

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### SALA DE DECISIÓN LABORAL

El catorce (14) de julio de dos mil veintidós (2022), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, se constituyó en audiencia, con el fin de resolver los recursos de apelación y revisar en consulta, la sentencia proferida en primera instancia, en el presente proceso ordinario laboral promovido por la señora **MARÍA CECILIA FERRER HIGUITA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), y la sociedad **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** (en adelante COLFONDOS S.A.), tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-019-2020-00287-01.

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:

En lo que interesa para resolver esta instancia, la demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare la ineficacia de su traslado al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida (en adelante RPM) administrado por Colpensiones.

**Como fundamento fáctico de sus pretensiones** relata la actora que antes de entrar en vigencia el sistema general de pensiones articulado por la ley 100 de 1993, estuvo afiliada al extinto ISS hoy Colpensiones, y que en 1994 estando laborando al servicio de la empresa INVAMER LTDA, fue visitada por una asesora de COLFONDOS S.A. quien le manifestó que debía afiliarse a dicho fondo privado dado que el ISS tenía muchos problemas y que lo iban a acabar, por lo que era preferible que se trasladara al fondo privado, en el cual se podía pensionar a cualquier edad.

Manifiesta que, la asesora no le informó sobre los requisitos y condiciones del traslado, ni que que la pensión era por capital, ni del derecho al retracto, ni la habló de bonos pensionales, de modalidades de pensión, ni le hizo un comparativo entre ambos regímenes para determinar la conveniencia o inconveniencia del traslado, tampoco le suministró información referente a los factores que se tienen en cuenta para determinar la fecha probable de la pensión y su monto, ni le habló del cobro de comisiones, y como los afectaría, ni la existencia de riesgos financieros, y que de existir pérdidas las asumía el afiliado, tampoco le informaron los factores que impactan la pensión en el RAIS, como es la expectativa de vida del afiliado y sus beneficiarios.

Finalmente señala que solicitó a COLPENSIONES el retorno al régimen de prima media a través radicado 2019\_16649545 del 11/12/2019.

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

La oficina judicial de primera instancia, despachó de manera favorable las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, y declarando en consecuencia, que para efectos pensionales la actora estuvo válidamente afiliada en el RPM que administra actualmente COLPENSIONES.

Así mismo, condenó a COLFONDOS S.A. S.A. a trasladar a COLPENSIONES, los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones obligatorias, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración y comisiones, sin incluir los recursos destinados al pago de seguros previsionales.

Acto seguido condenó en COSTAS a la AFP COLFONDOS S.A. y absolvió de las mismas a COLPENSIONES.

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

Luego, señaló que en el proceso no se probó por parte de COLFONDOS S.A. que, al momento de la afiliación de la demandante, haya cumplido con el deber legal de otorgar una explicación integral sobre la regulación de los regímenes pensionales, las

ventajas y desventajas, resultando insuficiente como prueba de la existencia de un consentimiento suficientemente informado la suscripción del formulario de afiliación pre impreso, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado.

Declaró no probada la excepción de prescripción al considerar que, la validez del traslado de régimen se trata de un derecho íntimamente ligado a la pensión, mismo que es un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible.

### **3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:**

La sentencia fue apelada por el apoderado judicial de COLPENSIONES, quien indica que la decisión del despacho menoscaba el patrimonio del régimen de prima media, pues de acuerdo al Artículo 48 de la Constitución Política se estableció el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano, con el cual a su vez se establecen dos dimensiones de la seguridad social, pues por un lado la concibió como un derecho constitucional fundamental y por el otro como un servicio público obligatorio, el cual debe ser prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado en aras a la materialización de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, y en consecuencia, la declaratoria injustificada de una ineficacia del traslado de una afiliada del RPM al RAIS, así como la reactivación de su afiliación al RPM afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados, pues este principio representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de los colombianos de manera sostenida e indefinida, sostenibilidad que se encuentra afectada, dada la inexistencia de equivalencia, entre los valores recibidos y los valores requeridos para el posterior reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la demandante, motivos por los cuales solicita que la sentencia de primera instancia sea revocada en su integridad.

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

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados de la DEMANDANTE y de COLPENSIONES allegaron escrito de alegatos de conclusión, en los cuales señalaron resumidamente lo siguiente:

#### **ALEGATOS DE LA DEMANDANTE.**

La sentencia de primera instancia consulta ineludiblemente el precedente reiterado de órgano de cierre. Sin pretender ser exhaustivo remito a las siguientes sentencias con radicados: 31989-08; 31314-08; 33083-11; SL1236- 14; SL9519\_15; SL 17595\_17; SL19447\_17, SL3496\_18; la 76284 de agosto 14/2019. Resaltando que en la sentencia con radicación SL1421-2019.

Por su parte en la sentencia en la sentencia **SL 1688-2019, radicación Nro 68838 del 8 de mayo de 2019**, M.P. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, matizó, en paráfrasis que la información plausible que deje incólume el consentimiento informado es sin importar "...si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado así mismo..."

De esto se sigue, que en estos escenarios no hay espacios o permisividad para reservas mentales o para ocultar o callar información ineludible por la trascendencia de la decisión en un tema neurálgico y sensible como la seguridad social, que por demás, no obstante su naturaleza jurídica dual (derecho fundamental y servicio público esencial), incorpora un núcleo duro de derechos intangibles e inmanentes al mismo como es la dignidad humana, la libertad y el mínimo vital cualitativo.

Siguiendo con este hilo conductor, la Corte Constitucional en sentencia T-191-20, matizó:

"(...) 3. Libertad de elección

87. La jurisprudencia constitucional y el artículo 13 literal e) de la Ley 100 de 1993 reconocen el derecho que tiene toda persona a elegir libremente el régimen pensional al cual quiere pertenecer. **Este derecho comprende la facultad que tiene toda persona de optar en su primer momento el régimen al cual desea pertenecer, así como de trasladarse de un régimen a otro, conforme a los requisitos establecidos por la ley.** En ese sentido, la Corte Constitucional ha indicado que el ámbito irreductible de protección –núcleo esencial– del derecho a elegir libremente se vulnera, cuando se impone o exige la afiliación obligatoria a una entidad prestadora de la seguridad social o administradora de fondo de pensiones.

88. **La libertad de elección presupone conocimiento de los regímenes pensionales**, así como de las consecuencias que implica la elección. Este conocimiento, a su vez, se rige por el **principio de la información**, el cual vincula al

empleador al momento de enganchar al trabajador, así como a la administradora de fondos de pensiones, al momento de afiliarse o trasladarse.

89. **La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha derivado este principio del artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 en concordancia** con el artículo 3 literal c) de la Ley 1328 de 2009 y ha indicado que las administradoras de fondos de pensiones tienen la obligación de brindar asesoría seria y concreta, conforme con un análisis o estudio previo de la posición, la condición y la situación fáctica del afiliado. Esta información tiene como finalidad permitirle a los afiliados o usuarios del sistema pensional a adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional<sup>1</sup>, así como las ventajas y desventajas de la elección.

90. **El principio de información se concreta, a su vez, en las siguientes obligaciones** a) se debe suministrar información y asesoría a través de un lenguaje claro, simple y comprensible, y; b) debe darse a conocer toda la verdad objetiva –y comparada– de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar lo malo y parcializar lo neutro...” Negritas intencionales.

Con todo, no se pierda de vista que el art. 271 de Ley 100/93 de manera categórica dispuso que cualquier persona natural o jurídica que atente en cualquier forma; óigase bien, en cualquier forma, contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de régimen, además de la multa que ello conlleva, comporta la aniquilación de la misma, con la facultad expresa de realizarse nuevamente en forma libre y espontánea, dados los efectos ex tunc que comporta (desde siempre).

A fortiori el art. 272 ejusdem, no deja margen de interpretación dada su claridad en su mandato, que en su exégesis plausible no es otro que dejar sin efectos jurídicos el corpus iuris que articula el sistema de seguridad social integral, cuando matiza: **“no tendrá en ningún caso, aplicación cuando menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores...”** Precepto que por demás, eleva a categoría de regla, el mandato consagrado en el art. 53 superior in fine: **“La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad y la dignidad humana, ni los derechos de los trabajadores.”** Situación que sugiere, que el pluricitado art. 272 desarrolla este mandato constitucional, y que

constituye un dique de contención en pro de los derechos de los trabajadores, cuando los mismos sufran algún detrimento, caso en el cual, el poder jurídico in situ en la norma en comento, no admite talanqueras o cortapisas, pues manda a inaplicar el cuerpo iuris de la seguridad social.

De tal suerte que en hermenéutica plausible, la expresión “EN NINGÚN CASO”, sugiere inequívocamente que al acreditarse la vulneración del catálogo de bienes jurídicos tutelados al trabajador en materia de seguridad social, ineluctablemente, se activa esa protección especial y reforzada como mecanismo purificador de ese estado de cosas irregular.

Y si se quiere, para afianzar aún más la protección de esos bienes jurídicos tutelados, de manera expresa determinó que “**...los principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política tendrán plena validez y eficacia.**” Dentro de los cuales se destacan, el mínimo vital cualitativo, irrenunciabilidad de beneficios mínimos, la favorabilidad, primacía de la realidad, garantía a la seguridad social, entre otros.

Acorde con estas pinceladas argumentativas, y para reforzar la protección constitucional de los derechos de los trabajadores, la Corte Constitucional en sentencia C 903 de 2003, dijo:

“(...) Ello es así, pues si bien la prevalencia del interés general resulta indiscutible, y la Carta Política desde su artículo 1 así lo establece, también lo es que propende por la vigencia de un orden justo (C.P. art. 2), y en ese orden de ideas, el artículo 53, superior, en su inciso final, dispone que “La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”. **Es más, es de tal trascendencia y relevancia la importancia que el Constituyente de 1991 otorgó al reconocimiento de los derechos laborales, que ni siquiera en los estados de excepción el Gobierno puede desmejorar los derechos sociales de los trabajadores (C.P. art. 215 in fine).**” Negrita intencional

Ahora, en atención a que las entidades demandadas formularon la excepción de **prescripción** de la acción, debe tenerse presente que de acuerdo con las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la acción encaminada a la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional es **imprescriptible.**” Negrita intencional.”

## **ALEGATOS DE COLPENSIONES.**

Una sentencia favorable a los intereses del demandante viola directamente la Constitución Política de Colombia y además desconoce el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones - Art. 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, ya que una declaración injustificada de la ineficacia del traslado como lo sería en este caso, pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados, pues este tipo de decisiones tienen un gran impacto fiscal, lo cual se podría traducir en la descapitalización del régimen de prima media, pues personas que no contribuyeron a su formación, vienen a último momento a beneficiarse de un ahorro comunitario, accediendo a una pensión, cuyo pago desfinancia el sistema. Sobre este tema ya se ha pronunciado ampliamente la Corte en sentencias tales como la SU 130/2013, en la C-789/2002 y C-1024/2004, en donde se indicó que solo las personas que sean beneficiarias del régimen de transición por tiempo de servicios cotizados al 01/04/1994, podrían trasladarse al RPM en cualquier tiempo, en este sentido solicito muy respetuosamente sea revocada la sentencia de primera instancia.

Igualmente, la administradora debe devolver al sistema la totalidad de los valores que haya recibido en razón de la afiliación, "...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...". En tanto que "...al haber sido una 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..." (Sentencia de 8 de septiembre de 2008, Radicado 31.989), postura esta que justifica la orden de devolución no solo de las cuotas de administración, sino además de las sumas que hayan sido destinadas al pago de los seguros previsionales, así como se indica estos hayan sido entregados por la AFP a una aseguradora, evento en el cual debe ser asumido su reintegro por la respectiva Administradora de Fondo de Pensiones solicito entonces que la sentencia de primera instancia sea revisada en este sentido.

## **5. PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER.**

El problema jurídico a resolver se circunscribe a establecer si la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es ineficaz y de serlo, en qué términos y condiciones se debe realizar el traslado a COLPENSIONES del importe de las cotizaciones efectuadas en el RAIS por la demandante.

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

## 6. CONSIDERACIONES:

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

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

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



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

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

En el presente asunto, está probado, que la accionante, estando afiliada al RPM administrado por el extinto ISS hoy COLPENSIONES, según se advierte de la historia laboral emitida por COLPENSIONES visible a folios 35 y 36 del documento 02 del expediente digital, se afilió a la administradora del RAIS COLFONDOS S.A. el 11 de agosto de 1994, como se advierte del formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folios 18 del Documento 02 del expediente digital.

De otra parte, si bien la demandante no es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues no contaba para el 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993 con

35 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la AFP COLFONDOS S.A. en el año 1994 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 la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:52:00 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento (Documento 15 del expediente digital), no se advierte que además de indicar que el asesor de COLFONDOS S.A. le manifestó que el ISS se iba a acabar y que por tanto era conveniente que se afiliara a dicho fondo privado para que no se quedara sin pensión, que en el fondo privado podía pensionarse a la edad que quisiera y que los aportes eran los mismos que venía haciendo al ISS, esta haya confesado que el asesor de la AFP COLFONDOS S.A. le brindó toda la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su afiliación al RAIS, pues no se advierte que haya confesado que se le ilustró sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como lo son la explicación clara de las características de uno y otro régimen pensional, los requisitos para acceder a las prestaciones económicas en cada uno de ellos, la forma de liquidación de la mesada pensional en cada régimen, 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, como bien lo sostuvo el *a quo*, para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción pre impresa sobre que la afiliación fue voluntaria, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que la afiliación se realizó con pleno conocimiento informado, lo cual no probó la AFP COLFONDOS S.A., siendo su carga como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada al señalar como regla que **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**, por lo que habrá de confirmarse en esta instancia la decisión del *a quo* de declarar ineficaz la afiliación inicial al RAIS realizado por la demandante en el año 1994 a través de la AFP COLFONDOS S.A.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES, frente a las cuales el *a quo* determinó que la COLFONDOS S.A.

debe a trasladar a COLPENSIONES, los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones obligatorias, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración y comisiones, sin incluir los recursos destinados al pago de seguros previsionales, encuentra esta superioridad que tal decisión no se encuentra acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia, y por ende debe ser **ADICIONADA**, en el sentido de indicar que la devolución que deben realizar COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES, deberá incluir no solo las cotizaciones obligatorias, rendimientos, gastos y comisiones de administración, sino también los porcentajes que en su momento fueron descontados por dicha AFP de las cotizaciones de la demandante, que fueron destinados a pago de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, al pago de prima de reaseguro de Fogafín y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir el 100% de las cotizaciones de la demandante, con sus rendimientos financieros, sin descuento de ninguna índole, pues al declararse la ineficacia del acto de traslado, **ningún efecto jurídico puede derivarse de este**, como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

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

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

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

*“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, 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 cuando 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, como bien lo manifiesta el apoderado de COLPENSIONES en su escrito de alegaciones, que 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.

Ahora, respecto de la devolución a COLPENSIONES de los bonos pensionales ordenados por el juez, es necesario indicar que los bonos pensionales, al menos en lo atinente al tipo A, la decisión no resulta ajustada a derecho, toda vez que al ser ineficaz la afiliación de la 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, y no a COLPENSIONES, por lo que tal orden será precisada.

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.

Ffinalmente, se afirma tanto en el recurso de alzada como en los alegatos de COLPENSIONES, que la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

Respecto del anterior argumento, se ha de manifestar, que para efecto de declarar la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, no es jurídicamente viable tener en cuenta el principio antes citado, pues, desde que la actora estuvo afiliada al RPM era beneficiaria 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 normas 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.

De otra parte, el hecho que la actora regrese al RPM administrado por COLPENSIONES, no necesariamente le va a causar una carga financiera a esta entidad o mejor a los recursos del fondo común de los afiliados, por un mayor monto de la pensión en el RPM, pues en primer lugar no se encuentra probado en el proceso, que la pensión en el RPM vaya a ser superior a la del RAIS, y en segundo lugar el monto de la pensión de vejez, tanto en el RAIS como en el RPM depende de muchas situaciones de hecho ciertas y de voluntad del afiliado, que no están plenamente probadas en ese proceso, y otras que incluso pertenecen al mundo del azar, pues si un afiliado al RAIS decide hacer vida marital o casarse con una persona muy joven o tener hijos a avanzada edad cuando está a punto de obtener la pensión de vejez, ello necesariamente influirá en que el monto de la pensión en el RAIS sea reducido, o si por ejemplo en el RPM por azar el afiliado pierde el empleo que le irrogaba un buen salario y no puede seguir cotizando como independiente con el IBC en los últimos 10 años, el valor de su pensión se va a ver menguado.

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 beneficiarias 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.

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

Costas en esta instancia a favor de la, actora y a cargo de COLPENSIONES por haber resultado vencida en el recurso de apelación. Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$1.000.000.

## 7. DECISIÓN:

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

### RESUELVE:

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 21 de mayo de 2021 proferida por el JUZGADO DIECINUEVE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **MARÍA CECILIA FERRER HIGUITA**, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES**, y la sociedad **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, **ADICIONÁNDOLA** en el sentido de indicar que la devolución que deben realizar COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES, deberá incluir las cotizaciones obligatorias y su rendimientos o intereses, así como gastos o comisiones de administración, incluidos los porcentajes destinados a pago de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes,

pago de prima de reaseguro de Fogafín, y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir que deberá devolver a Colpensiones el 100% de las cotizaciones de la demandante, sin descuento de ninguna índole.

Igualmente, se precisa la sentencia de primera instancia, en el sentido que la devolución a COLPENSIONES no debe incluir lo referente bonos pensional tipo A, pues si el referido bono hubiese sido pagado, se debe efectuar la devolución de su importe, al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y no a COLPENSIONES.

**SEGUNDO:** Costas en esta instancia a favor de la, actora y a cargo de COLPENSIONES. Las agencias en derecho, las estima el ponente en la suma de \$1.000.000.

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: **37f505c2e9ca7b400f98810f214109595f390fb1b6d82b0d9d8433b32789056a**

Documento generado en 14/07/2022 02:25:38 PM

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