



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veintisiete (27) de enero de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE: MYRIAM ISABEL CARVAJALINO MONJE
DEMANDADO: COLPENSIONES Y COLFONDOS
RADICADO: 050013105 – 003-2018-00606 – 01
ACTA N°: 2

En la fecha indicada, la Sala Sexta de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados **ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ, DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN y MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA**, se constituyó en audiencia pública en el proceso de trámite ordinario laboral de primera instancia promovido por **MYRIAM ISABEL CARVAJALINO MONJE** para pronunciarse en virtud del recurso de apelación de **COLFONDOS S.A y COLPENSIONES** así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta última entidad, frente a la sentencia con la cual el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín finalizó la primera instancia.

La Magistrada del conocimiento, doctora Ana María Zapata Pérez, declaró abierta la audiencia. A continuación, la Sala, previa deliberación sobre el asunto, como consta en el **acta 2** de discusión de proyectos, adoptó el presentado por la ponente, el cual quedó consignado en los siguientes términos:

1. LA DEMANDA¹

La DEMANDANTE pretende con este proceso de **manera principal: i)** Que se **DECLARE** la **INEFICACIA** y/o la **TRASLADO** de la demandante. **ii)** Que se **ORDENE** a COLFONDOS S.A trasladar y a COLPENSIONES recibir, sin lugar a descuento alguno por porte de la primera. Todos los aportes y sumas recibidos en la cuenta de ahorro individual de la señora MYRIAM ISABEL CARVAJALINO, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados. **iii)** Se **CONDENE** a los demandados las costas procesales.

En sustento de sus pedimentos afirmó básicamente lo siguiente: **i)** MYRIAM ISABEL CARVAJALINO nació el 14 de mayo de 1964. Inicialmente se afilió al I.S.S. y posteriormente el 27 de marzo de 1995 suscribió formulario de afiliación ante COLFONDOS S.A. trasladándose de esta manera del RPM al RAIS. **ii)** Al momento de efectuarse el diligenciamiento de la solicitud de traslado a la demandante no se le

¹ Carpeta 01PrimerInstancia/02ExpedienteDigital. Pág. 1-3

brindó por parte de la AFP COLFONDOS S.A. una asesoría oportuna y suficiente, revestida de información veraz y específica acerca de las ventajas y desventajas del traslado, y menos aún, se le informó de las condiciones bajo las cuales obtendría el derecho pensional bajo este régimen. **iii)** De permanecer en este régimen de ahorro individual se vería desfavorecida en sus condiciones pensionales, pues la pensión que recibiría en el RAIS sería muy inferior a la que recibiría en el RPM. En Colfondos recibiría a los 57 años con pensión en retiro programado un valor de 1.761.593 pesos, mientras que en Colpensiones con la misma edad tendría una mesada otorgada por 2.460.792 pesos.

2. CONTESTACIONES

2.1. COLFONDOS S.A.²

La AFP **se opuso a la prosperidad de las pretensiones** planteando, en síntesis que la parte demandante se fundamenta en un error al considerar que el convencimiento al momento de su afiliación fue inducida en el error o hubo una indebida asesoría al momento de su afiliación. Pues esta AFP indica que cumplió con las formalidades para la afiliación de la señora MYRIAM ISABEL CARVAJALINO, por lo que sustentan que esta vinculación fue dada por una voluntad libre y espontánea. Además de esto, afirman que no se le ha negado la posibilidad de pensionarse pues esta puede obtener una pensión de vejez en el RAIS, siempre y cuando cumpla con los requisitos de ley. Finalmente indican que la demandada no cumple para ser beneficiaria del régimen de transición pues esta no contaba con 15 o más años de servicios al 1 de abril de 1994 o 750 semanas cotizadas, por tanto no cumple con las condiciones señaladas en el art. 3 del Decreto 3800 de 2003 y el art. 12 del Decreto 3995 de 2008 así también como el Acto Legislativo 01 de 2005.

Propuso como excepciones: FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, NO EXISTE PRUEBA DE CAUSAL DE NULIDAD ALGUNA, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL TRASLADO, BUENA FE, COMPENSACIÓN Y PAGO, SANEAMIENTO DE CUALQUIER PRESUNTA NULIDAD DE LA AFILIACIÓN, INNOMINADA O GENÉRICA, AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO, VALIDEZ DE LA AFILIACION AL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, OBLIGACIÓN A CARGO EXCLUSIVAMENTE DE UN TERCERO, NADIE PUEDE IR EN CONTRA DE SUS PROPIOS ACTOS.

2.2. COLPENSIONES.³

En la contestación la entidad **se opuso a la prosperidad de las pretensiones** planteando, en síntesis por carecer de sustento fáctico y legal. Indicando que el traslado que se realizó por parte de la señora MYRIAM ISABEL CARVAJALINO, es válida y que además se encuentra dentro del límite de edad establecida por la ley 797 de 2003.

² Carpeta 01PrimerInstancia/02ExpedienteDigital. Pág. 126-140

³ Carpeta 01PrimerInstancia/02ExpedienteDigital. Pág. 151-154

Propuso para su defensa las excepciones que denominó: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE TRASLADO DE RÉGIMEN, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, IMPROCEDENCIA DE CONDENA EN COSTAS, DECLARATORIA DE OTRAS EXCEPCIONES.

3. SENTENCIA⁴

En la audiencia del **01 de MARZO de 2021** el **JUEZ TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLIN** tomó las siguientes decisiones⁵: **i) DECLARÓ** que la AFP COLFONDOS S.A no dio información veraz y oportuna a la demandante MIRIAM ISABEL CARVAJALINO MONJE ni verificó las condiciones particulares de ella al momento de trasladarse del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, ni a lo largo de dicha afiliación. **DECLARÓ** que por la falta de información veraz y oportuna la AFP COLFONDOS S.A le causó grave daño en la mesada pensional a la señora MIRIAM ISABEL CARVAJALINO MONJE. **DECLARÓ** la responsabilidad constitucional demandada COLFONDOS S.A y consecuentemente le ordenó reconocer liquidar y pagar la pensión de vejez como el régimen de prima media con prestación definida. **ii)** Consecuencial a las anteriores declaraciones **ORDENÓ** a COLFONDOS S.A que a partir dentro del mes siguiente a la fecha que la demandante MIRIAM ISABEL CARVAJALINO MONJE solicite por escrito su pensión de vejez una vez cumplidos los 57 años de edad y al menos las 1300 semanas cotizadas, dicha entidad COLFONDOS S.A. le reconozca liquide y pague pensión de vejez bajo el régimen de prima media con prestación definida en la ley 100 del 93 y en la ley 727 de 2013. **ORDENÓ** a COLFONDOS S.A que entre el mes siguiente en que reconozca, liquide y pague pensión de vejez bajo el régimen de prima media a la demandante MIRIAM ISABEL CARVAJALINO solicite por escrito a COLPENSIONES elaboración de cálculos actuarial pensional con miras a subrogación pensional. **iii)** **ORDENÓ** a COLPENSIONES a pesar de absolverse de todas las pretensiones, que dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que COLFONDOS solicite por escrito dicho cálculo actuarial pensional esta entidad lo elabore y dentro de ese mismo lapso, dos meses, lo informe por escrito a la AFP COLFONDOS S.A. A su vez COLFONDOS S.A dentro del mes siguiente a la fecha en que reciba por escrito el valor con del cálculo actuarial pensional procederá al pago real y efectivo de dicho valor a COLPENSIONES. **iv)** **ORDENÓ** a COLFONDOS S.A que hasta tanto no pague real y efectivamente el valor del cálculo actuarial pensional a COLPENSIONES debe responder y pagar a la demandante la pensión de vejez bajo el régimen de prima media con prestación definida, COLPENSIONES asumirá dicho pago de la pensión de vejez de la demandante desde la fecha y hora que reciba el pago real y efectivo del cálculo actuarial pensional. **v)** **AUTORIZÓ** a COLFONDOS S.A. a enjugar parte del cálculo actuarial pensional que aquí se le ordena pagar a COLPENSIONES tomando para ello los ahorros pensionales de la demandante, rendimientos financieros, bono pensional y cualquier otra suma de

⁴ Carpeta 01PrimerInstancia/05ActaAudiencia00320180606J

⁵ Carpeta 01PrimerInstancia/05ActaAudiencia00320180606J. Pág. 2

dinero que llegue al haber de la cuenta de ahorros de la demandante MIRIAM ISABEL CARVAJALINO. **vi)** No prosperan las excepciones propuestas por la entidad demandada COLFONDOS S.A como la inexistencia de responsabilidad porque se verifica por este despacho la inexistencia de responsabilidad constitucional de COLFONDOS S.A en el pago de la mesada pensional a la demandante. Las demás excepciones quedan, como se ha indicado, en la parte motiva de esta sentencia. **vii) COSTAS** procesales a cargo COLFONDOS S.A. Agencias en derechos en esta instancia en la suma de 3.632.000 pesos en favor de la demandante MIRIAM ISABEL CARVAJALINO y a cargo de COLFONDOS S.A. **viii) DECLARÓ** que la pretensión de **nulidad o ineficacia** que se interpone la demanda no prospera por cuanto el traslado que la demandante hizo a la entidad demandada no contempla vicios del consentimiento, no se demostró que hubiera vicios de error, fuerza o dolo ni que hubiera falta de capacidad jurídica de la señora MIRIAM ISABEL CARVAJALINO. Era plenamente consciente, mayor de edad, mentalmente apta, no hubo ni error, fuerza o dolo. Dicha ineficacia entonces no es posible para más bien en su lugar, como lo indicó el despacho y como lo agrega, **declara la responsabilidad constitucional de la demandada COLFONDOS S.A** en el perjuicio, daño causado a la demandante y, por lo tanto, se le impone la condena de pagar la pensión de vejez como si fuera de régimen de prima media con prestación definida con subrogación pensional en COLPENSIONES.

4. RECURSOS DE APELACION

4.1. COLFONDOS S.A.⁶

Solicita revocar parcialmente la sentencia impugnada por lo siguiente: **i)** Comparte la decisión de no declarar la ineficacia, porque quedó probado que la vinculación a Colfondos se dio con el lleno del requisito y no se cumplen los supuestos de los artículos 13 y 271 de la ley 100 del 93. La actora de su puño y letra firmó el formulario de afiliación y el traslado no se efectuó bajo presión o coacción de acuerdo a la confesión del interrogatorio de parte. **ii)** Colfondos si cumplió con la carga probatoria con el formulario y con las confesiones del interrogatorio de parte conforme el artículo 191 del Código General del Proceso y conforme la aclaración de la sentencia no se demostró ningún vicio de consentimiento ni falta jurídica para acceder a la pretensión de ineficacia pretendida en la demanda. **iii)** El testimonio de Sara Uribe no puede ser tomado como respaldo jurídico de las afirmaciones de la demanda porque siempre se refirió a la afiliación en Skandia diferente a Colfondos por lo que no tenía conocimiento real de los hechos narrados. **iv)** No comparte las condenas impuestas que solicita sean revocadas: **a)** Porque han operado los efectos extintivos de la prescripción, porque entre la fecha en que se materializó el acto jurídico de afiliación y la fecha de notificación del auto admisorio transcurrió un lapso considerablemente superior a lo de los términos propios del Derecho al trabajo y la seguridad social así como las normas civiles (artículo 1 de la ley 791 del 2002,

⁶ Carpeta 01PrimerInstancia/05ActaAudiencia00320180606J. Pág.2 Min 02:36:25 – 02:53:08

sentencia C-597 de 1998. **b)** Los planteamiento de la sentencia constituyen argumentos de satanización de los fondos privados de pensiones que no encuentran ningún asidero constitucional, legal ni jurisprudencial (invoca las sentencias C-086 del 2002 y C-538 de 1996). **c)** Si con posterioridad al traslado de régimen pensional las previsiones que tuvo en mente la actora al decidir el traslado no se cumplieron tal y como ella lo hubiera querido, se trata de algo imprevisible para la afiliada como para la AFP. Y dado que la mayor parte de los recursos estatales se destinan a financiar las pensiones de mayor valor en el régimen de prima media no resulta coherente responsabilizar a los fondos privados de las situaciones mencionadas por el juez, pues el pago de pensiones de vejez en régimen de prima media siempre ha estado atada al pago de los subsidios por parte del Estado. **d)** Al margen de lo anterior el fallo proferido no es consonante, acorde ni coherente con las pretensiones de la demanda por lo que la sentencia atacada es violatoria de derechos fundamentales como el debido proceso y el derecho de defensa. El hecho de que se haya reformado la demanda por parte del despacho en la etapa de fijación del litigio para incluir pretensiones o hechos que no estaban en discusión no implica que esa actuación sea válida. La reforma de la demanda es una parte reservada solo para la parte actora y la providencia que fija el litigio no es susceptible de medios de impugnación. La sentencia también viola la competencia del Juez frente a la entidad pública por las reclamaciones administrativas que se agotaron. **e)** La sentencia es contraria a la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral y con una decisión en este sentido se está creando un tercer régimen pensional lo que es contrario a la ley, por lo que no existe fundamento constitucional, fáctico, legal o jurisprudencial para ordenar el reconocimiento de la pensión de vejez en el RAIS como se hizo sin que pueda soportarse el fallo en la sentencia SL- 373 - 2021 porque no estamos en el caso de un pensionado del RAIS, destacando que a la fecha la demandante aún no cuenta con la edad que le permita acceder a la pensión de vejez en el Régimen de Prima Media. **f)** Finaliza indicando que Colfondos realiza los cálculos exclusivamente a título informativo por lo cual no comprometen su responsabilidad pues la decisión respecto de un valor final de la pensión se adopta solo en el momento en que se decida la reclamación pensional que se eleva formalmente, por lo que tales proyecciones no constituyen pruebas de los supuestos perjuicios que tampoco fueron solicitados en la demanda.

4.2. COLPENSIONES⁷

Plantea la inconformidad con lo decidido señalando: **i)** A pesar de que se indica que Colpensiones es un tercero absoluto el fallo lo que hacen es imponerle cargas que no está en la obligación de soportar, como el hecho de reactivar la afiliación de Régimen de Prima Media, por lo que cuestiona la decisión de ordenar a Colpensiones reconocer la pensión de vejez una vez reciba de Colfondos los dineros necesarios para financiarla, decisión con la que se violenta el artículo 334 de la Constitución

⁷ Carpeta 01PrimerInstancia/05ActaAudiencia00320180606J. Pág.2 Min 02:53:24 – 03:03:37

Política. **ii)** A propósito al mínimo vital al que se hace referencia en la sentencia invoca la T 784 del 2009 y destaca estos traslados de régimen en el fondo lo que buscan es un beneficio individual y al efectuarse estos movimientos se está debilitando el sistema pensional bajo el Régimen de Prima Media porque por cada pensionado se necesita un número mínimo de 7 personas aportantes y en este caso estamos en un caso contrario, pues por 7 pensionados tenemos una sola persona aportante. **iii)** Colpensiones es un tercero absoluto en esta situación y además existe provisión referente al traslado cuando faltan menos de 10 años para pensionarse, insistiendo en que al ordenarlo se violenta el principio de inestabilidad fiscal y un desequilibrio económico y financiero puesto que causa un daño grave porque la entidad no está en la capacidad de financiar todas estas prestaciones a futuro. **iv)** En cuanto a la responsabilidad profesional impuesta a la AFP Colfondos S.A. argumenta que la falta de responsabilidad debe estar encaminada a ambas partes porque la afiliada tiene la de asesorarse y conocer las reglamentaciones legales y el desconocimiento de la ley no sirve de excusa. **v)** En cuanto a las permutas financieras a cambio de restituir todas las sumas de dinero invoca la sentencia T-042 del 2016, señala que a Colpensiones le es prohibido realizar subrogaciones pensionales así como reconocer la pensión de vejez que se ordena pagar y que ni siquiera fue solicitada en la demanda. Colpensiones no debe gestionar conmutaciones pensionales y además cada régimen tiene su propia legislación para cumplir con los fines esenciales del Estado por lo que no es recibido aceptar las órdenes impartidas en el fallo de primera instancia máxime porque no prosperó la pretensión de ineficacia

5. TRÁMITE, COMPETENCIA Y DETERMINACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Habiéndose corrido traslado para formular alegatos de conclusión en esta instancia⁸, los apoderados de COLPENSIONES y COLFONDO S.A. decidieron intervenir de la siguiente manera:

5.1. ALEGATO DE COLPENSIONES⁹

El apoderado de **COLPENSIONES** insiste en la solicitud de revocatoria del fallo de primera instancia, indicando: **i)** La DEMANDANTE está en una mejor situación probatoria que las AFP del RAIS. Su afiliación fue libre, voluntaria, espontánea y sin coacción alguna. Estos traslados están generando un detrimento al sistema general de pensiones, toda vez que los recursos trasladados a COLPENSIONES por parte de las AFP son insuficientes para sostener una pensión. **ii)** Respecto del pronunciamiento de la inaplicabilidad constitucional, esta teoría no puede ser admisible toda vez que en ningún momento se está violentando el derecho fundamental al acceso de la Seguridad Social en pensiones, adicionalmente, el desconocimiento de la Ley no sirve de excusa para eximirse de responsabilidad o más bien, para el presente caso, el

⁸ Numeral 1 del artículo 13 de la ley 2213 de 2022

⁹ Carpeta 02SegundaInstancia/07AlegatosColpensiones. Pág. 4-5

desconocimiento de la norma no puede alegarse cuando el monto de la pensión es inferior o superior en cualquiera de los regímenes constitucionales existentes. **iii)** No se está vulnerando el derecho al mínimo vital de la DEMANDANTE (T 184/09) y de conformidad con la sentencia T 489 de 2010, el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones que por su misma esencia pueden conducir al establecimiento de una diversidad de trato. **iv)** No se puede imponer la condena de recibir nuevamente a la afiliada al RPM y reconocer una eventual pensión, por lo que no es viable la subrogación pensional. Invoca la sentencia SL 373 de 2021 que abrió la posibilidad de que los fondos privados restablezcan el perjuicio causado a los afiliados.

5.2. ALEGATO DE COLFONDOS S.A.

La apoderada de **COLFONDOS S.A.** intervino de manera oportuna solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, resaltando la inviabilidad jurídica de la tesis adoptada por el Juez Tercero Laboral del Circuito de Medellín para resolver los conflictos de ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con errores en los que incurrió el A quo al dictar el fallo de primera instancia que fueron debidamente reseñados y refutados en la sustentación del recurso de apelación. Así mismo hizo referencia a la sentencia del 26 de octubre de 2020 radicado 003-2016-1489-01 con ponencia del Magistrado Guillermo Cardona Martínez y a la sentencia del 29 de septiembre del 2020 con radicado 003-2017-00855-01 con ponencia de la Magistrada María Eugenia Gómez Velásquez.

Pues bien, la Sala es competente para conocer del proceso en virtud de los recursos de apelación interpuestos por **COLFONDOS S.A.** y **COLPENSIONES**, así como en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de esta última entidad lo que impone efectuar el análisis en el siguiente orden lógico:

En primer lugar, la evolución normativa sobre los DEBERES DE LAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES EN MATERIA DE ASESORÍA E INFORMACIÓN CLARA Y VERAZ para tomar la decisión de traslado de régimen inicial al RAIS. En segundo lugar, se analizará en el CASO CONCRETO si debe REVOCARSE la DECISION adoptada en primera instancia y en su lugar DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN de la DEMANDANTE y que esta se encuentra afiliada a COLPENSIONES sin solución de continuidad, y en qué términos debe ser la orden a PROTECCIÓN S.A. en relación con las sumas a trasladar a la administradora del régimen de prima media.

6. LOS DEBERES DE LAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES EN RELACIÓN CON EL ACTO JURÍDICO DE AFILIACIÓN O TRASLADO.

Esta Sala de Decisión ha tenido la oportunidad de expresar en varias oportunidades, que la decisión de un afiliado que estaba cotizando en el **I.S.S.** o en las otras Cajas de Previsión Social creadas antes de la Ley 100, **de trasladarse al RAIS**, exigía que la persona tuviese absoluta claridad en relación con su situación pensional, las diferencias entre cada uno de los regímenes, los beneficios e inconvenientes de cada régimen pensional y en especial, **los efectos que en su caso se generan si toma la decisión de trasladarse.**

El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, es exigible **desde su creación, y sin hacer distinción alguna**, de acuerdo a lo previsto en el **Decreto 663 de 1993**, aplicable a las AFP desde su origen, en el que se prescribió en el **numeral 1.º del artículo 97**, la obligación de las entidades de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan **la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen.***

Es así como, conforme a lo previsto en el **artículo 271** en concordancia con el **literal b) del artículo 13 de la Ley 100**, los trabajadores tienen la opción de **elegir «libre y voluntariamente»** aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, y por ello, si alguna persona jurídica o natural atenta en cualquier forma contra el derecho de **afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social**, se genera como consecuencia la ineficacia de la afiliación.

En relación con este aspecto, la Sala laboral de la Corte Suprema ha desarrollado un precedente pacífico: **Radicado 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL19447 de 2017, SL 4296 de 2018, SL 1452 de 2019, SL 1421 de 2019, SL 1688 de 2019, SL4360 de 2019, SL 3199, SL 3202 de 2020, SL 3676 de 2020, SL 081 -2021, SL 3202-2021, SL 2769-2021, SL3708-2021, SL 3710-2021- SL 3706-2021, SL 3571-2021 y SL 3709-2021** que se apuntala en las siguientes premisas básicas:

- Si bien en los últimos años se ha intensificado la regulación, con lo previsto en la **Ley 1328 de 2009 artículos 3, 5, 7 y 9; Ley 1480 de 2011 artículo 23, Parágrafo 1o. del artículo 2 de la Ley 1748 de 2014**, y el **Decreto 2071 de 2015**, lo cierto es que la obligación de información clara y concreta previa al traslado se encuentra expresa en normas anteriores vigentes para la época en que se efectuó el traslado del demandante, **sin distinguir que tal deber sólo se refiera a los casos de las personas que eran beneficiarias del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100.**
- Para ello baste citar, **el artículo 13 en sus literales b) y k), el 106 y el 114 de la Ley 100**, en concordancia con lo previsto en el **artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y la modificación introducida con la Ley 795 de 2003**, normas en las que se establece que la selección régimen se debe tomar de manera libre, espontánea y sin presiones como requisitos para poder afirmar su eficacia; así como la

obligación de las AFP de suministrar a los usuarios la información necesaria para escoger las mejores opciones del mercado y tomar DECISIONES INFORMADAS.

- Siendo, así las cosas, antes del traslado el usuario debe conocer la lógica del RAIS y la esencia de su funcionamiento, sustentado en la capacidad efectiva del ahorro a lo largo de toda la vida para poder garantizar el derecho a una pensión. Y debe tener total claridad acerca de los aspectos relacionados no sólo con el monto y los requisitos de causación, sino la eventual opción de no acceder a ésta prestación. Todos estos aspectos deben ser expresamente informados, para que el usuario pueda efectuar la comparación con las disposiciones que regulan el derecho pensional a los afiliados en el Régimen de Prima Media.
- En fin, significa entonces que la asesoría que debe brindar la Administradora de Pensiones en esa **ETAPA PREVIA Y PREPARATORIA** a la formalización de la información, no sólo debe ser completa y comprensible para el afiliado, sino que trasciende al “DEBER DEL BUEN CONSEJO” en los términos definidos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su precedente, deber que en los mismos términos fue acogido en el **artículo 3 del Decreto 2071 de 2015**, pues al mostrar con detalle las diferentes alternativas de la persona tras el análisis de su caso, mostrando los beneficios e inconvenientes de tomar la decisión de traslado, debe incluso ir más allá, para evitar que la persona tome una opción que claramente la perjudica.
- Y en relación con la carga probatoria, es claro que en los términos del **artículo 1604 del Código Civil**, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, ello no se agota solo con traer los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada fue suficiente para la persona, lo que no se satisface únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada atienda las pautas para que se adopte una decisión completamente libre. Por ello, de acuerdo con lo previsto en los artículos 97 y 98 del Estatuto Financiero vigente en 1994, referidos a la debida diligencia que debían emplear las AFP, no se trata únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición. Y es así como las sub reglas establecidas por la Alta Corporación definen que al momento de analizar si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación: **a)** no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; **b)** en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones **allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados**, en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

- Finalmente, baste señalar cómo el criterio jurisprudencial orientador para este tipo de casos, fue plasmado en el **Código General del Proceso en el artículo 167**, norma en la que se consagra la posibilidad de distribuir la carga de la prueba a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar todo los elementos que ayuden a esclarecer el objeto del litigio y que en casos como el que hoy ocupa la atención de la Sala, no hay duda que la parte que debe cumplir con esa carga es el Fondo Privado: **a)** Maneja la carpeta con la historia de cada afiliado, con la información que le fue brindada al momento del trascendental acto del traslado o afiliación, **y la que se le ha entregado a lo largo de su permanencia en el fondo**, dirigida a orientarlo sobre las mejores opciones para que tome las decisiones que más le convengan; **b)** Conoce y tiene los datos de ubicación y preparación que recibió **el asesor** que tuvo a cargo la asesoría efectuada al afiliado y que hizo posible que éste firmara el acto jurídico de vinculación o de traslado al fondo de pensiones.

Por último, debe la Sala señalar que si bien, el precedente jurisprudencial se encuentra referido a casos de personas que se encontraban afiliadas a una administradora del Régimen de Prima Media y además, beneficiarias del régimen de transición, a quienes les afectó de manera considerable la decisión de traslado de régimen pensional; sin embargo, resulta evidente que la *Ratio Decidendi* de esas providencias resulta plenamente aplicable, a quienes eligieron el Régimen de Ahorro Individual por Primera Vez, porque lo relevante está, en que efectivamente se acredite dentro del proceso por la Administradora de Pensiones, que sí suministró la INFORMACION CLARA, COMPLETA, SUFICIENTE, en términos de transparencia y eficiencia.

7. EL CASO CONCRETO

Para efectuar el análisis se debe partir de las siguientes premisas no discutidas: **i) MYRIAM ISABEL CARVAJALINO MONJE** nació el **14 de mayo de 1964** por lo que en este momento cuenta con **58 años**¹⁰. **ii)** Se afilió inicialmente al **I.S.S.** el **01 de junio de 1984**¹¹. **iii)** Se trasladó del REGIMEN DE PRIMA MEDIA al de AHORRO INDIVIDUAL administrado por **COLFONDOS S.A.** – con solicitud de afiliación del **27 de marzo de 1995** – en ese entonces trabajaba en BASF QUIMICA COLOMBIA S.A como SECRETARIA GERENCIA MERCADEO¹².

Las demandadas han afirmado a lo largo del proceso que la SELECCIÓN DE RÉGIMEN se tomó de **forma libre, espontánea y sin presiones** en los términos del formulario de afiliación suscrito por la actora, pero en criterio de la Sala, leyendas de este tipo no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, **acreditan un consentimiento, pero no informado**. En efecto, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha precisado de forma reiterada que la suscripción de

¹⁰ Carpeta 01PrimeraInstancia/02ExpedienteDigital. Pág. 76

¹¹ Carpeta 01PrimeraInstancia/02ExpedienteDigital. Pág. 156

¹² Carpeta 01PrimeraInstancia/02ExpedienteDigital. Pág. 73

aquel documento, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como *"la afiliación se hace libre y voluntaria"*, *"se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones"* u otro tipo de leyendas de esta clase, son insuficientes para dar por demostrado dicho deber (**CSJ: SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020**).

Pues bien, según lo acreditado en el proceso, resulta evidente que para la fecha en la que entró en vigencia el Sistema General de Pensiones para **MYRIAM ISABEL CARVAJALINO**, esta tenía menos de **35 años** de edad y **de 15 años de servicio**. Pero de acuerdo con el análisis efectuado en el **acápito sexto** de esta providencia y con el precedente jurisprudencial sobre la materia, los promotores de la AFP ante la suscripción del formulario de traslado, **independiente de si la demandante era beneficiaria o no del régimen de transición**, tenía no solo el **DEBER** sino la **OBLIGACIÓN** de brindarle una **asesoría personalizada**, analizando **las circunstancias particulares**, **y mostrando aspectos concretos de su situación pensional**.

Como para la época en que suscribió el formulario no había entrado en vigencia la Ley 797, se le debió explicar que si permanecía en el I.S.S., el derecho a la pensión de vejez se causaría al arribar a los 55 años de edad y acreditando 1000 semanas cotizadas, para pensionarse con una mesada cuyo valor podría ser con una tasa del 85 % en caso de cotizar 1400 semanas, sobre un IBL integrado en los términos del artículo 21 de la Ley 100.

Y se le debió indicar además, que si se trasladaba para el RAIS, las condiciones pensionales serían las siguientes: **i)** Se podría pensionar antes de los 57 años, sin embargo tal circunstancia estaba sujeta a una condición y es que tuviera el capital suficiente para poder optar al menos por una pensión mínima (**artículo 64 Ley 100**). **ii)** Como la demandante tenía cotizaciones en el REGIMEN DE PRIMA MEDIA, debía saber que las cotizaciones que habían efectuado en el I.S.S. se verían representadas en un bono pensional tipo A que sólo **se redime en el caso de las MUJERES a los 60 años**, de manera que, si se daban las condiciones para pensionarse anticipadamente, habría que negociar el bono en el mercado financiero, disminuyendo su valor, lo que tendría efecto en el valor de la mesada, en la medida en que disminuiría el valor del capital para financiar la prestación. **iii)** Frente al valor de la pensión en el RAIS, se debió explicar que ésta depende del capital consignado en la cuenta individual y según la modalidad pensional elegida (**artículos 79 a 82 de la Ley 100**), y que el valor que se abonaría a la cuenta individual no sería equivalente al 100% de la cotización, porque una parte se destinaría a pagar la prima mensual de la compañía de seguros, a gastos de administración y al fondo de solidaridad del RAIS. **iv)** Y en relación con la ausencia de beneficiarios en materia de pensión de

sobrevivientes y la posibilidad de que los dineros de la cuenta de ahorro individual se destinen a la masa hereditaria, se debió precisar que **ello no ocurre si la muerte se presenta siendo pensionado bajo la modalidad de renta vitalicia.** v) También se debía indicar, que en caso de que no completara el capital suficiente para obtener una pensión mínima (equivalente al 110% del salario mínimo a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones actualizado con el IPC), entonces **debían seguir cotizando hasta obtener 1.150 semanas y cumplir 57 años**, para poder acceder a la GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA, mostrando que esos dos requisitos eran superiores a los consagrados en el I.S.S. vi) Y que la GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA, es un beneficio que no se presenta en todos los casos porque está sujeto a unas condiciones y explicarle cuáles (**artículo 84 de la Ley 100, vigente para la época**), para que tuviese claro que, si no cumplía con ello, no obtendría pensión de vejez y por ello, la entidad le devolvería los saldos que estuvieran en su cuenta individual, con el efecto que eso genera en relación con la afiliación en salud.

Así, no comparte la Sala los planteamientos esbozados en la providencia que se revisa:

En **primer lugar**, se observa con claridad que en el proceso no se acreditó por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES el haber suministrado esta información clara, completa y detallada a la actora antes de suscribir el formulario de traslado de régimen. La Jurisprudencia nacional ha reiterado, entre otras, en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en decisiones CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021, que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar en juicio el cumplimiento de ese deber de información.

En segundo término, en el proceso no se efectuó confesión en contra por la señora **MYRIAM ISABEL CARVAJALINO**, reiterando a lo largo del proceso las afirmaciones de la demanda relativas a la ausencia de información completa. Y en relación con el análisis efectuado en la providencia que se revisa, referido a la **semejanza en el monto de la pensión de vejez en cada régimen**, la Alta Corporación también se ha pronunciado, en sentencias como la **SL 5686 – 2021** en la que indicó:

Recuérdese que el análisis judicial sobre el cumplimiento del deber de información a cargo de los fondos privados está al margen, en principio, de la situación pensional de la persona, por lo que no sería coherente exigir que se acredite que el traslado causó una lesión injustificada que impidió el acceso a un derecho pensional en abstracto, a menos que el litigio se dirija justamente a acreditar un perjuicio como pretensión complementaria, sin que esto incide en la declaratoria de ineficacia de traslado.

Y es que en un estadio de afiliación activa al sistema y más aún cuando el derecho pensional aún está en formación, los jueces no pueden elucidar en abstracto sobre la conveniencia de estar o permanecer en uno u otro régimen y los perjuicios que ello eventualmente acarrearía, pues cada uno de los modelos consignan características que pueden ser convenientes tanto para el afiliado como a sus eventuales beneficiarios en determinada situación particular.

A raíz de ello, la jurisprudencia de la Corte ha garantizado el *derecho básico* de los trabajadores a *recibir información necesaria, objetiva y transparente durante el proceso de traslado de régimen pensional*, como una garantía mínima consagrada en el artículo 53 de la Constitución Nacional, que encuentra respaldo en el artículo 272

de la Ley 100 de 1993 y se armoniza con artículo el 13 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagra que cualquier estipulación que afecte o desconozca los derechos mínimos «no produce efecto» (CSJ SL3871-2021), de modo que incumplida esa prerrogativa, es imperativo declarar la ineficacia del traslado.

En consecuencia, conforme lo previsto en el **artículo 271** de la Ley 100 de 1993 y el reiterado y pacífico precedente judicial sobre la materia analizado en esta providencia ha de **REVOCARSE** la decisión que se revisa para en su lugar, **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN** en el caso de la señora **MYRIAM ISABEL CARVAJALINO**, por lo que **continúa afiliada sin solución de continuidad en el régimen de prima media con prestación definida**. En adición, debe destacarse que no fue objeto de pretensión en la demanda el reconocimiento de la pensión de vejez, de manera que la decisión adoptada no solo vulnera los principios de congruencia y debido proceso sino que supera las facultades consagradas en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo¹³ al ordenar el pago de la prestación a cargo de COLFONDOS y luego de COLPENSIONES trasgrediendo el precedente unificado de la Sala de Casación Laboral para este tipo de procesos.

Debe destacarse que las ADMINISTRADORAS DEL RAIS y COLPENSIONES en la contestación propusieron la EXCEPCION de PRESCRIPCION, pero en el contexto que se ha venido analizando, debe señalarse que estamos en presencia de la ineficacia del traslado: Y una de las características esenciales de la inexistencia, es que es insubsanable por la prescripción. No adquiere vida por el transcurso del tiempo, por lo tanto, en cualquier tiempo puede ser alegada su inexistencia. En la sentencia SL 1421 de 2019, la Sala Laboral de la Corte explicó con claridad sobre la inoperancia del medio exceptivo, no solo por su conexidad con un derecho fundamental e irrenunciable, sino porque el sustento fáctico del proceso da lugar a consolidar el status de pensionado, y, en consecuencia, propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo.

Finalmente, **en relación con las sumas de dinero que se deben devolver**, debe señalarse lo siguiente: **i)** En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala Laboral de la CSJ en sentencias **SL1688, 3464 y SL 4360 de 2019**, así como en la **SL 2877 y SL 4811 de 2020** ha explicado que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al *statu quo ante*). **ii)** Y como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el **artículo 1746 del Código Civil** y este por analogía es aplicable a la ineficacia, según esta disposición, declarada la ineficacia, las partes, *en lo posible*, deben volver al mismo estado en

¹³ **ARTICULO 50. EXTRA Y ULTRA PETITA.** <Aparte tachado INEXEQUIBLE> El Juez ~~de primera instancia~~ podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas. (Artículo declarado EXEQUIBLE, excepto el aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia **C-662-98**)

que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. **iii)** O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al ***statu quo ante*** no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen. **iv)** Y en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone **negarle efecto al traslado**, tal situación solo es posible bajo la **ficción de que el mismo nunca ocurrió**. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que **nunca se cambió al sistema privado de pensiones**, y si estuvo afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que **nunca se trasladó al sistema público administrado por COLPENSIONES**. **v)** Por esto mismo, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES **la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración **obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES**. **vi)** Así, reconoce esta corporación que si bien existió una administración por parte de las AFP, además del pago de seguros, producto de la declaratoria de ineficacia todos los recursos deben trasladarse a aquella administradora que tendrá a su cargo el reconocimiento de las eventuales pensiones, por cuanto tales sumas repercutirán en la conformación del derecho pensional, teniendo presente que el RPM es un fondo común al cual ingresan de forma indistinta los recursos de todos los afiliados y que a través del sistema de reparto intergeneracional, se cubren las prestaciones causadas. Por ello, **COLFONDOS S.A** efectuara la devolución en relación con los períodos en que estuvo afiliada la demandante. **vii)** Se destaca que ninguna de las devoluciones acá ordenadas se ve afectada por el fenómeno extintivo de la prescripción, excepción propuesta por las accionadas, la que a voces de la Sala de Casación Laboral de la CSJ no opera en estos litigios, dado el carácter irrenunciable del derecho pensional, que se extiende a la acción para reclamar su conformación con todos los aspectos conexos que le son inherentes, al respecto las sentencias **CSJ SL1688-2019; CSJ SL12715-2014; CSJ SL 28479, 4 jun. 2008, CSJ SL 39347 y CSJ SL 8397, 5 jul. 1996**. **ix)** Finalmente, para garantizar la SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL REGIMEN DE PRIMA MEDIA esta Sala de Decisión ordenaba que el monto trasladado no fuese inferior al valor total del aporte legal correspondiente en caso de que el afiliado hubiere permanecido en el régimen de prima media y si así fuere, la AFP asumiera el pago de la diferencia, aplicando el precedente definido por la Corte Constitucional en las sentencias **C 1024 de 2004**, y en las **SU 062 DE 2010 y SU 130 de 2013** sobre los casos de las personas que regresan del RAIS al RPM. Pero reexaminando el asunto, y a partir

del precedente vertido por la Sala de Casación Laboral en sentencias **SL 3202-2021, SL 2769-2021, SL3708-2021, SL 3710-2021- SL 3706-2021, SL 3571-2021 y SL 3709-2021**, considera que lo procedente para tal fin es ordenar **la devolución de tales sumas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos**, tal y como lo solicitó la apoderada de COLPENSIONES en el recurso de apelación. Al momento de cumplirse los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Sobre las **COSTAS**, debe indicarse lo siguiente: **i)** En primera instancia sólo se CONDENÓ en COSTAS a **COLFONDOS S.A.** decisión que no fue cuestionada de manera concreta por esta entidad **ni por la demandante. ii)** Y al prosperar los recursos de apelación, en esta instancia no se causaron costas. (**artículo 365 CGP numerales 1 y 3**)

8. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **DECIDE:**

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín para en su lugar proferir las siguientes DECLARACIONES y CONDENAS:

- **DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por la señora **MYRIAM ISABEL CARVAJALINO MONJE** identificada con c.c. 51.723.198 al REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD a través de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A. suscrita el 27 de marzo de 1995, por los motivos expuestos. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.
- **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS **COLFONDOS S.A.** a trasladar a COLPENSIONES, dentro de los **30 días siguientes** a la ejecutoria de esta providencia, **la totalidad del capital ahorrado, junto los rendimientos financieros.**

Y se **CONDENA** a **COLFONDOS S.A.** a **devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, incluyendo así: CUOTAS DE ADMINISTRACION, PRIMAS PARA SEGURO PREVISIONAL y las SUMAS DESCONTADAS PARA GARANTIA DE PENSION MINIMA** debidamente **indexadas**. Al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y

demás información relevante que los justifiquen, conforme lo explicado en la parte motiva de esta sentencia.

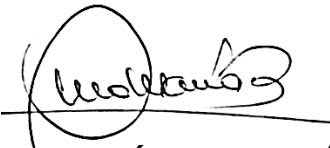
- **ORDENAR** a COLPENSIONES activar la afiliación de la señora **MYRIAM ISABEL CARVAJALINO** al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, recibir las sumas ordenadas en esta providencia y actualizar la historia laboral del demandante incluyendo los períodos que fueron cotizados en el RAIS.

SEGUNDO: DECLARAR improbadas las excepciones de mérito formuladas por las demandadas.

TERCERO: En esta instancia no se causaron costas.

Se ordena la notificación mediante EDICTO y vencido el término se ordena devolver el expediente al Juzgado de origen. Se termina la audiencia y en constancia se firma por quienes intervinieron

Los Magistrados,



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ



DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN



MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA



RADICADO: 05001 31 05 003 2018 00606 01

SENTENCIA del //27/01/2023

Con este código puede acceder a la actuación de segunda instancia, **para ello debe tener una cuenta de Microsoft.**

Enlace en caso de no tener lector QR: https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des06sltsmed_cendoj_ramajudicial_gov_co/Eiuuja3hWJdDrVEwt9XA1rYBzdCDBQQghxnZiRHGQFcUNQ?e=3xYcgh