

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### SALA DE DECISIÓN LABORAL

El seis (06) de octubre de dos mil veintidós (2022), 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 la señora **AYDA ESPERANZA LÓPEZ VARÓN** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.) tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-009-2020-00203-01.

#### AUTO

De conformidad con el certificado de existencia y representación allegado al plenario por PORVENIR S.A. junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia, se reconoce personería al abogado OCTAVIO ANDRÉS CASTILLO OCAMPO, portador de la T.P. 380.131 del C. S. de la Judicatura, para que continúe representando los intereses de PORVENIR S.A. en el presente proceso. Así mismo de conformidad con el certificado de existencia y representación allegado al plenario por la sociedad MUÑOZ MEDINA ABOGADOS S.A.S. junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia, se reconoce personería al abogado DARÍO MAURICIO TOBÓN CHAMORRO, portador de la tarjeta profesional 271.442 del C. S. de la Judicatura, para que continúe representando los intereses de COLPENSIONES en el presente proceso.

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:

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 en marzo del año 1981 comenzó a realizar cotizaciones al extinto ISS hoy COLPENSIONES y en octubre del año 1994 fue persuadida para trasladarse al RAIS, a través de la AFP PORVENIR S.A.

Expone que nunca ha sido informada de las consecuencias y/o beneficios del cambio de régimen pensional, por parte de la administradora PORVENIR S.A.

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

El *a quo*, declaró la ineficacia del traslado de la demandante entendiéndose para todos los efectos afiliada sin solución de continuidad en el RPM.

Consecuencialmente ordenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que haya recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como lo acumulado en la cuenta de ahorro individual, cotizaciones completas, bonos pensionales, cuotas de administración, ahorros voluntarios, sumas adicionales de reaseguramiento con todos sus rendimientos, frutos e intereses.

En igual sentido, ordenó a COLPENSIONES que una vez alcance ejecutoria la providencia, acepte el retorno y la afiliación al régimen de prima media con prestación definida de la demandante sin solución de continuidad, y reciba todos los dineros que le sean trasladados por la AFP PORVENIR S.A., para tenerlos en cuenta, a fin que el equivalente en semanas se vea reflejado en la historia laboral de la asegurada.

De otro lado, declaró como no probadas las excepciones de mérito propuestas por PORVENIR S.A.

Finalmente condenó en costas a PORVENIR S.A. en favor de la demandante, fijando como agencias en derecho la suma de \$908.526.

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 inconveniencia de uno y otro régimen y la carga de la AFP de demostrar que efectivamente entregaron la debida información a la afiliada al momento del traslado.

Seguidamente expuso que en el presente proceso no se probó por parte de la AFP PORVENIR S.A., que al momento de la afiliación de la demandante, haya cumplido con el deber legal de otorgarle 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 preimpreso, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS a través de PORVENIR S.A.

Así mismo, manifestó que, si bien la demandante al momento del traslado entre regímenes se encontraba vinculada a CAJANAL hoy UGPP, entidad que asumió las funciones de CAJANAL como quedó evidenciado en autos, con el traslado entre regímenes y con el interrogatorio de que absolvió la actora.

Consideró el despachó que al declarar la ineficacia de ese tránsito entre regímenes después de que la asegurada manifestó su firme intención de retornar al RPM se hacía inoficioso vincular al caso en cuestión a la UGPP.

Finalmente declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, entre ellas la 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 imprescriptible.

### **3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:**

La sentencia fue apelada por la apoderada judicial de la AFP PORVENIR S.A. argumentando que en el momento que la demandante tomó la decisión de trasladarse de régimen pensional, se le suministró información, clara, necesaria y oportuna para que tuviese conocimiento de cuáles eran las consecuencias y los beneficios que traería el traslado de régimen pensional, en igual sentido aduce que para la época en que la

demandante se traslada de régimen, no se le exigía a las administradoras de fondos de pensiones y cesantías hacer proyecciones pensionales y en todo caso, el hecho de que la afiliación de la demandante al fondo no se ajuste a su interés económico no puede ser un motivo para concluir que el consentimiento de la actora estuvo viciado al momento del traslado.

Frente a la devolución de los gastos de administración y de las comisiones indica que es importante tener presente que esos rubros se generaron como descuentos avalados por el artículo 1746 de código civil, y son gastos que PORVENIR S.A. no tiene en su haber en la medida a que a estos se les dio la finalidad establecida.

Arguye que dentro de la demanda no se evidencia que la demandante haya cumplido con la debida diligencia para informarse de las consecuencias y de las implicaciones que tendría el traslado de régimen; solamente pasado 25 años desde la afiliación tomo la decisión de informarse.

Considera que PORVENIR S.A. suministró la información que necesitaba la demandante, para en su momento tomar la decisión de trasladarse de régimen y entender las consecuencias y los beneficios de dicho traslado.

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

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados judiciales de la parte demandante, de PORVENIR S.A. y de COLPENSIONES allegaron escritos de alegatos, en los que señalaron resumidamente lo siguiente:

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

##### **CASO EN CONCRETO:**

**1.-** Doctrina probable que se tiene a día de hoy:

**a.-** Carga de la Prueba: La Corte Suprema de Justicia ha sido muy enfática en establecer que la carga de la prueba está en cabeza de los Fondos Privados de Pensiones y que el formulario de afiliación no es válido para demostrar que se cumplió con el deber de información. Frente a esto, tenemos a día de hoy más de tres sentencias, con una postura que viene desde el año 2008.

**b.-** Régimen de Transición: No se requiere tener un beneficio tradicional para que proceda la ineficacia del traslado de régimen de pensiones, pues el deber de

información aplica para todos. Al respecto, la Corte Suprema de justicia ha emitido más de tres (03) fallos con la misma posición.

**2.-** Los Fondos Privados de Pensiones no pudieron probar que hayan suministrado la información al momento del traslado de régimen de pensiones y tampoco antes de que mi poderdante cumpliera los 47 años.

**3.-** Se evidencia dentro del interrogatorio de parte, que mi poderdante fue engañada por los asesores de estas AFP, quienes utilizaron mentiras y engaños para que pudiera trasladarse y mantenerse en su sistema.

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

### **1. Declaratoria de la Ineficacia de la afiliación al RAIS.**

En este punto se debe anotar que, no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, pues la decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza, y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley para la fecha de afiliación al RAIS, como se expone a continuación:

1.1. 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, pues, se le entregó a la parte demandante la información necesaria y obligatoria para entonces dentro del mismo Formulario, el cual se recuerda es revisado y aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, y sus requisitos se regulan en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

1.2. Adicionalmente la parte demandante contó con varias oportunidades para trasladarse nuevamente de régimen y no lo hizo, de lo cual solamente es posible concluir que siempre mantuvo un interés en mantenerse vinculado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

1.3 Por otro lado, a razón de los hechos narrados en la demanda, y de lo sucedido en la audiencia de primera instancia, se logra inferir que la motivación de la parte actora para iniciar este proceso es el carácter económico de la mesada pensional. 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 cómo este

se produjo, sino en el supuesto hecho de no cumplirse sus expectativas sobre el eventual monto de la pensión que recibiría en este; monto que, como es obvio suponer, no podía ser determinado en el momento en el que se presentó su vinculación, al depender de muchas variables que no eran conocidas en su momento. Esa es la razón por la cual la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que de la sola circunstancia de no cumplirse las expectativas pensionales no puede predicarse un engaño.

1.4. Aunado a lo anterior, 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 actora, 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.

1.5. Así mismo, se resalta que 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.

1.6. En el presente proceso también se avizora un incumplimiento de la parte accionante del deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios, lo cual conlleva a que la misma no pueda ser beneficiaria de su propia culpa o negligencia en su actuar.

1.7. 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.

## **2. Los valores recibidos con motivo de la afiliación, especialmente las cuotas de administración, comisiones y sumas adicionales de reaseguramiento.**

Teniendo en cuenta lo argumentado en el aparte anterior y a la validez de la afiliación, consideramos que, la presente condena de traslado a Colpensiones de los valores recibidos con ocasión a la afiliación de la parte demandante consecuentemente debe ser revocada.

Ahora bien, si se decidiera por parte del Honorable Tribunal dejar en firme la ineficacia de la afiliación, se solicita que no se condene al traslado de las cuotas de administración, comisiones y sumas adicionales de reaseguramiento, pues:

Las sumas correspondientes a los gastos de administración tienen por mandato legal una destinación específica que, se encuentra en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, destinando así el 10% del IBC a las cuentas de ahorro individual, el 0,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, y el 3% restante a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

En el presente caso, es claro que dichos descuentos, han cumplido plenamente con su cometido y no se encuentran en el patrimonio de la AFP, pues se han destinado a cubrir los gastos en que se incurrió, para la generación de frutos o rendimientos que hoy se ven de manera positiva en la cuenta del afiliado y el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte que se han venido disfrutando hasta la actualidad, y que no pueden retrotraerse pues la cobertura y el servicio ya se ha prestado, y este último no es posible devolverlo o retrotraerlo al afiliado.

Atenta contra toda lógica jurídica la declaratoria de un enriquecimiento sin justa causa debido a la inaplicación de las normas legales que regulan las restituciones mutuas derivadas de una nulidad o ineficacia de un acto jurídico ordenando devolver o restituir un bien, en este caso una suma de dinero depositada, sumas que invirtió para el mantenimiento de dicho bien e incrementarlo.

Por si lo anterior no fuera poco, se recuerda que la inversión de dichos gastos de administración en seguros previsionales y en la generación de rendimientos, no se dio de manera antojadiza, sino por el contrario se dio de acuerdo con el mandato legal establecido en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 y a la obligatoriedad de la garantía de rentabilidad mínima establecida en el literal e) del artículo 60 de la ley 100 de 1993.

Toda decisión judicial de traslado de régimen pensional, debe tener como objetivo constitucional, la estabilidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por lo que es imperioso en la actualidad, y de acuerdo a la coyuntura económica, hacer un análisis macro de las consecuencias que se derivan de autorizar solicitudes de traslados que no cuentan con los requisitos para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, tal y como se estudió por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en sala extraordinaria del 14 de agosto de 2019 a las 2 PM en virtud de lo establecido en el artículo 35 del CGP donde decidió unificar su jurisprudencia, en sentencia dentro del proceso del proceso

05001310500720150129501 negando las ineficacias de traslado en la afiliación, con base en la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Las anteriores conclusiones frente a la ineficacia en la afiliación y en la manera en cómo deben operar las restituciones mutuas para hacer compatible el régimen y la sostenibilidad del sistema se han recogido y enriquecen con el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia del 17 de enero de 2020 Radicación 2019152169-003-000 el cual fue solicitado por ASOFONDOS.

### **3. CONDENA EN COSTAS**

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 y buscando siempre el beneficio de la parte demandante, por lo que la condena en costas no es procedente ante la ausencia de mala fe de mi representada.

### **ALEGATOS DE COLPENSIONES.**

La solicitud de afiliación o traslado se realiza de manera directa y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen, de conformidad con lo establecido en la ley 100 de 1993, Artículo 13 Literal B, y el documento suscrito por el accionante solicitando el traslado obedeció a la decisión de una persona plenamente capaz en ejercicio de la autonomía de la voluntad y del derecho a la libre selección que se consagro en el art 2 de la ley 100 de 1993.

Además de lo expuesto, debe tenerse en cuenta que las normas laborales establecen unos requisitos para el traslado de régimen, y prohíbe expresamente el mismo cuando a la persona le falten 10 años o menos para cumplir la edad de pensión, Conforme al Artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

En lo relacionado con la incidencia del principio constitucional de la sostenibilidad del sistema de la seguridad social, los recursos económicos, que se encuentran en la cuenta de ahorro individual y del bono pensional, pueden ser insuficientes para cubrir cualquier eventual retroactivo pensional al que posiblemente se condenará a mi representada y de esta manera la declaratoria de sin solución de continuidad al régimen de prima media, atentaría contra la sostenibilidad del sistema de seguridad social del régimen de prima media.



El principio en cita, con la eventual orden judicial de tenerla como afiliada al RPM, se estaría atentando contra la SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA PENSIONAL, ya que, al estarse muy cercano a la fecha del cumplimiento de la edad, ya que cuenta con 64 años al día de hoy, los recursos limitados del RPM deberán entrar a cubrir los valores o montos económicos, que adicionalmente sean necesarios para la protección del derecho pensional, aun cuando dichas cotizaciones, nunca prestaron el servicio de sostener las pensiones del RPM, durante el tiempo que la demandante estuvo vinculada al RAIS.

En el Régimen de Ahorro Individual se gravan los aportes de los afiliados con un porcentaje de administración, que no existe el Régimen de Prima Media; entonces por no ser equivalente, los aportes transferidos del RAIS al RPMPD, cuando se declara la nulidad y/o ineficacia del traslado (según se advierte en las sentencias CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL17595-2017, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, rad. 56174) hay lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, es decir: i) Recursos cuenta individual de ahorro, ii) Cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, iii) Rendimientos, iv) Anulación de Bonos Pensionales v). Porcentajes destinado al pago de Seguros Previsionales y gastos de administración, **se hagan de manera indexada.**

## **5. PROBLEMA JURÍDICO A 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 PORVENIR 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 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 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 la actora, habiendo prestado sus servicios como empleada pública vinculada a la ESE. HOSPITAL UNIVERSITARIO HERNANDO MONCALEANO del Municipio de Ibagué – Tolima y a la DIRECCIÓN SECCIONAL DE SALUD DE TOLIMA según consta en la historia laboral válida para bono pensional emitida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público visible a folio 30 de la contestación de la demanda por parte PORVENIR S.A. (documento 13 del expediente digital), se afilió a la administradora del RAIS PORVENIR S.A. el 11 de septiembre del 1994, como se anota en dicho certificado que milita a folio 33 de la contestación de la demanda por parte del fondo privado.

De otra parte, en este caso, si bien la demandante no es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por no contar para el 1º de abril de 1994 con 35 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que PORVENIR 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 absuelto por la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:14:46 del video de la audiencia de conciliación y trámite (Documento 17 del expediente digital), no se advierte que además de indicar que en el hospital en el que trabajaba le dijeron que debía de pasarse a un fondo privado porque tanto CAJANAL como el ISS se iban a acabar, esta haya confesado que el asesor de la AFP PORVENIR S.A. le hubiere brindado toda la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su afiliación al RAIS, pues no se halla que haya confesado que se le ilustró sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como 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.

En lo que tiene que ver con el retorno de la demandante al RPM administrado por Colpensiones que se dispuso en la sentencia apelada, encuentra la Sala que, contrario a lo manifestado por el apoderado de Colpensiones en sus alegatos de conclusión en esta instancia, el mismo resulta procedente, pues si bien al momento de afiliación de la demandante al RAIS en el 1994 no se encontraba afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y tampoco estaba afiliada a ningún sistema pensional, ya que durante largos años había prestado sus servicios personales como empleada pública en la ESE. HOSPITAL UNIVERSITARIO HERNANDO MONCALEANO del Municipio de Ibagué – Tolima y a la DIRECCIÓN SECCIONAL DE SALUD DE TOLIMA, sin afiliación y sin cotizar a una entidad de previsión social o fondo de pensiones, no podemos olvidar que por mandato del Inc. 4 del decreto 692 de 1994, *“Los servidores públicos que al 1o. de abril de 1994 no estén vinculados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, así como aquellos que se hallen vinculados a alguna de estas entidades cuya liquidación se ordene, si seleccionan el régimen de prima media con prestación definida quedarán vinculados al Instituto de Seguros Sociales.”*

Conforme a las normas anteriores, a juicio de la Sala, los servidores públicos del orden territorial que a más tardar el 30 de junio de 1995 no estaban afiliados a ninguna Caja o Fondo de pensiones, como es el caso de la demandante, si no escogieron el RAIS afiliándose a una AFP privada, quedaron automáticamente afiliados al ISS, pues, si las normas anteriores los incorporaron al sistema pensional de la Ley 100 y pudiendo escoger el RAIS no lo hicieron, quedaron incorporados al RPM como afiliados obligatorios al ISS hoy COLPENSIONES, toda vez que no podían quedar excluidos del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993.

Así entonces, en el caso de la demandante con el fin de materializar su derecho a la seguridad social, al declararse la ineficacia de su afiliación al RAIS, lo que resulta procedente es su afiliación automática al RPM administrado hoy por Colpensiones, con la consecuente orden a dicha entidad, de aceptar la afiliación, recibir los aportes y demás sumas que le sean trasladadas por PORVENIR S.A. y computar dichos aportes como semanas cotizadas al RPM.

Ahora, conforme lo señaló el *a quo*, contrario a lo manifestado por la apoderada de PORVENIR S.A. en su recurso de alzada, para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción pre impresa 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 la AFP PORVENIR S.A., siendo su carga, como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada, por lo que habrá de confirmarse en esta instancia la decisión de el *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por la demandante en el año 1994 cuando resultó trasladada del RPM administrado en ese momento por ISS hoy COLPENSIONES a la AFP PORVENIR S.A.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES, encuentra la Sala que la orden impartida por el *a quo*, 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 tal razón, la misma debe ser modificada, en el sentido de declarar que la devolución que debe realizar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES deberá incluir la totalidad de los valores que haya recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones con sus rendimientos o intereses, y las comisiones o cuotas de administración, incluyendo los porcentajes descontado para seguros previsionales, seguro Fogafín y del 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 por parte de la 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.

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 cuando le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”*

Ahora, en lo que tiene que ver con la orden del *a quo*, que se efectúe la devolución a COLPENSIONES de los aportes voluntarios realizados por la accionante en caso de haberlos efectuado; a pesar que en el proceso no se demostró que la demandante hubiese realizado cotizaciones voluntarias mientras estuvo afiliada en el RAIS, es necesario revocar tal decisión del *a quo*, pues existe la posibilidad que tales aportes voluntarios a pensiones se hayan realizado, los que no pueden ser considerados para obtener la pensión en el RPM, toda vez que en este régimen pensional, al menos desde la vigencia del Decreto 1406 de 1999, su Art. 30 prohíbe al trabajador dependiente aumentar la cotización con cotización voluntaria por ingresos como independiente, por lo que las pensiones en el RPM, solo se reconocen con las cotizaciones obligatorias como trabajador dependiente, sin que sea posible mejorar el ingreso base de cotización y así el IBL con cotizaciones voluntarias o como independiente y por ello las cotizaciones voluntarias que haya podido realizar la actora, no deben ser entregadas a COLPENSIONES.

Ahora, respecto de la devolución a COLPENSIONES de los bonos pensionales, ordenados por el juez, es necesario indicar que en, en primer lugar, al no registrar cotizaciones de la demandante al RPM del ISS hoy COLPENSIONES no se genera Bono Tipo A en su favor, sin embargo, por haber la demandante, prestado por largo

tiempo sus servicios como empleada publica al servicio de la ESE. HOSPITAL UNIVERSITARIO HERNANDO MONCALEANO del Municipio de Ibagué – Tolima y a la DIRECCIÓN SECCIONAL DE SALUD DE TOLIMA, se generaría un bono pensional, por lo que la decisión de ordenar el traslado de bonos pensionales que eventualmente se hayan pagado a favor de la actora resulta procedente.

Así mismo, es importante recordar que al tratarse de la declaratoria de un acto ineficaz que acarrea los mismos efectos de uno nulo, por lo que no es dable concebir, que so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración del bien, alguna parte de la cotización quede 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, la que acarrea como consecuencia, además del hecho de generar la declaratoria de ineficacia, que deba asumir con 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 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.

Respecto de la afirmación que realiza el apoderado de COLPENSIONES en sus alegatos sobre la imposibilidad legal de traslado de régimen, derivada de la restricción temporal impuesta por el legislador en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modifico el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, cuando le falten al afiliado menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, es palmario que tal prohibición, se aplica en los casos de traslado voluntario, que no es lo que pretende el demandante, sino la ineficacia de su afiliación inicial al RAIS.

En lo concerniente a la solicitud de COLPENSIONES en los alegatos conclusión de que la devolución de los gastos de administración, así como todo lo descontado por pólizas provisionales se reintegren debidamente indexados, se observa a folio 8 en la

contestación de la demanda por parte de COLPENSIONES, (documento 08 del expediente digital) efectuó solicitud en tal sentido, por lo que este asunto hace parte del litigio en este proceso, indexación que es procedente, pues el porcentaje descontado de la cotización como cuota de administración incluido el porcentaje de seguros previsionales y el porcentaje de garantía de pensión mínima no han devengado los intereses del resto del porcentaje de la cotización que sí va a la cuenta de ahorro individual de la afiliada, por lo que es justo y equitativo que sean devueltas indexadas, como lo ha dispuesto la jurisprudencia de la SCL de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia *SL9464-2018*, *CSJ SL4989-2018*, *SL1421-2019* y *SL1689-2019*, *entre otras*.

En razón a lo anterior, se ordenará que los porcentajes de cuota de administración incluido el porcentaje de seguros previsionales y el porcentaje de garantía de pensión mínima, sean reintegrados a COLPENSIONES debidamente indexados.

Así mismo, se afirma en los alegatos de COLPENSIONES, que la declaración de ineficacia del traslado de la 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.

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, porque 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.

De otra parte, el hecho que la actora entré al RPM, de COLPENSIONES, no necesariamente le va a causar una carga económica 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 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 de la afiliada, 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 una afiliada 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 ocurrir que la afiliada 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.

Finalmente, en cuanto a la inconformidad que presenta la apoderada de PORVENIR S.A. con respecto a la condena en costas de primera instancia, debemos remitirnos a la norma legal que a la fecha de la sentencia de primera instancia reglaba lo referente a la condena en costas, la cual es el Artículo 365 del CGP.

***“Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:***

- 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, suplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.”*

De esta manera, contrario a lo manifestado por la recurrente PORVENIR S.A., la Sala encuentra justificada la imposición de costas procesales de primera instancia, pues no solo fue la entidad que con su actuar omisivo frente al deber de información, generó en ultimas que, en este proceso se declarará la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, sino que en su contra en esta sentencia se están imponiendo condenas directas, como por ejemplo la de devolver a Colpensiones el porcentaje descontado en su momento de las cotizaciones de la demandante y que fue destinado a comisiones de administración, seguros previsionales, seguro de Fogafín y Fondo de Garantía de Pensión Mínima, siendo entonces vencido en juicio, sin que se avizoren argumentos válidos para no imponer condena en costas en su contra, por lo que se confirmará igualmente dicho aspecto de la sentencia.

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

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. 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 12 de agosto de 2021 proferida por el JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **AYDA ESPERANZA LÓPEZ VARÓN** contra **COLPENSIONES**, y **PORVENIR S.A.**, **MODIFICÁNDOLA** en el sentido de **DECLARAR** que la devolución que debe realizar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES deberá incluir la totalidad de los valores que haya recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones y sus rendimientos o intereses, así como las comisiones o cuotas de administración indexadas, incluido el porcentaje descontado para seguros previsionales, reaseguro Fogafín y el fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir, el 100% del valor de las cotizaciones sin descuento de ninguna índole.

**SEGUNDO: REVOCAR** la sentencia de primera instancia en cuanto ordenó a PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES, los aportes voluntarios a pensiones que haya realizado la demandante.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a favor de la demandante y cargo de PORVENIR S.A. 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: **93b2ee82ccf7113fd2d4e72ac705d07ea854bfa1a46d74ee739724a1e262c92b**

Documento generado en 06/10/2022 01:56:57 PM

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