



SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MARÍA NELIDA GALLEGO DÍAZ
Demandado: COLPENSIONES Y OTROS
Procedencia: JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
Providencia: SENTENCIA. n° 165
Radicado n.º: 05001-31-05-011-2019-00042-01 (O2-23-125)

En Medellín, a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 15 del Decreto Legislativo n.º 806 del 04 de junio de 2020, y en consonancia con el artículo 10 del Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el 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 LEBRUN MORALES**, **SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE**, y **VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO**, quien actúa como magistrado sustanciador, procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la partes, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública Colpensiones, dentro del proceso ordinario instaurado por **MARÍA NELIDA GALLEGO DÍAZ** en contra de **COLPENSIONES**, **COLFONDOS S.A.**, **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**, dentro del proceso con radicado n.º 05001-31-05-011-2019-00042-01 (O2-23-125).

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 siguiente sentencia que en derecho corresponda.

1. ANTECEDENTES

1.1 Demanda. Mediante vocero judicial, la demandante **MARÍA NELIDA GALLEGO DÍAZ** pretende que se declare que es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo cual tiene derecho a regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES y, en consecuencia, se condene a PORVENIR S.A. a trasladar los aportes de la CAI hacia COLPENSIONES, junto con los rendimientos financieros y el valor del bono pensional si los hubiere; de manera subsidiaria pretende que se declare la ineficacia o nulidad de traslado de régimen pensional, y por consiguiente, se condene a PORVENIR S.A. a trasladar el valor de los aportes de la cuenta

de ahorro individual, junto con los rendimientos y el valor del bono pensional hacia COLPENSIONES, y el pago de las costas procesales.

Fundó sus pretensiones en que nació el 19 de junio de 1959; que venía afiliado al régimen de prima media con prestación definida desde el 1 de noviembre de 1977; que para el 1° de febrero de 1995, fecha de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993 en el Municipio de San Roque, contaba con 795 semanas, por lo que, es beneficiaria del régimen de transición; que en agosto de 1996 se trasladó a COLFONDOS S.A.; que en junio de 1998 se trasladó a Horizonte, hoy PORVENIR S.A.; que las AFP del RAIS no le suministraron la información oportuna, completa, transparente, clara, suficiente, concreta, adecuada y veraz, sobre los beneficios y consecuencias del traslado de régimen pensional; que al 31 de diciembre de 2018 cuenta con 2.025 semanas; que cuenta con más de 20 años de servicios en el sector público; que el 05 de marzo de 2018 solicitó ante COLPENSIONES el traslado de régimen pensional, el que fue denegado mediante comunicado de la misma fecha, por encontrarse a menos de diez años para pensionarse. (Fols. 4 a 18 y 241 a 255 archivo No 01).

1.2 Trámite de primera instancia y contestación de la demanda. La demanda fue admitida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín mediante auto del 19 de marzo de 2019 (doc. 01 pág. 68), con el cual ordenó su notificación y traslado a las partes accionadas.

1.2.1 COLPENSIONES: Una vez notificada (doc. 1 pág. 81), contestó la demanda el 08 de mayo de 2019 a través de apoderada judicial (doc. 01 pág. 95 a 103 y Archivo No 11- Pag. 1 a 19), oponiéndose a las pretensiones enarboladas, toda vez el traslado fue libre, voluntario; que el traslado es inoponible a la entidad si se tiene en cuenta que es un tercero ajeno al acto jurídico de afiliación; que el traslado es completamente válido; que la demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado. Propuso como excepciones de mérito las que denominó improcedencia de la declaratoria de ineficacia o nulidad de la afiliación al RAIS, prevalencia de la autonomía de la voluntad privada, prescripción, e imposibilidad de condena en costas.

1.2.2 PORVENIR S.A.: Luego de notificado (doc. 01 folio 106) contestó la demanda el 04 de julio de 2019 (doc. 01 pág. 125 a 148), en la que manifestó que se opone a las pretensiones de la demanda, como quiera que la actora para la entrada en vigencia la ley 100 de 1993, sólo cuenta con 27 semanas cotizadas, es decir, resulta ilógico afirmar que cuenta con más de 15 años cotizados; que la afiliación realizada al RAIS el 10 de enero de 1996 es totalmente válida; que el acto de afiliación obedeció a una decisión libre y voluntaria; que la demandante al permanecer en el RAIS ratificó la voluntad de continuar afiliada al RAIS. En

su defensa, propuso los medios exceptivos de mérito que intituló: prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, y la innominada o genérica.

1.2.3 COLFONDOS S.A.: Una vez notificado (doc. 001 pág. 213), se opone a las pretensiones formuladas (doc. 001 pág. 221 a 238 – Doc. 010 Pág. 1 a 18), como quiera que al demandante suscribió el formulario de afiliación con Colfondos S.A., perdiendo con ello el beneficio de la transición; que la actora se encuentra a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión, incurriendo en la prohibición del artículo 2 de la ley 797 de 2003; que al momento del traslado le brindaron una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, y se asesoró acerca de las características del RAIS, funcionamiento, diferencia, ventajas y desventajas, y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez; que no se puede concluir que el traslado es nulo, por cuanto cumplió con todos los presupuestos de ley; que no existió presión ni coacción alguna para efectuar el traslado, y por ende no está viciado el consentimiento. Propuso las excepciones de fondo que denominó 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, ratificación de la afiliación de la actora a Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, y compensación y pago.

1.2.4 PROTECCIÓN S.A.: Una vez notificado (doc. 023 pág. 1), se opone a las pretensiones formuladas (doc. 024 pág. 3 a 20), en razón a que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, por lo que no hay lugar a reactivar la afiliación en el RPMPD; que el traslado al RAIS se efectuó con observancia de todas las disposiciones legales vigentes para la época; que la actora se encuentra a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión, encontrándose en la prohibición del artículo 2 de la ley 797 de 2003. Propuso las excepciones de fondo 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento, traslado de aportes a otra administradora de fondo de pensiones, y la innominada o genérica.

1.3 Decisión de primer grado. El proceso se dirimió en primera instancia mediante sentencia proferida el 04 de mayo de 2023 (Fol. 1 a 3 archivo No 34 con audiencia virtual archivo No 31 y 32) con

la que la cognoscente de instancia declaró la ineficacia de la afiliación; condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes, como cotizaciones, gastos de administración con todos sus frutos e intereses, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, el porcentaje correspondiente a la Garantía de Pensión Mínima con todos sus frutos e intereses, el traslado del reaseguro de Fogafín y los aportes al fondo de solidaridad pensional; condenó a Protección S.A. y Colfondos S.A. a trasladar los gastos de administración, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, el porcentaje correspondiente a la Garantía de Pensión Mínima, el traslado del reaseguro de Fogafin y los aportes al fondo de solidaridad pensional; ordenó que los conceptos se devuelvan indexados a cargo de Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Protección S.A.; ordenó a COLPENSIONES a recibir los dineros por parte de las AFP y reactivar la afiliación de la actora sin solución de continuidad. Finalmente, gravó en costas procesales a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.; declaró la falta de jurisdicción para reconocer el régimen de transición de la demandante, disponiendo la remisión del expediente a los Juzgados Administrativos de Medellín por ser competencia para decidir sobre tal pretensión.

1.4. Apelación. La decisión fue apelada oportunamente por las siguientes partes procesales:

1.4.1 Demandante. Manifiesta que no está de acuerdo en el numeral con el que se declara la falta de competencia y se decide remitir el expediente a los Juzgados Administrativos, ya que no estamos en la discusión respeto del empleado público en relación con el reconocimiento de la pensión, y por lo tanto el juez competente es el juez laboral, pues estamos resolviendo en sede de la ineficacia del traslado; que lo procedente es negar o no la pretensión pero no la remisión del proceso a los juzgados administrativos; que el artículo 11 del CPTSS establece que es el juez laboral el competente para declarar si la demandante es o no beneficiaria del régimen de transición, ya que no se está discutiendo el reconocimiento pensional ni su IBL.

1.4.2 Porvenir S.A.: Indicó que no existe razones fácticas y jurídicas para declarar la ineficacia del traslado, puesto que el traslado obedeció a una decisión libre y voluntaria; que no es posible aplicar las sanciones del artículo 271 y 273 de la Ley 100 de 1993; que a la actora se le mencionaron características del RAIS al momento de trasladarse; que se cumplió con lo establecido en el Decreto 663 de 1993 respecto al deber de información; que se debe destacar los múltiples traslados horizontales, además porque los mismos se realizaron en búsqueda de rendimientos; que con los traslados horizontales se deja en evidencia que la actora quería permanecer en el RAIS y aprovechar sus ventajas; que la

inconformidad con el RAIS en el monto pensional y no en la falta de información; que la jurisprudencia es clara en que la motivación económica no es suficiente para declarar la ineficacia del régimen pensional; que para la fecha del traslado no era posible brindar una proyección de su mesada pensional, pues no se contaba con las múltiples variables, y no era obligación para esa época suministrar una proyección; que la ineficacia no se verifica con el valor de la mesada pensional en uno y otro régimen; que no existe otro documento que acredite la información aparte del formulario de vinculación, ya que ello sólo es a partir del año 2016; que únicamente era necesario el formulario de afiliación para la época; que la obligación del buen Consejo y la doble asesoría surgen en el año 2010 y 2014; que se aplique el principio de legalidad e irretroactividad de la norma; que le asiste un deber mínimo de diligencia y cuidado en sus negocios por parte de la demandante, misma que nunca se acercó a las oficinas a actualizar sus datos o revisar su situación pensional; que la demandante se encuentra en la prohibición legal del traslado; que se revoquen las condenas impuestas a la AFP como gastos de administración, primas de reaseguros y seguros previsionales, ya que tales recursos no se encuentran en poder de la demandada; que los gastos de administración se utilizaron para obtener los rendimientos; que los reaseguros no contribuyen a la pensión; que no opera la indexación, ya que si las cosas vuelven a su estado anterior, no se deberían devolver los rendimientos, mismos que compensan la indexación; que se está incurriendo en un enriquecimiento sin causa; que resulta improcedente los descuentos al fondo de solidaridad pensional, dado que no financian la pensión y también se descuentan en el RPMPD; que se revoque la condena en costas, puesta que la AFP obró de buena fe, pues la actora hizo traslados horizontales, y no tuvo injerencia en el acto jurídico de traslado inicial.

1.4.3 Colpensiones.: Esgrimió que se revoque la condena en costas, ya que es un tercero ajeno al proceso, y sólo fue condenado a recibir los dineros correspondientes del traslado, es decir, no se trata de una persona vencida en el proceso, conforme el artículo 365 del CGP.

1.6. Trámite de segunda instancia. El recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta fue admitido por esta corporación el 5 de junio de 2023 (carp. 2, doc. 2), y mediante proveído del 26 de junio del mismo año se corrió traslado a las partes para que, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de la ley 2213 de 2022, presentaran alegatos de conclusión por escrito, de estimarlo del caso, siendo que oportunamente COLPENSIONES presentó escrito con el que solicita que sea revocada la sentencia de primera instancia, porque no hay lugar a la ineficacia del traslado de régimen pensional, además de que se afectaría la sostenibilidad financiera del sistema, asimismo, que no

proceden las costas procesales en su contra, debido a que es un tercero ajeno a la ineficacia del traslado.

A su turno, el demandante señala que las AFP no cumplieron con su deber de brindar la debida asesoría, por lo que, se debe confirmar la decisión de primer grado en lo que respecta a la ineficacia; sin embargo, en lo relativo a lo relativo a la falta de competencia frente al régimen de transición, manifiesta que debe revocarse por cuanto el juez laboral si es el competente para decidir sobre ese aspecto. Finalmente, PORVENIR S.A. anota que no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, pues la decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios, por lo que, no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado, y en el evento de declararse la ineficacia, solicita que no se ordene la devolución de los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, ya que cumplieron plenamente con su cometido, además que se atenta contra toda lógica jurídica y genera un enriquecimiento sin justa causa, asimismo, que se deben revocar las costas a su cargo.

2. ANÁLISIS DE LA SALA

2.1 Apelación sentencia, y principio de consonancia. 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:

2.2 Problemas jurídicos. El *thema decidendi* en la presente litis se centra en definir: **i)** ¿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, **ii)** ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan de la ineficacia del traslado?

2.3 Tesis de la sala y solución a los problemas jurídicos planteados. El sentido del fallo de esta Corporación será **confirmatorio** de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en consideración a que no se acreditó el cumplimiento del deber de información integral en la antesala del traslado del régimen pensional, y en cuanto a las consecuencias jurídicas

que conlleva la devolución de las cotizaciones, en el sentido de incluir que la AFP del RAIS debe trasladar las sumas descontadas por gastos o comisión de administración, para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y para el pago de seguros previsionales, debidamente **indexadas**; sin embargo, revocará parcialmente la sentencia en lo que respecta al traslado de los sumas de FOGAFIN y lo relacionado con la falta de competencia respecto del régimen de transición, de acuerdo con los planteamientos que pasan a exponerse:

2.4 Ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS. En lo que interesa a la Litis, no es objeto de discusión los siguientes hechos: que la accionante nació el 19 de junio de 1959 (doc. 1 pág. 29), que venía afiliada al RPMPD desde el 1 de noviembre de 1977 (doc. 1 pág. 33 y 260); que se afilió al RAIS a través de la AFP COLFONDOS S.A., (ibíd. Pág. 40) el 31 de agosto de 1996; que luego se afilió a la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. el 2 de junio de 1998 (ibíd. pág. 59); que posteriormente el 19 de noviembre de 1999 se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A. (ibíd. pág. 150); seguidamente se trasladó a Horizonte, hoy PORVENIR S.A., administradora en la que se encuentra actualmente afiliada (ibíd. pág. 150); y que solicitó su traslado a COLPENSIONES el 05 de marzo de 2018 (ibíd. pág. 61) al que no accedió la entidad mediante comunicado de la misma fecha por estar a menos de 10 años del requisito de tiempo para pensionarse.

2.5 Traslado régimen de transición. Lo primero que viene a propósito colegir es que es equivocada la postura del a quo al respecto, es decir, de que no se podía hacer referencia al régimen de transición de la actora al ostentar la calidad de empleada pública, pues el juzgador de instancia no revisó en debida forma las súplicas de la demanda, mismas que contienen unas de carácter principal y otras de carácter subsidiaria, siendo que en la pretensión de carácter principal solicita el retorno al régimen de prima media con prestación definida como consecuencia de ser beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y como subsidiarias la ineficacia y nulidad de traslado y su retorno al régimen de prima media con prestación definida.

En ese sentido, considera la Sala que el a quo debía preliminarmente adentrarse a verificar las pretensiones principales, y en el evento de que las mismas no resulten procedentes, entonces si continuar con el estudio de las pretensiones subsidiarias, pero no lo hizo de esa manera, sino que de lleno empezó por analizar la ineficacia del traslado de régimen y en el acápite final hizo relación al régimen de transición, declarando que sobre ese preciso punto carece de competencia al ostentar la actora la calidad de empleada pública, aspecto que desde la óptica formal es desacertado, pues resolvió y le dio prosperidad a las

pretensiones subsidiarias y allí mismo integró la pretensión primera principal relativa a la pertenencia o no al régimen de transición.

De otro lado, el recurrente insiste en que el juez laboral sí es el competente para declarar que la actora es o no beneficiaria del régimen de transición, debido a que no se está solicitando la pensión de vejez sino que se está resolviendo “el régimen de transición” en relación con la ineficacia del traslado, aspecto que también considera la Sala desde lo formal resulta desacertado, dado que tal como quedaron estructuradas las pretensiones, pide de manera principal la declaratoria del régimen de transición para retornar al régimen de prima media con prestación definida por contar con más de 15 años de servicios y/o cotizaciones, más no se encuentra tal pretensión contenida en las subsidiarias, que fueron las que en definitiva le prosperaron, retornando por la vía de la ineficacia del traslado al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad.

En orden a resolver la litis, se debe precisar por la Sala que los conflictos relacionados con el traslado pensional del régimen privado al público, si es de competencia de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, tal como lo ha decantado la Corte Constitucional entre otros, en el Auto No 406 de 2021, en la que fijó la regla de decisión de la siguiente manera:

“La jurisdicción ordinaria, en su especialidad laboral, es la competente para conocer un proceso promovido por un ciudadano que solicita el traslado del RAIS al RPM. Lo anterior, porque un fondo privado de pensiones (Porvenir S.A.) administra el régimen de seguridad social al que está afiliado. En esa medida, no se cumple uno de los requisitos exigidos por el numeral 4º del artículo 104 del CPACA, para efectos de asignar la competencia a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En particular, la administradora de pensiones no es una persona de derecho público”.

Así las cosas, de cara a la decisión adoptada en primera instancia, como la pretensión de declaratoria del régimen de transición no tiene como consecuencia el reconocimiento pensional, sino el traslado de régimen, sí podía el a quo entrar a resolver tal pedimento, pero como no lo hizo, y resolvió las subsidiarias, dando prosperidad a las mismas, esto es, declarando la ineficacia del traslado junto con el retorno sin solución de continuidad en el RPMPD, no le era dable ni siquiera analizar la pretensión primera principal (declaratoria de aplicación del régimen de transición), dado que al haberse catalogado en la demanda unas como principales y otras como subsidiarias, por sustracción de materia al resolver unas, se releva de resolver las otras; en el caso concreto, al resolver y dar prosperidad a las subsidiarias, se entiende liberado de resolver las principales. Ahora, con la decisión de declarar que no es competente para resolver lo relativo al régimen de transición, podría asumirse por la Sala que implícitamente resolvió las pretensiones principales y por ello se

adentró a resolver las subsidiarias, y en ese orden, lo suplicado por la actora en la alzada no tendría vocación de prosperidad, pues no es cierto que la pretensión de declaración del régimen de transición es en relación con la ineficacia del traslado, sino que lo fue por efectos de retornar al RPMPD por la vía del traslado de régimen pensional en cualquier tiempo, y por ello, lo que procedía por el a quo era negar las pretensiones principales, y no declarar la falta de competencia y remitir el expediente a los juzgados administrativos, pues no se está solicitando la pensión de vejez, sino el retorno al RPMPD, el cual ya se declaró por la vía de la ineficacia del traslado, por lo que, sobre ese punto no tendría nada que resolver el Juez Administrativo.

Ahora, como el a quo no resolvió en debida forma la cuestión litigiosa, es decir, analizando primero el traslado de régimen por ser beneficiaria del régimen de transición, acota la Sala que en esta instancia no se puede adentrar al estudio de tal impetración, pues la decisión de instancia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, y lo es frente a la ineficacia del traslado y sus consecuencias, sin que el recurso de alzada por las partes, especialmente de la parte demandante haga alusión a que el retorno al RPMPD deba ser por ser beneficiaria del régimen de transición, sino que incluso manifiesta que debe analizarse el régimen de transición de cara a la ineficacia del traslado, máxime, cuando su disenso fue parcial frente a la falta de jurisdicción para conocer del régimen de transición, estando de acuerdo con lo demás, esto es, la ineficacia y sus consecuencias. Otra de las razones para no incursionar en ese punto por parte de la Sala es que las consecuencias jurídicas y económicas en el traslado de régimen difieren de las consecuencias jurídicas y económicas de la ineficacia del traslado, ya que en este último evento se ordena la devolución de todos los conceptos (gastos de administración, rendimientos, sumas adicionales de la aseguradora, descuentos al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados a cargo de las AFP donde haya estado afiliada), mientras que en el traslado de régimen la orden es para la última AFP, quien *“deberá trasladar el valor acumulado en la cuenta de ahorro individual del afiliado”* (Literal a) artículo 4° del Decreto 3800 de 2003).

Ello así, considera la Sala que frente a las pretensiones principales que hacen relación a la declaratoria del régimen de transición, lo procedente no es remitir por competencia como lo hizo el a quo, sino relevarse de su estudio al haberse retornado al RPMPD a través de la ineficacia del traslado, precisando que el tema del régimen de transición resulta ser un punto esencial para resolver lo tocante a la ineficacia del traslado, como se verá más adelante, es decir, a pesar de que no haya lugar a su declaratoria expresamente en la parte resolutoria de la sentencia, sí es un tema que debe estar contenido en la información mínima que debió haber recibido de la AFP al momento de trasladarse de régimen pensional.

2.6 Carga de la prueba y deber de información. Para resolver de fondo la Litis, sea lo primero señalar que esta Colegiatura 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 sentencia SL1217-2021, línea jurisprudencial en la que se cimienta 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 el 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, 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 beneficiaria del régimen de transición, o esté próxima o no a pensionarse, precedente jurisprudencial replicado más recientemente en la sentencia SL3202-2021.

Descendiendo al *sub lite*, conviene precisar que para la fecha del traslado de régimen pensional el 31 de agosto de 1996, 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 en palabras de la Corte Suprema de Justicia en 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 inicial, se allegó el correspondiente formulario de afiliación inicial al RAIS (doc. 01 págs. 40), probanza de la que no se desprende 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 no basta explicar los beneficios de cada uno de los regímenes, sino también las consecuencias adversas del traslado de régimen, mismas que

no fueron explicitadas previo al momento de efectuarse la afiliación y traslado del régimen pensional.

En este punto, estima pertinente la Sala acotar que si la AFP no cuenta con ningún soporte documental para la fecha del traslado de régimen, al brindarse la información únicamente de manera verbal, tal circunstancia deja entrever una clara contravención de lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 692 de 1994, pues no basta con allegar un formato pre-impreso de vinculación cumpliendo con los requisitos formales que la Superintendencia Financiera de Colombia indica deben reunirse para el traslado voluntario de régimen pensional, sino que se requiere acreditar la efectiva asesoría integral brindada en la antesala del traslado de régimen, ilustrando al interesado sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, con la advertencia de que para optar por la pensión anticipada antes de la edad mínima debían efectuarse aportes voluntarios superiores a las deducciones de ley por cotizaciones; que para causar la pensión de vejez se debe contar con una suma dineraria mínima en la cuenta de ahorro individual; que la existencia de eventuales beneficiarias por sobrevivencia incrementan dicha suma mínima requerida, entre otras particularidades, en razón a que la asesoría no debe estar encaminada a persuadir al afiliado con llamativos rendimientos financieros o la posibilidad de acceder a la pensión sin importar la edad, sino que debe atender también a que el afiliado pueda lograr la prestación económica que mejor se acompase con sus expectativas pensionales y densidad cotizacional.

Ahora, si bien la litigiosa por activa de la relación procesal acepta en el interrogatorio que al momento de su traslado participó de una reunión grupal, no puede pasar por alto la Sala que el deber de información únicamente se satisface con la evidencia de que la decisión del afiliado fue verdaderamente libre e informada, lo que no se logra acreditar por las AFP accionadas, pues por el contrario, la accionante aclaró que la asesoría brindada previamente a la afiliación fue superficial, fragmentaria, y grupal, pero sin expresarle cuáles eran las características particulares y comparativas del RAIS y del RPMPD, ni las posibles desventajas de su traslado, incluso nada se le informó sobre la pérdida del régimen de transición, ni mucho menos de que al ostentar la calidad de empleada pública del orden territorial, su régimen de transición se debía revisarse de conformidad con lo establecido en el artículo 151 de la Ley 100 de 1993, mismo que estableció que bajo el principio de universalidad, el sistema general de pensiones en todo el territorio nacional empezó a regir a partir del 01 de abril de 1994, y sólo para servidores públicos del nivel territorial se extendió a más tardar hasta el 30 de junio de 1995, aspecto que es de trascendental relevancia en el sub examine, pues para el 30 de junio de 1995 contaba con 36 años cumplidos y 808.14 semanas (Fol. 33, 42, y 260 archivo No 01), es decir, era potencial beneficiaria del

régimen de transición, pero nada de eso le fue informado, ni tampoco advertido por la AFP COLFONDOS S.A. para el momento en que efectuó su traslado de régimen, con lo cual, yergue palmaria la falta de información cualificada y por ende la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Es de resaltar que la AFP del régimen de ahorro individual con solidaridad a la que se afilió y trasladó la pretensora, no desplegó actividad probatoria alguna enderezada a demostrar que el ejecutivo de servicios que atendió al litigioso por activa cumpliera con su deber legal de suministrar información clara, completa y comprensible al potencial el afiliado, quebrantándose así lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, pues por el contrario, la falta de soporte documental o 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 ambiguas y generalizadas hechas por la pretensora en desarrollo del interrogatorio de parte, y menos aún, las referidas a la condición académica o nivel de instrucción de la parte demandante frente a un tema de alta complejidad como lo es la liquidación y cálculo de una mesada pensional, como también 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 privilegiada corresponde *ope legis* a la AFP.

2.7 Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no genera el saneamiento de la ineficacia basada en falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: “***la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen***”.

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió COLFONDOS S.A., en el año 1996, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible a la potencial afiliada, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 31 de agosto de 1996, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

2.8 Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Ha de indicarse que bajo el supuesto de la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información en razón del simple paso del tiempo, el máximo tribunal de esta jurisdicción, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, puntualiza que el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado de régimen pensional, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar la mejor decisión en función de sus intereses y expectativas 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 sólo 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, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

De igual forma, 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, el paso del tiempo no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional, así como tampoco opera el saneamiento de la nulidad relativa, por lo que, se confirmará la decisión de instancia en este tópico.

2.9 Traslado de las cotizaciones. A este respecto, es preciso indicar que tal devolución debe ceñirse a los términos del artículo 1746 del Código Civil, en consonancia a lo pregonado por la jurisprudencia del máximo tribunal de esta jurisdicción, en sentencias como las SL31898 de 2008, SL4989-2018 y SL1429-2019, al tiempo que COLPENSIONES tiene el deber de recibir las cotizaciones, sin que el hecho de que dicha entidad sea un

tercero la imposibilite para recibir los aportes, por la simple y llana razón de que esta entidad administra el régimen de prima media con prestación definida, y atendiendo a que de conformidad con el artículo 12 de la Ley 100 de 1993 los dos regímenes de pensiones si bien coexisten son excluyentes, y por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado, consiguientemente la AFP deberá devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación.

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 SL2877-2020, en la que se recapitulan las consecuencias e implicaciones de la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, de la cual se trasuntan algunos apartes:

“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 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 de pensiones 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 pensión mínima (Decreto 3995 de 2008 artículo 7, Sentencia SU-062 de 2010) y los gastos de la aseguradora (primas 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 a

pesar de que tales descuentos tuvieron un origen legal y sirvieron en su momento a un propósito jurídicamente establecido como el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte, la administración financiera de las cotizaciones o el fortalecimiento de un fondo de garantía, aquellos nunca hubieran sido deducidos por la AFP de no haberse verificado la afiliación y traslado de régimen pensional.

En esa misma dirección, esta Sala considera que hay lugar al traslado de todas las cotizaciones y sus rendimientos a COLPENSIONES, 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 efectividad 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 soslaya esta Sala que existe un pronunciamiento de la Superintendencia Financiera en torno del tema, cumple acotar que dicha Circular aborda es el traslado de régimen pensional por voluntad propia y no en virtud de la declaratoria de su ineficacia, además de ser de obligatorio acatamiento para los operadores judiciales (Radicado 17784 de 2002), dado que sobre este ítem, la Sala se aviene al precedente jurisprudencial que en derredor del tema ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como ampliamente quedó dicho en líneas anteriores.

Así mismo, debe ordenarse que la devolución de los descuentos de manera indexada (SL 3321-2021 y SL1637-2022), atendiendo a que si bien aquella no fue impetrada con la demanda, esto es, no fue materia de debate en el presente proceso, debe procederse a su reconocimiento oficioso, en tanto en cuanto que ello no se traduce en una condena sino en el reconocimiento del efecto de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda de las sumas descontadas de las cotizaciones por los rubros atrás descritos debido al transcurso del tiempo, 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, que significa la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, 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-

Ello así, habrá de declararse 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 en la cuenta de ahorro individual del demandante y rendimientos financieros irrogados, incluyendo los rubros detraídos de las cotizaciones por las AFP PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. (durante el tiempo de afiliación en cada AFP), los que deberán devolverse debidamente indexados.

Y en cuanto al reparo que plantea la apoderada judicial de Porvenir S.A., relativo a los descuentos del Fogafín, considera esta Corporación que le asiste toda la razón, en tanto de manera simple y clara estos no se encuentran vigentes, por así disponerlo el artículo 163 de la Ley 1450 de 1963, a más de que con anterioridad éstos se realizaban con dineros propios de la administradora, por lo que, se revocará la orden de devolución de los mismos.

2.9 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 fuerzan el traslado de las aportaciones de manera integral, 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.

2.10 Costas. En segunda instancia no se impondrá condena en costas, dado que el recurso de apelación propuesto por PORVENIR S.A., prosperó parcialmente, además, la

parte demandante también propuso recurso de alzada sin que le haya prosperado en los términos solicitados. En lo atinente a la condena en costas de primera instancia en relación con COLPENSIONES, no hay lugar a su imposición, por cuanto la pretensión de nulidad o ineficacia de traslado por falta al deber de información, se predicó de COLFONDOS S.A. y no de COLPENSIONES, y si bien es cierto se ordenó que reciba a la actora sin solución de continuidad en la afiliación, ello sólo fue posible una vez declarada la ineficacia del traslado que se predicó de COLFONDOS S.A. En relación con PORVENIR S.A., sí resulta procedente su imposición en primera instancia dado que ejerció férrea defensa esgrimiendo que la afiliación y los traslados a las diferentes AFP convalidan la falta al deber de información.

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 PARCIALMENTE los numerales **SEGUNDO, TERCERO, CUARTO** de la sentencia materia de apelación y consulta proferida el 04 de mayo de 2023 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, SOLO en lo que ordenó la devolución de la prima de reaseguro FOGAFIN, para en su lugar, **ABSOLVER** a las demandadas de la orden de devolver la prima de reaseguro FOGAFIN, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral séptimo de la sentencia materia de apelación y consulta ya indicada, el cual quedará de la siguiente manera:

*“**SÉPTIMO: POR SUSTRACCIÓN DE MATERIA** relevarse del estudio de la pretensión relativa a la declaratoria del régimen de transición y consecuente retorno al RPMPD, de conformidad con la parte motiva de esta providencia”*

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia venida en apelación y consulta.


CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman, a excepción de las impuestas a COLPENSIONES, mismas que se revocan.

Lo resuelto se notifica mediante **EDICTO**, acogiendo 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



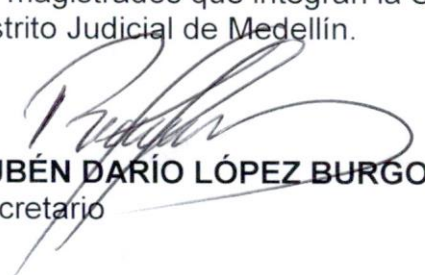
CARLOS ALBERTO LEBRUN MORALES
Magistrado



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