



**REPUBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLIN**  
**SALA QUINTA DE DECISION LABORAL**

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05001-31-05-001-2019-00331-01
Demandante:	Margarita María Álvarez Correa
Demandado:	Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A
Asunto:	Apelación y Consulta
Procedencia:	Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín
Magistrada ponente:	Sandra María Rojas Manrique
Temas:	Ineficacia afiliación al RAIS

**Medellín, marzo doce (12) de dos mil veintiuno (2021)**

En la fecha, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados CARLOS JORGE RUIZ BOTERO, VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO y SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE, como magistrada sustanciadora, procede, conforme a lo dispuesto en el decreto legislativo 806 de 2020, a decidir los recursos de apelación interpuestos por las apoderados de Porvenir S.A. y Protección S.A., así como el grado jurisdiccional de Consulta, en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, el 2 de febrero de 2021, en el proceso Ordinario laboral de primera instancia instaurado por la Señora MARGARITA MARÍA ALVAREZ CORREA en contra de la ADMINISTRADORA

COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Radicado 05001-31-05-001-2019-00331-01.

## **1.- ANTECEDENTES**

### **1.1.- DEMANDA**

La señora MARGARITA MARÍA ALVAREZ CORREA, convocó a juicio COLPENSIONES, PORTECCION S.A. y PORVENIR S.A., pretendiendo se declare la ineficacia la ineficacia del traslado de régimen de pensiones por falta del requisito de forma contemplado en el artículo 114 de la Ley 100 de 1993 y por el error al que fue inducida con la omisión en la información, en consecuencia, se ordene a Protección S.A., a trasladar el capital y los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, a Colpensiones, ordenándose a esta última a reactivar la afiliación, recibir los aportes y rendimientos devueltos por Protección S.A., y a actualizar la historia laboral.

Como fundamento de tales súplicas, se indicó en síntesis, que la demandante nació el 28 de abril de 1964 y comenzó a efectuar cotizaciones al extinto ISS, el 10 de agosto de 1983, que en octubre de 1994, la actora recibió una visita de los asesores comerciales de Horizontes S.A., y luego Colmena S.A., quienes para lograr que efectuara el traslado de régimen le prometieron una mejor pensión, la posibilidad de pensionarse en cualquier tiempo y un sin número de prerrogativas y dádivas adicionales y además que el Seguro Social en poco tiempo estaría en liquidación y las personas que estuvieran afiliadas perderían su tiempo y su dinero.

Se expuso que la demandante nunca tuvo una asesoría jurídica, económica y financiera especializada en pensiones y por el contrario, fue víctima del

reclutamiento desmedido e irresponsable que realizó Horizontes S.A., hoy Porvenir S.A., y Protección S.A., para procurar que las personas que se encontraban afiliadas al Régimen de Prima Media se trasladaran, aclarando, que la información recibida por la demandante fue contraria a la realidad.

## **1.2.- CONTESTACIÓN**

Por conducto de su representante legal y a través de apoderada, oportunamente **COLPENSIONES**, dio respuesta al libelo introductorio, aceptando como cierta la fecha de nacimiento de la actora e indicando que no le constan las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que se dio el traslado de la demandante, ni el contenido y calidad de la información que le fue suministrada, por tratarse de hechos de terceros en los cuales no tuvo injerencia, ni participación Colpensiones.

En oposición a las pretensiones, formuló las excepciones de inexistencia de la obligación de aceptar el traslado del demandante; imposibilidad jurídica de cumplir con las obligaciones pretendidas; buena fe; afectación a la sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media; prescripción; compensación e imposibilidad de condena en costas.

A su turno, **PORVENIR S.A.**, se opuso al éxito de las pretensiones. De los hechos aceptó la afiliación de la actora a la entidad en 1994, no obstante señala que no es cierto que la actora haya sido víctima de reclutamiento o no hubiera recibido información suficiente, pues se le brindó una asesoría completa y detallada sobre las características y condiciones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y sus diferencias con el Régimen de Prima Media, razón por la cual las afirmaciones de la demanda resultan temerarias, cuando está demostrado que la demandante decidió de forma libre y voluntaria afiliarse a Porvenir S.A.

En su defensa formuló las excepciones de prescripción; falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas; buena fe; prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo; enriquecimiento sin causa e innominada y genérica.

Finalmente, **PROTECCION S.A.**, se opuso a la prosperidad de lo pretendido, aceptó como hechos ciertos, la fecha de nacimiento de la demandante y la afiliación a Colmena, en junio de 1995, advirtiéndole que para dicho momento la demandante ya se encontraba afiliada al Régimen de Ahorro Individual en la AFP Horizonte, precisando igualmente, que en lo que respecta a Protección S.A., a la actora se le brindó una asesoría previa a la afiliación, en la cual se le realizaron las respectivas proyecciones pensionales en ambos regímenes de manera verbal, se le explicó sobre la forma en que se construye la pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual, resaltando, que la entidad nunca faltó al deber de información y buen consejo, pues a la accionante se le brindó explicación completa y adecuada sobre el Régimen de Ahorro Individual, poniéndole de presente los efectos y consecuencias de su continuidad en el régimen.

Como medios exceptivos, formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe, prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones; innominada o genérica e inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe.

### **1.3.- SENTENCIA DE PRIMER GRADO**

Mediante fallo proferido el 2 de febrero de 2021, el Juzgado de Conocimiento declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ordenando a Colpensiones, tener a la actora válidamente afiliada al Régimen de Prima Media y homologar en la historia laboral, las semanas cotizadas al Régimen de Ahorro Individual, previo el recibo del saldo de la cuenta de ahorro individual; ordenó a Protección S.A., reintegrar a la cuenta de la demandante las sumas descontadas de los aportes por administración, primas de reaseguro y garantía de pensión mínima y trasladar el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la accionante a Colpensiones, igualmente, ordenó a Porvenir S.A., a trasladar los porcentajes descontados a la demandante para garantía de pensión mínima, cuotas de administración y primas de reaseguro a Colpensiones y condenó en costas a las codemandadas Porvenir S.A. y Protección S.A.

#### **1.4.- RECURSO DE APELACIÓN**

##### **Porvenir S.A.**

Inconforme con la decisión, la apoderada de Porvenir S.A., presenta recurso de apelación, aduciendo que el formulario de afiliación suscrito por la demandante es un documento público y se presume autentico según los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso, adicionalmente contiene las declaraciones que exige el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, y el documento no fue tachado o desconocido.

Respecto de la manifestación de que la entidad no allegó prueba del cumplimiento del deber de información con la demandante al momento de la afiliación, considera que la misma no se ajusta a la realidad procesal, por cuanto la entidad de manera palmaria cumplió con la carga procesal impuesta, pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba, en la medida que aportó documentos que tenía en su poder para demostrar que la demandante

se vinculó producto de una decisión libre e informada, lo que se acreditó no solo con el formulario de afiliación, sino con la conducta de la demandante que permaneció en el Régimen de Ahorro Individual, realizó traslados horizontales, pruebas que conducen a la certeza de que la intención de la demandante era pertenecer al Régimen de Ahorro Individual, así mismo, mencionó que no es viable jurídicamente imponerle cargas adicionales a la entidad a las que se preveían en las leyes existentes al momento de la afiliación, puesto que ello, constituye una violación debido proceso y la confianza legítima.

Expone que en el caso de considerarse que el negocio jurídico celebrado entre las parte no tuvo validez, no puede olvidarse que el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, menciona cuales son los dineros que se deben trasladar cuando ocurre cambio de régimen y son los valores de la cuenta de ahorro individual y los rendimientos, por lo que no es posible ordenar la devolución de otros conceptos, por cuanto ningún otro valor está destinado a financiar la pensión de la afiliada, por lo que condenar a pagar valores adicionales constituye un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero al negocio que se celebró, aduce que con relación a los gastos de administración la Superintendencia financiera de Colombia también se manifestó en radicado 20191522159 del 17 de enero de 2020, indicando en forma expresa que en los eventos donde procede nulidad o ineficacia del traslado, las sumas llamadas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado, sin que proceda la devolución de la prima de seguros previsionales, ni la comisión de administración, por cuánto los mismo reitera no financian la pensión, no son del afiliado y en este sentido estos conceptos si prescriben y así debería declararse, solicitando se tenga en cuenta que la entidad actuó conforme a las leyes existentes y en consecuencia, se revoque el fallo de primera instancia.

**Protección S.A.**

Interpone recurso de apelación de forma parcial en lo concerniente a la orden de trasladar la comisión de administración y el seguro previsional, teniendo en cuenta que la comisión de administración es un descuento autorizado por la Ley 100 de 1993, con la modificación posterior de la Ley 797, norma que autoriza a las AFP a efectuar el descuento del 3%, el cual se usa para cubrir los gastos de administración y pagar la prima del seguro previsional, así mismo, es un descuento que opera en ambos regímenes y como obra prueba en el expediente, del certificado de rendimientos financieros se demuestra que los aportes de la demandante obtuvieron una ganancia importante y significativa frente a lo ahorrado, lo que da cuenta que los mismos fueron debidamente administrados por la entidad, por lo que con la condena de primera instancia se está constituyendo de manera indudable un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, porque está recibiendo una comisión que ni siquiera está destinada a financiar la pensión de vejez de la demandante y adicionalmente, ya se le están trasladando todos los rendimientos financieros de la cuneta de ahorro individual, por lo que tendría derecho Protección a conservar esta comisión como restitución mutua a su favor.

Señaló que el artículo 1746 del Código Civil dispone de manera clara cuales son los efectos de la declaratoria de la nulidad, y si la consecuencia de la ineficacia de la afiliación, es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido se produciría como consecuencia que el contrato de afiliación nunca existió, que Protección S.A., no debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro, que los rendimientos de dicha cuenta no se causaron y no debió existir el cobro de la comisión de administración, sin embargo, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos o mejoras, producto de la buena gestión de la administradora, lo que daría lugar a la conservación de la comisión de administración y lo que también permite traer a colación la teoría de las prestaciones acaecidas, llegando a la a la conclusión de que si no existió una comisión de administración, tampoco debieron haber existido rendimientos expone además que las consecuencias de la ineficacia no pueden

ser extendidas a terceros, esto respecto a devolver las sumas del seguro previsional y la devolución de aportes y que el decreto 2555, señala cual es el manejo de los recursos de las administradoras de fondos de pensiones, las cuales se encuentran vigiladas por la Superintendencia Financiera, entidad que en concepto del 17 de enero de 2020, indicó que cuando se declara judicialmente la ineficacia de la afiliación, se debe dar aplicación al artículo 7° del Decreto 3995 de 2008 que establece que cuando se da un traslado de régimen, se debe trasladar el dinero de la cuenta de ahorro individual, rendimientos y los porcentajes de garantía de pensión mínima. Aduce también que debe además tenerse en cuenta que contrario a lo que se viene argumentando frente al cobro del 3% destinado para la comisión de administración, a juicio de la apoderada si opera el fenómeno de la prescripción, porque es un concepto de tracto sucesivo que esta impuesto por la Ley, es un porcentaje que no está financiando directamente la pensión y porque lo que se ha considerado como imprescriptible es la posibilidad del afiliado acudir a las instancias judiciales buscando la declaratoria de la ineficacia, pero los créditos y las obligaciones que de ellos se deriven si gozan del fenómeno de la prescripción que se consagra en la normatividad, por lo que solicita que no se condene a la devolución del seguro previsional y lo desconectado por comisión de administración.

### **1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA**

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos, se pronunciaron los apoderados de la parte actora y Colpensiones. La procuradora judicial de la demandante manifestó que está claramente establecido que los fondos privados deben probar que efectuaron una completa asesoría, situación que en este caso no se realizó, pues a la demandante no se le informó en forma real como se podía pensionar, ni como sería su pensión, adicionalmente, no conocía los perjuicios que habría de tener con la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, razón por la cual, atendiendo a la jurisprudencia de la Sala



de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la SL 4296 de 2018, SL 2372 de 2018 y SL 17595 de 2017, solicita se confirme la sentencia de primera instancia.

El apoderado de la entidad pública accionada, manifestó que la demandante accedió sin inconveniente alguno a pertenecer al Régimen de Ahorro Individual sin verificar de fondo las consecuencias tanto positivas como negativas de dicho cambio, situación que le es totalmente ajena a Colpensiones, quien no podía evitar que sus afiliadas renunciaran al cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte administrados por el régimen de prima media, dado que el simple acto de seleccionar implica un previo examen que permitan avizorar que dicho régimen es mejor que el otro.

Finalmente indica que Colpensiones no tienen responsabilidad alguna con las consecuencias derivadas del traslado, pues el cambio de régimen fue realizado con pleno consentimiento materializado en la firma del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, del cual no se puede predicar coacción o error a la hora de perfeccionar el negocio jurídico. Por lo anterior, solicita que en caso de confirmarse la sentencia, se abstenga de imponer condenas a la entidad por concepto de costas procesales.

## **2. CONSIDERACIONES**

### **2.1.- COMPETENCIA DE LA SALA**

Inicialmente, debe advertirse que la competencia de esta Corporación está dada por los puntos que son objeto de apelación, entendiendo que las partes quedaron conformes con los demás aspectos decididos; de conformidad con el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984; los artículos 10 y 35 de la Ley 712 de 2001, que modificaron los artículos 15 y 66A del C.P.L y de la S.S., respectivamente.

De igual forma procede la consulta, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social que dispone *“También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren totalmente adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante”*.

## **2.2.- HECHOS ESTABLECIDOS EN EL TRÁMITE DE LA INSTANCIA**

Quedaron acreditados en el trámite del proceso y no son objeto de controversia los siguientes hechos:

- Que la señora Margarita María Álvarez Correa nació el 28 de abril de 1964, tal y como se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 20.
- Que la actora se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., el 30 de septiembre de 1994, con fecha de efectividad el 1º de octubre de la misma anualidad, el 30 de junio de 1995 se trasladó a la AFP Colmena S.A., hoy Protección S.A., posteriormente, suscribió formulario de afiliación a Protección S.A., el 26 de mayo de 2005, de conformidad con los formularios obrantes a folios 121, 46 y 166, respectivamente.
- Que la accionante acredita un total de 1763,28 semanas cotizadas, conforme a la historia laboral de Protección S.A., generada el 1º de marzo del 2019, obrante a folios 21 del expediente.

## **2.3.- PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER**

Debe determinar la Sala si:

¿Se encuentra ajustada a derecho la sentencia objeto de apelación y de consulta, proferida en el presente proceso por la señora Juez Primera Laboral del Circuito de Medellín, determinando si es ineficaz el traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, administrado por la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., efectuado por la demandante?

¿Es procedente ordenar a Protección S.A y Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones las comisiones por administración, las cuotas de seguros previsionales y los aportes al Fondo de Garantía Mínima, descontados en vigencia de la afiliación a cada entidad?

#### **2.4.- TESIS**

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual, es ineficaz el acto de traslado por incumplimiento del deber de información y por lo tanto debe ordenarse el traslado de todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización obligatoria de la demandante, razón por la cual, la sentencia debe ser CONFIRMADA en todas sus partes.

#### **2.5.- PREMISAS NORMATIVAS**

El modelo pensional adoptado en Colombia a través de la ley 100 de 1993, permitió la concurrencia de dos regímenes pensionales, excluyentes, el régimen público de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales y algunos Fondos y Cajas de Previsión del sector Público y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por los Fondos Administradores de Pensiones, entidades financieras de carácter privado. (artículo 12)

El Régimen de Prima Media con Prestación Definida está caracterizado en los artículos 31 y 32 de la ley 100 de 1993, como un régimen en el cual las prestaciones que obtienen los afiliados o sus beneficiarios están previamente definidas por el legislador, donde los aportes de todo los afiliados constituyen un fondo común de naturaleza pública, con el cual se financia las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia y en el cual el Estado es quien tiene a su cargo la garantía de las pensiones a que se hacen acreedores los afiliados en ese régimen, que se concreta a través del subsidio estatal.

Por su parte, el Régimen de Ahorro Individual, tal como lo define el artículo 59 del estatuto general de pensiones, está fundamentado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, el reconocimiento de la pensión y el monto de la misma está determinado por el capital acumulado, que debe ser el necesario para financiar una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente para 1994 y reajustado anualmente según la variación porcentual de IPC. La solidaridad opera en relación con la garantía de la pensión mínima legal, que da derecho a que el Estado complete la parte que haga falta para financiar una pensión mínima de vejez.

En este contexto de dualidad, el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, establece como característica del sistema general de Pensiones, la libertad de selección de régimen en los siguientes términos *“la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para el efecto manifestara por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la presente ley”*.

A su vez, el artículo 271 ibidem establece que: *“El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a*

*su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.* (subraya de la Sala)

El deber de brindar información completa, comprensible y veraz de las administradoras de Fondos de Pensiones, es consustancial a la actividad de estas entidades de carácter financiero y así fue establecido desde la vigencia misma del Régimen de Ahorro Individual, por el artículo 97 del estatuto financiero vigente para la época, decreto 663 de 1993, el artículo 4 del decreto 656 de 1994 y los artículos 10 y 12 del decreto 720 de 1994.

Posteriormente, el legislador ha regulado el contenido de la información que debe ser brindada a los potenciales afiliados, por parte de los Fondos de Pensiones; véase la ley 1328 de 2009, el decreto reglamentario 2555 de 2010, la ley 1748 de 2014, el decreto 2071 de 2015 y la circular 016 de abril 16 de 2016 de la Superintendencia Financiera, dentro del cual se incluye las reglas de funcionamiento, ventajas y desventajas de ambos regímenes, el análisis de la situación particular del afiliado, proyecciones financieras de la futura pensión y la obligatoriedad de la doble asesoría para eventos de traslado.

En esta misma dirección, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha consolidado una línea jurisprudencial reiterada y uniforme, en torno al deber permanente e ineludible de información que concierne a las administradoras pensionales, como condición de eficacia del traslado de régimen; según la cual la afiliación desinformada produce la ineficacia del acto; correspondiendo a las AFP la carga probatoria de demostrar que entregaron al afiliado la información

objetiva sobre la actividad de cada uno de los regímenes pensionales, para obtener un verdadero consentimiento.

Dan cuenta del precedente en referencia, los siguientes pronunciamientos:

Sentencia	Línea Jurisprudencial
SL, Rad, 31989 del 08 de septiembre de 2008	FUNDADORA  Se produce la nulidad del traslado de régimen pensional por incumplimiento del deber de información, es insuficiente el formulario de vinculación para acreditar el consentimiento informado  Inversión de la carga de la prueba hacía las Administradoras de Pensiones
SL Rad. 31314 del 08 de septiembre de 2008	FUNDADORA
SL, Rad 33083 del 22 de noviembre de 2011	CONFIRMATORIA
SL31314 del 06 de diciembre de 2011 de instancia.	CONFIRMATORIA
SL, SL12136 Rad 46292 del 03 de septiembre de 2014	La sanción del acto de traslado cuando se incumple el deber de información lo es la INEFICACIA del acto de traslado, de conformidad con el artículo 271 de la ley 100 de 1993.
SL 19447(47125) del 27 de septiembre de 2017	Debe acreditarse el cumplimiento del deber de información encontrándose o no la persona bajo en el régimen de transición.
SL 17595-2017 (46922) del 18 de octubre de 2017	CONFIRMATORIA
SL413 (52704) del 21 de febrero de 2018	CONFIRMATORIA  La afiliación o traslado de régimen pensional no es dable deducirlo en todos los casos con el simple diligenciamiento, firma y entrega del formulario de afiliación.
SL4964 (54814) del 14 de noviembre de 2018	CONFIRMATORIA  Las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no son suficientes para acreditar el cumplimiento del deber de información, quien debe probar la diligencia y cuidado es el Fondo de Pensiones, quien estaba obligado a emplearla.
SL4989-(47125) del 14 de	CONFIRMATORIA

noviembre de 2018.	Ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de información  Inversión de la carga de la prueba hacia las Administradoras de Pensiones
SL 1452 (68852) del 03 de abril de 2019	ACLARATORIA  El deber de información es permanente y aunque ha tenido distintas fases en su regulación normativa, ha sido siempre ineludible.  No se requiere una situación consolidada ni ser beneficiario de un régimen de transición para la aplicación del precedente.
SL1421 (56174) del 10 de abril de 2019	CONFIRMATORIA –
SL1688 (68838) del 08 de mayo de 2019	CONFIRMATORIA-  Imprescriptibilidad de la Acción  La información debe ser entregada de manera oportuna y por lo tanto la ineficacia debe ser evaluada respecto a la asesoría inicial, sin que se produzca su saneamiento en virtud de las reasesorías posteriores
SL1689 (65701) del 08 de mayo de 2019	CONFIRMATORIA-
SL3464 (76284) del 14 de agosto de 2019	CONFIRMATORIA-
SL4360 (68852) del 09 de octubre de 2019	CONFIRMATORIA-
SL4426 (79167) del 16 de octubre de 2019	CONFIRMATORIA  La transparencia es una norma de dialogo, que impone dar a conocer al afiliado toda la verdad objetiva de los regímenes.
SL1611 del 01 de julio de 2020	CONFIRMATORIA
SL2877 del 29 de julio de 2020	CONFIRMATORIA  Efectos de la ineficacia.

A los pronunciamientos anteriores se suman sentencias de las distintas Salas de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tales como: SL782 del 14 de marzo de 2018, SL 3496 del 22 de agosto de 2018, SL361 del 13 de febrero de 2019, SL4933 del 30 de octubre de 2019, SL4937 del 13 de noviembre de 2019, SL5144 del 20 de noviembre de 2019, SL373 del 12 de

febrero de 2020, SL600 del 25 de febrero de 2020, SL881 del 10 de marzo de 2020 y SL985 del 18 de marzo de 2020, SL4381 del 26 de octubre de 2020, SL4336 del 04 de noviembre de 2020 y SL4388 del 11 de noviembre de 2020.

De acuerdo con la ratio decidendi de las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es indiscutible que, para resolver el problema jurídico atinente a la validez o eficacia de las afiliaciones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, debe aplicarse las dos subreglas principales establecidas por el máximo Tribunal de la jurisdiccional ordinaria laboral, esto es i) el deber profesional, permanente e ineludible de información que tienen las administradoras de pensiones y ii) la inversión de la carga de la prueba, que les traslada la responsabilidad de acreditar que entregaron al afiliado la información necesaria para adoptar una decisión consciente.

## **2.6.- CASO CONCRETO**

En el caso concreto, se establece el traslado de régimen pensional de la señora Margarita María Álvarez Correa, a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., el 30 de septiembre de 1994, con fecha de efectividad el 1° de octubre de la misma anualidad, tal como se acredita con el formulario obrante a folios 121 del plenario, no obstante, el mismo no da cuenta de información que fue brindada a la accionante, tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia *“La firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones es insuficiente para dar por demostrado el deber de información, pues además de ello, la entidad administradora de pensiones tiene el deber ineludible de obtener del afiliado un consentimiento informado – (sentencia SL1688 de 2019); por ello no puede inferirse la voluntariedad del traslado en los términos del artículo 11 del decreto 692 de 1994.*

Aunado a lo anterior, advierte esta Colegiatura que no existe medio de convicción alguno, a partir del cual pueda establecerse que en su momento Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A., cumplió con el deber profesional de



información, para garantizar la decisión libre, voluntaria e informada de la afiliada, sobre las implicaciones del traslado, así como tampoco se acreditó el cumplimiento a dicho deber por parte de Protección S.A.

Del interrogatorio de parte practicado a la demandante, no se deriva prueba de confesión, en tanto que la misma indicó que en 1994 se encontraba laborando para Alcatel de Colombia, fueron a visitarlos asesores de Horizonte S.A., quienes dieron una asesoría colectiva, indicaron que se cambiaran de régimen, que el Seguro Social se iba a acabar, que el régimen privado era mucho mejor, porque podían tener un ahorro, pensionarse antes de cumplir la edad y tener un mejor pensión, que se podían pensionar antes, siempre que el capital que tuviera fuera bueno y tuvieran el ahorro, sin señalar cual era el capital necesario para ello, que no les hablaron de diferencias entre los regímenes, no le hablaron del bono pensional, ni de heredabilidad, que no le hablaron de descuento por administración de la cuenta; refiere que posteriormente se fue a laborar a otra empresa y con todos los compañeros se afilió a la AFP Colmena, pero no hubo asesoría y en el 2005, le ofrecieron el traslado a Protección S.A. y se trasladó.

En este escenario probatorio, ante la ausencia de medios de prueba que den cuenta de la información que brindó Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A., a la demandante, al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional, no era posible una decisión distinta a la adoptada por la funcionaria de primera instancia.

### **Traslado de Gastos de Administración**

Encuentran sustento jurídico las condenas impuestas a Colpensiones de validar la afiliación de la demandante y recibir los dineros que deben ser trasladados por Protección S.A., y Porvenir S.A., incluidos las comisiones de administración, los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las cuotas de seguros previsionales, como lo ordenó la A quo, ello por cuanto la ineficacia

supone que el acto no produce efectos jurídicos, esto es, como si no hubiese existido, de ahí que no pueden excluirse del traslado dichos conceptos, que afectaron el valor de la cotización del demandante y al ser declarada la ineficacia, los pagos y deducciones quedan sin causa jurídica, debiéndose trasladar el aporte completo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida para garantizar el financiamiento de la futura pensión del actor, de ahí que no tengan vocación de prosperidad los recursos interpuestos por las apoderadas de las administradoras accionadas.

No puede afectarse, además, el fondo común de naturaleza pública del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con la disminución de la cotización en favor de las administradoras accionadas, teniendo en cuenta, que fue Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A, quien dio lugar a la sanción del acto jurídico, en virtud del incumplimiento al deber de información y siendo Protección S.A., la entidad en la cual se encuentra vigente la afiliación de la actora, por lo tanto, deben asumirlo aun de su propio patrimonio, conforme al artículo 963 del Código Civil.

De otra parte, los rendimientos generados mientras estuvo activa la afiliación, son de propiedad de la demandante y no del Fondo, tampoco resultan ajenos al régimen administrado por Colpensiones, según lo previsto en el literal b) del artículo 32 de la ley 100 de 1993, dado que el fondo común también se integra por rendimientos de las cotizaciones de los afiliados y por lo tanto no pueden compensar los gastos administrativos.

Los aportes al Fondo de Garantía Mínima, cuya aplicación es exclusiva del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deben ser trasladados conforme al artículo 7 del decreto 3995 del 2008 y las sentencias SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, destacando que la diferencia entre el ahorro y la cotización cuando se trata de traslado permitido legalmente debe ser asumida por el

afiliado, no así cuando, como en el sub lite, se trata de la sanción al acto jurídico por incumplimiento de la AFP al deber de información.

Ahora bien, en cuanto a los porcentajes de seguros previsionales, si bien los mismos ampararon los riesgos de invalidez y muerte en vigencia de la afiliación, generaron la disminución de la cotización y al quedar sin efecto la afiliación también deben ser trasladados, advirtiendo que con ello no se afectan los pagos realizados a la respectiva aseguradora, en tanto estos valores al no estar dentro de la cuenta de ahorro individual de la demandante, deben ser asumidos directamente por la A.F.P.

Respecto a los conceptos que deben ser trasladados como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se pronunció recientemente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2877 del 29 de julio de 2020, indicando:

*“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular”*

*De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.*

*En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el*

*reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”*

En la misma providencia se pronunció la Alta Corporación, en torno a la procedencia de extender la obligación de devolución a todas las AFP a las cuales haya estado vinculado el afiliado “ *los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión.”*

En cuanto al argumento esbozado por las apoderadas recurrentes, consistente en que se aplique la prescripción a los dineros provenientes de las cuotas de administración, por considerar que los mismos, no tienen vocación de financiar la pensión, precisa esta Sala, que los mismos son un componente de la cotización y ésta a su vez tiene como fin el financiamiento del riesgo de vejez, por lo tanto participan del carácter de imprescriptibles, sin que pueda escindir-se, así se sostuvo, de manera clara, en la Sentencia SL 2877 (78667) del 29 de julio del 2020, Magistrada Ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

En igual sentido, respecto al concepto expedido por la Superintendencia Financiera al cual hacen referencia ambas apoderadas en la sustentación del recurso de alzada, debe recordarse que la devolución de los conceptos ordenados debe ser entendida como consecuencia de la sanción del acto jurídico cuya responsabilidad es atribuible a la AFP, de ahí que no pueda acogerse dicho concepto, pues en este asunto, no se trata de un simple traslado, sino del incumplimiento al deber información que torno ineficaz la vinculación.

Corolario de lo anterior, la orden de traslado impartida por la falladora primaria se encuentra totalmente ajustada a los anteriores criterios, por lo tanto, debe CONFIRMARSE.

Costas en esta instancia a cargo de los apelantes.

### **3.- DECISION**

En consonancia con lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

#### **FALLA:**

1.- Se **CONFIRMA** la Sentencia de Primera Instancia proferida por el Juzgado Primero Laboral de Circuito de Medellín, el 02 de febrero de 2021, en el proceso ordinario instaurado por la señora MARGARITA MARÍA ALVAREZ CORREA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.

2.- Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Protección S.A, se fijan agencias en derecho en la suma de \$908.526., a cargo de cada una de ellas.


3.- Se ordena la devolución del expediente digital al Juzgado de origen

El fallo anterior queda notificados a las partes por ESTADOS, de conformidad con el Artículo 295 del Código General del Proceso.

Los Magistrados,



**SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE**



**CARLOS JORGE RUIZ BOTERO**



**VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO**

La presente providencia fue notificada por estado No.45 fijado en la secretaría de la sala del Tribunal Superior de Medellín, a las ocho de la mañana (8:00 a.m.) del 15 de marzo de 2021.

RUBEN DARIO LOPEZ BURGOS

Secretario