



## SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** MARCELINO PASCUA BERNAL  
**Demandados:** COLPENSIONES y OTROS  
**Procedencia:** JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN  
**Providencia:** SENTENCIA n.º 38  
**Radicado n.º:** 05001-31-05-003-2019-00490-01 (O2-22-454)

En Medellín, a los veintiún (21) día del mes de marzo de dos mil veintitrés (2023), en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 15 de la Ley 2213 de 2022 y en consonancia con el artículo 10 del Acuerdo PCSJA20-11567 del Consejo Superior de la Judicatura, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados **CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES**, **SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE** y **VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO**, quien actúa como magistrado sustanciador, procede a decidir los recursos de apelación interpuestos por el extremo pasivo litigioso, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública de seguridad social demandada, dentro del proceso ordinario instaurado por **MARCELINO PASCUA BERNAL** en contra de **COLPENSIONES**, **COLFONDOS S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, con radicado n.º 05001-31-05-003-2019-00490-01 (O2-22-454).

Se deja constancia que el respectivo proyecto de fallo fue puesto a consideración de la Sala, y estando debidamente aprobado, se procede a dictar la sentencia que en derecho corresponda.

### 1. ANTECEDENTES

Mediante poderhabiente judicial, **MARCELINO PASCUA BERNAL** pretende que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, la consiguiente reactivación de su afiliación a COLPENSIONES sin solución de continuidad, la condena a la AFP al pago a título de perjuicios de la pensión de vejez mientras COLPENSIONES reconoce dicha prestación junto con los intereses moratorios y/o la indexación, así como el pago de las costas procesales, con apoyatura en que estuvo afiliado al ISS para los riesgos de IVM desde el año 1982, hasta diciembre de 1994, cuando se trasladó de régimen a través de la AFP COLFONDOS S.A., luego de lo cual, se afilió a la AFP PROTECCIÓN S.A., desde el año

2002; que al momento del traslado de régimen pensional no le suministraron información veraz, eficaz, oportuna y suficiente sobre los requisitos que debía adelantar para causar la pensión de vejez; y que le informaron verbalmente que ya no podía pasarse de régimen pensional.

## **1.1 TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La demanda fue admitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín mediante auto del 22 de agosto de 2019 (carpeta: expediente, doc. 002, pág. 37), con el cual ordenó su notificación y traslado a las accionadas.

PROTECCIÓN S.A., luego de notificada (carpeta: expediente, doc. 004, pág. 27), incoó contestación a la demanda el 1º de noviembre de 2019 por intermedio de gestora judicial (carpeta: expediente, doc. 002, pág. 39 y ss.), la que se opuso a las pretensiones de la demanda, asuntando para ello que la afiliación al RAIS existe, es válida y se dio sin que se configurara ningún vicio del consentimiento. De igual modo, en su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, e inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional por falta de afiliación, de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP por inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración por falta de causa.

A su turno, seguido a su notificación (carpeta: expediente, doc. 004, pág. 28), COLPENSIONES, al contestar la demanda el 10 de diciembre de 2019 a través de mandataria judicial (ibíd. pág. 29 y ss.), se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones formuladas dentro del líbello petitorio, por carecer de asidero fáctico, legal y probatorio; a la vez de proponer las excepciones de mérito que nominó: improcedencia de declarar ineficaz o nulo la afiliación al RAIS, falta de causa para demandar, prevalencia de la autonomía de la voluntad, prescripción, sostenibilidad y equilibrio financiero, improcedencia de condena en costas, y buena fe.

Por actuación del 14 de febrero de 2020, el *a quo* dispuso la integración de la litis con las AFP COLFONDOS S.A. en calidad de litisconsorcio necesario por pasiva (carpeta: expediente, doc. 005, pág. 12). Seguidamente, la AFP COLFONDOS S.A., aportó respuesta al líbello incoativo a través de apoderado judicial el (doc. 19), oponiéndose a las pretensiones de la demanda porque, a su parecer, su representada sí brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las

implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas. En tal propósito, propuso los medios enervantes que designó: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del conocimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación, prescripción, compensación y pago.

En la etapa de fijación del litigio de la audiencia consagrada en el artículo 77 del CPT y la SS, llevada a cabo el 12 de septiembre de 2022 (doc. 39), el *a quo* impuso multa por valor de \$2.000.000, en contra de COLFONDOS S.A., debido a que quién compareció alegando la calidad de representante legal, no pudo contestar las preguntas que sobre el proceso le efectuó el *a quo*, alegando que ni siquiera tenía acceso a la información requerida, lo que estimó como grave falta procesal (min. 32:00), en los términos normados en el artículo 60ª de la Ley 270 de 1996.

## 1.2. DECISIÓN DE PRIMER GRADO

El proceso se dirimió en primera instancia mediante sentencia proferida 12 de septiembre de 2022 (doc. 39), oportunidad en la cual el cognoscente de instancia declaró que las AFP demandadas faltaron a su deber de buen consejo al demandante desde cuando se trasladó de régimen pensional y que por ello le causaron un daño, declarando la inaplicación por inconstitucional del traslado de régimen pensional del demandante y que éste sigue afiliado al RPMPD sin solución de continuidad, pero a cargo de las AFP demandadas, ordenando a PROTECCIÓN S.A. a reconocer y pagar la pensión de vejez al demandante bajo el RPMPD desde el **1º de junio de 2022**, hasta que solicite y pague a COLPENSIONES el condigno cálculo actuarial con miras a la subrogación pensional, para lo cual podrá usar los recursos de la cuenta de ahorro individual, y autorizando a PROTECCIÓN S.A. a recobrar el valor del cálculo actuarial a COLFONDOS S.A. a prorrata del tiempo de afiliación del demandante a éstas, absolviendo a COLPENSIONES de las pretensiones incoadas, pero ordenándole que elabore y reciba el monto del cálculo actuarial en cita, a la par de gravar en costas a la AFP PROTECCIÓN S.A. y a favor del actor, pudiendo dicha AFP recobrar a COLFONDOS S.A. el 22% de las mismas.

## 1.3 APELACIÓN

Decisión que fue recurrida oportunamente en apelación por la apoderada judicial de PROTECCIÓN S.A., asuntando al efecto que la consecuencia de la ineficacia por falta al

deber de información es que las cosas retornen a su estado original antes del traslado, es decir, que el demandante retorne al RPMPD con el traslado de sus aportes, y no reconocer las consecuencias que declaró el *a quo*, máxime que así tampoco fue pretendido por la parte actora, vulnerándose el principio de congruencia, y sin que se hubiere demostrado perjuicio alguno, y menos aún, nexo de causalidad. Alega que, por el contrario, se probó que los rendimientos generados acrecentaron su patrimonio en la cuenta de ahorro individual.

Seguidamente, la apoderada judicial de COLFONDOS, apeló oportunamente la providencia confutada, en cuyo sustento adujo que no se probó ningún vicio del consentimiento, ni la mala fe de su representada, a más de que la sentencia no es congruente con las pretensiones de la demanda, ni corresponde a las facultades extra y ultra petita, toda vez que tales asuntos no fueron materia de debate en el transcurso del proceso. Arguye que declarada la ineficacia, el demandante deja de ser afiliado de la AFP, y por ello no puede condenarse a dicha administradora al pago de una pensión de vejez, menos aún en los términos del RPMPD, pues dicha prestación se causa y se calcula de forma diferente en ambos regímenes pensionales.

A su turno, la apoderada judicial de COLPENSIONES, apeló oportunamente la providencia del *a quo*, en cuyo sustento adujo que al momento del traslado de régimen no era posible determinar las consecuencias del mismo, por imposibilidad de calcular la pensión de vejez. Afirma que la carga de la prueba también está a cargo de la parte actora, al tiempo que esta última no tuvo el debido cuidado al momento de trasladarse. Esgrime que al tener la edad y las semanas mínimas requeridas, el demandante ya tiene la calidad de pensionado, y por ello no puede declararse la ineficacia de su afiliación por los efectos económicos de tal decisión.

#### **1.4. CONSULTA**

Toda vez que la decisión de primera instancia fue desfavorable a los intereses de COLPENSIONES, en igual forma se analizará la sentencia en el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

#### **1.5. SOLICITUD DE NULIDAD**

Mediante memorial presentado el 20 de septiembre de 2022 (doc. 37), el apoderado judicial de COLFONDOS solicita “(...) se *DECLARE LA ILEGALIDAD y NULIDAD del auto con fecha del 12 de septiembre de 2022, por medio del cual se sanciona a mi representada en*

*la cifra de dos millones de pesos (\$2.000.000) para que sean cancelados al CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA (...)", con fundamento en que quién compareció en calidad de representante legal de la sociedad, efectivamente sí tenía facultad de representación, a más de que "(...) no se solicitó interrogatorio de parte al representante legal de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS. (...)" y que "(...) Al momento de establecer la sanción, el señor juez no notificó en debida forma dicha decisión, toda vez que no corrió traslado a la apoderada, para interponer los respectivos recursos de Ley. (...) por lo que, a la apoderada se imposibilitó interponer el respectivo recurso, cercenando su derecho de defensa (...)"*.

## **1.6. ALEGATOS CONCLUSIVOS EN LA SEGUNDA INSTANCIA**

En el trámite de segunda instancia, COLPENSIONES radicó alegatos de conclusión a través de apoderada judicial, sosteniendo que de ser considerado por la Sala la procedencia de declarar la ineficacia del traslado, y ordenar a COLPENSIONES asumir las obligaciones que se derivan de las pretensiones formuladas por la parte demandante, se ordene la devolución de la totalidad de los aportes al RPMPD, de manera que se garantice el reintegro de la totalidad de la cotización, esto es, los recursos de la cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al FGPM, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales, cuotas de administración, y mermas en la cuenta individual.

A su turno, COLFONDOS S.A. aportó a través de apoderado judicial alegatos de conclusión en segunda instancia, solicitándole revocar la sentencia de primera instancia, proferida por el Juez 3 Laboral del Circuito de Medellín, y en su lugar, absolver a su representada de todas y cada una de las pretensiones.

## **2. ANÁLISIS DE LA SALA**

Surtido el trámite en esta instancia, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, advirtiéndose que de conformidad con el principio de consonancia consagrado en el artículo 66 A del C.P.L. y S.S., el estudio del fallo impugnado se limitará a los puntos de inconformidad materia de la alzada, al igual que se estudiará la providencia en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES en lo que no sea materia de los recursos de alzada, para lo cual se plantea el estudio del siguiente:

## 2.1. PROBLEMA JURÍDICO:

El *thema decidendi* en la presente litis se centra en definir: ¿Si operó la ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional efectuado por el extremo litigioso por activa a la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad convidada a juicio?, y de ser así, ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas que devienen de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional y si el demandante acredita el cumplimiento de los requisitos mínimos legales para causar la pensión de vejez?

## 2.2 TESIS DE LA SALA Y SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

El sentido del fallo de esta Corporación será **revocatorio**, para en su lugar, declarar la ineficacia de la afiliación y del traslado de régimen pensional a la AFP demandada, siguiendo la tesis de que no se brindó la asesoría integral y cualificada que pregonaba el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y en esa medida, considerando todas las consecuencias jurídicas que conlleva tal declaratoria, que la AFP accionada no está llamada a reconocer la pensión a título de perjuicios bajo los parámetros del RPMPD, puesto que con el retorno o regreso automático a este régimen, lo que corresponde es devolver por parte de las AFP accionadas y por el término de la afiliación del actor a cada una de estas, la integridad de las cotizaciones con sus rendimientos, incluyendo el traslado de las sumas descontadas por gastos o comisión de administración, por aportes al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, y para cubrir las sumas adicionales de la aseguradora (seguros previsionales), descuentos que deben devolverse indexados. En adición, se condenará a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, de conformidad con los planteamientos que pasan a exponerse:

### 2.2.1 Ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS

En lo que interesa a la Litis, no es objeto de discusión los siguientes hechos: que el accionante estuvo afiliado al extinto ISS para los riesgos de IVM desde el 9 de junio de 1982 (carpeta: expediente, doc. 001, pág. 29 y 30); que no es beneficiario del régimen de transición por tiempo de servicios cotizados (carpeta: expediente, doc. 001, pág. 24 a 30) ni por edad (carpeta: expediente, doc. 001, pág. 39); que MARCELINO PASCUA BERNAL se afilió el **2 de abril de 1997** a la AFP COLFONDOS S.A. (doc. 24 pág. 3), y que luego se afilió a la AFP PROTECCIÓN S.A. el 18 de diciembre de 2001 (carpeta: expediente, doc. 003, pág. 25), reiterando su afiliación el 6 de febrero de 2003 (ibíd. pág. 26).

Antes de continuar con el análisis de rigor, es de anotar que si bien no hay prueba en el legajo de que el accionante hubiere reclamado administrativamente a COLPENSIONES su afiliación al RPMPD, ni la ineficacia o nulidad de su traslado al RAIS, ni el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, en materia laboral la falta de agotamiento de la reclamación administrativa configura un factor de competencia *sui generis*, pues antaño la jurisprudencia nacional dejó dicho que: *“(..) es del criterio de que el agotamiento de la reclamación administrativa es un factor de competencia del juez laboral, por lo que la ausencia de dicha reclamación conlleva a la falta de competencia del juez por un factor diferente del funcional, falta de competencia que es saneable si no se alega como excepción previa”* (SL-13128-2014), toda vez que *“(...) mientras este procedimiento pre-procesal no se lleve a cabo el juez del trabajo no puede aprehender el conocimiento del conflicto planteado”* (SL1054-2018 y SL4286-2019), y siendo que en el *sub lite* no se propuso la condigna excepción previa, resulta procedente emitir decisión de fondo en segunda instancia.

Para resolver de fondo la Litis, sea lo primero señalar que este juzgador plural viene acogiendo el criterio jurisprudencial sostenido antaño por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y desarrollado desde el año 2008 con la sentencia de radicación n.º 31989 del 9 de septiembre de 2008 hasta la más reciente sentencia SL2229-2022, línea jurisprudencial en la que se haya el precedente judicial por seguir, de donde se desprende que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber ineludible desde su creación; que la suscripción del formulario de afiliación es insuficiente para probar el cumplimiento de tal deber, requiriéndose la prueba del consentimiento informado; que la carga de la prueba le corresponde a las AFP, por virtud de su inversión a favor del afiliado como parte débil de la relación jurídica contractual, y que el alcance de la jurisprudencia laboral citada, permite aplicarla a todos los eventos de traslado de régimen pensional, sin importar que el derecho esté consolidado, sea beneficiario del régimen de transición, o esté próximo o no a pensionarse.

En esa misma dirección, preciso es ponderar por la Sala que para la fecha del traslado de régimen pensional el 2 de abril de 1997, la AFP COLFONDOS S.A. tenía la obligación de brindar información detallada en cumplimiento de lo normado en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, y 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, lo que según el decir de la Corte Suprema de Justicia, como en la sentencia SL1217-2021, consiste en: *“ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas. (...) suministrar (...) una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles*

*consecuencias futuras. (...) proporcionar (...) una ilustración acerca de las condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes, lo que incluye la existencia de una transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.”*

Conforme los anteriores basamentos legales y jurisprudenciales, tenemos que, en lo concerniente a la afiliación y traslado de régimen pensional, se allegó el correspondiente formulario de afiliación (doc. 24 pág. 3), probanza que no refleja que de manera documentada se haya presentado la asesoría cualificada exigida, y por contera, no es posible concluir que la AFP cumpliera con los mínimos de transparencia, claridad y completitud en la información que debía ser suministrada, en tanto en cuanto no basta con que se haga referencia a las características de cada uno de los regímenes, sino también a las consecuencias adversas del traslado de régimen, mismas que no fueron explicitadas de manera previa, o cuando menos, al momento de efectuarse la afiliación y traslado del régimen pensional.

A este respecto, estima pertinente la Sala señalar que la AFP no cuenta con soporte documental alguno, en cuanto que, a la fecha del traslado de régimen pensional la información suministrada fue de manera verbal, lo cual a su vez, denota una contravención a lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 692 de 1994, pues no basta con aportar un formato pre-impreso de vinculación cumpliendo con los requisitos formales que indica la Superintendencia Financiera mediante circular, sino que se requiere de la efectiva e integral asesoría brindada al momento de dicho traslado, indicando las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, los requisitos y condiciones necesarias para causar la pensión de vejez o la anticipada antes de la edad mínima, dado que no se trata solo de persuadir al afiliado con llamativos rendimientos financieros, sino que se le debe prestar asesoría integral y completa en función de que pueda lograr en lo futuro la pensión que mejor se acompase con sus expectativas pensionales y la densidad cotizacional alcanzada en toda su vida laboral.

Ahora, si bien el litigioso por activa de la relación procesal acepta en el interrogatorio que al momento de su traslado de régimen recibió información por parte de representantes de la AFP (min. 14:00), no puede pasar de soslayo la Sala que el deber de información únicamente se satisface con la evidencia de que la decisión del afiliado haya sido libre e informada, lo que no se logra acreditar por la AFP accionada, pues por el contrario, el accionante aclaró que la asesoría brindada previamente a la afiliación fue superficial y fragmentaria, asegurándole principalmente que podría pensionarse anticipadamente y con una mesada superior (min. 14:30), pero sin indicarle todas las características y ventajas comparativas de los regímenes pensionales, ni las modalidades y requisitos pensionales



de dicho régimen, y lo que es más gravoso, sin explicarle cuál era el hándicap que enfrentaba de afiliarse al RAIS.

Recapitulando, vale destacar que la AFP del régimen de ahorro individual con solidaridad que llevó a cabo la afiliación y traslado de régimen pensional, no desplegó actividad probatoria alguna enderezada a demostrar que el funcionario asesor que atendió a la litigiosa por activa cumpliera con su deber legal de suministrar información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, quebrantándose así lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, de donde se sigue que, la falta de soporte documental o de la existencia de un archivo de la historia laboral de que trata el artículo 38 del Decreto 692 de 1994, permite inferir que el traslado de régimen pensional no se ciñó a los parámetros legales y jurisprudenciales, sin que resulten suficientes las manifestaciones generalizadas hechas por la parte actora en desarrollo del interrogatorio de parte, como también, las argumentaciones referidas a su nivel educativo (min. 10:30), más aún, en un tema especializado y técnico como el atinente a los parámetros que regulan el funcionamiento del sistema general en pensiones, o las referidas a que el afiliado no haya realizado indagaciones por su cuenta de su situación pensional, en tanto el deber de brindar tal información corresponde por ministerio de la ley exclusivamente a la AFP aseguradora.

En lo concerniente a las re-asesorías para el traslado entre AFP dentro del RAIS, esta Sala ha sido del criterio de que las mismas no convalidan la actuación viciada de traslado de régimen pensional, por manera que el hecho de que el demandante se le hubiera calculado e informado el 12 de junio de 2019 y el 12 de septiembre de 2023 su posible mesada pensional en el RAIS (carpeta: expediente, doc. 003 pág. 28 y ss.; doc. 28; y min. 17:30), y aún bajo el supuesto de que el demandante hubiere recibido la debida asesoría en sus posteriores afiliaciones al RAIS el 18 de diciembre de 2001 (carpeta: expediente, doc. 003, pág. 25) y el 6 de febrero de 2003 (ibíd. pág. 26), o en la reasesoría del 31 de mayo de 2012 (ibíd. pág. 31 y ss.); ello *per se*, no tiene la virtualidad de subsanar o convalidar las notorias falencias de información al momento del traslado de régimen pensional. A este respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tuvo la oportunidad de pronunciarse a este respecto, así: *“la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones: (...) porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario,*

*si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información” (SL1688 de 2019).*

De igual forma, en la misma providencia la Corte Suprema de Justicia estudia la excepción de saneamiento de la nulidad relativa, precisando que el cambio de régimen pensional debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a las consecuencias prácticas, esto es, el restablecimiento del *status quo*, indicando que: *“a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”.*

Así las cosas, habrá de revocarse la decisión de instancia en este aspecto, para en su lugar, declarar la ineficacia de la afiliación y el consiguiente retorno automático al RPMPD sin solución de continuidad.

### **2.2.2. Traslado de las cotizaciones.**

Sobre esta materia, es preciso señalar que tal devolución debe ceñirse a los términos del artículo 1746 del Código Civil, en consonancia a lo pregonado por la jurisprudencia laboral del máximo tribunal de esta jurisdicción, como en las sentencias con radicados n.º 31898 de 2008, SL4989-2018 y SL1429-2019, y a su vez, que COLPENSIONES tiene el deber de recibir las cotizaciones, sin que el hecho de que esta entidad de seguridad social pueda tratarse de un tercero la imposibilite para recibir los aportes realizados, por la simple y llana razón de que la misma es la que administra el régimen de prima media con prestación definida, a donde se encontraba el demandante antes del traslado de régimen pensional.

En el anterior contexto, la Sala estima pertinente resaltar las prédicas de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como en la sentencia SL3202-2021, en la que se recapitulan las implicaciones y consecuencias de la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, de la cual se trasuntan los apartes pertinentes:

*“i) que ésta involucra la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, en el sentido que debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida;*

*ii) que ello incluye el reintegro a Colpensiones, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales, lo recaudado por gastos de administración y comisiones debidamente indexados durante todo el tiempo que el demandante permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima.*

*iii) que los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, conlleva que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones.”*

Así pues, la ineficacia del traslado conlleva precisamente a que el fondo privado devuelva todas las cotizaciones que hubiere recibido, incluyendo lo correspondiente al porcentaje que por gastos o comisión de administración haya descontado de las cotizaciones, así como también lo descontado para el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima (Decreto 3995 de 2008 artículo 7, Sentencia SU-062 de 2010), y las sumas de la aseguradora (primas seguros previsionales), pues carecería de sentido y objeto la declaratoria de ineficacia por la falta de la información exigida, de no trasladarse de manera íntegra las cotizaciones efectuadas, viéndose favorecida la AFP sin razón financiera atendible, pues si bien tales descuentos, tuvieron un origen legal y sirvieron en su momento a un propósito previsto en el ordenamiento jurídico como es el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte, la administración de las cotizaciones o el fortalecimiento de un Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, aquellos nunca hubieran sido efectuados por la AFP de no haberse verificado la afiliación y traslado de régimen pensional.

Conforme a lo dicho, esta Sala considera que hay lugar al traslado de todos los valores obrantes en la cuenta de ahorro individual de la parte actora, a propósito de que engrosen el fondo común de naturaleza pública, según las previsiones contenidas en el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, de modo que, se garantice no solo la sostenibilidad financiera del sistema, sino también la plena realización del principio de solidaridad de que trata el artículo 2 *ibídem*. Por demás, no hay lugar a reconocer restituciones mutuas, pues como se predica en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia atrás referenciada, se deben devolver todos los rubros descontados de las cotizaciones, y si bien no pasa por alto esta Sala la existencia de un pronunciamiento de la Superintendencia Financiera en sentido contrario, es del caso precisar que el mismo se refiere a los traslados a instancia del afiliado y no merced a la declaratoria de ineficacia del traslado pensional, y que en últimas, tal acto no es de obligatorio acatamiento para los operadores judiciales, allende que, la Sala se aviene al

precedente jurisprudencial que en derredor del tema ha venido desarrollando la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como quedó dicho *in extenso* en líneas anteriores.

Así mismo, se dispensará que la devolución de los descuentos de manera indexada, atendiendo a que si bien aquella no fue impetrada con la demanda, vale decir, no fue materia de debate en el presente proceso, debe procederse a su reconocimiento oficioso, en tanto que ello no se traduce en una condena sino que solo es el reconocimiento del efecto de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda por el paso del tiempo de las sumas descontadas de las cotizaciones por los rubros atrás descritos, prohijándose el criterio jurisprudencial expuesto en la reciente sentencia SL950-2022 emitida por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

En suma, vale acotar por recapitular los predicamentos del máximo tribunal de casación laboral, en la reciente sentencia SL1126-2022, Radicación n.º90257, del 23 de marzo de 2022, M.P. Omar Ángel Mejía Amador, cuando describe de forma meridiana cuál es la carga asumida por los fondos privados, aun tratándose de traslados horizontales dentro del RAIS, en los siguientes términos: “...Por tal razón, esa declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020, SL 5595-2021). Y sin perjuicio de las acciones que pueda ejercer Colpensiones por los conceptos adeudados a favor del demandante generados en virtud de los múltiples traslados”. -Subrayas de la Sala-

En tal sentido, se advierte que en el presente caso el demandante estuvo afiliado a diferentes AFP, por manera que también se ordenará a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES, todos los descuentos que efectuó con motivo de la afiliación de la demandante sobre sus cotizaciones, para cubrir los gastos o comisión de administración, las primas del seguro previsional, y para aportar al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, durante el tiempo de permanencia de la afiliada en cada una de estas, así como a devolver los rendimientos financieros, si aún no lo ha hecho.

Ello así, habrá de revocarse la decisión del *a quo* en tanto declaró que la prestación económica del demandante estaría a cargo de la AFP demandada, para en su lugar, declarar la ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional, a la vez de ordenar el retorno del actor al RPMPD a cargo de COLPENSIONES sin solución de continuidad, bajo la ficción jurídica de que nunca se desafilió de esta última entidad de seguridad social, junto a la devolución de todos los aportes obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante y rendimientos financieros irrogados, incluyendo los rubros detraídos de las cotizaciones por las AFP, los que deberán devolverse debidamente indexadas.

### **2.2.3 Excepción de prescripción**

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta, se memora que *“a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria”* (SL1465-2021), a más de que la Sala ha sido del iterativo criterio que en esta clase de procesos, las consecuencias de la declaratoria de la ineficacia determinan como un claro imperativo el traslado de todas las aportaciones realizadas, y al tratarse de un asunto íntimamente ligado con la materialización del derecho a la pensión de vejez, de naturaleza imprescriptible, unívoco tratamiento ha de reconocérsele, como así lo decantó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL361, radicación 63615 del 13 de febrero de 2019.

### **2.2.4. Pensión de vejez**

Resuelto como está, que el demandante debe entenderse afiliado al RPMPD sin solución de continuidad, y frente a la pretensión de reconocimiento de la pensión de vejez, se reitera que el accionante no es beneficiario del régimen de transición pensional, pues no acreditó los requisitos mínimos exigidos al 1º de abril de 1994, esto es, no contaba con 40 o más años de edad cumplidos (carpeta: expediente, doc. 001, pág. 39), ni con 15 años de servicios cotizados a tal data (carpeta: expediente, doc. 001, pág. 24 a 30).

Es así que, atendiendo a las previsiones de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, se concluye que el accionante satisface los requisitos mínimos para acceder a la pensión de vejez, dado que acreditó los 62 años de edad el 31 de mayo de 2022 (carpeta: expediente, doc. 001, pág. 39) y para la misma anualidad contaba con más de 1.700 semanas de cotización, según lo confesó la representante legal de PROTECCIÓN S.A. (min. 20:30) y tal cual se verifica en la comunicación expedida por dicha AFP el 12 de

septiembre de 2013 (doc. 28), según la cual a tal data, contaba exactamente con **1.713** semanas de cotización.

Respecto del valor de la mesada pensional, se avizora la imposibilidad de determinar la fecha a partir de la cual correría el disfrute pensional, visto que el demandante continuaba activo laboralmente como independiente para el momento de proferir la sentencia de primera instancia, tal y como lo reveló al absolver interrogatorio de parte (min. 11:45), y por ende, no es posible determinar cuál es la última cotización del demandante en los términos del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990.

En adición, se tiene que al contar con más de 1250 semanas cotizadas, su IBL debe ser determinado con el promedio de lo cotizado durante toda la vida laboral o durante los 10 últimos años de cotización, el que le sea más favorable, de conformidad con lo reglado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y ante la ausencia en el legajo de una historia laboral que refleje el detalle de las cotizaciones del demandante mientras estuvo afiliado al ISS, hoy COLPENSIONES, entre el 9 de junio de 1982 (carpeta: expediente, doc. 001, pág. 29 y 30) y el 1º de abril de 1997 (doc. 24 pág. 3), no sería posible determinar el IBL de toda la vida laboral.

Así pues, y habida cuenta que al momento de liquidarse el IBL debe incluirse hasta la última cotización efectuada, y elegirse el más favorable para el accionante, habrá de proferirse una condena en abstracto en este punto, en cuanto que, no se acreditó en el expediente el retiro o la desafiliación del demandante del sistema general de pensiones ni los ingresos base de cotización de toda su vida laboral, lo que impide determinar el IBL y la fecha de disfrute de la pensión.

De manera consecuente, se ordenará a COLPENSIONES que proceda al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir de la última cotización reportada por el demandante y calculando el IBL en los términos del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, con el procedimiento que le sea más favorable y el monto que corresponda, y en aplicación de la fórmula contemplada en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta 13 mesadas pensionales al año, conforme lo dispuesto por el Acto Legislativo 01 de 2005.

En el mismo sentido, se autorizará a COLPENSIONES para que descuente del retroactivo pensional a que hubiere lugar, las cotizaciones que por mandato legal deben hacerse con destino al sistema de seguridad social en salud, siguiendo el precedente judicial que regula la materia (SL2376-2018).

Adicionalmente, se advierte que el *a quo* profirió absolución respecto del pago de intereses de mora, sin que los mismos hubieren sido materia del recurso de apelación propuesto por la activa, y en esa medida, de conformidad con el principio de consonancia consagrado en el artículo 66 A del C.P.L. y S.S., no podrá analizarse tal asunto en esta instancia.

En subsidio, se condenará al pago de la indexación del retroactivo a que hubiere lugar por pensión de vejez, como quiera que la devaluación de la moneda constituye un hecho notorio en el mercado monetario colombiano, siendo que las sumas materia de retroactivo pensional no ingresarán inmediatamente al patrimonio de la demandante, y cuando lo hagan se verán menguadas por el paso del tiempo.

### 2.2.5. NULIDAD

De cara a la solicitud de nulidad propuesta el 20 de septiembre de 2022 (doc. 37) por el apoderado judicial de COLFONDOS S.A. en la que solicita “(...) se *DECLARE LA ILEGALIDAD y NULIDAD del auto con fecha del 12 de septiembre de 2022, por medio del cual se sanciona a mi representada en la cifra de dos millones de pesos (\$2.000.000) para que sean cancelados al CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA (...)*”, de manea liminar ha de indicarse que la misma no debía ser resuelta por el *a quo*, toda vez que fue interpuesta con posterioridad al proferimiento de sentencia de primera instancia por el *a quo*, y el artículo 134 del CGP dispone que “*Las nulidades podrán alegarse en cualquiera de las instancias antes de que se dicte sentencia o con posterioridad a esta, si ocurrieren en ella (...)*”, siendo que la nulidad alegada no ocurrió en la sentencia, sino en la etapa de fijación del litigio.

Empero, estima pertinente la Sala traer a colación el contenido del artículo 287 del CGP, según el cual “*El juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado*”, de suerte que, en el entendido de que el *a quo* debió decidir sobre las posibles nulidades generadas en su decisión de sancionar con multa a COLFONDOS S.A., antes o al momento de proferir sentencia, y que dicha AFP planteó la alzada contra la sentencia de primera instancia, procederá la Sala con el estudio de la nulidad propuesta, no sin antes advertir que en estas circunstancias, la parte interesada no tendrá la oportunidad de impetrar el recurso de alzada contra lo decidido en esta instancia, por ser directamente el superior funcional el que dicta la decisión ante la omisión del *a quo*.

Definido lo anterior, memora la Sala que la sanción de multa impuesta por el cognoscente de instancia, tiene como fundamento el artículo 61A de la Ley 270 de 1996, adicionado por

el artículo 14 de la Ley 1285 de 2009, el cual dispone que: “(...) *el Juez podrá sancionar con multa de dos a cinco salarios mínimos mensuales, a las partes del proceso, o a sus representantes o abogados, (...) Cuando injustificadamente no presten debida colaboración en la práctica de las pruebas y diligencias (...)*”.

Ahora bien, el *a quo* impuso multa en contra de COLFONDOS S.A. en la etapa de fijación del litigio de la audiencia consagrada en el artículo 77 del CPT y la SS, llevada a cabo el 12 de septiembre de 2022 (doc. 39), aclarándose que si bien en esa oportunidad el fallador manifestó que dudaba de la real calidad de representante legal de quien alegó tenerla en nombre de COLFONDOS S.A., lo cierto es que ello lo manifestó como un *obiter dicta*, debió a que la *ratio decidendi* de tal decisión fue que la persona que alegó ser la representante legal de COLFONDOS S.A. no pudo contestar las preguntas que sobre el proceso le efectuó el *a quo* con miras a fijar el litigio en la diligencia en comento, alegando el funcionario que dicha persona ni siquiera tenía la posibilidad de acceder a la información requerida, lo que estimó como grave falta procesal (min. 32:00), al tiempo de hacer expreso el fallador que basaba la sanción en el artículo 60ª de la Ley 270 de 1996, el cual no faculta el juez a sancionar a las partes por no acudir a las diligencias judiciales con su representante legal, sino que faculta a sancionar la falta de colaboración injustificada en el desarrollo de la diligencia, lo que de verdad se verifica en el *sub lite*, en el cual quien alegó tener la calidad de representante legal de COLFONDOS S.A. no pudo dar respuesta a ninguna de las preguntas del juez y afirmó que ni siquiera tenía posibilidad de acceder a la información que reposa en los archivos y sistemas de su representada, faltando así injustificadamente a su obligación de documentarse de cara a la diligencia judicial en comento, conforme a lo establecido en el inciso tercero del artículo 198 del C.G.P., punto en derredor del cual ha de precisarse que resulta irrelevante el hecho de que la parte actora no hubiere pedido el interrogatorio de parte del representante legal de COLFONDOS S.A., toda vez que fue el mismo juez quien oficiosamente requirió que se rindiera declaración de parte al momento de la fijación del litigio.

Adicionalmente, la decisión de imponer multa fue debidamente notificada en estrados, a la luz de lo expuesto en el literal *B* del artículo 41 del CPT y la SS, y a pesar de verificarse que el juez no corrió traslado a la parte interesada para que propusiera el recurso de reposición de estimarlo pertinente, único medio de impugnación procedente según el artículo 60 de la Ley 270 de 1996, no resulta menos cierto que la apoderada judicial de COLFONDOS S.A. actuó sin proponer dicha nulidad cuando procedió a presentar las alegaciones previas a la sentencia de instancia, ni al momento de interponer y sustentar el recurso de apelación contra la sentencia en la misma diligencia, es decir, sin plantear en



tales oportunidades nulidad alguna, operando así la subsanación de la irregularidad en comento a voces del numeral 1º del artículo 136 del CGP.

Corolario de lo expuesto, carece de cualquier viso de prosperidad la nulidad propuesta, imponiéndose la denegación de la misma.

### **2.3. COSTAS**

Sin costas en esta instancia, por haberse resuelto parcialmente de manera favorable las alzas propuestas, en términos del numeral 1 del artículo 365 del CGP, aplicable al proceso laboral por remisión analógica del artículo 145 del estatuto instrumental laboral. Sin costas en segunda instancia a cargo de COLPENSIONES, pues la sentencia se analizó igualmente en favor de dicha entidad pública en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

No obstante, debe condenarse en costas a COLFONDOS S.A., por haberse resuelto desfavorablemente la solicitud de nulidad propuesta, en concordancia con lo expuesto en el inciso segundo del numeral 1º del artículo 365 del CGP, fijándose como agencias en derecho la suma de \$1.160.000, equivalente a un SMMLV, y a favor de la parte actora.

Las de primera instancia correrán a cargo únicamente de COLFONDOS S.A. y a favor de la parte actora, en tanto dicha sociedad fue la que omitió el deber de información suficiente y exigible con miras a lograr la afiliación y traslado de régimen pensional del actor al RAIS, a más de que al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas y excepcionó de mérito, siendo además vencida en el juicio. Tásense.

### **3. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**, Sala Quinta de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 12 de septiembre de 2022 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín venida en apelación y consulta, para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia de la afiliación y traslado del señor MARCELINO PASCUA BERNAL al RAIS, con lo cual retorna de manera automática al RPMPD sin solución de continuidad, según y conforme la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO:** ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. la devolución a COLPENSIONES de todos los valores de la cuenta de ahorro individual de MARCELINO PASCUA BERNAL, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1.746 del C.C., esto es, con los rendimientos financieros que se hubieren causado, como también los descuentos detraídos sobre las cotizaciones para cubrir los gastos o comisión de administración, las primas del seguro previsional y los aportes al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, debidamente indexados, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**Parágrafo:** ORDENAR a COLFONDOS S.A. trasladar o devolver a COLPENSIONES todos los valores que aún conservare en la cuenta de ahorro individual de MARCELINO PASCUA BERNAL, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1.746 del C.C., esto es, con los rendimientos financieros que se hubieren causado si aún no los ha devuelto, así como lo descontado sobre las cotizaciones para cubrir las comisiones de administración primas del seguro previsional y los aportes al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, durante el tiempo de afiliación del demandante, y de forma indexada.

**TERCERO:** ORDENAR a COLPENSIONES, reactivar la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad, y a recibir todos los recursos que le sean trasladados por las AFP demandadas, entidad que deberá validar en su historia laboral todas las cotizaciones efectuadas en el RAIS.

**CUARTO: CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez a MARCELINO PASCUA BERNAL, teniendo en cuenta todas las cotizaciones realizadas y efectuando la liquidación con los parámetros establecidos en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, y el IBL que le resulte más beneficioso, bien sea con el promedio de toda la vida laboral o el de los últimos 10 años, y una tasa de reemplazo conforme lo prevé el artículo 34 de la Ley 100 de 1993. La fecha de disfrute de la mesada pensional se otorgará a partir del momento en que acredite la última cotización al sistema general de pensiones, más las mesadas adicionales de diciembre que en adelante se causen.

**Parágrafo 1º:** AUTORIZAR a COLPENSIONES para que descuenta del retroactivo pensional a que hubiere lugar, las cotizaciones que por mandato legal deben hacerse con destino al sistema de seguridad social en salud.

**Parágrafo 2º:** El pago de las mesadas pensionales a que hubiere lugar retroactivamente, se deberá realizar con la debida indexación.

**QUINTO: NEGAR** las demás pretensiones incoadas por la parte actora.

**SEXTO: SIN COSTAS** en esta instancia. Las de primera correrán a cargo de COLFONDOS S.A. y a favor del demandante. Tásense.

**SÉPTIMO: NEGAR** la solicitud de nulidad propuesta por COLFONDOS S.A., condenándose en **COSTAS** a COLFONDOS S.A. a favor de MARCELINO PASCUA BERNAL, fijándose como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.

Lo resuelto se notifica mediante **EDICTO**, acogiéndose el criterio de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, vertido en la reciente providencia AL2550-2021 del 23 de junio de 2021, M.P. Omar Ángel Mejía Amador.

Déjese copia digital de lo decidido en la Secretaría de la Sala y, previa su anotación en el registro respectivo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

Se declara así surtido el presente acto y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.

**Cópiese, comuníquese y cúmplase**



VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO  
Magistrado Ponente



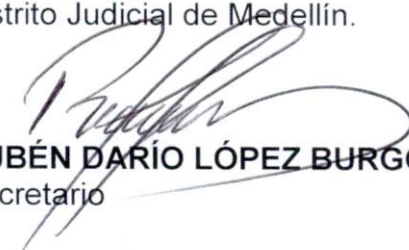
CARLOS ALBERTO LEBRUN MORALES  
Magistrado



SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE  
Magistrada

**CONSTANCIA SECRETARIAL**

Se deja constancia de que las anteriores firmas corresponden a las firmas originales de los magistrados que integran la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín.



RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS  
Secretario