

## 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 **MYRIAM LÓPEZ MALDONADO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.), y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS** (en adelante COLFONDOS S.A.) la tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-015-2019-00453-01.

#### AUTO

De conformidad con el memorial de sustitución de poder, allegado vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por parte de la sociedad RST ASOCIADOS PROJECT S.A.S. quien representa judicialmente los intereses de Colpensiones en este proceso, se procede a reconocer personería a la abogada ANYTA CAMILA MOSQUERA BETANCOURT portadora de la T.P. 340.503 del C. S. de la Judicatura, para que represente a COLPENSIONES en este proceso como apoderada sustituta. Así mismo se le reconoce al abogado ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ, portador de la T.P. 115.849 del C. S. de la Judicatura, para representar a PORVENIR S.A. como apoderado general.

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 nació el 13 de febrero de 1957 e inicio sus cotizaciones en el extinto ISS hoy COLPENSIONES, en el mes de junio de 1995.

Expone que, posteriormente se trasladó para el RAIS a través de PORVENIR S.A. en el mes de enero de 1998, y que en octubre del año 2012 se trasladó a la AFP COLFONDOS S.A.

Señala que, ni PORVENIR S.A. ni COLFONDOS S.A. fueron claros frente a la información del estado final de su pensión al momento de trasladarse al régimen privado, pues no se le realizó una asesoría que le permitiera tener un contexto claro acerca de las condiciones de su pensión al terminar su historia laboral.

Aduce que, no se le brindó una buena asesoría que le permitiera, saber si era más beneficioso quedarse en el RPM que trasladarse al RAIS, y que dadas sus situaciones particulares como es la fecha de ingreso y su IBL no le resultaba apto pertenecer al RAIS.

Manifiesta que, no se le explicó de manera clara y precisa, los riesgos y beneficios que corría al estar afiliada al RAIS, y que el traslado se realizó sin informarle el monto de la mesada pensional en el RAIS y que la obtención de esta solo obedece al capital ahorrado.

Relata que, en el mes marzo del año 2019, envió reclamación administrativa a COLPENSIONES, frente a la cual solicitó traslado de régimen pensional, solicitud que aún no ha sido resuelta por dicha entidad.

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

La *a quo* accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y condenando en consecuencia a la AFP COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sin incluir otros conceptos ni cuotas de administración. Condenó además a COLPENSIONES a recibir dichos dineros y a reactivar la afiliación de la actora en el RPM sin solución de continuidad.

De otro lado, absolvió a PORVENIR S.A. y a COLFONDOS S.A. de reintegrar a COLPENSIONES, las cuotas de administración que hubiere retenido en el tiempo que administró la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Así mismo, declaró no probada la excepción de prescripción propuesta por las codemandadas de conformidad a lo indicado en la parte considerativa de la sentencia y las demás formuladas por las codemandadas quedan implícitamente resueltas con lo determinado.

Finalmente condenó en costas procesales a COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., para lo cual fijó las agencias en derecho a favor de la demandante en la suma de \$2.725.578, distribuidos en \$908.526, a cargo de cada una de las demandadas.

Para fulminar condena, la *a quo* argumentó que la Corte Suprema de Justicia tiene fijada una línea jurisprudencial sobre el tema de la afiliación a un régimen pensional y 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 entregó la debida información al afiliado al momento del traslado.

Seguidamente expuso que en el presente proceso no se probó por parte de PORVENIR S.A. que haya cumplido con su 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 ese consentimiento informado la suscripción del formulario de afiliación, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado de la demandante a PORVENIR S.A.

En lo que tiene que ver con las sumas que deben ser devueltas a COLPENSIONES como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional, señaló que únicamente deben trasladarse los valores existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, sin incluir las cuotas de administración u otro concepto, por cuestiones de equidad y proporcionalidad, y porque tal condena es una medida excesiva que resquebrajaría el principio de solidaridad que debe informar al sistema pensional.

Finalmente, 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 imprescriptible y condenó en costas a las entidades demandadas, incluyendo a COLPENSIONES por haber sido vencidas en juicio,

señalando que la condena en costas es objetiva y que todas las entidades presentaron oposición a las pretensiones de la demanda.

### **3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN:**

La la sentencia de primera instancia fue apelada por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

#### **APELACIÓN DE PORVENIR S.A.**

La apoderada de PORVENIR S.A. solicita que, sea revocada en todas sus partes, teniendo en cuenta que no le asiste razón a la falladora de primera instancia al declarar la ineficacia del traslado con base en una falta de información cuando no le era obligatorio a PORVENIR S.A. brindar la misma, soportándola en documentos conforme lo estipulaba el Decreto 663 de 1993, la Ley 100 de 1993 y con posterioridad la Circular 19 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, la cual tenía como única exigencia establecida a efectos de que se entendiera no solo materializado sino valido el traslado de régimen pensional, que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del formulario y fue así como lo hizo PORVENIR S.A. para la época.

Precisa que, se debe tener en cuenta que la permanencia de la actora en el RAIS no da lugar a dudas de la aceptación del régimen y de su conformismo en el mismo, así mismo, no es razonable deducir que la ineficacia se da porque no se logró probar que se hubiera brindado la información por no haber aportado documentos, pues para la época del traslado y de conformidad con el deber de información PORVENIR S.A. no estaba obligada a brindar documentos con asesorías diferentes al formulario de afiliación y el formulario es prueba documental por excelencia para determinar que la información fue suministrada y además que fue suministrada, fue entendida y aceptada por la demandante, pues esta estuvo de acuerdo con las condiciones del RAIS suscribiendo el formulario de afiliación.

Expone que, no se logró probar que PORVENIR S.A. no le haya brindado a la demandante la información completa y es por ello que solicita al Tribunal que tenga en cuenta lo estipulado por la Magistrada Ana María Muños Segura en las sentencias SL 3752 del 2020 y la SL 1061 del 2021, ya que en ambas ha puesto de presente los actos de relacionamiento, indicando que cuando hay una duda en el deber de información se debe tener en cuenta el actuar del afiliado dentro del RAIS. Indica que, cabe resalta que la actora realizo actos de relacionamientos en cuanto a que esta no

suscribió un solo formulario de afiliación sino que suscribió dos, manifestando y ratificando así su voluntad de permanecer en el RAIS. Es por lo anterior que considera que, no se encuentra probado que se haya faltado al deber de información y es por ello que, en consecuencia, solicita al Tribunal revocar la sentencia proferida en primera instancia y en su lugar absuelva a PORVENIR S.A. de todas las pretensiones.

### **APELACIÓN DE COLPENSIONES.**

La apoderada de COLPENSIONES solicita al Tribunal revocar la sentencia emitida en primera instancia argumentando que, COLPENSIONES es un tercero ajeno al negocio jurídico declarado con ineficaz, quien sin haber participado en el trámite de traslado sea ahora quien deba afrontar las cargas de las pretensiones y verse perjudicada por el error en el cual incurrió la parte demandante.

Señala que, adicionalmente atendiendo al principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, previsto en el acto legislativo 01 de 2005, y en lo referente a las cuotas de administración y demás rubros de la cuenta individual de ahorros, si el Tribunal ratifica que la ineficacia del traslado fue ocasionada por la conducta indebida de las AFP privadas, son estas quienes deben 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 sea por pago de mesadas pensionales en el RAIS o por los gastos de administración en los que hubieren incurrido, los cuales deben ser asumidos por las administradoras a cargo de su propio patrimonio conforme la sentencia de la CSJ con radicado 31989 del 9 de septiembre de 2008 y SL 2877 del 29 de julio del 2020.

Argumenta que, en lo referente a las costas procesales, no tiene soporte una condena por decretarse la ineficacia del traslado, ya que COLPENSIONES obra de buena fe y actúa según lo ordena las características filosóficas de sus funciones sin que pueda ejecutar hechos prohibidos por la Ley o violar su propio reglamento como sucedería en el presente caso; y en tal sentido se pronunciado el Consejo de Estado en sentencia del Magistrado Ricardo Ollos Duque en la cual se señala que “ es claro que el legislador no ha querido en este caso aplicar un criterio absoluto para determinar a cargo de quien están las costas del proceso y por lo tanto no es la ausencia de razón en la pretensión u oposición lo que hace sujeto de sanción a la parte sino su conducta abusiva que implica un desgaste para la administración”

Narra que, a lo largo de todo el proceso se logra constatar que el actuar de COLPENSIONES ha sido de buena fe y nada tuvo que ver con la ineficacia del traslado de régimen pensiona.

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

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

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

No le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en los artículos 1508, 1513, 1515, el 1517, 1524, 1741, 1742 y 1743 del Código Civil.

De otra parte, si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto; pese a lo expuesto, para definir las declaraciones de ineficacia y/o nulidad de los traslados de régimen pensional, se acuda a normas propias del sistema general de pensiones -artículo 271 de la Ley 100 de 1993-, sin consideración a que esta disposición, indica en forma expresa que será ineficaz un traslado cuando se ejecutan las conductas con la intención que allí se mencionan, pero para establecer los efectos de esta ineficacia, se acude a disposiciones del Código Civil, sin tener en cuenta igualmente los presupuestos que este compendio normativo consagra para que se declare la nulidad de un acto o contrato.

Finalmente, con relación a la figura jurídica de la ineficacia, debe mencionarse que, el artículo 899 Código del Comercio, también enseña que, el acto o negocio jurídico, contrario a una norma, tenga causa u objeto ilícito o lo celebre una persona absolutamente incapaz, es nulo absolutamente, norma que tampoco aplica en este asunto.

Dicho esto, preciso es mencionar que, en este asunto **NINGUNO DE ESTOS PRESUPUESTOS LEGALES, SE ALEGARON NI MENOS RESULTARON DEMOSTRADOS EN EL PROCESO**, pues el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones.

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

Aduce el fallador de primer grado que, mi representada, no allegó pruebas del cumplimiento de sus deberes para con la parte actora al momento de la vinculación, esto es entregar información, completa, veraz y oportuna, tal inferencia no se ajusta a la realidad procesal, por cuanto mi representada en de manera palmaria, cumplió con la carga procesal impuesta -pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba, contrario a lo dispuesto legalmente al respecto-, en la medida que aportó los documentos que tenía su poder para demostrar que la parte actora, ha estado vinculada a mi representada producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita no solo con el formulario de afiliación, sino con la conducta del afiliado, en el régimen de ahorro individual permitiendo el descuento con destino al fondo privado, pruebas que analizadas de manera crítica y en conjunto, conducen con certeza a concluir que la intención de la parte actora era pertenecer al régimen de ahorro individual.

Vale mencionar que, jurídicamente no es viable imponerle cargas distintas a mi representada, a las previstas en las leyes existentes al momento en que sucedió la afiliación de la parte demandante, pues constituye una violación al debido proceso y a la confianza legítima del fondo que represento, ya que para cuando se celebró el acto jurídico de vinculación, no solo el afiliado para ese momento era jurídicamente capaz, sino que además, el citado acto contiene objeto y causa lícita, y ahora por cuenta de interpretaciones y el alcance que se hace de algunas normas, se desconocen instituciones primarias de un estado social de Derecho como son la validez y los efectos de los actos jurídicos.

La actora recibió información suficiente y que nunca se preocupó por conocer aspectos para él relevantes que, ahora echa de menos, pese a los diferentes canales de atención con que contaba PORVENIR S.A., lo que denota negligencia de su parte demandante y que ahora pretende sanear a través del proceso que adelanta en contra de mi representada, con el argumento de que no se le dio la información necesaria.

Sin realizar el análisis en conjunto y crítico de estas pruebas como lo ordena el artículo 60 del CPT y SS, el juzgador de primera instancia declaró la nulidad y/o ineficacia de traslado de RPM al RAIS efectuada por la AFP.

Otro aspecto de la mayor relevancia es que, no se puede confundir la ineficacia de un acto jurídico con la nulidad absoluta, como de manera general se hace, en la medida que: *“Bajo el concepto de ineficacia en sentido amplio suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad.”*

Luego, *“la ineficacia en sentido estricto se presenta en aquellos casos en los cuales la ley, por razones de diferente naturaleza, ha previsto que el acto no debe producir efectos de ninguna naturaleza sin que sea necesario la existencia de una declaración judicial en ese sentido”*.

Ahora, en el hipotético remoto de considerar que el negocio jurídico celebrado entre las partes no tuvo validez, no puede olvidarse que, el artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993, menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen, esto es “el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos.” Lo que impide que legalmente se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes a las referidas en esta norma.

Y es que, en virtud del artículo 1746, la regla general de la nulidad judicialmente pronunciada es que da a las partes el derecho a ser restituidas las cosas *“al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el negocio o contrato nulo, establece una serie de excepciones o pautas.*

*Si el negocio ha sido cumplido, total o parcialmente, por una de las partes o por ambas, la situación se retrotrae al estado en que las partes estarían de no haber celebrado el negocio. Es en esta circunstancia donde tienen cabida las restituciones de que trata el artículo 1746, que después de consagrar la regla general según la cual la nulidad judicialmente pronunciada da a las partes derecho a ser restituidas al*



***mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el negocio o contrato nulo, establece una serie de excepciones y pautas.*** (Negrillas fuera de texto)

*Entre las excepciones, se encuentra lo concerniente al objeto o causa ilícita, casos en los cuales no es posible repetir lo que se haya dado o pagado a sabiendas de la ilicitud (1525); como tampoco lo que se haya dado o pagado al incapaz, salvo prueba de haberse hecho este más rico (1747). Tampoco hay lugar a la restitución material del bien cuando ello no sea posible por motivos de utilidad pública o interés social, casos en los cuales se dará una reivindicación ficta o compensatoria (artículo 58 de la Constitución Política).*

*En cuanto a las pautas que da el Catorce incisos del artículo 1746, está lo relativo a la posesión de buena o mala fe de las partes, tanto para las restituciones mutuas como para la conservación o devolución de frutos, intereses y mejoras, “según las reglas generales”, que son las que establece el artículo 961 y siguientes del Código Civil.*

*Aunque la distinción entre buena fe objetiva y buena fe subjetiva pudiera tener alguna utilidad en un contexto extrajurídico, por ser una cuestión de definición, no puede negarse que al fin de cuentas todo hecho con relevancia jurídica que se origina en una acción humana voluntaria parte de la interioridad del sujeto y tiene que manifestarse en un signo externo interpretable a partir de criterios jurídicos, de otro modo no tendría relevancia para el derecho. De ahí que todo instituto jurídico en el que la buena fe juegue un papel preponderante se concreta finalmente en una buena fe objetivada, es decir normativamente analizable.”*

En consecuencia, no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en citado literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otra valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que condenar a pagar valores adicionales, configura un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico celebrado entre la parte demandante y mi representada como lo es COLPENSIONES; pero además, determinar que se deben reintegrar los gastos de administración o las primas de seguros, es tanto como ordenarle a una compañía de seguros a que si no se presenta el siniestro amparado, devuelva el valor de la póliza.

Con relación estos gastos de administración, la Superintendencia Financiera de Colombia, en concepto con radicación No. 20191522169-003-000 del 17 de enero de 2020, indicó en forma expresa que en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son: los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de la Prima de Seguro Provisional

en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, ni tampoco la comisión de administración.

En este orden de ideas, los gastos de administración ni primas de seguros, al no corresponder a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales en cuanto no financian la prestación de vejez y por ende no son parte integrante de ella, razón de peso para descartar su imprescriptibilidad, característica de que si goza el derecho pensional; luego, si están sujetos al fenómeno previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS, y así deberá declararse.

Un argumento de la mayor relevancia para no acceder a las pretensiones de la parte demandante, es lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, al estudiar la exequibilidad de la Ley 797 de 2003

Finalmente, y en buena hora, el H. Magistrado de la H. Corte Suprema de Justicia, Dr. Jorge Luis Quiroz Alemán, en la sentencia de tutela Rad. 5912 del 13 de mayo del año en curso, en su salvamento de voto, expresó que no procede declarar en forma automática la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado, pues siempre es necesario que se analice en cada caso la situación particular del afiliado. Al respecto indicó: “2. *Tampoco considero que pueda accederse de manera indiscriminada a todas las pretensiones de nulidad o ineficacia de traslado, con fundamento en la falta de información alegada por la demandante, porque estimo que es necesario revisar en cada caso en particular, con las singularidades que cada uno tiene, tal como se ha precisado en las sentencias de casación que han tratado el asunto, y no se puede generalizar con el argumento de que «sin importar si se tiene uno un derecho consolidado, si se tiene uno un beneficio transicional, o si se está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico considerado en sí mismo. Esto es, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto»*», **“hacerlo de forma masiva, sin estudiar cada solicitud, se estaría creando un sistema legal que no fue establecido por el ordenamiento jurídico, en tanto el legislador garantizó la libertad de elección del régimen pensional en cabeza del afiliado de traslado, con las consecuencias jurídicas que ello conlleva.”** Negrillas fuera de texto.

Por las anteriores consideraciones, respetuosamente se solicita al H. Tribunal, Sala Laboral, analizar las circunstancias particulares de este proceso que exhiben con suficiencia que en el acto jurídico celebrado entre las partes no se probó ninguno de los presupuestos establecidos en la ley para declarar la nulidad absoluta, como

tampoco, la ineficacia del acto jurídico por el argumento jurisprudencial de la falta del consentimiento informado, como quiera que mi representada cumplió con la carga probatoria de acreditar que suministró la información suficiente y objetiva al momento de la vinculación como lo refleja el formulario de afiliación, el cual se reitera se trata de un documento público que se presume auténtico, además que no fue tachado ni desconocido en los términos previstos en la ley, sumado a lo expuesto por la parte actora, en diferentes actos ejecutados por la parte demandante, pruebas que analizadas en conjunto y de manera crítica, sin duda exhiben el tan mentado consentimiento informado, más allá del momento mismo del traslado, inclusive.

### **ALEGATOS DE COLPENSIONES.**

Cabe resaltar, que conforme lo estipulado en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Teniendo en cuenta que el 04/sep./2019 (fecha de la admisión de la demanda, con la que pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado), la demandante contaba con 62 años, en consideración a que nació el 13/feb/1957, deviene entonces la imposibilidad de trasladarse de régimen, según la normativa citada en líneas precedentes.

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.

Ahora bien, en cuanto a la pretensión de declarar la ineficacia de la afiliación al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, solicito respetuosamente al honorable tribunal, tener presente lo establecido en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en donde se estableció el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano.

El principio de sostenibilidad financiera 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 de la demandante.

Ahora, en cuanto al tema de la información brindada por el fondo al momento de realizar el traslado sería prudente entrar a valorar la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado y no imponerles a las

administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen.

Finalmente, solicito tener en cuenta que Colpensiones como Administradora del Régimen de Prima Media, fue un tercero ajeno al contrato celebrado entre la señora MYRIAM LÓPEZ MALDONADO y la AFP PORVENIR S.A.; por lo cual solicito no haya condena alguna para la entidad que represento, como también solicito de manera respetuosa condenar a la AFP PORVENIR S.A., a entregar a Colpensiones el total de los valores cotizados y/o depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos, intereses y cualquier otro concepto a consideración del Despacho.

## **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. Igualmente se deberá decidir si era procedente a condena en costas en contra de COLPENSIONES.

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 las apelaciones de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, se consultará la sentencia en favor de esta última 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 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, estando afiliada al régimen pensional de prima media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, según historia laboral emitida por COLPENSIONES visible de folios 120 al 122 del documento 01 del expediente digital, se afilió a la administradora del RAIS PORVENIR S.A. el 15 de enero de 1998, como se anota en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 22 del expediente, posteriormente se trasladó a la administradora COLFONDOS S.A el 31 de octubre del 2012, tal y como se anota en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 34 del plenario.

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 1998 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 00:17:43 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento (Documento 12 del expediente digital), expresó que los asesores de COLFONDOS S.A. le manifestaron que era mejor el rendimiento de COLFONDOS S.A. que el de PORVENIR S.A., que en COLFONDOS S.A. era mejor el pago, sin que la actora haya confesado que los asesores de la AFP COLFONDOS S.A. le hubieren brindado toda la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su afiliación al RAIS, referente a aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como lo son 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, conforme lo señaló la *a quo*, 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 probaron las AFP, siendo su carga, como ya lo ha establecido la

jurisprudencia especializada, por lo que habrá de confirmarse en esta instancia la decisión de la *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por la demandante en el año 1998 cuando se trasladó 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 la orden impartida por la *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, como lo indico de Colpensiones tanto en el recurso de alzada como en los alegatos, la misma debe ser ADICIONADA, declarando que la devolución que debe realizar COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES deberá el valor de la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos o intereses, así como los gastos o comisiones de administración, incluidos los porcentajes destinados al pago de primas de seguros previsionales, pago de prima de reaseguro de Fogafín y Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones.

Igualmente, PORVENIR S.A. deberá devolver a COLPENSIONES las sumas que en su momento descontaron de las cotizaciones de la demandante referidas a comisiones o cuotas de administración, incluidos los porcentajes destinados al pago de primas de seguros previsionales, pago de prima de reaseguro de Fogafín y Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, 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 hubiesen recibido las AFP demandadas como cotización 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 cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”*

Así mismo, es importante recordar que 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 las AFP demandadas, 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 deban 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.

Ahora sobre la teoría de los actos de relacionamiento, indicados por PORVENIR S.A. en el recurso de apelación, referentes al traslado de la actora entre distintas AFP del RAIS, que denotarían su voluntad de pertenecer al RAIS, ha de tenerse en cuenta que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte, en el sentido que tales actos de relacionamiento, no pueden ser fundamento para negar la ineficacia del



traslado de régimen pensional, pues la falta al deber de asesoría se debe estudiar al momento de traslado y no en relación con actos posteriores a este.

Al respecto esto, precisó la SCL de la CSJ en la Sentencia SL5686-2021:

*“Ahora, en este punto la Corte no pasa inadvertido que el Tribunal concluyó que el traslado fue voluntario pues la actora se afilió a otras administradoras del mismo régimen pensional, lo cual respalda Colpensiones bajo la teoría de los actos de relacionamiento que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer en el RAIS y, a su vez, la recurrente critica al indicar que el estudio de la acción de ineficacia debe centrarse simplemente en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial, sin que la afiliación misma suponga que ello se acató.*

*Pues bien, la postura del Tribunal es contraria a la que ha adocinado la Corte en su jurisprudencia, que sobre este punto tiene un carácter consolidado y reiterado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021). En estas providencias se ha señalado claramente que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras privadas de este esquema.”*

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 la apoderada 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 la demandante, sino la ineficacia de su afiliación inicial al RAIS.

Ahora, en lo que concierne a los argumentos expuestos por los apoderados de COLPENSIONES en su recurso de alzada y en los escrito de alegatos, referente al principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, se ha de manifestar primeramente, 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 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 regrese 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 de vejez 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 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 acaecer 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 acontecer 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.

Finalmente, en cuanto a la inconformidad que presenta el apoderado de COLPENSIONES en la apelación con respecto a la condena en costas de primera instancia, los argumentos, expuestos resultan de recibo por la Sala, en atención a que, como lo afirma el recurrente, Colpensiones no tuvo ninguna responsabilidad en el traslado de régimen pensional de la demandante, puesto que no era su obligación prestar la información debida al momento de la afiliación al RAIS y además, tampoco era la entidad competente para resolver la solicitud de traslado del demandante debido a la prohibición legal de autorizar dicho traslado vía administrativa, concluyéndose entonces que la convocatoria de dicha entidad al presente proceso fue solo para que

corriera con las consecuencias de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, en el que no participó, por lo que no deba asumir costas procesales, por lo que se revocará la condena en costas de primera instancia.

Conforme a las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia consultada será CONFIRMADA, REVOCADA y ADICIONADA 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 julio de 2021 proferida por el JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **MYRIAM LÓPEZ MALDONADO** contra la **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., ADICIONÁNDOLA** en el sentido de DECLARAR que la devolución que debe realizar COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES, deberá incluir las cotizaciones con sus rendimientos financieros o intereses, así como las comisiones o gastos de administración, incluidos los porcentajes destinados al pago de primas de seguros previsionales, pago de prima de reaseguro de Fogafín y Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones.

Igualmente se DECLARA que la AFP PORVENIR S.A. debe devolver a COLPENSIONES los porcentajes que descontó de las cotizaciones de la demandante durante el tiempo en que esta estuvo vinculada a dichas administradoras previo a su traslado a COLFONDOS S.A., referentes a las comisiones o gastos de administración, incluidos los porcentajes destinados al pago de primas de seguros previsionales, pago de prima de reaseguro de Fogafín y Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

**SEGUNDO: REVOCAR** la condena en COSTAS proferida en primera instancia en contra de COLPENSIONES, para en su lugar absolverla de tal condena.

**TERCERO:** Costas en esta instancia a 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: **a1c2879043bcdcfdc6fa29fbab37d431ac91b6da7f6d5e91e0ad1f881a13cbc0**

Documento generado en 06/10/2022 01:56:09 PM

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