

**TEMA: INEFICACIA DEL TRASLADO / DEBER DE INFORMACIÓN** - 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.

**INDEXACIÓN /COSTAS PROCESALES /**

**HECHOS:** La demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare la ineficacia de su traslado al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida (en adelante RPM) administrado por Colpensiones, y como consecuencia de lo anterior, se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, una vez se acredite el cumplimiento de los requisitos y el retiro del sistema. De lo anterior, la a quo despachó favorablemente las pretensiones de la demanda siendo recurrida por las apoderadas de Porvenir S.A. y Colpensiones. 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, 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. De confirmarse la decisión de declaratoria de ineficacia ante referida, se verificará si es procedente la condena en contra de Colpensiones de reconocer y pagar la pensión de vejez a la demandante, y en caso afirmativo, los términos en que dicha prestación debe ser otorgada.

**TESIS:** (...) 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. (...) 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 2000, 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. (...) Ahora, la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que para probar la asesoría y el cumplimiento del deber de información, no basta la firma del formulario con la inscripción preimpresa sobre que el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que el traslado se realizó con pleno conocimiento informado, lo cual no probó en este proceso la AFP PORVENIR S.A., siendo su carga. (...) Asimismo, 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, como lo argumenta la accionada Porvenir en su recurso de alzada y alegatos, 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 (...) En cuanto a la condena al reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de Colpensiones, aspecto que se revisa en esta instancia tanto en apelación como consulta en favor de esta entidad, debe señalarse primeramente que habiéndose declarado la ineficacia del traslado de la accionante al RAIS, el derecho que tenga la demandante a la prestación de vejez, debe analizarse con los requisitos legales del sistema general de pensiones, consagrados en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9 de la ley 797 de 2003, por lo que se concluye, que efectivamente, la demandante cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez en aplicación del artículo 33 de la Ley 100 de 1993. (...) En consecuencia, le asiste razón a la a quo, al condenar a Colpensiones a reconocer y a pagar a la demandante la pensión de vejez, pero solo cuando se acredite el retiro definitivo o la última cotización al sistema pensional, de modo que, en este punto también se confirma la decisión de la juez de primera instancia, al igual que los parámetros fijados por esta para realizar la liquidación de la pensión en su momento. Ahora el hecho que los aportes al sistema pensional, tenga una dinámica distinta en el RPM que en el RAIS, en cuanto a su distribución, como se aduce en la apelación de Colpensiones, ello no es óbice para otorgarle la pensión a la actora. Tampoco el hecho que no se tenga conocimiento ni plena certeza de que lo que hubiere cotizado o hubiere ahorrado la demandante en el RAIS, alcance para financiar su pensión en el RPM, es razón para negar la pensión, pues en el RPM las pensiones se financian con los aportes comunes de sus afiliados, y no con el ahorro individual de cada uno.

M.P: FRANCISCO ARANGO TORRES

FECHA: 11/04/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### SALA DE DECISIÓN LABORAL

El once (11) de abril de dos mil veinticuatro (2024), 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 **AIDA AMPARO FERNÁNDEZ ATEHORTÚA**, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.) y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.) tramitado bajo el radicado No. **05001-31-05-018-2022-00004-01**.

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

#### 1. ANTECEDENTES:

La demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare la ineficacia de su traslado al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida (en adelante RPM) administrado por Colpensiones, y como consecuencia de lo anterior, se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, una vez se acredite el cumplimiento de los requisitos y el retiro del sistema.

**Como fundamento fáctico de sus pretensiones** relata la actora que nació el 30 de agosto de 1966, y que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES a partir de junio de 1988 hasta el 01 de octubre del 2000, ya que posteriormente se trasladó al RAIS.

Señala que para el momento de su traslado a PORVENIR S.A., no se le explicó por parte del ISS ni del fondo privado las graves consecuencias del mismo. Además, se le manifestó que en el fondo privado podría pensionarse anticipadamente, que los

dineros de su cuenta de ahorros serían parte de su herencia, que se realizaban inversiones en cuentas extranjeras que generaban rendimientos, que tendría una mesada superior a la del RPM y que el ISS se iba a acabar.

Menciona que el 25 de junio de 2008 se trasladó al fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A., entidad que tampoco le realizó una debida asesoría y mucho menos le informó qué régimen le era más beneficioso, así como tampoco le manifestó su imposibilidad de retornar al RPM.

Indica que radicó solicitud de traslado de fondo ante COLPENSIONES el 28 de septiembre de 2021, misma que le fue negada en la misma fecha por encontrarse a menos de 10 años para pensionarse.

## **2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:**

La *a quo* despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, y ordenando en consecuencia a PROTECCIÓN S.A., efectuar el traslado inmediato de todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, con los rendimientos que se hubieren causado, las cuotas de administración debidamente indexadas, primas de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobreviviente, porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, con cargos a sus propios recursos y por el tiempo que la demandante realizó aportes en el Régimen de Ahorro.

Igualmente ordenó a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES las cuotas de administración, los porcentajes destinados a la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes y los destinados al Fondo de Garantía de pensión mínima, debidamente indexados, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a dicha administradora.

Ordenó, que al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

A COLPENSIONES le ordenó reactivar la afiliación del demandante en el RPM, recibir las sumas indicadas, y continuar como su administradora de pensiones.

Del mismo modo, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora AIDA AMPARO FERNÁNDEZ ATEHORTÚA, la pensión de vejez, con fundamento en la Ley 100 de 1993 con las modificaciones de la Ley 797 de 2003, una vez se acredite el retiro del sistema general de pensiones, lo que deberá de hacer COLPENSIONES dentro de los 4 meses siguientes a la desafiliación al sistema de la demandante.

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

Seguidamente expuso que en el presente proceso no se probó por parte de PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A. que, al momento de la afiliación de la demandante, hayan cumplido con el deber legal de otorgar una explicación integral sobre la regulación de los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, resultando insuficiente como prueba de la existencia de un consentimiento suficientemente informado la suscripción del formulario de afiliación pre impreso, y sin que se hubiese extraído confesión al respecto por la demandante en el interrogatorio de parte.

Por otra parte, manifestó que, respecto de la pensión de vejez, la actora ya cumple con los requisitos de edad y semanas exigidos por la normatividad para su otorgamiento, sin embargo, de acuerdo con la historia laboral actualizada que data del 14 de febrero de 2024 y el interrogatorio de parte, la demandante no ha dejado de cotizar, por lo tanto, el disfrute de la pensión de vejez se dará a partir de la fecha en que se acredite el retiro del sistema general de pensiones y esta será liquidada por Colpensiones.

### **3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:**

La sentencia fue apelada por las apoderadas de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

#### **APELACIÓN DE PORVENIR S.A.**

Manifestó su inconformidad respecto de la condena de indexación, toda vez que PORVENIR ha trasladado todos los aportes de la demandante a la administradora de

su elección. Asimismo, expresó que no es viable dicha condena, de acuerdo con concepto emitido por el Tribunal de Cali, en su sentencia 147 del 09 de julio de 2023 y la 174 del mismo año, en las cuales se dijo que, acorde a la condena de indexación, la Sala consideró que no hay lugar a la misma, ya que, con el traslado de los rendimientos, se compensa la devaluación del poder adquisitivo de la moneda que pudiera haberse generado en los emolumentos a retornar debido a la inflación.

Además, resaltó que conforme distintas consideraciones doctrinales la indexación, en pocas palabras, es traer al valor presente el dinero para que este no pierda su valor adquisitivo. En el presente caso, las sumas correspondientes a los gastos administrativos no han perdido el poder adquisitivo contrario a ello. Estos gastos lograron incrementar de sobremanera el saldo de la cuenta de ahorros individual de la actora y la condena de devolución de gastos administrativos de manera que generarían un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, más que de la parte actora.

#### **APELACIÓN DE COLPENSIONES.**

Expreso que discrepa de la condena impuesta al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la demandante, puesto que Colpensiones no ha tenido la oportunidad de verificar si la demandante cumple con los requisitos establecidos en la norma para el reconocimiento de la prestación. Añadió que se está frente a una afectación del principio de sostenibilidad financiera de esta administradora, pues es claro que la demandante ha permanecido durante 23 años cotizando ante el RAIS y no ante el RPM, por lo que no ha ayudado a financiar las pensiones de quienes se encuentran afiliados a esta entidad. Sumado a esto, se debe tener en cuenta que tanto en el RAIS como en el RPM se tiene diferente forma de distribución de los aportes, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 7º que modificó el artículo 20 de la Ley 100 que quedó así:

“La tasa de cotización continuará en el 13.5% del ingreso base de cotización. En el régimen de prima media con prestación definida el 10.5% del ingreso base de cotización se destinará a financiar la pensión de vejez y la constitución de reservas para tal efecto. (...)

En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. (...)

De lo anterior, señaló que no se tiene conocimiento ni plena certeza de que lo que hubiere cotizado o hubiere ahorrado la demandante en el RAIS, alcance para financiar su pensión en el RPM. Por tal motivo, solicita que sea revocada la sentencia en primera instancia, en el sentido de no ser condenada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

#### **4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:**

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados judiciales de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. allegaron escrito de alegatos de conclusión, en los que señalaron resumidamente lo siguiente:

##### **ALEGATOS DE PORVENIR S.A.**

“...Desde la contestación de la demanda, se ha manifestado que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional conlleva necesariamente la obligación de devolver todo aquello que sea propiedad de la otra parte o que esta haya puesto a disposición. En otras palabras, al crear la “ficción jurídica” de nunca haber existido traslado de régimen, la consecuencia lógica es que las partes involucradas restituyan todo aquello que le pertenezca a la otra, de lo contrario, existiría un enriquecimiento sin justa causa. Adicionalmente, quedó probado que no hay lugar a condenar a Porvenir a la devolución de gastos administrativos percibidos ni a la condena en costas procesales. Teniendo clara la anterior argumentación, resulta evidente entonces:

##### **1. No hay lugar a la devolución de los gastos administrativos.**

Como cuestión inicial, debe comentarse que los gastos administrativos que se condenó devolver a Porvenir son de origen legal conforme a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993:

*“(...) El 3% restante sobre el ingreso base de cotización se destinará a financiar los gastos de administración y la pensión de invalidez y sobrevivientes”.*

Con ello se demuestra que los gastos administrativos recaudados y ejecutados no correspondieron a un actuar caprichoso de Porvenir, sino que, por el contrario, tienen su fundamento en la misma Ley que creó el sistema pensional como hoy lo conocemos.

Por lo anterior, resulta jurídicamente inviable desconocer su naturaleza y obligatoriedad de destinación cuando es el legislador quien ha ordenado su debida

recaudación y ejecución, puesto que este rubro corresponde a un valor que es ejecutado durante la vinculación de los afiliados al RAIS para prestar aquellas garantías que caracterizan al régimen, es decir, dicho porcentaje que se ordena mediante sentencia a trasladar a Colpensiones, corresponde a un valor que el legislador no solo habilita sino que obliga a destinar y/o ejecutar, en términos generales, durante la vigencia del vínculo con la afiliada.

Como cuestión adicional, si se exige a Porvenir devolver los gastos de administración, no sería posible remitir a Colpensiones los rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual de la parte actora, puesto que fueron los profesionales del fondo al que represento, quienes lograron generar tales sumas de dinero en ejercicio del uso y/o destinación de los gastos de administración recaudados para tal fin.

En ese sentido y sin dejar de lado las excepciones referentes a las restituciones mutuas y el enriquecimiento sin justa causa, no encuentra sustento jurídico ni fáctico, que el R.P.M. se beneficie no solo de los rendimientos, sino también de los gastos administrativos con los cuales Porvenir logró tales rendimientos. En otras palabras, el gasto administrativo utilizado por Porvenir para soportar su actividad económica fue la que generó los rendimientos que hoy se devuelven.

Se resalta que de haberse “invertido” los aportes de la parte actora dentro del R.P.M., esta no hubiese tenido rendimientos “personales” o “particulares”, por la misma naturaleza de “bolsa común” de tal régimen. Sin embargo, entiende el fondo al que represento que los rendimientos son un beneficio obtenido para la afiliada y hacen parte de su cuenta individual, lo que no se comparte, es que se condene a la devolución de los gastos de administración.

## **2. No hay lugar a indexación alguna**

Como ya quedó sentado en este escrito, en el caso objeto de estudio, no hay lugar a la condena referente a la devolución de gastos de administración por parte de Porvenir. Contrario a ello, la H. Juez de Instancia condenó a Porvenir no solo a tal devolución, sino que exigió que tales rubros se remitieran de manera indexada.

Sobre ello, la Corte Constitucional a través de diferentes conceptos, ha definido la indexación como un *“sistema que consiste en la adecuación automática de las magnitudes monetarias a las variaciones del nivel de precios, con el fin de mantener constante, el valor real de éstos, para lo cual se utilizan diversos parámetros que solos o combinados entre sí, suelen ser: el aumento del costo de la vida, el nivel de aumento*

*de precios mayoristas, los salarios de los trabajadores, los precios de productos alimenticios de primera necesidad, etc.”.*

En palabras simples, la indexación consiste en traer a valor presente el dinero, para que este no pierda su poder adquisitivo.

En el caso bajo estudio, las sumas correspondientes a los gastos **administrativos no han perdido poder adquisitivo**, contrario a ello, tales gastos administrativos lograron incrementar de sobremanera el saldo de la cuenta de ahorro individual de la parte actora. Adicional a ello, los gastos administrativos como se mencionó en acápite anterior no hubieran generado en el RPM ningún tipo de rendimiento en favor de la parte actora, por la cual estarían en el mismo “demérito” que el día de hoy, si tal demerito fuera real.

Nótese como existe un enriquecimiento sin una justa causa en favor del R.P.M., más que de la parte actora, puesto que no solo se condena a la devolución de gastos administrativos, sino que se ordena que tales sean indexados, como si tales sumas hubiesen perdido poder adquisitivo o si estos hubiesen generado algún tipo de rendimientos o réditos adicionales.

Aunado a ello es de mencionar que según el concepto del Tribunal de Cali en su sentencia 146 del 09 de junio de 2023; En cuanto a la indexación la Sala considera que no hay lugar a dicha imposición, toda vez que, con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generado en los emolumentos a retornar debido a la inflación.

## **ALEGATOS DE COLPENSIONES.**

Inicialmente solicitó que sea revocada la sentencia de primera instancia, frente al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en favor de la actora, para ellos, manifestó:

se debe tener en cuenta que el RAIS y el RPM tienen diferente forma de distribución del aporte, por lo cual, mientras la demandante se encontraba en el Fondo Privado no ayudo a financiar las pensiones, y mi representada no cobro gastos de administración, van es detrimento patrimonial, pues basta con citar el artículo 20 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003, que a su vez incremento el valor del aporte mediante decreto 4981 de 2007 al 16% para aporte a pensiones, en los cuales se estipulo que:

“ARTÍCULO 7o. El artículo 20 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 20. Monto de las cotizaciones. La tasa de cotización continuará en el 13.5% del ingreso base de cotización.

En el régimen de prima media con prestación definida el 10.5% del ingreso base de cotización se destinará a financiar la pensión de vejez y la constitución de reservas para tal efecto. El 3% restante sobre el ingreso base de cotización se destinará a financiar los gastos de administración y la pensión de invalidez y sobrevivientes.

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 Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. (...)

El incremento de la cotización se destinará en el régimen de prima media al pago de pensiones y a la capitalización de reservas pensionales.”

El incremento se dio a través del decreto 4982 de 2007 que estipulo:

“Artículo 1°. Cotización al Sistema General de Pensiones. A partir del 1° de enero del año 2008, la tasa de cotización al Sistema General de Pensiones será del 16% del ingreso base de cotización”

Se puede evidenciar entonces que, si impacta en el sistema financiero el traslado de régimen de los aportes realizados al RPM del RAIS, sin el respeto del término estipulado en la ley toda vez que la distribución es distinta teniendo en cuenta las características del mismo, ya que en el RPM se utiliza para financiar pensiones, sin mirar los riesgos que existen en el RAIS, por lo cual mi representa daría la utilización del aporte conforme le conviene al régimen.

Respecto de lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, estableció “La sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. En el caso de los afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, “(...) esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el

nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

#### **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.

De confirmarse la decisión de declaratoria de ineficacia ante referida, se verificará si es procedente la condena en contra de COLPENSIONES de reconocer y pagar la pensión de vejez a la demandante, y en caso afirmativo, los términos en que dicha prestación debe ser otorgada.

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,

#### **CONSIDERACIONES:**

De conformidad con lo dispuesto el art. 14 de la Ley 1149 de 2007 además de resolverse la apelación de PORVENIR S.A., y 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 del traslado de régimen pensional, 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 folios 45 a 48 del expediente (04ContestacionDemandaCopensiones), se afilió a la administradora del RAIS PORVENIR el 08 de septiembre de 2000 (folio 80), con efectividad del 1º de noviembre de 2000, como se observa en el certificado SIAFP que milita a folio 79 del plenario (15ContestaciónDdaPorvenir); luego se trasladó a PROTECCIÓN S.A. el 25 de junio de 2008, como se lee del registro de afiliación inserto a folio 36, siendo efectivo e traslado el 1 de agosto de 2008, según se lee del registro del SIAFP visible a folio 37 (06.ContestaciónDemandaProtección).

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 2000, 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 021:53 del video de la audiencia de trámite (archivo 25, expediente digital), no se advierte que, éste haya confesado que al momento de su traslado de régimen 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.

De otra parte, ha señalado la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para probar la asesoría y el cumplimiento del deber de información, no basta la firma del formulario con la inscripción preimpresa sobre que el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que el traslado se realizó con pleno conocimiento informado, lo cual no probó en este proceso la AFP PORVENIR S.A., siendo su carga.

Ahora, en lo que tiene que ver con las sumas que deben ser devueltas a Colpensiones, la decisión de 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 devolución que debe realizar PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES deberá incluir 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 de Fogafín durante el tiempo que legalmente se haya descontado de la cotización, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir 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 hubiese recibido la AFP demandada 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.

Así mismo PORVENIR S.A. deberán reintegrar a COLPENSIONES los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín durante el tiempo que legalmente se descontó de la cotización, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el porcentaje de la cotización que no fue consignado en la cuenta de ahorro pensional de la actora.

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 del actor, 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 el actor 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.”*

Asimismo, 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, como lo argumenta la accionada Porvenir en su recurso de alzada y alegatos, 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, respecto de la indexación del porcentaje de la referida cuota de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, contrario a lo manifestado por la apoderada de PORVENIR S.A. en su recurso y reitera en los alegatos, esta Sala considera que es procedente, por cuanto este porcentaje de las cotizaciones no fue abonadas a la cuenta de ahorro pensional de la demandante, por lo que no devengaron los

rendimientos o intereses pues fueron apropiados por PORVENIR S.A. o gastados para los pagos de las primas de seguros, y por ello debe ser devuelto indexado.

Al respecto la jurisprudencia de la 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.

Respecto a la oposición de PORVENIR S.A. a la condena en costas que se le impuso, se ha de manifestar que si bien es cierto el artículo 365 del Código General del Proceso ratificó el criterio objetivo en cuanto ordena que en los procesos y en las actuaciones posteriores en que haya controversia, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto, entre otros casos, lo cierto es que fue el actuar de PORVENIR S.A. el que genera la declaratoria de ineficacia del traslado, de régimen pensional, pues conforme a la jurisprudencia de la CSJ, lo que genera la ineficacia, es la omisión en la asesoría en la primera afiliación al RAIS, que en este caso, se produjo a través de la citada AFP, por lo que a juicio de la Sala, PORVENIR S.A., debe asumir las costas del procesales, debiéndose confirma la condena que le fue impuesta a su cargo.

De otra parte, afirma en el recurso de alzada COLPENSIONES, que la declaración de ineficacia del traslado de la 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.

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 normas legales vigentes, so pretexto de someterse al principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano, principio al que quien se debe someter es el legislador al realizar las reformas pensionales, no que el juez para desconocer derechos ya legislados.

En cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN formulada por las demandas 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.

Por las anteriores razones, se confirmará la sentencia de primera instancia, en los aspectos referentes a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional y sus efectos consecuenciales.

### **DE LA CONDENA AL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ A CARGO DE COLPENSIONES:**

En cuanto a la condena al reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES, aspecto que se revisa en esta instancia tanto en APELACIÓN como CONSULTA en favor de esta entidad, debe señalarse primeramente que habiéndose declarado la ineficacia del traslado de la accionante al RAIS, el derecho que tenga la demandante a la prestación de vejez, debe analizarse con los requisitos legales del sistema general de pensiones, consagrados en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9 de la ley 797 de 2003, por no ser esta beneficiaria de la transición del Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como bien lo dejó establecido la falladora de primera instancia.

Aquella norma legal exige como requisitos para obtener la citada prestación, 57 años de edad en el caso de las mujeres y 1300 semanas cotizadas.

En este caso, la señora accionante, al haber nacido el 30 de agosto de 1966, como se prueba con la copia de su cédula de ciudadanía que milita a folio 35 del plenario (02DemandaAnexos), acredita que arribó a la edad mínima pensional de 57 años el mismo día y mes del año 2023, y además cuenta con más de 1.300 semanas cotizadas hasta el ciclo de diciembre de 2023, según la historia laboral actualizada al 14 de febrero de 2024 aportada por PROTECCIÓN S.A., (Archivo 21AportaHistoriaLaboral) por lo que se concluye, que efectivamente, como lo sentenció la falladora de primer grado, la demandante cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez en aplicación del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, por lo que se confirmará igualmente dicho aspecto de la decisión de primera instancia.

El disfrute de la prestación tendrá lugar a partir del día siguiente al que la demandante acredite ante Colpensiones su desafiliación del sistema pensional bien sea tácitamente

desde su última cotización, o con el retiro expreso, como lo establece el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, el que estipula lo siguiente:

*“La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo,” (subrayado agregado)*

En consecuencia, le asiste razón a la *a quo*, al condenar a COLPENSIONES a reconocer y a pagar a la demandante la pensión de vejez, pero solo cuando se acredite el retiro definitivo o la última cotización al sistema pensional, de modo que, en este punto también se confirma la decisión de la juez de primera instancia, al igual que los parámetros fijados por esta para realizar la liquidación de la pensión en su momento.

Ahora el hecho que los aportes al sistema pensional, tenga una dinámica distinta en el RPM que en el RAIS, en cuanto a su distribución, como se aduce en la apelación de COLPENSIONES, ello no es óbice para otorgarle la pensión a la actora.

Tampoco el hecho que no se tenga conocimiento ni plena certeza de que lo que hubiere cotizado o hubiere ahorrado la demandante en el RAIS, alcance para financiar su pensión en el RPM, es razón para negar la pensión, pues en el RPM las pensiones se financian con los aportes comunes de sus afiliados, y no con el ahorro individual de cada uno.

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

COSTAS en esta instancia a favor de la actora, y a cargo de PORVENIR S.A., y COLPENSIONES por haber sido vencidas en el recurso de apelación. Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$1.300.000, de la que responden en parte iguales cada una de las referidas AFP.

## 6. 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 ÍNTEGRAMENTE** la sentencia del 19 de febrero de 2024 proferida por el JUZGADO DIECIOCHO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **AIDA AMPARO FERNÁNDEZ ATEHORTÚA** contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a favor de la actora, y cargo de PORVENIR S.A., y COLPENSIONES Las agencias en derecho, las estima el ponente en la suma de \$1.300.000, de la que responden en parte iguales cada una de las referidas 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: **93d96f8d83cf9ccb5a8f1c5adc4b56d8c87320ef026ad7a2dbe7f6316d1c26**

Documento generado en 11/04/2024 03:19:20 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://capacitacion.ramajudicial.gov.co:9443/FirmaElectronica>**