

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### SALA DE DECISIÓN LABORAL

El dieciséis (16) de febrero de dos mil veintitrés (2023), 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 **MARTA CLEMENCIA SOSA TABORDA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.), y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.** (en adelante COLFONDOS S.A.) la tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-004-2017-00291-01.

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.

**Como fundamento fáctico de sus pretensiones** relata la actora, que nació el 27 de octubre de 1958, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad.

Expone que durante su vida laboral estuvo afiliada inicialmente al ISS y posteriormente se trasladó a la AFP PORVENIR S.A.

Aduce que el asesor de PORVENIR S.A no le brindó la información debida, acerca de los efectos y consecuencias del traslado y le manifestaron que en el fondo privado se

pensionaba mejor que en el ISS y que se pensionaba anticipadamente, inclusive antes de la edad mínima exigida en el ISS, debido a los rendimientos que produjera su cuenta de ahorro individual y que el ISS se iba a acabar.

Señala que no se le informó que la pensión era por capital, ni del derecho de retracto, ni le hicieron un comparativo entre ambos regímenes para determinar la conveniencia o inconveniencia del traslado. Cuenta que tampoco le indicaron los factores que se tenían en cuenta para determinar la fecha probable de la pensión y su monto, ni que le cobrarían comisiones, y como la afectaría, ni tampoco le informaron que los riesgos financieros los asume el afiliado.

Manifiesta que durante la afiliación no le hicieron, un estudio individual, previo, concreto de índole técnica y financiera que le permitiera dimensionar la trascendencia de su decisión y objetivar las ventajas y desventajas de uno y otro régimen, es decir que el asesor de PORVENIR S.A. no le brindó información adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta para tomar la mejor decisión frente a su traslado.

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

El *a quo* despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenando en consecuencia a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todas las sumas que recibió con ocasión del traslado y las que actualmente integran la cuenta de ahorro individual tales como: aportes, rendimientos financieros, el pago de primas y comisiones de seguros previsionales, el aporte a la garantía de pensión mínima y los gastos o comisiones de administración de manera indexada, desde su causación hasta el momento del pago a COLPENSIONES.

Así mismo ordenó a COLFONDOS S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los valores que corresponden a las comisiones, gastos o pagos de administración, al pago de seguro y reaseguros y al pago destinado a la conformación del capital de garantía de pensión mínima con sus propios recursos y de manera indexada, por el tiempo que estuvo la actora afiliada a COLFONDOS S.A.

Seguidamente condenó a COLPENSIONES a recibir como obligada los valores de la cuenta de ahorro individual que trasladen las AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., y reactivar la afiliación de la demandante en el RPM, actualizando su histórico laboral de aportes y a incluir los aportes provenientes de PORVENIR S.A. y

COLFONDOS S.A. Como medida cautelar indicó que COLPENSIONES no podrá negar el reconocimiento pensional a la demandante aduciendo que no le han llegado los valores del RAIS a su satisfacción y equivalencia.

De otro lado declaró que la demandante es beneficiaria del régimen de transición en aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en razón a tu edad.

Para fulminar condena, el *a quo* argumentó que la Corte Suprema de Justicia tiene fijada una línea jurisprudencial sobre el tema de la afiliación a un régimen pensional que se sintetiza en la obligación de brindar una información completa, suficiente, idónea y comprensible sobre las características de los regímenes pensionales, determinando e informando la conveniencia e inconveniencia de uno y otro régimen, y la inversión de la carga de la prueba de la información brindada en cabeza de las AFP.

Luego, señaló que en el proceso no se probó por parte de las AFP 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 preimpreso, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado.

Finalmente, declaró no probadas las excepciones de fondo o de mérito propuestas por las demandadas, condenó en costas a PORVENIR S.A. por haber sido vencida en juicio y absolvió de las mismas a Colpensiones.

### **3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN:**

La sentencia fue apelada por los apoderados de PORVENIR S.A., de COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES.

#### **APELACIÓN DE PORVENIR S.A.**

La apoderada de PORVENIR S.A. apela la sentencia, solicitando al Tribunal la revoque de manera total, indicando que si bien existe un precedente judicial del órgano de cierre como es el de la jurisdicción, este precedente no se aplica de manera objetiva ya que se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto, y es por ello que no le asiste razón al fallador de primera instancia al declarar la ineficacia y/o nulidad del

traslado con base en la falta de información cuando al momento del traslado no era obligatorio que PORVENIR S.A. documentara toda la información que se le brindó a la demandante de forma escrita sino que bastaba simplemente con una información verbal que se viera materializada y válida en el momento en el que el afiliado expresaba su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario de conformidad con las disposiciones normativas vigentes sobre el particular, tal como ocurrió en el presente asunto, de manera que PORVENIR S.A. cumplió con la totalidad de las obligaciones a su cargo y la permanencia de la actora en RPM ha sido una decisión libre, voluntaria e informada que se ha ratificado con el paso del tiempo, y con su decisión de trasladarse a otro fondo de pensiones como fue COLFONDOS S.A. y posteriormente reintegrándose a PORVENIR S.A. aun teniendo la oportunidad de devolverse al ISS hoy administrado por COLPENSIONES.

Aduce que la sentencia T 569 del año 2015 indica cuales son los parámetros en los eventos de los cánones protectores de los derechos del trabajador, la seguridad social ordena la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, al afiliado y al beneficiario del sistema de seguridad social. El texto legal así colegido debe emplearse respetando el principio inescindibilidad, es decir, que se debe de aplicar de manera íntegra con la relación de la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece sin que sea admisible fragmentaciones tomando simplemente lo más favorable de las disposiciones del conflicto, utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido y manifiesta que trae dicho aparte porque al momento de declararse la ineficacia y/o nulidad de la afiliación simplemente se está indicando que PORVENIR S.A. debe asumir todos los riesgos y emolumentos que deben ser trasladados a COLPENSIONES desconociendo todo el trabajo que realizó PORVENIR S.A. al momento de demostrar los rendimientos, los frutos y los intereses que se generaron en la cuenta de ahorro individual de la demandante, dejando a la actora como si el desconociendo de la Ley fuera su excusa para su incumplimiento y así, se estaría inmerso en un error de derecho que no es causal de nulidad en razón a que la actora ha estado `por más de 20 años en los fondos privados sin que haya presentado tan si quiera una queja o una inconformidad con los fondos.

Relata que la Doctora Ana María Muñoz Segura desde al año 2020 ha venido indicando que se deben tomar como actos de relacionamientos la suscripción de varios formularios por el afiliado como su intención de permanecer afiliado en el RAIS, como es en este caso concreto ya que la demandante suscribió tres formularios de afiliación, ratificando su deseo de permanecer en régimen en mención.

Manifiesta que tampoco es posible la devolución de los gastos de administración porque de acuerdo en lo dispuesto del inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, pues en el RPM también se destina el 3% de las cotizaciones a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia, es decir que dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello dichas sumas si están sujetas a la prescripción, y que la Superintendencia Financiera de Colombia en concepto del 17 de enero de 2020 indicó de forma expresa, que en los eventos en que proceda la ineficacia del traslado las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado sin que proceda la devolución de primas de seguros, en consideración de que la compañía de seguros cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, ni tampoco procede la devolución de la comisión de administración, aduce que deberá declararse la prescripción respecto de la devolución de gastos de administración, de las primas de seguros y de cualquier otra suma diferente al capital de la cuenta de ahorro individual del afiliado, los rendimientos financieros, porque dichos rubros no financian la prestación económica de vejez y mientras no financien la prestación se puede predicar su imprescriptibilidad.

Expone no estar de acuerdo con la condena de costa interpuesta a PORVENIR S.A., primero por ser de un monto considerablemente significativo y segundo porque PORVENIR S.A es la única AFP que asume el daño colateral del pago de unas costas, y que la sentencia C- 157 del 2013 señala que la condena en costa no resulta de un obrar temerario o de mala fe sino que es el resultado de una derrota en el proceso o recurso que haya propuesto según el artículo 365 del Código General del Proceso, de manera que las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una de las partes ni tampoco puede asumirse como una sanción en su contra, aduce que PORVENIR S.A. no puede ser el único sujeto procesal que deba realizar el pago costas procesales.

#### **APELACIÓN DE COLFONDOS S.A.**

La apoderada de COLFONDOS S.A. apela la sentencia, señalando que se opone a la condena de devolver los dineros consagrados en el numeral tercero de la sentencia de manera indexada a COLPENSIONES. Expresa que los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora han producido unos frutos y unos rendimientos durante el tiempo que estuvo afiliada la demandante a COLFONDOS S.A. y se estaría produciendo un enriquecimiento sin justa causa en favor de COLPENSIONES.

Aduce que no es pertinente que se ordene la indexación de las sumas que deben ser devueltas a COLPENSIONES, ya que por estar aun en poder de una AFP los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual se encuentran produciendo unos rendimientos mínimos que evitan o compensan la pérdida del poder adquisitivo del dinero.

## **APELACIÓN DE COLPENSIONES.**

La apoderada de COLPENSIONES apela la sentencia proferida en esta instancia, indicando que conforme a la determinación del régimen de transición de la demandante, será COLPENSIONES quien una vez la demandante inicie los trámites administrativos para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez deberá verificar la existencia o no de los requisitos aducidos en la demanda, porque de no cumplir con los requisitos la actora deberá ser pensionada de conformidad a la Ley 797 de 2003.

En cuanto a la medida cautelar interpuesta a COLPENSIONES solicita al Tribunal revocar dicha medida en razón a que COLPENSIONES en aras del principio de sostenibilidad financiera del sistema debe de verificar que se retornen a satisfacción y equivalencia todos los recursos que deben ser trasladados por parte de PORVENIR S.A. y de COLFONDOS S.A., toda vez que no se puede argumentar que COLPENSIONES es un fondo común y que por ello pueda asumir todas las cargas prestacionales de todas las personas que ingresen o retornen al RPM sin tener los recursos para hacerlo, porque no se puede desangrar el sistema permitiendo que las prestaciones económicas sean reconocidas sin que COLPENSIONES reciba todos los aportes, rendimientos, cuotas de administración, gastos de seguros y reaseguros para poder solventar la prestación económica que en su momento la demandante pueda solicitarle a COLPENSIONES.

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

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, la apoderada judicial de COLPENSIONES allegó escrito de alegatos de conclusión, en los que señaló resumidamente lo siguiente:

### **1- DECLARACIÓN DE INEFICACIA DE TRASLADO**

Una vez realizada la declaración de INEFICACIA DE TRASLADO realizada por la demandante a la AFP PORVENIR S.A, Y AFP COLFONDOS S.A se debe garantizar que en cuanto a COLPENSIONES se cumpla con la carga impuesta a dicha

administradora de Fondos de Pensiones en cuanto a traslado de LAS SUMAS QUE INTEGRAN LA CUENTA DE LA AFILIADA TALES COMO: COTIZACIONES, APORTES, SUMAS ADICIONALES, RENDIMIENTOS FINANCIEROS, GASTOS DE ADMINISTRACIÓN PAGOS DE SEGUROS Y REASEGUROS FOGAFIN, FONDO DE GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA Y EVENTUAL BONO PENSIONAL,, todo esto ya que una vez la entidad COLPENSIONES reciba dichos recursos de manera idónea y pueda cumplir a futuro con la Prestación Económica que la demandante solicite.

Ahora bien, si esta honorable corporación considera procedente la teoría de la ineficacia concedida por EL A QUO, se solicita se ordene al fondo privado la devolución de aportes y demás rubros indicados en líneas anteriores en razón a la afiliación que se está declarando ineficaz, dichos dineros deben ser trasladados debidamente indexados y en caso de existir montos faltantes en razón a las equivalencias una vez que COLPENSIONES valide la historia laboral de la demandante sea PORVENIR S.A Y COLFONDOS S.A quienes asuman de su propio patrimonio dicho monto faltante, lo anterior a raíz de que si la afiliada no va a hacer uso del fondo es claro que no tiene que quedarse el mismo con ningún monto, máxime que si el traslado efectuado se declaró ineficaz lo que los efectos surtidos quedan sin valor alguno.

Igualmente, es importante indicar al HONORABLE TRIBUNAL que tengan presente al momento de proferir Sentencia que la entidad que represento COLPENSIONES es una entidad de orden público y en virtud de la estabilidad financiera del sistema y evitar un posible detrimento patrimonial en caso de reconocer una Prestación Económica pensión de vejez sin recibir todos los rubros válidamente cotizados por la afiliada en el tiempo que duro su vínculo con el Régimen de Ahorro individual se causaría un déficit en el sistema.

Para lo anterior se solicita tener presente sentencias muy recientes de la Honorable Corte Suprema de Justicia que regulan al respecto, tales como las SL 1421, SL 1452 y SL 1688 todas del año 2019.

No es procedente imponer cargas económicas adicionales a COLPENSIONES y más cuando su actuar siempre se ha regido por el principio legal y constitucional de la buena fe y entre sus funciones no se encuentra retener a sus afiliados, por lo que todo lo acontecido en razón al traslado de régimen de la parte actora no puede ser atribuido bajo ninguna perspectiva a esta entidad, ni se le puede imponer cargas insostenibles, motivo por el cual se reitera la solicitud de devolución de todos los rubros.

## **2.- FRENTE AL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PENSIÓN DE VEJEZ POR RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.**

Debe indicarse que frente a esta situación deberá ser COLPENSIONES una vez se reactive la afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y se proceda a validar el histórico laboral de aportes desde la primera hasta la última cotización, que COLPENSIONES determinará bajo qué régimen pensional debe reconocerse la prestación económica de vejez a la parte actora.

## **3.- FRENTE A LA MEDIDA CAUTELAR IMPUESTA A COLPENSIONES E.I.C.E**

Se presenta inconformidad frente al numeral de la Sentencia de instancia que dispuso que Colpensiones no puede negar el reconocimiento pensional aduciendo que no le han llegado los dineros de la cuenta individual de la demandante a satisfacción, cuando dicho reconocimiento no fue objeto del proceso; y adicionalmente, no podría calcularse el valor de la mesada pensional, dado que son estos dineros los que establecen el IBC para el cálculo del IBL, y sin dichos saldos y reportes sería imposible su análisis; contando en todo caso Colpensiones con el término de 4 meses para pronunciarse de fondo, luego de la recepción de dichos dineros y de la solicitud elevada por la parte demandante frente a la prestación económica de pensión de vejez.

Se indica que en sentencia del Honorable Tribunal Superior de Medellín Radicado 05001310500420170057201 sala cuarta de decisión, en términos similares frente a la medida cautelar REVOCA LA SENTENCIA frente a este numeral indicando lo siguiente:

...” Finalmente, en la parte resolutive de la Sentencia de Primera Instancia, el Juez dispuso que COLPENSIONES no puede negar el reconocimiento de la pensión de vejez, aduciendo no haber llegado a su satisfacción los dineros de la cuenta de ahorro individual de la actora.

Al respecto considera la Sala que le asiste razón a Colpensiones en el recurso de apelación, en cuanto que el reconocimiento de la pensión de vejez no fue una pretensión propia del presente proceso y por tanto al no haber sido objeto de debate, no debe haber pronunciamiento alrededor de sus posibles consecuencias; y es que tampoco equivale a un pronunciamiento extra o ultra petita, que sí es una facultad de que goza el Juez de primera instancia, dado que en los hechos de la demanda no se hizo alusión alguna a requisitos relacionados con la pensión de vejez. REVOCA.



Se indica que en sentencia del Honorable Tribunal Superior de Medellín Radicado 05001310500420170107701 sala segunda de decisión, en términos similares frente a la medida cautelar REVOCA LA SENTENCIA frente a este numeral indicando lo siguiente:

**Medida cautelar.**

Referente a este aspecto la Sala considera que le asiste razón a la apoderada de Colpensiones en cuanto el Juez se extra limitó al ordenar a esta administradora como medida cautelar que procediera a reconocer la pensión sin importar si se le han trasladado las sumas ordenadas en la sentencia.

Lo primero que se encuentra es que las pretensiones de la demanda únicamente fueron encaminadas a lograr la ineficacia del traslado, no la pensión de vejez, a cargo de esta entidad, sin que el Juez pueda entrar a analizar requisitos en este sentido.

Ahora el argumento que el a quo esgrime es que el demandante no puede esperar a que se realice el traslado de las sumas ordenas, cuando las administradoras lo consideren, en lo que no encuentra coherente la Sala porque el mismo en su condena estableció que los traslados debían realizarse dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, lo que de suyo ya prestaría merito ejecutivo para que la actora actué ante las condenadas.

En razón a lo anterior se debe **Revocar** la orden impuesta a Colpensiones llamada “medida cautelar”, de proceder a reconocer la pensión a la actora sin dilaciones, en su lugar se absuelve a la administradora pública de esta condena.

Igualmente se le indica al despacho que COLPENSIONES es denominado como un “fondo común” es decir allí reposan las cotizaciones de las personas que son activas laboralmente, de estos dineros no se puede disponer con la sola afirmación de que se tiene de donde asumir cargas prestacionales como lo es pensión de vejez, **pues la entidad debe RECIBIR LOS VALORES ORDENADOS por parte del fondo privado con el fin de realizar ACTUALIZACIÓN DEL HISTÓRICO LABORAL DE APORTES, ACTIVAR LA AFILIACIÓN DE LA DEMANDANTE, VERIFICAR HISTORIA LABORAL y una vez hecho lo anterior y en aras de garantizar la estabilidad financiera del sistema conforme al acto legislativo 01 de 2005 se proceda a realizar los análisis respectivos para el reconocimiento y pago de la prestación económica, pues incluso en este momento para COLPENSIONES la demandante no está activa en el régimen de prima media con prestación definida es decir carga de reconocer y pagar PENSIÓN DE VEJEZ no existe hacia COLPENSIONES.**

## 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.

Igualmente, se decidirá si la “medida cautelar” decretada de oficio por el juez se ajusta a derecho e igualmente si la declaratoria de que la demandante es beneficiaria del régimen de transición del Art. 36 de la Ley 100 de 1993, es procedente.

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

## 6. CONSIDERACIONES:

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

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

La jurisprudencia de la SCL de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia SL12136-2014 del 03 de septiembre de 2014, abandonando el concepto de **nulidad** del traslado, precisó que la omisión en la debida asesoría de las AFP al momento del referido traslado lo convierte en **ineficaz**, por violentar la exigencia del literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993, sobre la obligatoriedad de que tal manifestación de

traslado fuera libre y voluntaria y contempló, que de no ser así, la afiliación respectiva quedaría sin efecto y podría realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

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

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

En el presente asunto, está probado, que la actora, estando afiliada al régimen pensional de prima media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, según historia laboral que reposa a folios 29 a 35 del expediente (Documento 01 del expediente digital), se afilió a la administradora del RAIS PORVENIR S.A. el 26 de noviembre de 1997 como se advierte en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 175 del expediente (Documento 01 del expediente digital). Seguidamente se afilió a la administradora de RAIS COLFONDOS S.A el 09 de febrero de 2001 con efectividad al 1º de abril de 2001 como se anota en el certificado SIAFP que milita a

folio 177. Posteriormente retornó a la administradora PORVENIR S.A. el 23 de agosto de 2005 como se registra en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 176 del expediente (Documento 01 del expediente digital), con efectividad al 1º de octubre de dicha anualidad conforme se indica en el certificado de SIAFP.

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 00:33:36 del video de la audiencia de trámite y fallo (documento 10 del expediente), 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, entre otros aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

De otra parte, se relevante que para el caso de la demandante, para el momento del traslado de régimen pensional, era beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues, conforme a la copia de su cedula de ciudadanía que milita a folio 73 del plenario, nació el 27 de octubre de 1958 por lo que para el 1 de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad, y pese a ello, no se acredita en el proceso, que a la demandante se le haya puesto de presente tal situación y se le hubiese explicado en el momento del cambio de régimen pensional, que con dicha decisión estaba abandonando dicho beneficio transicional que le otorgaba beneficios especiales en su situación Pensional y que los perdía ante su traslado al RAIS.

Ahora, conforme lo señaló el *a quo*, y contrario a lo manifestado por la apoderada de PORVENIR S.A. en su recurso de alzada para probar dicha asesoría, 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 probaron las AFP, siendo su carga, como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada, por lo que habrá de confirmarse en esta instancia la decisión del *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por la demandante en el año 1997 cuando se trasladó del RPM administrado en ese momento por ISS hoy COLPENSIONES a la AFP PORVENIR S.A.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES, encuentra la Sala que la orden impartida por el *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, como lo argumentó Colpensiones la devolución que debe realizar PORVENIR 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, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole, lo que se precisará en esta instancia.

Igualmente COLFONDOS S.A., debe devolver a Colpensiones los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, durante el tiempo que la actora estuvo afiliada a esta AFP, pues al declararse la ineficacia del acto de traslado, **ningún efecto jurídico puede derivarse de este** y por tanto, deben reintegrarse a COLPENSIONES, la totalidad de las sumas que hubiesen recibido las AFP demandadas como cotización de la demandante, como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Ha explicado la Corte Suprema de Justicia que las consecuencias prácticas de la ineficacia son idénticas a las de la nulidad, señalando la Sala Civil de la alta Corporación que: *«cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás»* (CSJ SC3201-2018).

En este orden de ideas, como lo dispone el art. 1746 del C.C., norma que regula las restituciones mutuas en el régimen de nulidades: *“La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”*.

En este sentido se pronunció igualmente la SCL de la CSJ, sentencia 31989 de 8 de septiembre de 2008 y lo reiteró en sentencias SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019 y SL1688-2019, en la que precisó:

*“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación dla actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e*

*intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

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

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

Asimismo, contrario a lo manifestado por la apoderada de PORVENIR S.A. en su recurso de apelación al tratarse de la declaratoria de un acto ineficaz que acarrea los mismos efectos de uno nulo, no es dable concebir, so pretexto del principio de la **buena fe o de una buena gestión en la administración del bien**, que dichas sumas queden por fuera de las restituciones, de un lado, porque se trata de rubros que pertenecen al régimen de prima media con prestación definida, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otro, porque es la indebida actuación por parte de las AFP demandadas, al no proveer la información clara, completa y comprensible a través de sus asesores, la que acarrea como consecuencia, además del hecho de generar la declaratoria de ineficacia, que deban asumir con su patrimonio los perjuicios que se ocasionen a los afiliados y las sumas sufragadas a terceros, como lo son las aseguradoras previsionales, ello con base en los artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

En lo concerniente a la solicitud de la apoderada de COLPENSIONES en el recurso de alzada en el sentido que todas las sumas devueltas por las AFP del RAIS deben hacerse de manera indexada, considera la Sala que tal solicitud no es procedente, por cuanto el rubro referido al porcentaje de las cotizaciones que fue abonado en la cuenta de ahorro pensional de la actora ninguna depreciación sufrieron por haber generado intereses, y respecto del porcentaje denominado cuota de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro de Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, que no ha generado rendimientos por haber sido consignado en la cuenta de ahorro pensional, el *a quo* ordenó su indexación, lo que es procedente ante

su depreciación por el paso del tiempo, por lo que como ya se anotó se confirmará y precisará en esta instancia.

Con el anterior argumento queda resuelta la apelación de COLFONDOS S.A. en lo relativo a su oposición a la condena de devolver los dineros consagrados en el numeral tercero de la sentencia de manera indexada a COLPENSIONES, expresa que los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora han producido unos frutos y unos rendimientos mínimos que evitan o compensan la pérdida del poder adquisitivo del dinero.

Ahora sobre la teoría de los actos de relacionamiento, alegados por PORVENIR S.A. referentes al traslado de la actora entre distintas AFP del RAIS, que denotarían su voluntad de pertenecer al RAIS, teoría expuesta por la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 413-2018, ha de tenerse en cuenta que dicha Sala de descongestión no tiene la facultad para variar la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte permanente, habiéndose pronunciado ya esta Corte en su Sala permanente en el sentido que tales actos de relacionamiento, no pueden ser fundamento para negar la ineficacia del traslado de régimen pensional, pues la falta al deber de asesoría se debe estudiar al momento de traslado y no en relación con actos posteriores a este.

Al respecto esto, precisó la SCL de la CSJ en la Sentencia SL 5686-2021:

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

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

De otra parte, la apoderada de PORVENIR S.A. argumenta en la apelación, no estar de acuerdo con la condena de costa que se le impuso, por ser de un monto considerablemente significativo y segundo porque PORVENIR S.A. es la única AFP que asume el daño colateral del pago de unas costas, y que PORVENIR S.A. no puede ser el único sujeto procesal que deba realizar el pago costas procesales.

Respecto del anterior aspecto de la apelación de PORVENIR S.A. es necesario manifestar que, en lo relativo al monto de la condena de las agencias en derecho que se dispuso en la sentencia recurrida por considerarlas muy altas, para lo cual la Sala, debe manifestar, que sobre el monto de las agencias en derecho las que harán parte de las costas que finalmente se liquiden por el Secretario y se aprueben por el Juez, en su oportunidad una vez el expediente vuelva al juzgado de origen solo es viable apelar contra el auto que apruebe la liquidación de costas que incluyen las agencias en derecho fijadas en la sentencia, pues este auto es apelable a la luz del art. 65 del CPTSS y 366 del CGP, por lo que tal aspecto no puede ser objeto de decisión como apelación de la sentencia.

Ahora respecto de la manifestación de PORVENIR S.A. que no puede ser el único sujeto procesal que deba realizar el pago costas procesales, es preciso manifestar que esta AFP no tiene legitimidad para reclamar condena en costas a otros demandados, pues es un aspecto que no tiene ninguna incidencia jurídica en su contra, y la apelación solo tiene como fin solicitar que se modifique o revoquen aspectos que tenga efectos jurídicos perjudiciales a quien recurre, como exige el Artículo 320 del CGP.

En lo que tiene que ver con lo pedido por la apoderada de COLPENSIONES en sus alegatos de segunda instancia, 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, y por tal razón, si el referido bono fue pagado se debe efectuar la devolución al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y no a COLPENSIONES, aspecto sobre el que se adicionará la sentencia de primera instancia, pues por la edad de la actora es posible que PORVENIR S.A. haya gestionado y obtenido el pago del referido bono pensional.

No obstante, como la actora antes de su traslado al RAIS tuvo vinculación como empleada del sector público en salud, es posible que la AFP haya gestionado el reconocimiento y pago de bono pensional distinto al tipo A, a favor de la demandante, por lo que si PORVENIR S.A. ha recibido el importe de bono pensional distinto al tipo A, dicho importe también debe ser devuelto 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.

De otra parte, respecto de la prescripción de las cuotas de administración ella no opera, toda vez que la obligación de restituir estos se origina con la declaratoria de ineficacia del traslado que solo se produce con la ejecutoria de las sentencias que la declara, por lo que no sería procedente la prescripción de las cuotas de administración.

Finalmente, en lo relativo a la oposición de COLPENSIONES en su apelación en cuanto a la medida cautelar emitida por el *a quo*, referente a que COLPENSIONES no podrá negar el reconocimiento pensional a la demandante aduciendo que no le han llegado los valores del RAIS a su satisfacción y equivalencia, considera la sala le asiste razón a COLPENSIONES, pues este asunto no es objeto de petición en la demanda, ni fue debatido en el proceso, ni se indicó en la fijación del litigio que sería resuelto, por lo que su resolución vulnera los derechos de contradicción y defensa de las partes, y por ello tal decisión será revocada.

Ahora, respecto de la decisión del juez en el sentido de declarar que la actora es beneficiaria del régimen de transición en aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en razón a tu edad, tal asunto sí fue objeto de pretensión y además se indicó en la fijación del litigio que sería uno del asunto a resolver, por lo que en principio tal decisión es procedente, y en efecto como quiera que la demandante nació el 27 de octubre de 1958, al 1 de abril de 1994 que entró a regir el sistema pensional de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 35 años de edad y la actora registra afiliación y cotizaciones al ISS hoy COLPENSIONES desde el año 1980 por lo que se confirmará la decisión de primera instancia de declarar que la demandante es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993

No obstante lo anterior, se precisará en esta instancia que la declaratoria de que la actora es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no implica necesariamente que COLPENSIONES le deba reconocer la pensión de vejez como beneficiaria de tal régimen si a su juicio considera que por alguna razón distinta a su traslado de régimen pensional que se declara ineficaz, lo pudo haber perdido, y obviamente también, sin perjuicio que la actora pueda reclamar COLPENSIONES que se le otorgue la pensión de vejez como beneficiaria del citado régimen de transición, y que finalmente pueda acudir a la justicia para que se decida ello de ser necesario.

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

**COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. por haber salido vencidas en el recurso de apelación interpuesto. Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$1.160.000 de la que responde cada una de estas AFP en un cincuenta por ciento.

## 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 27 de octubre de 2021 proferida por el JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **MARTA CLEMENCIA SOSA TABORDA** contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.** en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante, PRECISANDO que como consecuencia de ello:

PORVENIR S.A. deberá entregar 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

Igualmente, COLFONDOS S.A., deberá entregar a COLPENSIONES indexados, los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, durante el tiempo que la actora estuvo afiliada a esta AFP

**SEGUNDO: ADICIONAR** la sentencia de primera instancia en el sentido que si PORVENIR S.A. ha recibido el importe de bono pensional tipo A, a favor de la demandante debe efectuar la devolución del mismo al MINISTERIO DE HACIENDA Y

CRÉDITO PÚBLICO. No obstante, si PORVENIR S.A. ha recibido el importe de bono pensional distinto al tipo A, dicho importe también debe ser devuelto a COLPENSIONES.

**TERCERO: REVOCAR** la sentencia de primera instancia en cuanto DECLARÓ que COLPENSIONES no podrá negar el reconocimiento pensional a la demandante aduciendo que no le han llegado los valores del RAIS a su satisfacción y equivalencia.

**CUARTO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en cuanto DECLARÓ que la actora es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ADICIONÁNDOLA en el sentido que ello no implica necesariamente que COLPENSIONES le deba reconocer la pensión de vejez como beneficiaria de tal régimen, si a su juicio considera que por alguna razón distinta al traslado de régimen pensional que se declara ineficaz, lo pudo haber perdido, sin perjuicio que la actora pueda reclamar COLPENSIONES que se le otorgue la pensión de vejez como beneficiaria del citado régimen de transición, y que finalmente pueda acudir a la justicia para que se decida ello de ser necesario.

Los demás aspectos de la sentencia de primera instancia que no se revocan, precisan o modifican en esta sentencia de segunda instancia se CONFIRMAN.

**QUINTO: COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR S. A y de COLFONDOS S.A. en favor de la demandante. Las agencias en derecho, la estima el ponente en la suma de \$1.160.000, de la que responde cada una de estas AFP en un cincuenta por ciento.

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: **f39ef07272d1fe013697c321900803fe4851031395faef0d4504d17a10383ce5**

Documento generado en 16/02/2023 01:41:41 PM

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