

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**  
**Medellín, treinta (30) de mayo de dos mil veintitrés (2023)**

DEMANDANTE	: ROSA MARIA MERCHAN BALLEEN
DEMANDADO	: COLPENSIONES, PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-024-2021-00156-01
RADICADO INTERNO	: 128-23
DECISIÓN	: ACLARA, Y CONFIRMA SENTENCIA.
ACTA NÚMERO	: 152

En la fecha, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL, procede a emitir sentencia de segunda instancia en la que se estudia el recurso de apelación, en el proceso de la referencia. La Sala, previa deliberación, adoptó el proyecto presentado por el ponente, Doctor HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ, que a continuación se traduce en la siguiente decisión:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 2213 del 13 de junio de 2022, la providencia en segunda instancia se profiere escrita.

**ANTECEDENTES**

La parte demandante solicita se DECLARE la ineficacia del traslado efectuado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a la AFP PORVENIR S.A, y que todas las afiliaciones posteriores que hubiese efectuado la afiliada carecen de validez jurídica, y en consecuencia, SE DECLARE que se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones y que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez de forma retroactiva a partir del día siguiente a la última cotización. Solicita además se CONDENE a las administradoras de pensiones del régimen de ahorro individual a registrar en el sistema de información de los fondos privados que la afiliación de la demandante es ineficaz, y se CONDENE a Colfondos SA a trasladar a

Colpensiones la totalidad de los aportes pensionales junto con los rendimientos y las deducciones por gastos de administración y descuentos para los seguros de invalidez y sobrevivientes, y se CONDENE a Colpensiones a activar la afiliación en el régimen de prima media y a convalidar la totalidad de los aportes que sean trasladados en la historia laboral y a reconocer y pagar la pensión de vejez de forma retroactiva, sean condenadas a las costas del proceso.

Como supuestos facticos manifestó que nació el 7 de junio de 1964 y se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 25 de agosto de 1982, que para el 01 de abril del 94 estaba afiliada como cotizante al ISS y el 6 de diciembre de 1994 a través de un promotor comercial se trasladó a Porvenir S.A, que para el 6 de diciembre de 1994 había cotizado 561 semanas, y dicha entidad del RAIS no le informó sobre las diferencias del régimen de prima media y el régimen de ahorro individual, ni de los requisitos que debía cumplir para acceder la pensión en este último régimen, que no se le informó el saldo que debía reunir para tener derecho a la mesada pensional ni tampoco se le realizó un estudio de su situación pensional donde se le indicará la conveniencia de la afiliación, es decir, no le informaron sobre las consecuencias adversas del traslado.

Así mismo indicó que cotizó en Porvenir S.A desde julio 1994 hasta noviembre del 2001 trasladándose en diciembre del 2001 a Colfondos SA y dicha entidad tampoco le brindó la debida información acerca de las consecuencias del traslado, el 9 de marzo del 2021 solicitó asesoría pensional, el 3 de mayo del 2021 solicitó a Porvenir S.A la declaración de ineficacia de su afiliación al régimen de ahorro individual y la misma petición la realizó en la misma fecha Colfondos S.A, el 6 de mayo del 2021 Colfondos le responde de forma negativa y el 24 de mayo del 2021 Porvenir S.A también responde negando dicha petición. Que el 22 de abril de 2021 presentó reclamación administrativa Colpensiones y dicha entidad mediante comunicado del 23 de abril del 2021 respondió la solicitud indicando que no es procedente la misma. Que a la fecha cuenta con 1792 semanas cotizadas y con 57 años y que la afiliación al régimen de ahorro individual le generó un perjuicio porque su mesada es un 67% inferior a la que estaba construyendo en el Instituto de Seguro Sociales.

**RESPUESTA PORVENIR S.A**

Esta entidad dio respuesta en la que indicó no aceptar ningún hecho de la demanda, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones las de prescripción, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

### **RESPUESTA COLFONDOS S.A**

Esta entidad dio respuesta manifestando que acepta la edad de la demandante, las reclamaciones presentadas y la respuesta dada a las mismas, no aceptó los demás hechos, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones las inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, prescripción y pago.

### **RESPUESTA COLPENSIONES**

Al dar respuesta a la demanda manifiesta que acepta la edad del demandante, la fecha de afiliación al ISS, y las reclamaciones presentadas, así como las respuestas dadas a las mismas, no le constan los demás hechos, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones las que denomino como falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del traslado de régimen, inexistencia de la nulidad o ineficacia del traslado, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP porvenir ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones en el régimen de prima media, equivalencia del ahorro o diferencias pensionales, devolución de aportes debidamente indexados, devolución de cuotas de administración debidamente indexadas, buena fe prescripción, innominada, compensación, imposibilidad de condena en costas.

## **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

En sentencia del 02 de mayo de 2023, el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la INEFICACIA del traslado de régimen pensional efectuado por ROSA MARIA MERCHAN BALLEEN del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado el 1 de junio de 1994 a PORVENIR S.A.

CONDENÓ a COLFONDOS S.A para que en el término de un (1) mes, contado a partir de la ejecutoria de la providencia, TRASLADÉ a COLPENSIONES, los saldos de la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, que llegaron a cada fondo, en los periodos de afiliación, el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a dicha administradora.

INDICÓ que, al momento de cumplir la orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen y que debería normalizar la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones –SIAFP.

CONDENÓ a PORVENIR S.A para que en el término de un (1) mes DEVUELVA a COLPENSIONES el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliada a esa administradora, con la indexación.

CONDENÓ a COLPENSIONES, a reactivar de manera inmediata la afiliación de ROSA MARIA MERCHAN BALLEEN al régimen de prima media con prestación definida, y a recibir la devolución de los dineros ordenados en la sentencia.

CONDENÓ a COLPENSIONES a reconocer la pensión de vejez a la demandante ROSA MARIA MERCHAN BALLEEN, a partir del **07 de junio de 2021**, momento en el que cumplió con la edad y contaba con 1786 semanas con fecha de disfrute a partir de la desafiliación al Sistema de pensiones, a razón de 13 mesadas anuales.

INDICÓ que el Ingreso Base de Liquidación se calculará de conformidad con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y la tasa de remplazo de conformidad con el artículo 10 de la Ley 797 de 2003 y el retroactivo desde la fecha en que se demuestre el retiro del sistema

CONDENÓ en COSTAS a la sociedad PORVENIR incluyendo como agencias en derecho a favor de la demandante, la suma de 3 SMLMV.

### **RECURSO DE APELACION**

Inconforme con la anterior decisión la apoderada de Porvenir S.A interpone recurso de apelación respecto al numeral segundo de la sentencia de primera instancia solicitando se revoque la condena impuesta a dicha entidad indicando para ello que el artículo 113 de la ley 100 de 1993 en su literal b menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe un cambio de régimen pensional, lo que impide que se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes a las consagradas en dicha normativa por cuanto las mismas no están destinadas a financiar la prestación de la afiliada, por lo que condena a pagar a Porvenir esos valores adicionales configura un enriquecimiento y causa en favor de Colpensiones y en detrimento de Porvenir, y que además ordenar devolver los gastos de administración y las primas de seguros es tanto como ordenar a la compañía de seguros que si no se presenta el siniestro amparado devuelva el valor de la póliza, indicando además que dichos conceptos fueron deducidos conforme lo autoriza el artículo 20 de la ley de 1993.

Respecto a la indexación indica que la misma es improcedente según lo mencionado en la sentencia del 13 de mayo del 2010 magistrado ponente Edgardo Villamil Portilla y según lo indicado en sentencia SL 9316 de 2016,

por cuánto en el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a dicha entidad su cuenta de ahorro individual no se vio afectada por el fenómeno de la inflación, y por el contrario, se generaron rendimientos superiores a la rentabilidad mínima establecida para las cuentas de ahorro individual.

Que se debe tener en cuenta además que en diferentes pronunciamientos como en sentencia del tribunal superior de Cali del 20 de enero del 2023 radicado 2022-0234, se dijo que era improcedente ordenar la indexación indicando que con la devolución de los rendimientos compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiera haberse generado sobre los emolumentos a retornar. Por lo anterior solicita acoger los anteriores argumentos y de no ser así se autorice que de los rendimientos financieros efectuados en favor de la demandante se descuente las condenas impuestas en la sentencia impuesta en primera instancia.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**El apoderado de Porvenir S.A** presenta alegatos manifestando que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez, y que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto; pese a lo expuesto, para definir las declaraciones de ineficacia y/o nulidad de los traslados de régimen pensional, se acuda a normas propias del sistema general de pensiones -artículo 271 de la Ley 100 de 1993-, sin consideración a que esta

disposición, indica en forma expresa que será ineficaz un traslado cuando se ejecutan las conductas con la intención que allí se mencionan, pero para establecer los efectos de esta ineficacia, se acude a disposiciones del Código Civil, sin tener en cuenta igualmente los presupuestos que este compendio normativo consagra para que se declare la nulidad de un acto o contrato.

Que partiendo de lo anterior, en este asunto ninguno de estos presupuestos legales, se alegaron ni menos resultaron demostrados en el proceso por cuanto el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo.

Que como quiera que se descarta la existencia de un presupuesto para declarar la nulidad absoluta del acto jurídico, como quiera que no contiene objeto o causa ilícita, tampoco el consentimiento de la parte actora estuvo viciado por error, fuerza o dolo, ni suscribió el formulario como incapaz absoluto, de presentarse alguna irregularidad distinta, la misma estaría saneada conforme lo indican los artículos 1742 y 1743 del citado código, esto es, por la ratificación tácita de la parte demandante, al permitir durante todo el tiempo de permanencia en el régimen privado, el descuento del aporte con destino al régimen privado.

Que no se puede desconocer que la AFP, le garantizó el derecho de retracto, conducta que se prueba con la publicación que realizó en el diario el Tiempo el 14 de enero de 2004, como dispuso inicialmente el artículo 3º del Decreto 1161 de 1994, sin que ejerciera esta facultad, lo que debe valorarse como negligencia de su parte, y que por lo tanto en el presente asunto, la parte demandante realizó cambio de régimen con Porvenir S.A, de forma libre y voluntaria, en el cual se le brindó una información oportuna y completa, como lo aseveró al suscribir el formulario de afiliación.

Que además dicha entidad cumplió con sus obligaciones que para el momento de la afiliación se le exigía y cumplió con todas las obligaciones de asesoría e información vigentes para la fecha.

Que además el afiliado decidió escoger el régimen de ahorro individual, hecho que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación con mi representada, documento que se presume auténtico en los términos del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el parágrafo 54 del CPT, y se debe tener en cuenta la voluntad del actor de permanecer en el RAIS por más de 20 años.

Respecto a la imposición de cargas probatorias inexistencias indica que respecto al alcance de la información - la misma tiene que ser no solo de calidad sino "CALIFICADA"-, como lo indica la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL1637-2022 Radicación No. 89208 del once (11) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Que la primera instancia, sin realizar el análisis en conjunto y crítico de estas pruebas como lo ordena el artículo 60 del C.P.T y S.S., declaró la nulidad y/o ineficacia de traslado de RPM al RAIS efectuada por la AFP, sin consideración a las normas antes del ordenamiento civil, relacionadas con la validez de los negocios jurídicos.

Que no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en citado literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otra valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que condenar a pagar valores adicionales, configura un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico celebrado entre la parte demandante y PORVENIR S.A, indicando en este sentido que tampoco es procedente la devolución de las cuotas de administración.

### **PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO**

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar: i) Si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si hay lugar a trasladar, las cuotas de administración y sumas adicionales de la aseguradora tales como la prima de



reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima y si las mismas deben trasladarse de forma indexada, y si hay lugar al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en el RPM.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que la demandante nació el 07 de junio de 1964, (fls 23 del PDF 02), y se afilió al ISS hoy COLPENSIONES desde el 25 de agosto de 1982, (fls 25 del PDF 02,), y se trasladó de forma efectiva a Porvenir S.A a partir del 01 de junio de 1994 (fls 84, PDF 08, contestación de Porvenir S.A), y a Colfondos S.A a partir del 01 de febrero de 2002, (fls 96, PDF 07, contestación de Colfondos S.A).

Descendiendo al caso particular, se tiene que, en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por la accionante, no se evidencia confesión alguna, pues esta indicó que nunca le dijeron que eran formas diferentes en las que se pensionaba en el fondo de pensiones del régimen privado y en el seguro social, que al momento de trasladarse a Porvenir en 1994 se encontraba trabajando en un concesionario de vehículos y el dueño de la empresa tenía un hermano que trabajaba en Porvenir y le dieron las instrucciones de que debía trasladarse para dicho fondo, que al momento de firmar el formulario lo leyó pero para verificar que sus datos estuvieran correctos, que la asesora no le dio ninguna información adicional sobre los beneficios que tendría al cambiarse de régimen pensional, que no tenía conocimiento que los aportes se iban para una cuenta individual, que no le dijeron que se podía pensionar a una menor edad. Que se trasladó de Porvenir a Colfondos porque ellos le dijeron que le ayudarían a tramitar el bono pensional. Así mismo indicó que actualmente continúa realizando cotizaciones al sistema general de pensiones

Por lo anterior el problema jurídico se resolverá en el siguiente orden:

### **1. De la ineficacia del traslado**

Se tiene que el derecho a la seguridad social es irrenunciable conforme el artículo 48 y 53 de la CP, por ello cualquier pretensión de cambio en las condiciones de este derecho pensional debe ser tomado de manera autónoma y consiente con una comprensión volitiva tal que no quede duda que la

información entregada por la entidad para que, con la libertad e información, la persona pueda decidir si se cambia de régimen o no.

Visto lo anterior, debemos revisar que con base en el art. 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 que habla de la característica de la seguridad social, y señala allí: *“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior **es libre y voluntaria** por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la presente ley”,* y si nos remitimos al art 271 de la Ley 100 señala que **no será eficaz el traslado** si se menoscaba la libertad, la dignidad humana, los derechos de los trabajadores que son sujetos de protección, y dice que *“Cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado...”* no solo a la multa sino que dice en forma expresa *“... La afiliación respectiva **quedará sin efecto** y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.”*, o sea que se refiere a una ineficacia.

Desde el **Decreto 720 de 1994**, por el cual se reglamenta el artículo 105 y parcialmente el artículo 287 de la Ley 100 de 1993, en el capítulo relativo a LA RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES Y ORGANIZACIÓN DE LOS PROMOTORES, en sus artículos 10 y 12 respectivamente reza:

**“RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES.** Cualquier infracción, error u omisión en especial aquellos que **impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados-** en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad **compromete la responsabilidad de la sociedad administradora ...**”. (Resalto fuera del texto)

**“OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES.** Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones **deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información** a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.” (Resalto fuera del texto)

Este deber profesional que existe desde 1994, ese de información que permita al usuario tomar una decisión libremente consentida, es decir, **la carga de la prueba correspondería a la entidad demandada**, y que en estos casos corresponde a que se demuestre: cuál fue la información que se le entregó y en qué vastedad se presentó. Tal conceptualización se encuentra en la sentencia SL 12.136-2014, Rad. 46.292 del 3 de Sept. de 2014, M. P. Dra. ELCY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, que reza:

*“...A juicio de esta Sala no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos pensionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica;...”*

Criterio este que ha sido reiterado entre otras en las sentencias CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, y CSJ SL1618-2022, CSJ SL2929-2022 y CSJ SL2484-2022.

Desde ahí ha existido una línea jurisprudencial, entre otras la de radicado 17.595 de 18 de octubre de 2017, en donde se dice, que la información tiene que ver con: 1º. La antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones del disfrute pensional, 2º. El deber de información concreto y comprensible; y 3º. Que sea de manera prudente, y de manera más específica. Igualmente, la sentencia SL 19.447 de 2017 con radicado 47.125, que indicó que aún operaba la ineficacia del traslado si el afiliado no tiene régimen de transición, criterio este reiterado en reciente sentencia con radicado SL 932 de 2023.

El anterior criterio ha sido reiterado por la CSJ en sentencia SL1421, 1688 y 1689 de 2019, SL4426-2019, y de forma más reciente la sentencia SL 2611, 2877 y 4811 de 2020, y como juez constitucional en las sentencias STL 3716-2020, STL4001-2020 y STL4084-2020, en las cuales se manifestó que los fondos de pensiones son los obligados a dar una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea; y que la carga de la prueba sobre el deber de información corresponde a las AFP debiendo probar que dicha información fue realizada, con diligencia, cuidado y buena fe, sin que implique en momento

alguno que la sola firma o diligenciamiento del formulario pueda entenderse verdadera información. (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314; CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083; CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en CSJ SL19447-2017, CSJ SL1618-2022, CSJ SL2929-2022 y CSJ SL2484-2022).

La anterior argumentación es aplicable a este caso, pues la entidad accionada Porvenir S.A no trajo al plenario ninguna prueba eficaz y relativa a la posible actividad de asesoramiento e información adecuada a la parte actora, cuando tomó la decisión de trasladarse a dicha entidad **en el año 1994**, sin que le haya dado una información suficiente y cierta al no haberse demostrado que se le habló de las desventajas del RAIS, ni de los factores cambiantes que inciden al cuantificar la mesada pensional como son la rentabilidad, las cotizaciones y la edad probable de ellas y sus posibles beneficiarios al momento de pensionarse; tampoco sobre la deducción de los gastos de administración, ni de seguros previsionales; no le informaron de la modalidad pensional que debían escoger cuando se fueran a pensionar, ni de la pensión anticipada, tampoco hay constancia de la información sobre el capital mínimo que tenía que tener, estando la carga de probar dicha información en cabeza de la accionada ya mencionada, siendo esta la razón por lo que se genera que se haya violentado el **derecho de libertad de selección** del régimen, además de la vulneración del derecho a la dignidad y a la seguridad social de la persona conforme el art 272 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto debe señalarse que la afiliación inicial realizada por la parte actora, no tuvieron efectos, por no existir una libertad informada al momento del traslado o de la afiliación, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo que implica que dichos actos son inoponibles, **son imprescriptibles** y no pueden ser convalidados bajo ningún aspecto, por lo menos hasta que se cumplan los requisitos para el disfrute pensional. Por ello no es suficiente que la sociedad accionada, hoy aporte, historial de vinculaciones, certificado de afiliación, relación histórica de movimientos, historia laboral, formulario de afiliación; lo que lleva a concluir que, al momento de afiliarse al RAIS, **no le dieron una información completa y suficiente**.

Conforme a lo señalado, la sentencia de primera instancia deberá ser CONFIRMADA en lo que respecta a la declaración de la ineficacia del traslado;

y confirmar la orden dada de trasladar a los aportes efectuados por el demandante, incluidos los frutos, rendimientos e intereses.

## **2. De los efectos de la ineficacia**

Esta Sala ha sido de la posición, que los conceptos que deben ser trasladados a Colpensiones en los eventos en que se declare la ineficacia del traslado corresponde a los siguientes:

**1º. Capital ahorrado:** Conforme con lo dispuesto en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 y con fundamento en las sentencias SL 31.989 de 2008, SL 4964, SL 4989 de 2018, SL 1421, SL 1688, SL 1689 y SL 4360 de 2019.

**2º. Rendimientos:** En igual sentido este concepto se traslada de conformidad con el art. 113 ídem que señala *“Si el traslado se produce del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prestación Definida, se transferirá a este último el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos ...”*, y tiene como sustento jurisprudencial las sentencias enunciadas en el numeral anterior.

**3º. Los gastos de administración,** encuentra su sustento normativo en el art. 20 de la Ley 100 de 1993 cuando señala: *“... el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.”*, traslado que tiene sustento en lo siguiente:

**En lo que respecta a los gastos o cuotas de administración debidamente indexados,** hay lugar a ser trasladadas conforme lo establece la sentencia SL 1688 , 1689 de 2019 y SL 782 de 2021 y teniendo en cuenta: 1º) En la ineficacia las cosas deben volver al estado en que se encontraban, entendiendo que el aporte pensional debe devolverse completo, sin que pueda admitirse que por haberse generado rendimientos o pagos posteriores a la cotización realizada no se debe tener en cuenta el aporte completo, pues las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de la afiliación fallida y menos habrá de tenerse consideración alguna para la entidad que

aprovechándose de la falta de información fue la que indujo a la afiliación inicial o al mencionado traslado al RAIS, 2º) Porque debe tenerse en cuenta que dichos porcentajes ingresaron a la AFP accionada durante en el tiempo en que estuvo afiliada la parte demandante en esta, en tanto que la cuota de administración es manejada directamente por el fondo de pensiones; 3º) Porque la devolución de los gastos de administración es ordenada en la sentencia SL1421 de 2019 y el Fondo de Pensiones debía devolver *“los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”*; así mismo, la sentencia SL 3464 de 2019, que rememora las sentencias SL 31989 de 2008, SL 4964 y SL 4989 de 2018, SL 1421 y SL 1688 de 2019 ordena el traslado de este concepto; y 4) Porque si bien es cierto que el art. 20 de la Ley 100 de 1993 determina el porcentaje que se destina a financiar los gastos de administración, no se puede pasar por alto que se está bajo la figura de la ineficacia, la cual deja sin efectos jurídicos las actuaciones realizadas, lo que genera que todo lo cotizado a la AFP deba trasladarse a Colpensiones, y aunado a lo anterior, es a esta última entidad a la que le corresponde determinar el porcentaje que va a destinar a dicho rubro, por ende la Administradoras Privadas no puede librarse de su devolución por estar consagrado en dicho artículo.

La orden que las cuotas de administración se trasladen debidamente indexadas se extrae de la sentencia SL 1688 de 2019, que dijo expresamente:

*“Está probado que la AFP accionada consignó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos (f.º 98 a 101), sin embargo, no existe constancia de que hubiese devuelto también los valores correspondientes a **gastos de administración**, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos.*

*En tal sentido, **se ordenará a la AFP accionada la devolución de esos dineros, debidamente indexados.**” (Resalto fuera del texto)*

**Y la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes**, deberán devolverse **debidamente indexada**, teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3571 de 2021 se expuso en lo que nos interesa: *“... se adiciona el ordinal segundo*

*en el sentido de condenar a Colfondos SA a trasladar, también, ... y los valores utilizados en seguros previsionales, con destino a Colpensiones, debidamente indexados, por cuanto la restitución de las cosas a su estado anterior debe ser plena o completa (CSJ SL2877-2020)”*

Así mismo debe precisarse que los anteriores conceptos deben de ser trasladados con cargo a los propios recursos de la AFP del RAIS, según lo ha consagrado en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019 y CSJ SL2877-2020, precisándose en dichas providencias que estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Conceptos que **no prescriben** teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 1688 de 2019, ha señalado que la prosperidad de la ineficacia es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no haber producido efectos, el solo transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de integrar los elementos omitidos, postura que comparte esta Sala por lo que debe decirse que no está llamada a prosperar. (SL 373 de 2021 y SL 4062 de 2021, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1465-2021, CSJ SL1949-2021, y CSJ SL 4063 de 2021).

**4º. Los aportes al fondo de garantía de pensión mínima:** el traslado de estos aportes se encuentra igualmente consagrado en el art. 20 de la Ley 100 de 1993 porque al tratarse de un aporte propio del Régimen de Ahorro Individual, no encuentra un equivalente en el Régimen de Prima Media, motivo por el cual esta Sala ha sostenido que al declararse la ineficacia los dineros aportados por el afiliado a este fondo deben ser devueltos al Régimen de Prima Media bajo los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016; traslado que tiene como sustento jurisprudencial la sentencia SL 2877 de 2020.

Para concluir, en sentencia reciente SL 3051 del 7 de julio de 2021, se engloba la obligación que tienen las entidades del Régimen de Ahorro Individual de trasladar los conceptos referidos anteriormente, al señalar: *“Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga*

*las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJSL373-2021). Criterio que igualmente aplica en relación con los montos destinados a seguros previsionales y el porcentaje destinado a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se precisó en recientes sentencias (CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021)."*

Y no sobra manifestar, que esta Corporación considera que el principio de sostenibilidad financiera no se violenta con la declaración de la ineficacia del traslado, porque si los efectos del traslado es que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban y entre ellos, se integra la devolución en forma plena y retroactiva, con esta decisión se está protegiendo la sostenibilidad de Régimen de Prima Média. Aunado a ello, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2877 de 2020 se pronunció al respecto, señalando:

*"Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas."*

En virtud de lo anterior la sentencia de primera instancia debe ser ACLARADA en el sentido de indicar que la orden dada a COLFONDOS S.A para que traslade con destino a COLPENSIONES las cuotas de administración, las mismas que encuentran constituidas por *"gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes"*, las cuales deberá ser trasladadas debidamente indexadas.

### **3. Del reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de Colpensiones.**

Para el caso bajo estudio no existe discusión y se encuentra acreditado que a la demandante ROSA MARIA MERCHAN BALLEEN, le es aplicable para el reconocimiento de la pensión de vejez los requisitos establecidos en el artículo



33 de la ley 700/93, modificado por la ley 797 de 2003, esto es, cumplir una edad de 57 años y tener 1.300 semanas cotizadas.

El primer requisito de la edad fue cumplido el 07 de junio de 2021 al haber nacido el 07 de junio de 1964, (fls 23 del PDF 02), y el segundo requisito con respecto a las semanas cotizadas se encuentra acreditado toda vez que según historia laboral allegada por la parte demandada Colfondos S.A se evidencia que esta cuenta hasta el mes de agosto de 2021 con un total de **1.821.14** semanas cotizadas en toda su vida laboral, (fls 97 y ss de la contestación de Colfondos S.A). En virtud de lo anterior es claro que la demandante cumple a cabalidad los requisitos de la normativa en cita para tener derecho a la pensión de vejez pretendida.

Ahora, con respecto al disfrute de la pensión debe decirse que los artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990, son claros en el sentido de distinguir que, el reconocimiento de la pensión se debe dar por parte de la entidad de seguridad social en pensiones cuando se verifiquen los requisitos de edad mínima y semanas cotizadas. En cuanto al disfrute, esto es, el derecho que tiene el afiliado a comenzar a percibir la pensión, sólo se hace efectivo cuando el mismo se retire del sistema, notificado a través de la novedad de retiro, al tenor de lo indicado por el Acuerdo 044 de 1989 (Decreto 3063 de 1989) en su artículo 5, que trata de la desafiliación, del artículo 25 numeral 4, del artículo 64 y 65 acerca de las novedades y sus clases, en el numeral 3 reza “retiro del trabajador cuando cesa el vínculo laboral”, siendo esta la posición adoptada por la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con lo señalado en la sentencia 16.197 del 14 de noviembre de 2001 M.P. Dr. Luís Gonzalo Toro Correa.

Partiendo de lo descrito considera la Sala que la pensión de vejez deberá reconocer como se indicó en primera instancia a partir de que se acredite la novedad de retiro del sistema o cuando cesen las cotizaciones toda vez que, según se observa de la historia laboral allegada por Colfondos S.A con la contestación presentada la demandante tiene cotizaciones hasta el mes de agosto de 2021, y según lo confesado por la demandante en el interrogatorio de parte, para dicha fecha aún le continuaba cotizando al sistema general de pensiones, sin que exista prueba en contrario en el expediente de que el

demandante ya haya cesado sus cotizaciones o que haya efectuado la novedad de retiro del sistema.

La pensión debe ser reconocida en 13 mesadas al año al causarse el derecho después del 31 de julio de 2011 al tenor de lo dispuesto por el acto legislativo 01 de 2005.

Con respecto a la mesada pensional y la liquidación del IBL se CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia en cuanto a que el monto de esta debe liquidarse de conformidad con el artículo 34 de la ley 100 de 1993, y el IBL de conformidad con lo regulado en el artículo 21 de dicha normativa, esto es, con el promedio de las cotizaciones realizadas en toda la vida o en los últimos diez años según sea más beneficioso para la demandante, debiéndose confirmar la sentencia en este sentido.

Costas en esta instancia a Cargo de Porvenir S.A en la suma de \$1.160.000 por no prosperar el recurso de apelación interpuesto.

### **DECISIÓN**

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

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: ACLARAR** la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín, en el sentido de indicar que la orden dada a COLFONDOS S.A para que traslade con destino a COLPENSIONES las cuotas de administración, las mismas que encuentran constituidas por *“gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”*, las cuales deberá ser trasladadas debidamente indexadas.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**TERCERO:** Costas en esta instancia a Cargo de Porvenir S.A en la suma de \$1.160.000 por no prosperar el recurso de apelación interpuesto.

**CUARTO:** Las anteriores decisiones se notifican por EDICTO, conforme lo dispuesto en la providencia AL 2550, radicación 89628 del 23 de junio de 2021 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados.



**HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ**



**GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ**



**CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA**



**SECRETARÍA SALA LABORAL**  
**EDICTO VIRTUAL**

La secretaría de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín notifica a las partes la sentencia que a continuación se relaciona:

DEMANDANTE	: ROSA MARIA MERCHAN BALLEEN
DEMANDADO	: COLPENSIONES, PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-024-2021-00156-01
RADICADO INTERNO	: 128-23
DECISIÓN	: ACLARA, Y CONFIRMA SENTENCIA.

Magistrado Ponente  
**HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ**

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/148> por el término de un (01) día hábil. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

**CONSTANCIA DE FIJACIÓN**

Fijado el 31 de mayo de 2022 a las 8:00am

**CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN**

Se desfija el 31 de mayo de 2022 a la 5:00pm

  
**RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS**  
SECRETARIO