

**TEMA: INEFICACIA DEL TRASLADO / DEBER DE INFORMACIÓN** - 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. / **INDEXACIÓN / BONO PENSIONAL TIPO A** - En el evento que se hubiese pagado a favor de la demandante, por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el importe del mismo, debe ser reintegrado a este Ministerio. El importe de otro tipo de bono, sí deberá ser reintegrado a Colpensiones. / **PRESCRIPCIÓN** - 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. /

**HECHOS:** La demandante pretende 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. La a quo despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado al RAIS efectuado por la demandante, entendiendo que, para todos los efectos legales, nunca se trasladó, y por tanto siempre permaneció afiliada en el RPM hoy administrado por Colpensiones. El fallo fue apelado por la apoderada de Porvenir S.A. argumentando, que 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; por lo tanto, solicita que la sentencia sea revocada en su totalidad. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala 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.

**TESIS:** (...) 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. (...) Ahora, conforme lo señaló la a quo, para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción pre impresa sobre que el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que el traslado se realizó con pleno conocimiento informado, lo cual no probó la AFP, siendo su carga, como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada. (...) Se precisa en esta instancia, que Protección 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 indexados, los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro 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, debe reintegrar a COLPENSIONES, la totalidad de las sumas que hubiese recibido la AFP 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.

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 **LOZANO OLIER LOEN** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.), y la **ADMINISTRADORA DE FONDO PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.) tramitado bajo el radicado No. **05001-31-05-025-2022-00165-01**.

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,

#### AUTO

De conformidad con el memorial de sustitución de poder, allegado vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por parte de la sociedad GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S. quien represente judicialmente los intereses de PORVENIR S.A. en este proceso, se procede a reconocer personería al abogado OCTAVIO ANDRÉS CASTILLO OCAMPO, portador de la T.P. 380.131 del C. S. de la Judicatura, para que represente a PORVENIR S.A. en este proceso como apoderado sustituto.

#### 1. ANTECEDENTES:

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

**Como fundamento fáctico de sus pretensiones** relata la actora que nació el 19 de mayo de 1962, y que al inicio de su vida laboral se afilió al Instituto de Seguros Sociales, hoy administrado por Colpensiones. Posteriormente se trasladó del RPM hacía el RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A. el 19 de mayo de 1994, y luego se pasó a PROTECCIÓN S.A. el 22 de abril de 2013.

Manifiesta que, no recibió una información clara, precisa y comprensible, por parte de los fondos privados, sobre las características, condiciones, consecuencias y riesgos del cambio de régimen.

Indica que solicitó a PROTECCIÓN S.A. proyección de su mesada pensional, dando como resultado la suma de \$998.149; mientras que en COLPENSIONES su monto pensional sería de \$2.475.634.

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

La *a quo* despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado al RAIS efectuado por la demandante, entendiendo que, para todos los efectos legales, nunca se trasladó, y por tanto siempre permaneció afiliada en el RPM hoy administrado por COLPENSIONES.

En consecuencia, CONDENÓ a PROTECCIÓN S.A. a que, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, traslade a COLPENSIONES todos los dineros que reposen en las cuentas de ahorro individual de la demandante, incluyendo las cotizaciones completas y los rendimientos financieros y el valor de los bonos pensionales en los que estarían representadas las cotizaciones al RPM, en caso de haberse ya redimido.

Ordenó, que ambos fondos de pensiones deberán trasladar el valor de los descuentos que efectuaron a las cotizaciones de la demandante por gastos o cuotas de administración, primas de seguros previsionales, debidamente indexados con cargo a sus propios recursos; así como los descuentos efectuados para el fondo de garantía de pensión mínima, y los aportes al fondo de solidaridad, de haberse realizado.

Al momento de cumplirse estas órdenes los conceptos deben aparecer discriminados con valores, detalle de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante, conforme lo explicado en la parte motiva.

Asimismo, ORDENÓ a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. los valores aludidos, e incorporarlos como aportes pensionales efectivos en la historia laboral de la demandante.

Para fulminar condena, la *a quo* argumentó que la ineficacia a elección del régimen pensional tiene sustento en la parte final inciso primero del art 171 ley 100 de 1993 cuando refiere a que vulnerarse el derecho a la selección y afiliación a la institución del sistema de seguridad social se dejara sin efecto la afiliación. El tema referente a la obligación que tienen las AFP de proporcionar a los afiliados información suficiente clara y completa sobre las reales implicaciones que les acarrea el traslado de un régimen pensional a otro y las posibles consecuencias jurídicas ha sido abordado en múltiples oportunidades por la Corte Suprema de Justicia.

Explicó que, según esta alta corporación y su línea jurisprudencial, radica en las AFP el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculan a ellas, que surge desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de la afiliación. Adicionalmente ha sostenido la jurisprudencia que los asuntos a los cuales se controvierte la eficacia de traslado entre regímenes pensionales se produce una inversión de la carga de la prueba, en el sentido en que la demostración del consentimiento informado que tiene la virtud de generar la convicción de que ese contrato goza de plena validez corresponde al fondo de pensiones, demostrar que si la brindó al momento del traslado, resaltando que el simple formulario no convalida el deber de información, y el traslado no se convalida en fecha posterior con la simple suscripción de otro formato.

Indicó que, en este caso, no hay evidencia que se le haya suministrado a la demandante información suficiente y veraz sobre las consecuencias de su traslado de régimen en forma y tiempo como lo ha establecido la jurisprudencia vigente, puesto que, no existe prueba alguna en los procesos que dé cuenta las asesorías que PORVENIR o PROTECCIÓN le brindaron a la actora la información necesaria para tomar su decisión de traslado.

Finalmente declaró improbadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas e impuso costas a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. y fijó como agencias en derecho la suma \$1.740.000, es decir, \$870.000 a cargo de cada fondo, y en favor de la demandante.

### **3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:**

El fallo fue apelado por la apoderada de PORVENIR S.A. argumentando, que la demandante manifestó, en su interrogatorio de parte, que se trasladó de manera voluntaria al RAIS y en ese entendido no hay lugar a que se apliquen de manera extensiva las sanciones contenidas en los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, pues como consta en la prueba documental, había suscrito un formulario de afiliación que cumplía con los requisitos de validez para la fecha y los contenidos del artículo 11 del Decreto 691 de 1994.

Respecto a las circunstancias de modo, en el caso de la actora, esta se trasladó en compañía de un asesor y en dicho momento se le indicaron las características del RAIS como el tema de la generación de rendimientos y la pensión anticipada, circunstancias que dejaban entrever que el traslado se dio con el previo asesoramiento, por tal motivo, no es posible que ahora se alegue que no recibió una asesoría o un acompañamiento por parte del fondo privado.

Resaltó que la demandante, tanto en su escrito de demanda como en el interrogatorio de parte, indicó que su deseo de retornar al RPM, se basaba en cuanto a la búsqueda de una mayor prestación económica, por tal motivo, no hay lugar a que se declare la ineficacia; además de tener en cuenta que para la fecha de la afiliación de la accionante, no era posible para este fondo realizar una proyección pensional, la cual iba acompañada de la obligación del buen consejo que empezó a regir en el año 2010, siendo posterior a la fecha del traslado y en ese entendido no puede exigirse a esta AFP el realizar acciones que no les eran oponibles en su momento y tampoco eran posibles, en razón de las fluctuaciones del mercado, los cambios de salarios y proyecciones que no podían calcular una mesada pensional más de 20 años después.

Continúo exponiendo que la naturaleza misma del acto jurídico de traslado del régimen pensional, va direccionada en cómo quiere un eventual afiliado que sus recursos sean administrados y no en cuanto sería el monto de la pensión de vejez, ya que, resulta inadmisibles pretender equiparar como los regímenes pensionales liquidan o financian las prestaciones económicas por vejez.

Del mismo modo, manifestó que se debían de tener en cuenta los deberes de diligencia y cuidado que estaban en cabeza del afiliado, con el fin de determinar cómo reaccionaron al traslado del régimen pensional y cómo se ocuparon de su situación pensional durante toda su vida laboral, pues se evidenció en el interrogatorio que no se desplegó ninguna atención conforme a informarse sobre su situación pensional, puesto que, indicó que no realizó preguntas al momento del traslado, no leyó el

formulario de afiliación, no se acercó a las oficinas de la entidad y tampoco actualizó sus datos, particularidades que no fueron analizadas por la *a quo*.

Asimismo, solicitó que sea revocada la condena en su totalidad y en caso de mantener en firme la declaratoria de ineficacia, solicitó que sean revocadas las siguientes condenas:

i) en cuanto al traslado a cargo de los propios recursos de la entidad, por los conceptos de los descuentos legales de gastos de administración y las sumas de seguros previsionales, dado que, estos descuentos se realizaron tal y como lo dispone el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, además los descuentos por gastos de administración son utilizados para generar rendimientos y los seguros previsionales fueron pagados a una aseguradora para cubrir las contingencias de invalidez y muerte que se pudieron presentar, nótese que estos descuentos también son utilizados en el RPM por lo que, a la luz de la jurisprudencia al declarar la ineficacia sin solución de continuidad, estos descuentos también son realizados en este otro régimen, y por tanto, no debería ordenarse el traslado de los mismos, toda vez, que de los aportes de la demandante, también se hubiesen realizado dichos descuentos y estos no constituirían parte del capital que maneja el régimen público a efectos de reconocer las prestaciones económicas por vejez.

ii) Con respecto a la condena de la indexación, solicitó que la misma sea revocada y expuso que, aunque si bien es cierto que lo que se busca con la indexación es que al momento de que estos descuentos sean retornados a Colpensiones, los mismos no se vean devaluados por el paso del tiempo. Añadió, que también es cierto que con la declaratoria de ineficacia las cosas vuelven a un estado anterior y en ese sentido se debe de aplicar el principio de las restituciones mutuas, por lo que los rendimientos que se ocasionaron por esta AFP no se debieron de haber generado, ni deben de ser trasladados a Colpensiones, así las cosas, el condenar sobre unas sumas indexadas y el traslado de los rendimientos que se generaron, sería un enriquecimiento sin justa causa para el RPM, debido a que, dichos rendimientos pueden compensar la finalidad de lo que se persigue con la indexación. En caso de no hacerlo, se estaría en contra del principio de congruencia y el principio de seguridad jurídica, puesto que, aunque se está declarando la ineficacia del traslado, esta se toma como si no hubiese producido efecto, sin embargo, se trasladan los rendimientos que se ocasionaron en el RAIS.

iii) Por último, solicita que sea revocada la condena en costas, porque, en todo momento ha obrado de buena fe y conforme a la normativa establecida para la fecha.

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

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, el apoderado de judicial de PORVENIR S.A, allegó escrito de alegatos de conclusión, anotando resumidamente lo siguiente:

##### 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 con mi defendida, como se expone a continuación:

- 1.1. Mi representada, al momento de realizar el traslado de la parte accionante, 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.
- 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, incluso trasladándose de forma horizontal entre fondos privados, 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 gastos o cuotas de administración, primas de seguros previsionales, los descuentos**

**efectuados para el fondo de garantía de pensión mínima y los aportes al fondo de solidaridad, sumas que se condenan a trasladar debidamente indexadas.**

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 consecencialmente 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 de los gastos o cuotas de administración, primas de seguros previsionales, los descuentos efectuados para el fondo de garantía de pensión mínima y los aportes al fondo de solidaridad, pues:

- 2.1. Atendiendo al fallo emitido por la Juez de primera instancia, en el cual se condena al traslado de los rendimientos que generó la cuenta de ahorro individual de la parte actora, producto de la administración de PORVENIR S.A., y que los efectos jurídicos que se causan tras la declaratoria de ineficacia son los propios del concepto de las restituciones mutuas, es decir, que las cosas vuelvan a un estado anterior, dan como sentido en que, no resulte procedente una indexación sobre los descuentos ordenados a trasladar, dado que dicho detrimento que sufre el valor económico de los dineros señalados, el cual se busca reponer con la indexación al momento de ser trasladados a la administradora del RPMD, se resarciría con el traslado de los rendimientos, los cuales no se debieron haber ocasionados tras la declaratoria de ineficacia.

Así las cosas, la indexación sobre el traslado de los descuentos ordenados, estaría imponiendo una condena doble en contra de mi representada y en un enriquecimiento sin justa causa sobre COLPENSIONES, sumado a que se está yendo en contra del principio de congruencia y seguridad jurídica, pues se está condenado a mi defendida en el escenario en que el acto jurídico de traslado de régimen pensional produjo efectos, pues se condena al traslado de los rendimientos generado en el RAIS, y a su vez se está dejando sin efectos, y como si nunca hubiese existido un acto jurídico de traslado de régimen pensional, en el entendido en que, la demandante siempre permaneció sin solución de continuidad en el RPMD, a razón de la declaratoria de ineficacia.

En ese orden de ideas honorables Magistrados, les solicito sea acogida la anterior formula de compensación planteada, a efectos de que se revoque la indexación sobre los descuentos legales realizados por PORVENIR S.A. a las cotizaciones de la parte actora, ordenados en el fallo de primera instancia.

- 2.2. Por otro lado, 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.

- 2.3. 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.

- 2.4. 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.

- 2.5. 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.
- 2.6. Improcedencia de traslado de las sumas con destino al fondo de garantía de pensión mínima, pues no hay ninguna razón de orden jurídico para ordenar que la remisión a Colpensiones de las sumas aportadas con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima se haga con cargo a los propios recursos de la administradora demandada. Los efectos de la ineficacia, en particular la de devolver las cosas al estado en que se hallaban antes de que se produjera el acto ineficaz, traen como lógica consecuencia que esos recursos deban ser entregados a la entidad que administra el régimen de prima media, con el fin de financiar las pensiones, de suerte que no tiene ningún sentido que permanezcan en un fondo, cuyo propósito ya no beneficiará al afiliado. Si ello es así, no se encuentra ningún motivo que justifique que esas sumas, que no están en poder de la administradora, sean remitidas con cargo a los propios recursos de esta. Ello equivaldría a una sanción injustificada, que no guarda ninguna correspondencia con los efectos jurídicos de una ineficacia, ni, mucho menos, con las restituciones que de ellos puedan derivarse.

### **3. CONDENA EN COSTAS**

En relación con la condena en costas debemos indicar que mi representada siempre obró con buena fe objetiva, en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes para la época en la que se dio el traslado de régimen pensional, sumado a que mi defendida siempre ha buscado el beneficio de la parte demandante, por lo que la condena en costas no es procedente ante la ausencia de mala fe de mi representada.

## 5. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

El problema jurídico a resolver se circunscribe a establecer si 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. 10 y 14 de la Ley 1149 de 2007 además de resolverse la apelación de 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 las afiliadas o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. primeramente, con un deber de información necesaria (en vigencia del decreto 663 de 1993), luego de asesoría y buen consejo (en vigencia de la Ley 1328 de 2009 y el decreto 2241 de 2010), y finalmente de doble asesoría (en vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015)
2. La simple constancia del consentimiento informado vertido en el formulario de afiliación, es insuficiente para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acredita un consentimiento, pero no que haya sido informado.
3. La carga de la prueba de demostrar que el afiliado recibió la información debida, veraz y suficiente cuando se afilió, le corresponde a la AFP.
4. El precedente de la CSJ en torno a la ineficacia del traslado no aplica sólo a los casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional, o contar con una expectativa pensional o derecho a la transición del art. 36 de la ley 100 de 1993, sino en todos los casos de incumplimiento del deber de información.

En el presente asunto, está probado, que la actora, estando afiliada al régimen público de pensiones administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, como se advierte de la historia laboral emitida por dicha entidad (folios 31 a 33, archivo 06ContestaciónColpensiones), se afilió a la administradora del RAIS PORVENIR S.A. el 19 de mayo de 1994 como se anota en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 35 del expediente, haciéndose efectivo el traslado 1 de junio de 1994, como se observa en el certificado SIAFP que milita a folio 48 del plenario (Documento 04 del expediente digital) y posteriormente se trasladó a PROTECCIÓN S.A. el 22 de abril de 2013, que se hizo efectivo e 1 de junio de 2013 como se evidencia en el formulación de vinculación de dicho fondo y el certificado SIAFP, que se encuentra en los folios 34 y 38 (Documento 08 del expediente digital)

De otra parte, en este caso, si bien la demandante no es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por no contar para el 1º de abril de 1994 con 40 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que PORVENIR S.A. en el año 1994 estuviera en la obligación de suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; sobre todo **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué dependería su monto en el RAIS.**

Sobre el deber de información antes citado, escuchado el interrogatorio de parte que fue absuelto por la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:51:30 del video de la audiencia de trámite y juzgamiento (documento 19 del expediente digital), no se advierte que, esta 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.

Ahora, conforme lo señaló la *a quo*, para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción pre impresa sobre que el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que el traslado se realizó con pleno conocimiento informado, lo cual no probó la AFP, siendo su carga, como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas a COLPENSIONES**, la decisión de 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 al porcentaje del reaseguro Fogafín durante el tiempo que legalmente se haya descontado de la cotización, por lo que se precisa en esta instancia, que PROTECCIÓN 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 indexados, los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro 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, debe reintegrar a COLPENSIONES, la totalidad de las sumas que hubiese recibido la AFP 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., deberá reintegrar a COLPENSIONES, indexados, los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín durante el tiempo que legalmente se haya descontado de la cotización, 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.

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 de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los*

*gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.*

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

Así mismo, 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, 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 confirmar la condena que le fue impuesta a su cargo.

Ahora, en lo que tiene que ver con la orden de la *a quo*, de reintegrar a COLPENSIONES el bono pensional que se pudiera haberse pagado a favor de la actora, tal decisión resulta desacertada, toda vez que al ser ineficaz la afiliación de la demandante al RAIS, no se origina el derecho a bono pensional, al menos el tipo A, a cargo del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y por tal razón, si el referido bono fue pagado se debe efectuar la devolución al citado Ministerio, y no a COLPENSIONES, por lo que tal orden será precisada. El importe de otro tipo de bono, sí deberá ser reintegrado a COLPENSIONES.

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, PRECISADA y MODIFICADA en los términos anteriormente expuestos.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. por haber sido vencida en el recurso de apelación. Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$1.300.000.

## **7. DECISIÓN:**

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 13 de diciembre de 2023 proferida el JUZGADO VEINTICINCO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **LOZANO OLIER LOEN** contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, PRECISANDO que **PROTECCIÓN 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 indexados, los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro de Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole.

Asimismo **PORVENIR S.A.**, deberá reintegrar a **COLPENSIONES**, indexados, los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín durante el tiempo que legalmente se haya descontado de la cotización, 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.

**SEGUNDO: MODIFICAR** la sentencia de primera instancia, en el sentido que en el evento que se hubiese pagado bono pensional tipo A, a favor de la demandante, por parte del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, el importe del mismo, debe ser reintegrado a este Ministerio. El importe de otro tipo de bono, sí deberá ser reintegrado a **COLPENSIONES**.

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a favor de la demandante y a cargo de **PORVENIR S.A.** Las agencias en derecho, las estima el ponente en la suma de \$1.300.000.

La anterior sentencia se notifica a las partes en EDICTO.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

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

**Firmado Por:**

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

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

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

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

Código de verificación: **dab816146064268a1e2ea0f514f91c89b4c46163a87cea108fdc6702f82ca8d4**

Documento generado en 11/04/2024 03:19:39 PM

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