

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### SALA DE DECISIÓN LABORAL

El veintisiete (27) de octubre 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 el señor **ARIOSTO MILÁN MOSQUERA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.) Tramitado bajo el radicado No. **05001-31-05-003-2021-00288-01**.

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:

El 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 el actor que inició sus cotizaciones en el sistema general de pensiones en el RPM administrado por el ISS hoy Colpensiones a partir del 7 de febrero de 1985, y posteriormente se trasladó al RAIS por medio de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 22 de junio de 1996.

Refiere que al momento de efectuarse el diligenciamiento de la solicitud de traslado, no se le brindó por parte de la AFP Horizonte hoy PORVENIR S.A. una asesoría oportuna, y suficiente, revestida de información veraz y específica acerca de las ventajas y desventajas del traslado y permanencia en el RAIS, y menos aún, se le

informó de las condiciones bajo las cuales obtendría el derecho pensional bajo éste régimen, a efectos de que mi poderdante tomar una decisión informada.

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

El *a quo* despachó desfavorablemente las pretensiones como fueron solicitadas en la demanda, y en su lugar declaró que PORVENIR S.A. no demostró haber cumplido con su obligación de diligencia debida de buen consejo en favor del demandante, cuando este se trasladó a dicha Administradora de Fondos de Pensiones, ni tampoco demostró que a lo largo de la afiliación del demandante a dicha entidad, esta le diera información clara, veraz y oportuna que le mostrara las circunstancias que le hicieran más favorable permanecer en el RAIS antes que en el RPM.

Seguidamente declaró que PORVENIR S.A. causó grave menoscabo, es decir disminución o limitación a la seguridad social en pensiones del demandante, cuando cumplió la edad y semanas para tener derecho a la pensión.

Consecuencialmente, declaró la responsabilidad constitucional y profesional de PORVENIR S.A. en el menoscabo o perjuicio a la seguridad social en pensiones del demandante.

Acto seguido declaró la inaplicación constitucional (art. 53 C.P. y 272 Ley 100/93) de la pérdida del RPM acaecido en cabeza del demandante por PORVENIR S.A. De acuerdo con dicha inaplicación, se declara que el demandante sigue inmerso en el RPM, pero a cargo de la AFP PORVENIR S.A.

Como consecuencial de las anteriores declaraciones, ordenó a la AFP PORVENIR S.A., que dentro del mes siguiente a la fecha en que el demandante solicite por escrito la pensión de vejez, una vez éste reúna los requisitos para tener derecho a ella, le reconozca, liquide y pague dicha pensión, bajo el RPM. El demandante dentro de la carta en que solicite la pensión de vejez, deberá incluir certificado de retiro laboral.

Asimismo, ordenó a la AFP PORVENIR S.A. que, dentro del mes siguiente a la fecha en que reconozca, liquide y pague la pensión de vejez bajo el RPM en favor del demandante, solicite por escrito a COLPENSIONES, elaboración de cálculo actuarial pensional con miras a subrogación pensional. Además, se ordena a COLPENSIONES que dentro de los (dos meses) siguientes a la fecha en que PORVENIR S.A. lo solicite por escrito, elabore dicho cálculo actuarial pensional con miras a subrogación pensional y en ese mismo lapso, dos meses, COLPENSIONES deberá presentar dicho

cálculo actuarial pensional a PORVENIR S.A. A su vez esta última entidad, PORVENIR S.A., dentro del mes siguiente a la fecha en que reciba por escrito el valor del cálculo actuarial pensional de manos de COLPENSIONES, proceda a su pago real y efectivo a dicha entidad.

De igual forma, ordenó que hasta tanto la AFP PORVENIR S.A. no pague real y efectivamente el valor del cálculo actuarial pensional a COLPENSIONES, sigue obligada a pagar la pensión de vejez bajo el RPM al demandante. COLPENSIONES subrogará a PORVENIR S.A. en tal obligación a partir del momento y hora en que esta última entidad pague a COLPENSIONES el valor del cálculo actuarial pensional.

Por otro lado, autorizó a la AFP PORVENIR S.A a enjugar parte del valor del cálculo actuarial pensional que se le ordena pagar a COLPENSIONES tomando PORVENIR S.A. para si los ahorros pensionales del demandante, rendimientos financieros, bono pensional y cualquier otra suma de dinero que llegue al haber de la cuenta de ahorros de este.

Finalmente, en cuanto a las excepciones propuestas por las entidades demandadas decidió que no prosperan, salvo la propuesta por COLPENSIONES de intransmisibilidad de la responsabilidad de la AFP PORVENIR S.A., por lo que absolvió a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Costas procesales a favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A. Agencias en derecho \$4.640.000.

### **3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:**

La sentencia fue apelada por las apoderadas judiciales de PORVENIR y COLPENSIONES en los siguientes términos:

#### **APELACIÓN DE PORVENIR S.A.**

La apoderada de PORVENIR S.A., apela la sentencia argumentando que en cuanto al numeral primero de la sentencia en el que se manifiesta que esta entidad, no demostró haber cumplido con la obligación de diligencia debida y buen consejo, la prueba documental que el juez extrae en su fallo, para ese momento no existía obligación de emitir un buen consejo. Ello es así porque el deber de los fondos de pensiones ha venido evolucionando y no podría entonces exigirse a PORVENIR allegar a este proceso un

consolidado de la información estricta que se le brindó en ese momento al demandante porque para esa época se le exigía a PORVENIR emitir una información de carácter verbal como efectivamente se hizo, y la voluntad de afiliación quedaba suscrita en un formulario de afiliación, que es realizado y aprobado por la Superintendencia financiera.

En segundo lugar, en cuanto al numeral segundo de la sentencia que declaró que se causó grave menoscabo al demandante cabe resaltar que si bien en la motivación el juez de primera instancia manifestó que el demandante acreditó el perjuicio ocasionado, hubo una extralimitación de las facultades ultra y extra petita del juez de primera instancia por cuanto en la demanda ni siquiera se hace referencia de daño o menoscabo causado al mismo.

Bajo ese entendimiento, en el tema de los daños ocasionados será la persona quien alegue haberlos padecidos quien tendrá la carga probatoria. Sin embargo, en el presente proceso no hubo prueba por parte del demandante que permitiera concluir que en efecto hubo algún tipo de perjuicio. Asimismo, ni siquiera se discute la causación de los mismos.

Por otro lado, refiriéndome a la obligación que se le impuso a PORVENIR de pagar una pensión de vejez acorde a las reglas de RPM, en nuestro ordenamiento existen dos regímenes pensionales que tienen reglas distintas. Es decir que, el reconocimiento y liquidación de las prestaciones económicas que uno u otro régimen se otorgan tienen normatividades distintas, por lo tanto, no puede pretenderse que PORVENIR pague una pensión de vejez bajo un régimen que ni siquiera la regula. Los regímenes pensionales son excluyentes, y el legislador ya ha fijado reglas diseñadas para cada uno de ellas y el hecho de ordenar esta condena implicaría el desconocimiento del ordenamiento jurídico.

En cuanto al deber de información que se agotó con el demandante reitero como se ha venido exponiendo desde la contestación de la demanda, el mismo fue debidamente asesorado con la información suficiente para ser consiente del acto jurídico que estaba celebrando con las consecuencias que tendría.

Por último, solicito se revoque la condena en costas dado que considero fue tazada en un monto muy alto teniendo en cuenta que el proceso no lleva mayor dificultad, que ya hay línea jurisprudencial trazada al respecto. Tampoco lleva mucho tiempo en su trámite y solicito que las mismas sean tasadas de forma diferente en caso que se confirme la sentencia de primera instancia, que se disminuyan las mismas.

## **APELACIÓN DE COLPENSIONES.**

La apoderada de COLPENSIONES, recurre la sentencia argumentando que la subrogación pensional no es una figura propia para la ineficacia del traslado sino más bien una figura propia de la existencia de una omisión en la afiliación, por lo que no es posible que se pague a Colpensiones cálculo actuarial con miras a subrogación pensional posterior, por lo que se solicita declarar que se mantiene al demandante inmerso en el RAIS, pero que no habrá lugar a subrogación pensional a Colpensiones con cálculo actuarial ni de ninguna otra forma, sino que el demandante se mantendrá dentro del régimen que hoy pertenece. Esto por las razones que se indicó el mismo despacho, y es que Colpensiones es un tercero de buena fe dentro de este proceso que nada tuvo que ver en la decisión de traslado que tuvo el demandante, y además, hay una afectación al principio de sostenibilidad financiera no solamente de la entidad, sino del sistema general pensional cuando se traslada al demandante que está ad portas de cumplir los requisitos para una pensión de vejez que sería pagada por Colpensiones.

Entidad en el demandante no ha contribuido de ninguna manera, además que en el interrogatorio de parte el demandante confesó que su único motivo para trasladarse hoy es la mesada pensional y no hay ningún otro motivo de fondo para dicha situación. Aun así, si el Tribunal decidiera decretar la ineficacia de traslado indicando que el demandante debe ser recibido en la entidad a la que represento, entonces como se indicó en los alegatos de conclusión se solicita al Tribunal, sean devueltos a Colpensiones no solo los rendimientos y valores que se encuentra en la cuenta de ahorro individual del demandante, sino además, los gastos de administración, seguros previsionales y cualquier otro emolumento que hayan sido descontados de la cuenta de ahorro individual del demandante, a fin, de que Colpensiones pueda mantener mínimo la pensión.

Igualmente se solicita al Tribunal, que, esta devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y demás gastos que se hayan realizados, sean debidamente indexados, toda vez que hay una depreciación de esos dineros que ya la entidad gastó y que hoy Colpensiones lo necesita para pagar la pensión del demandante.

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

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

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

## **1. LAS COMPETENCIAS EXTRA PETITAS Y ULTRA PETITAS DEL JUEZ DE INSTANCIA NO SON ILIMITADAS.**

En relación con los perjuicios a los que se refiere el juez de instancia en su motivación y posterior condena, estos no se encuentran demostrados por cuanto las simulaciones pensionales no están en un nicho jurídicamente consolidado. Además, no son un derecho adquirido por el demandante, pues ésta carece de un reconocimiento de derecho pensional por parte de la AFP demandada en el proceso, ya que para el momento del presente pronunciamiento este aún se encuentra en construcción. En este orden de ideas, no se puede pretender por el juez de instancia el reconocimiento de un perjuicio cuando el demandante no logra probar que éste efectivamente, se presentó.

Si bien el juez hizo uso de las facultades extra y ultra petita, de las que trata el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, claramente hubo un uso indebido de estas facultades, pues en un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3614 de 2020, se establecen los requisitos que el juez debió observar para fallar extra y ultra petita, y, para el caso de la sentencia extra petita, se debe considerar que, en primer lugar, los hechos que originen la decisión deben haber sido discutidos en el proceso y, segundo, que tales hechos estén debidamente acreditados, requisitos que no se cumplieron para este casos en concreto.

## **2. FRENTE A LA DECLARACIÓN DE QUE EL DEMANDANTE SIGUE INMERSO EN EL RPM.**

No existían razones fácticas o jurídicas para esta declaración, pues la decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza, tal y como lo manifestó en el interrogatorio de parte, dado que afirmó que al momento de firmar el formulario lo realizó de forma voluntaria y libre. Además, dicho formulario cumple con los requisitos exigidos en la ley exigidos para el momento de la afiliación, pues:

- 2.1. Mi representada, al momento de realizar el traslado de la parte accionante al Régimen de Ahorro Individual, cumplió con su deber de información establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Asimismo, se recuerda que la prueba documental que extraña el juez de primera instancia en su fallo, frente a aquellos documentos que acrediten la entrega de información, no era una obligación vigente para el momento del traslado de la parte accionante

pues, esta obligación surgió con la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia financiera de Colombia, teniendo en cuenta lo anterior, no es cierto que mi representada se encuentra en una mejor posición probatoria que acredite lo solicitado.

- 2.2. Por otro lado, la parte actora manifiesta que su motivación para iniciar este proceso es la diferencia en la mesada pensional entre los regímenes, como se evidencio en los hechos de la demanda y en las declaraciones de el demandante en audiencia. Por lo tanto, es palmario que lo que motiva a la parte demandante a solicitar la nulidad o ineficacia de su traslado de régimen de pensiones no reposa en la forma en como este se produjo, sino en el supuesto hecho de no cumplirse sus expectativas sobre el eventual monto de la pensión que recibiría en este.
- 2.3. La obligación del buen consejo, la doble asesoría, e incluso la de desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores, surgidas a partir del año 2010 y 2014, lo anterior fue recapitulado y objeto de pronunciamiento en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 en consecuencia, tales obligaciones no existían para la época de la afiliación y mucho menos las mismas se pueden aplicar de manera retroactiva.
- 2.4. La totalidad de condiciones del Régimen de Ahorro Individual, no son impuestas por las Administradoras de Fondos Pensionales, por el contrario, dichas condiciones para adquirir diferentes prestaciones dentro del régimen se encuentran en la Ley 100 de 1993, en consecuencia, la ignorancia o desconocimiento de esta no sirven de excusa, tal y como lo establece el artículo 9 del código Civil Colombiano.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que la parte demandante solicita desde la pretensión de la demanda la figura de la ineficacia, con ocasión, a una supuesta ausencia en la entrega de la información consistente en las condiciones del Régimen de Ahorro Individual, sin embargo, se recuerda que las mismas se encuentran en la Ley 100 de 1993 y su desconocimiento no sirve como excusa **para inaplicar las mismas.**

### **3. CONDENA CONSISTENTE EN PAGAR AL DEMANDANTE PENSIÓN DE VEJEZ BAJO LAS REGLAS DEL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA.**

- 3.1. La presente condena emitida por el Juez de primera instancia no se encuentra acorde con el ordenamiento jurídico vigente, pues está desconociendo que el legislador creó y reguló dos sistemas pensionales, excluyentes entre sí y con formas de reconocimiento y liquidación de prestaciones económicas distintas.
- 3.2. Así las cosas, no es dable que se imponga a mi representada al pago de una prestación acorde con un régimen pensional que no es el propio que la regula, pues como se dijo anteriormente, ello iría en contra de lo regulado en las normas jurídicas.
- 3.3. Tampoco puede perderse de vista que esta condena ordenada en la sentencia de primera instancia, fue producto de las extra limitaciones del juez de primera instancia en tanto en la demanda no se solicitó este pago por parte de mi representada.

#### **4. CONDENA EN COSTAS A CARGO DE MI REPRESENTADA**

En relación con la condena en costas debemos indicar que mi representada siempre obró con buena fe objetiva, en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes para la época en la que se dio el traslado de la parte demandante del RPM al RAIS.

#### **ALEGATOS COLPENSIONES:**

“Que se confirme el fallo de primera Instancia, toda vez que los Fondos están en una situación probatoria complicada respecto de los esclarecimientos de los hechos que para el presente caso la demandante está en mejor posición de ilustrar, es pertinente manifestar que la afiliación a al Fondo privado por parte de la demandante fue libre voluntaria espontánea sin coacción alguna, firmando el formulario de afiliación que para la fecha era el único documento exigible legalmente para efectos del Traslado de Régimen, por tanto no se le puede imponer cargas procesales a la AFP que no están obligados a soportar, es claro que estos traslados están generando un detrimento al sistema general de pensiones, toda vez que los recursos trasladados a Colpensiones por parte de las AFP son insuficientes para sostener una pensión, generando así pánico económico y atentando contra el principio de sostenibilidad financiera, dado que para que haya una sostenibilidad en el sistema de RPM se requiere que por cada pensionado haya mínimo 7 aportantes, en tal caso la pensión que tendría que sobrellevar la Entidad que represento, no tendría un piso financiero estable, lo cual genera que para cubrir estas pensiones se requiera del aporte del Estado que lo



compone los ciudadanos, situación está que es relevante para la adquisición de recursos por medio de impuestos.

Respecto del pronunciamiento de la inaplicabilidad constitucional, este no esta teoría no puede ser admisible toda vez que en ningún momento se le está violentando el derecho fundamental al acceso de la Seguridad en pensiones, razón por la por cual el principio de la responsabilidad debe ser compartido dado que el demandante no puede acogerse al posible engaño sufrido, sino por el contrario él está en la obligación legal de acceder a la información respecto cual es el fondo más conveniente para percibir su pensión, así las cosas, debe de interpretarse que el desconocimiento de la Ley no sirve de excusa para eximirse de responsabilidad o más bien para el presente caso el desconocimiento de la norma no puede alegarse cuando el monto de la pensión es inferior o superior en cualquiera de los regímenes constitucionales existentes.

De igual forma, es pertinente manifestar que no se está vulnerando ningún derecho fundamental a la aquí demandante, en especial al Derecho al Mínimo vital, en concordancia por lo manifestado por la Corte Constitucional en Sentencia T-184/09 en donde indico lo siguiente:

“El mínimo vital es un derecho fundamental que tiene como característica ser cualitativo, por lo que supone que cada quien viva de acuerdo al estatus adquirido durante su vida. Sin embargo, esto no significa que cualquier variación en los ingresos implique necesariamente una vulneración de este derecho. Por el contrario, existe una carga soportable para cada persona, que es mayor entre mejor haya sido la situación económica de cada quien. Por esto, entre mayor sea el estatus socioeconómico, es más difícil que variaciones económicas afecten el mínimo vital y, por ende, la vida digna.”

Adicionalmente, recordó que, “el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones que, por su misma esencia, pueden conducir al establecimiento de una diversidad de trato “Por lo tanto, el derecho a trasladarse NO es absoluto y debe atender criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales. Desconocer el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones (Art. 48 C.P. adicionado por el art. 1 del Acto Legislativo 01 de 2005) al declarar la ineficacia del traslado de un afiliado del RPMPD a RAIS, pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados; así lo reconoció la Corte Constitucional en sentencia T-489 de 2010.

Por lo anteriormente expuesto, es claro que la afiliación al RAIS es completamente valido y por ente a Colpensiones no se le puede imponer condena alguna en recibir nuevamente al afiliado al RPM y reconocer una eventual pensión, por ello tampoco es viable la subrogación pensional, pues en atención a la sentencia más reciente SL 373 de 2021 se abrió la posibilidad que los fondos privados restablezcan el perjuicios causados a los afiliados, en este caso, al momento de una eventual pensión la misma debe estar en cabeza del Fondo privado quien a título de perjuicios es quien debe recocer la indemnización al afiliado por los daños causados en la desmejora de su mesada, y de esta forma salvaguardar los recursos de Colpensiones quien fue un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre la demandante y el fondo privado. A este respecto, el al Alto Tribunal de la especialidad laboral reflexionó que, al haberse adquirido la calidad de pensionado, se produce la imposibilidad de retornar al estatu quo ante, es decir, tal condición no puede deshacerse o desaparecerse del plano jurídico, pues ello conllevaría a “disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto.” Para soportar su tesis, la mencionada Corporación razonó que no es posible revertir ciertos efectos económicos como el deterioro que sufre el capital que ya ha sido objeto de pago a través de mecanismos de financiación como los bonos pensionales y las cuotas partes de entidades contribuyentes, como consecuencia ineludible del pago de mesadas pensionales. En efecto, es irreparable la pérdida de integridad del músculo financiero con que se respalda el pago de la prestación, por lo que forzar a través de una ficción jurídica la vuelta al estado anterior en que se encontraba las cosas, va en detrimento de los recursos de la Seguridad Social, bien sea que provengan de la Nación y/o demás entidades que deben contribuir al financiamiento del pasivo pensional. Sumado a lo anterior, se torna inviable la realización de los efectos de la ineficacia, por cuanto no es posible cesar los efectos jurídicos de las operaciones, contratos y actos que involucran a terceros como aseguradoras, entidades oficiales e inversiones, que según la modalidad pensional en que se encuentre el actual pensionado, hayan concurrido en la administración y gestión del riesgo financiero, entre otras muchas problemáticas de orden financiero, que ocasionarían un déficit económico entre los actores del Sistema que han confluído en la gestión de los recursos a través de relaciones jurídicas válidamente suscitadas en el mundo jurídico del Sistema General de Pensiones, en cumplimiento de obligaciones y deberes contractuales que ya se encuentran consumados y perfeccionados con las consecuencias de orden legal y financiero que ello acarrea.

Ahora bien, su señoría si en su saber jurídico se declara la ineficacia del traslado y por consiguiente se ordena a mi representada acoger nuevamente al régimen de prima media al aquí demandante ruego a usted SE ORDENE A la AFP PROTECCION S.A. LA DEVOLUCIÓN DE TODOS LOS APORTES REALIZADOS POR EL DEMANDANTE, porcentaje de garantía de pensión mínima, porcentaje de gastos de administración, porcentaje de primas de seguros de invalidez y muerte, rendimientos y ahorros, tal y como lo dispone la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en las sentencias SL 17595/17, SL 4989/18 Y SL1421/19. Así como también el cálculo actuarial en el entendido que, si los dineros provenientes de las AFP PORVENIR S.A. no alcanzaren a pagar la totalidad de la pensión de vejez, esta última quede con la obligación de balancear estos valores los cuales deben ser indexados al momento de su entrega en consideración a la pérdida adquisitiva del valor del dinero.”

## **5. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:**

El problema jurídico a resolver se circunscribe a establecer si la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es ineficaz, y de serlo, cuáles son las consecuencias jurídicas que de ello se derivan.

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 en los art. 10 y 14 de la Ley 1149 de 2007 además de resolverse la apelación de PROTECCIÓN S. A. se consultará la sentencia en favor de COLPENSIONES por haberle resultado adversa, por lo que, la legalidad del fallo será estudiada en su integridad.

Primeramente, es necesario manifestar que el traslado o afiliación a los distintos regímenes pensionales la establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, disponiéndose además en los Arts. 60 y 114 de esta ley, como en los arts. 10, 12 y 15 del Decreto 720 de 1994 vigente para la época del traslado de la demandante, que el traslado de régimen pensional debe partir de la cabal y completa asesoría que lleve a un asegurado a tomar una decisión responsable e informada, asesoría que ha de entenderse pedagógica, es decir, realmente entendible para cada persona conforme a

su grado de cultura y su situación particular, pues los casos no presentan las mismas características o condiciones.

La jurisprudencia de la SCL de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia SL12136-2014 del 03 de septiembre de 2014, abandonando el concepto de **nulidad** del traslado, precisó que la omisión en la debida asesoría de las AFP al momento del referido traslado lo convierte en **ineficaz**, por violentar la exigencia del literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993, sobre la obligatoriedad de que tal manifestación de traslado fuera libre y voluntaria y contempló, que de no ser así, la afiliación respectiva quedaría sin efecto y podría realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

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

1. Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a 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 el accionante, estando afiliado al régimen pensional de prima media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, según historia laboral emitida por COLPENSIONES visible a folios 226 a 230 del documento 11 del expediente digital, se afilió a la administradora del RAIS Horizonte, hoy PORVENIR S.A. el 22 de junio del 1996, como se anota en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 112 del documento 11 del expediente digital.

De otra parte, en este caso, si bien el demandante no es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por no contar para el 1º de abril de 1994 con 40 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la AFP PORVENIR S.A. en el año 1996 estuviera en la obligación de suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; sobre todo **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué dependería su monto en el RAIS.**

Sobre el deber de información antes citado, escuchado el interrogatorio de parte que fue absuelto por el demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:05:03 del video de la audiencia de trámite y juzgamiento (Documento 24 del expediente digital), no se advierte que esta haya confesado que PORVENIR S.A. le hubiese brindado toda la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su afiliación al RAIS, pues no manifiesta que se le haya ilustrado sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como las características de uno y otro régimen, los requisitos para acceder a las prestaciones económicas en cada uno de ellos, la forma de liquidación de la mesada pensional en cada régimen, la oportunidad de trasladarse entre regímenes y entre administradoras y los términos para ello, entre otros aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

Ahora, 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 probó PORVENIR S.A., siendo su carga, como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada.

En ilación con lo anterior, es evidente que, como lo concluyó el fallador de primera instancia, la demandada PORVENIR S.A., no le brindó al demandante o por lo menos no probó, haberle otorgado, la debida asesoría para tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional en el año 1996 que se produjo el citado traslado, por lo que, en

esta instancia se declarará la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el demandante en el año 1996 cuando se trasladó del RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, a la AFP PORVENIR S.A., pero no como consecuencia de la inaplicación constitucional del acto jurídico de traslado, sino debido a que dicho acto nunca nació a la vida jurídica dado que adolece del consentimiento debidamente informado que debía tener el demandante al momento de suscribirlo conforme lo establece el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, frente a la orden del *a quo*, dada a PORVENIR S.A., de reconocer y pagar la pensión de vejez al demandante de conformidad con las normas que regulan la pensión en el RPM, y además de pagar a COLPENSIONES el cálculo actuarial para subrogarse en dicha entidad, debe señalar la Sala que al declararse la ineficacia del traslado, contrario a lo argumentado y concluido por el *a quo*, la consecuencia jurídica no puede ser la subrogación del riesgo de PORVENIR S.A. en COLPENSIONES a través de un cálculo actuarial, sino que el acto de vinculación al régimen de ahorro individual no produjo ningún efecto, lo que conlleva a la reactivación de la afiliación del demandante en el RPM, con la consecuente devolución a COLPENSIONES, actual administrador de este régimen, por parte de PORVENIR S.A. de todos los valores existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante, es decir las cotizaciones allí depositadas con sus rendimientos o intereses, así como los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro de Fogafín durante el tiempo que legalmente se haya descontado de la cotización, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole, pues al declararse la ineficacia del acto de traslado, **ningún efecto jurídico puede derivarse de este** y por tanto, deben reintegrarse a COLPENSIONES, la totalidad de las sumas que hubiese recibido la AFP demandada como cotización del 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, ya que será Colpensiones la entidad que reconocerá el derecho prestacional, en caso de que se consolide en cabeza del accionante.

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.”*

Teniendo en cuenta lo anterior, al tratarse de la declaratoria de un acto ineficaz que acarrea los mismos efectos de uno nulo, no es dable concebir, so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración del bien, que dichas sumas queden por fuera de las restituciones, de un lado, porque se trata de rubros que pertenecen al régimen de prima media con prestación definida, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otro, porque es la indebida actuación por parte de la AFP demandada, al no proveer la información clara, completa y comprensible a través de sus asesores, que tiene como consecuencia, además del hecho de generar la declaratoria de ineficacia, que deban asumir de 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 indexación de los gastos de administración, seguros previsionales y demás gastos que se hayan realizados, solicitada en el recurso de apelación de COLPENSIONES, resulta procedente concederla, pues la jurisprudencia

de la CSJ de la que se citan las sentencias SL1688 de 2019 SL 2932 de 2020, SL 3202, 3571, 3706, 3707, 3708, 3709 y 3769 de 2021, la CSJ ha ordenado que las cuotas de administración fueran devueltas indexadas, por lo que le asiste razón a Colpensiones en este aspecto, por lo que se ordenará, que los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro de Fogafín durante el tiempo que legalmente se haya descontado de la cotización, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el porcentaje de la cotización que no se abonó a la cuenta de ahorro pensional del demandante, sea devuelto indexado.

Ahora, respecto del bono pensional tipo A, que eventualmente pudiera haberse pagado a favor del actor, al ser ineficaz la afiliación del demandante al RAIS, no se origina el derecho a bono pensional tipo A, y por tal razón, en el hipotético caso que el referido bono hubiese sido pagado, se debe efectuar la devolución al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

De otra parte, se afirma en la apelación de COLPENSIONES que la declaración de ineficacia del traslado del demandante al RAIS y la reactivación la afiliación al RPM, atenta contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano establecida en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, por la inexistencia de equivalencia entre los valores recibidos y los valores requeridos para el posterior reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la demandante.

En lo relativo al anterior argumento, se ha de manifestar, que para efecto de declarar la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, no es jurídicamente viable tener en cuenta el principio antes citado, pues, desde que el actor estuvo afiliado al RPM era beneficiario de las prerrogativas de este régimen pensional, conforme lo disponía la legislación, y por ello no es posible desconocer los derechos que tiene conforme las norma legales vigentes, so pretexto de someterse al principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano, pues a este principio el que se tiene que someter es el legislador al realizar las reformas pensionales, no que el juez para desconocer derechos ya legislados.

Pero, es más, eventualmente pudiera suceder que un afiliado al RPM, fallezca sin que tengan beneficiarios que legalmente puedan acceder a las prestaciones de sobrevivientes y en tal caso, los dineros de sus cotizaciones, queden en el fondo común de COLPENSIONES. También puede suceder que el afiliado no alcance a obtener la pensión de vejez, sino la indemnización sustitutiva, la que es evidentemente inferior al monto de las cotizaciones con sus rendimientos. Igualmente puede suceder



que el afiliado alcance a obtener la pensión de vejez, y fallezca sin tener beneficiarios de una pensión de sobrevivientes, y que los dineros con los que contribuyó al fondo común no se hayan agotado, caso en el cual el saldo no utilizado queda perteneciendo al fondo común, lo que no pasa en el RAIS, pues los dineros deben ser entregados a los herederos.

También le asiste razón a COLPENSIONES en su apelación, en cuanto no se le podía imponer la carga de realizar cálculo actuarial, pues la decisión no podía ser otra que declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, y que en consecuencia, el actor regresaba al RPM al que se encontraba afiliado antes del traslado, con la consecuente devolución a COLPENSIONES de las cotizaciones en la forma ya explicada.

Finalmente, respecto de la apelación de PORVENIR S.A., en el sentido que se disminuyan las costas impuestas en primera instancia, debe manifestar la Sala, 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.

En cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN formulada por las demandadas al dar respuesta a la demanda, se tiene que, bajo la óptica jurisprudencial de la ineficacia del traslado de régimen introducido por la SCL de la CSJ, al concluirse que el acto jurídico de traslado de régimen nunca nació a la vida jurídica, no es procedente aplicar la prescripción, conforme puntualmente lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL1689-2019, proferida el 8 de mayo de 2019.

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

Sin costas en esta instancia por haber prosperado el recurso de apelación de los recurrentes.

## **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:** **REVOCAR** la sentencia del 29 de mayo de 2023 proferida por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **ARIOSTO MILÁN MOSQUERA** contra **COLPENSIONES. y PORVENIR S.A.**, salvo en cuanto DECLARÓ que la AFP PORVENIR S.A. faltó a su obligación de dar información veraz, al demandante, al momento de realizar su traslado del RPM al RAIS, para en su lugar:

- **DECLARAR**, la ineficacia del traslado de régimen pensional del actor al RAIS, realizado a través de la AFP PORVENIR S.A.
- **DECLARAR**, que por efecto de la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante al RAIS, su afiliación válida es la del régimen de prima media en COLPENSIONES, entidad está a la que se le ORDENA reactivar sin solución de continuidad la afiliación, e incluir en la historia laboral del actor las semanas cotizadas en el RAIS.
- **ORDENAR** a PORVENIR S.A., efectuar la devolución a COLPENSIONES, de la totalidad de los aportes pensionales o cotizaciones obligatorias que recibió con motivo de la afiliación del actor, sin descuento de ninguna índole, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, con sus intereses o rendimientos, indexando el porcentaje de la cotización que no fue consignado en la cuenta de ahorro pensional del demandante.
- **ORDENAR** a PORVENIR S.A., que el importe de bono pensional tipo A, que eventualmente pudiera haberse pagado a favor del actor, efectúe su devolución al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

**SEGUNDO:** Costas en primera instancia a cargo de PORVENIR S.A., las que serán fijadas por el *a quo*.

SIN costas en esta instancia.

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: **e2bf3a1183a3e1cd165a614415cecba59daf0c873e2ff7ed3fd3d0f0484f4eee**  
Documento generado en 27/10/2023 03:17:35 PM

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