberán trasladar solo los aportes que se encuentren acreditados para el momento de dicha declaración en la cuenta de ahorro individual de la demandante sin los rendimientos generados, puesto que estos son exclusivamente generados en el RAIS por mandato de la Ley, pues si la demandante hubiera estado afiliado todo este tiempo al RPM no hubiera ostentado tales rendimientos.

Expone que frente a la suma de la prima del seguro previsional, está ya fue girada a una aseguradora para en caso de existir un siniestro de sobrevivencia o invalidez, dicha compañía pagara una suma adicional con el fin de financiar las pensiones por dichos conceptos, prima que ya fue pagada mes a mes a la aseguradora durante el tiempo de afiliación de la demandante, por lo que PROTECCIÓN S.A. está imposibilitada para solicitar una devolución y trasladarla a COLPENSIONES, toda vez que la aseguradora es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver con el contrato suscrito entre la demandante y PROTECCIÓN S.A.

APELACIÓN DE PORVENIR S.A.

El apoderado de PORVENIR S.A. apela la sentencia, solicitando al Tribunal revoque la ineficacia y las condenas consecuenciales de la misma, teniendo en cuenta que para la fecha de la vinculación de la actora, esta suscribió un formulario de afiliación siendo consciente de las consecuencias jurídicas que se concluían, además que la afiliación se hizo de forma libre y voluntaria, y teniendo en cuenta sus posteriores vinculaciones a PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. es claro que ella deseaba pertenecer al RAIS, pues esto constituye actos de relacionamiento que aunque no subsanan o convalidan un acto inicial si demuestran el conocimiento de desventajas, riesgos y beneficios del régimen pensional y aun así decidió continuar vinculada al RAIS.

Expone que la actora manifiesta realmente es una inconformidad frente a la proyección de la mesada pensional y esto no es óbice para entender una falta de información y por ende una ineficacia del traslado, pues esta circunstancia se escapa de la esfera del control de las AFP por cuanto esto atiende a circunstancias particulares de la actora, como circunstancias externas y cambios normativos que se han suscitado recientemente como en el caso de la expectativa de vida. Así mismo la actora no cumplió con su deber de información en el sentido que el Decreto 2241 del 2010 establecen unos deberes para los afiliados en el sentido de aprovechar los espacios de comunicación de cada una de las AFP, y en este caso la demandante indicó que no acudió a los canales de comunicación de las administradoras de fondos de pensiones para obtener información sobre su situación pensional mostrando total negligencia y desinterés, actuando en contra del principio del buen padre de familia en la administración de sus bienes.

Indica que las AFP continua y permanentemente brindan información a cada uno de sus afiliados mediante diferentes espacios de comunicación.

Aduce que los formularios de afiliación aunque son reprochados por parte de la CSJ, estos eran los que cumplían con los requisitos legales vigentes por la Superintendencia Bancaria aprobados cada uno de ellos, y siendo esta la entidad de la vigilancia y control de las AFP es claro que existía una confianza legítima por parte de las mismas frente a la forma como se estaba brindado la comunicación y la información, pues mayores soportes documentales solo se exigen a partir del año 2016, y además, al momento del traslado de la demandante no se hablaba del deber de buen consejo o de la doble asesoría, por lo que no se hablaba de comparativos de regímenes pensionales y de proyecciones en cada uno de los regímenes.

Manifiesta que en caso de que el Tribunal decida dejar en firme la ineficacia del traslado, PROVENIR S.A. no sea condenada a trasladar los descuentos efectuados

en vigencia de la vinculación de la demandante a PORVENIR S.A., pues estos fueron descontados conforme al artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y todo lo concerniente a sus recursos fueron debidamente trasladados a COLFONDOS S.A. al momento de traslado de AFP.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados de la DEMANDANTE, de PORVENIR S.A. y de COLPENSIONES allegaron escritos de alegaciones, en el que señalaron resumidamente lo siguiente:

ALEGATOS DE LA DEMANDANTE.

La sentencia de primera instancia consulta el precedente reiterado de órgano de cierre. Como las sentencias con radicados: 3198908; 31314-08; 33083-11; SL1236-14; SL9519_15; SL 17595_17; SL19447_17, SL3496_18; la 76284 de agosto 14/2019

ALEGATOS DE PORVENIR S.A.

1. Declaratoria de la Ineficacia de la afiliación al RAIS.

En este punto se debe anotar que, no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, pues la decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza, y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley para la fecha de afiliación al RAIS, como se expone a continuación:

- 1.1. Mi representada, al momento de realizar el traslado de la parte accionante al Régimen de Ahorro Individual, cumplió con su deber de información establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues, se le entregó a la parte demandante la información necesaria y obligatoria para entonces dentro del mismo Formulario, el cual se recuerda es revisado y aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, y sus requisitos se regulan en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Sumado a esto, previa suscripción del formulario por la parte actora con mi representada, un asesor comercial de Porvenir S.A. le informo al demandante sobre las características propias del R.A.I.S., tal y como

lo manifestó en el interrogatorio de practicado en la audiencia de primera instancia.

1.2. Adicionalmente la parte demandante contó con varias oportunidades para trasladarse nuevamente de régimen y no lo hizo, por el contrario, permaneció en el mismo régimen pensional privado, de lo cual solamente es posible concluir que siempre mantuvo un interés en mantenerse vinculado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

1.3. Por otro lado, a razón de los hechos narrados en la demanda, y de lo sucedido en la audiencia de primera instancia, se logra inferir que la motivación de la parte actora para iniciar este proceso es el carácter económico de la mesada pensional. Por lo tanto, es palmario que lo que motiva a la parte demandante a solicitar la nulidad o ineficacia de su traslado de régimen de pensiones no reposa en la forma en cómo este se produjo, sino en el supuesto hecho de no cumplirse sus expectativas sobre el eventual monto de la pensión que recibiría en este; monto que, como es obvio suponer, no podía ser determinado en el momento en el que se presentó su vinculación, al depender de muchas variables que no eran conocidas en su momento. Esa es la razón por la cual la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que de la sola circunstancia de no cumplirse las expectativas pensionales no puede predicarse un engaño.

Si lo anterior no fuera suficiente, se recuerda que, mi representada ha hecho campañas masivas para la educación del consumidor financiero y ha realizado diferentes comunicados de prensa informando cambios normativos, como se puede extraer de la documental aportada con la contestación de la demanda.

1.4. Aunado a lo anterior, Se recuerda que la prueba documental que extraña el juez de primera instancia en su fallo, frente a aquellos documentos que acrediten la entrega de información, no era una obligación vigente para el momento del traslado de la parte actora, pues esta obligación surgió con la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia financiera de Colombia, teniendo en cuenta lo anterior, no es cierto que mi representada se encuentra en una mejor posición probatoria que acredite lo solicitado.

1.5. Así mismo, se resalta que la obligación del buen consejo, la doble asesoría, e incluso la de desincentivar la afiliación son obligaciones

posteriores, surgidas a partir del año 2010 y 2014, lo anterior fue recapitulado y objeto de pronunciamiento en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL SL1688- 2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464- 2019, en consecuencia, tales obligaciones no existían para la época de la afiliación y mucho menos las mismas se pueden aplicar de manera retroactiva.

- 1.6. En el presente proceso también se avizora un incumplimiento de la parte accionante del deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios, lo cual conlleva a que la misma no pueda ser beneficiaria de su propia culpa o negligencia en su actuar.
- 1.7. Por último, se resalta que la totalidad de condiciones del Régimen de Ahorro Individual no son impuestas por las Administradoras de Fondos Pensionales, por el contrario, dichas condiciones para adquirir diferentes prestaciones dentro del régimen se encuentran en la Ley 100 de 1993, en consecuencia, **la ignorancia o desconocimiento de esta no sirven de excusa**, tal y como lo establece el artículo 9 del código Civil Colombiano.

2. Los valores recibidos con motivo de la afiliación, especialmente los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración, y seguros previsionales.

Teniendo en cuenta lo argumentado en el aparte anterior y a la validez de la afiliación, consideramos que, la presente condena de traslado a Colpensiones de los valores recibidos con ocasión a la afiliación de la parte demandante consecuentemente debe ser revocada.

Ahora bien, 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 manera indexada los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración, y seguros previsionales, pues:

- 2.1. 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 del afiliado 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 al afiliado.

- 2.2. 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, 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.

- 2.3. 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 parte del 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.

- 2.4. Las anteriores conclusiones frente a la ineficacia en la afiliación y en la manera en cómo 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.

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

Conforme a lo establecido en la circular 019 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia que cuando el afiliado decida trasladarse de régimen o de administradora, expresará su voluntad mediante el diligenciamiento del correspondiente formulario ante el empleador o ante la nueva entidad administradora, de conformidad con las disposiciones vigentes.

Así las cosas el documento suscrito por el accionante solicitando el traslado obedeció a la decisión de una persona plenamente capaz en ejercicio de la autonomía de la voluntad y del derecho a la libre selección que se consagro en el art 2 de la ley 100 de 1993.

Además de lo expuesto, debe tenerse en cuenta que cuando a la persona le falten 10 años o menos para cumplir la edad de pensión, Conforme al Artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, no puede trasladarse de régimen pensional.

El principio constitucional de la sostenibilidad del sistema de la seguridad social, es un principio rector de todo el sistema, el cual podría afectar considerablemente los recursos para el goce efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales. Pero también, se podría llegar a considerar que tenerlo como principio, lo que pretende es garantizar este tipo de derechos en un futuro, buscando que la demanda actual de los mismos no acabe con el capital, para que en las generaciones futuras los puedan disfrutar.

Ahora bien, el principio en cita, aplicado a la pretensión del demandante de la declaratoria de la nulidad/ ineficacia del traslado al RAIS, se estaría atentando contra la SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA PENSIONAL, ya que, al estarse muy cercano a la fecha del cumplimiento de la edad , ya que cuenta con 64 años al día de hoy, los recursos limitados del RPM deberán entrar a cubrir los valores o montos económicos, que adicionalmente sean necesarios para la protección del derecho pensional de aquel, aun cuando dichas cotizaciones, nunca prestaron el servicio de sostener las pensiones del RPM, durante el tiempo que el demandante estuvo vinculado al RAIS.

Así las cosas, si la sentencia fuese desfavorable para mi representada solicitó reintegrar la totalidad de la cotización, es decir: i) Recursos cuenta individual de ahorro, ii) Cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, iii) Rendimientos, iv) Anulación de Bonos Pensionales v). Porcentajes destinado al pago de Seguros Previsionales y gastos de administración, **se hagan de manera indexada.**

5. PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER:

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

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

6. CONSIDERACIONES:

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

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

La jurisprudencia de la SCL de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia SL12136-2014 del 03 de septiembre de 2014, abandonando el concepto de **nulidad** del traslado, precisó que la omisión en la debida asesoría de las AFP al momento del

referido traslado lo convierte en **ineficaz**, por violentar la exigencia del literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993, sobre la obligatoriedad de que tal manifestación de traslado fuera libre y voluntaria y contempló, que de no ser así, la afiliación respectiva quedaría sin efecto y podría realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

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

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

En el presente asunto, está probado, que la accionante, estando afiliada al régimen pensional de prima media administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, según historia laboral que reposa a folio 12 a 15 del expediente, (Documento 04 del expediente digital), se afilió a la administradora del RAIS PROTECCIÓN S.A. el 07 de septiembre de 1994 como se advierte del formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 27 del expediente (Documento 04 del expediente digital), con efectividad

al 1º de octubre de 1994 conforme se anota en el certificado del SIAFP que milita a folio 157 del expediente. Posteriormente se trasladó a PORVENIR S.A. el 26 de junio de 2001 como se acredita en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 30 del expediente. Después se trasladó a COLFONDOS S.A. el 26 de junio de 2014, como se prueba con el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 45 del expediente.

De otra parte, si bien la demandante no es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues no contaba para el 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 PROTECCIÓN 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 00:22:15 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento (documento 15 del expediente digital), no confiesa 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 expresa 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, entre otros aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

Ahora, conforme lo ha señalado de vieja data la SCL de la CSJ, para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción preimpresa 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 PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y 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 del *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por la demandante en el año 1994 cuando se trasladó del RPM administrado por el extinto ISS a la AFP PROTECCIÓN S.A.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES encuentra la Sala que, la orden impartida por la *a quo*, en principio se encuentra acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia, sin embargo no existe la debida precisión de los dineros a transferir, pues la juez no hizo mención a la devolución del porcentaje del reaseguro de Fogafín, por lo que se precisa en esta instancia, que COLFONDOS S.A., debe devolver a Colpensiones la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro pensional de la actora, es decir las cotizaciones allí depositadas con sus rendimientos o intereses; así como los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole.

Así mismo PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., deberán reintegra a COLPENSIONES los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el porcentaje de las cotizaciones, que no fue consignado en la cuenta de ahorro pensional de la actora, durante el tiempo que estuvo afiliada a estas AFP, sin descuento de ninguna índole, pues como bien lo señaló el fallador en su sentencia, y contrario a lo manifestado por las apoderadas de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. en sus recursos de alzada, 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 dla 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 cuando le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Teniendo en cuenta lo anterior, 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 sobre la teoría de los actos de relacionamiento, mencionados por la apoderada de PROTECCIÓN S.A. en su recurso de apelación, consistente en la ejecución de la

actora de algunos actos que denotarían su voluntad de pertenecer afiliado al RAIS como fueron los traslados horizontales que realizó la demandante entre administradoras del RAIS, la Sala de Casación Laboral de la CSJ, se ha pronunciado 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 del primer traslado 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.”

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

De otra parte, se afirma en los alegatos de COLPENSIONES, que la declaración de ineficacia del traslado del demandante al RAIS y la reactivación la afiliación al RPM, atenta contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano establecida en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, por la inexistencia de equivalencia entre los valores recibidos y los valores requeridos para el posterior reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la demandante.

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

De otra parte, el hecho que el actor regrese al RPM, de COLPENSIONES, no necesariamente le va a causar una carga financiera a esta entidad o mejor a los recursos del fondo común de los afiliados, por un mayor monto de la pensión en el RPM, pues el monto de la pensión de vejez, tanto en el RAIS como en el RPM depende de muchas situaciones de hecho ciertas y de voluntad del afiliado, que no están plenamente probadas en ese proceso, y otras que incluso pertenecen al mundo del azar, pues si un afiliado al RAIS decide hacer vida marital o casarse con una persona muy joven o tener hijos a avanzada edad cuando está a punto de obtener la pensión de vejez, ello necesariamente influirá en que el monto de la pensión en el RAIS sea reducido, o si por ejemplo en el RPM por azar el afiliado pierde el empleo que le irrogaba un buen salario y no puede seguir cotizando como independiente con el IBC en los últimos 10 años, el valor de su pensión se va a ver menguado.

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

Ahora, respecto de lo alegado por PROTECCIÓN S.A. en su apelación, en el sentido que las primas de los seguros previsionales ya fueron pagadas a la aseguradora, por lo que PROTECCIÓN S.A. está imposibilitada para solicitar una devolución y trasladarla a COLPENSIONES, toda vez que la aseguradora es un tercero de buena

fe que nada tuvo que ver con el contrato suscrito entre la demandante y PROTECCIÓN S.A., se ha de manifestar que en la sentencia no se ha proferido orden de que alguna aseguradora deba efectuar devolución de las primas de seguros, por lo que el porcentaje de los seguros previsionales debe ser devuelto por esta AFP de su propio peculio.

Finalmente, en lo concerniente a la solicitud de COLPENSIONES en los alegatos que la devolución de todas las sumas se reintegren debidamente indexadas, se observa a folios 169 a 178 que en la contestación de la demanda por parte de COLPENSIONES, no se efectuó solicitud en tal sentido, solicitud que debió plantearse en la contestación de la demanda o cuando menos, en el recurso de apelación, de manera que una decisión en tal sentido implicaría decidir más allá de lo pedido, lo que resulta improcedente en la sentencia de segunda instancia, pues fue un asunto que las partes no tuvieron la oportunidad de debatir en el proceso y por ello no se resolverá sobre esta solicitud.

En cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN formulada por las demandadas al dar respuesta a la demanda, se tiene que, bajo la óptica jurisprudencial de la ineficacia del traslado de régimen introducido por la SCL de la CSJ, al concluirse que el acto jurídico de traslado de régimen nunca nació a la vida jurídica, no es procedente aplicar la prescripción, conforme puntualmente lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL1689-2019, proferida el 8 de mayo de 2019.

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

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. por haber sido vencidas en los recursos 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, de la que responden estas AFP en partes iguales.

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 16 de noviembre de 2021 proferida por el JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **JAFFA KABIRI QUINTANA MOLDÓN**, contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.**, PRECISANDO que COLFONDOS S.A., debe devolver a COLPENSIONES la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro pensional de la actora, es decir las cotizaciones allí depositadas con sus rendimientos o intereses; así como los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole.

Así mismo, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., deberán reintegrar a COLPENSIONES los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el porcentaje de las cotizaciones, que no fue consignada en la cuenta de ahorro pensional de la actora, durante el tiempo que estuvo afiliada a estas AFP, sin descuento de ninguna índole.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. como agencias en derecho se fija la suma de \$1.000.000. de la que responden estas AFP en partes iguales.

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: **eece4e23eb8621f5f89d1e24f174bab441e426a7caa37e3b6f4a4be51b04b332**

Documento generado en 24/11/2022 02:02:41 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>