

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El dos (02) de marzo de dos mil veintitres (2023), 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 el señor **GONZALO JUNCO RODRIGUEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.** (en adelante COLFONDOS S.A), tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-010-2019-00738-01.

El Magistrado del conocimiento, Dr. FRANCISCO ARANGO TORRES, declaró abierto el acto y previa deliberación sobre el asunto, la Sala adoptó el proyecto presentado por el ponente, el cual quedó concebido en los siguientes términos,

1. ANTECEDENTES:

El 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 el actor, que nació el 02 de marzo de 1960, y que se afilió al ISS cuando laboró para la industria militar (INDUMIL),

Relata que posteriormente suscribió formulario de afiliación al RAIS a través COLFONDOS S.A. el 25 de abril de 1994.

Aduce que el ejecutivo comercial de COLFONDOS S.A. le manifestó que podía acceder a la pensión a cualquier edad, con una mayor mesada pensional y le omitieron la información de las condiciones necesarias para ello. Nunca le suministraron información consistente en la edad y en el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual para acceder a la prestación, COLFONDOS S.A. tampoco le indicó

con que IBC debía cotizar con el fin de obtener una pensión anticipada o para completar el capital exigido para obtener una pensión de vejez.

Cuenta que COLFONDOS S.A. no le indicó de las ventajas o desventajas que le acarrearía trasladarse del RPM al RAIS, tampoco le brindaron información relacionada con la forma en que se liquidaría su pensión y las variables que tendría que tener en cuenta al momento de hacerse el reconocimiento.

Indica que tampoco se le asesoró frente a las modalidades de pensión que estarían vigentes al momento de la afiliación, ni las características de cada una de ellas y no se le informó cual sería la modalidad que a él le aplicaría.

Expresa que la asesora comercial de COLFONDOS S.A. lo indujo en error toda vez que no le suministró una información adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta con respecto a las consecuencias legales y económicas que tendría su cambio de régimen pensional.

Arguye que el 26 de septiembre de 2019 solicitó ante COLPENSIONES el traslado para RPM, pero dicha entidad no acepta el traslado argumentando que no es procedente dar trámite a la solicitud, por encontrarse a diez años o menos del tiempo exigido para pensionarse.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La *a quo* despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado del demandante al RAIS materializado el 25 de abril de 1994.

En consecuencia condenó a la AFP COLFONDOS S.A., a trasladar a COLPENSIONES el monto del capital ahorrado por el actor, desde el 25 de abril de 1994, hasta el momento en que se haga el traslado efectivo del capital con sus respectivos rendimientos financieros, así como a entregar a la misma todos los valores que hubiere recibido con motivo del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, así como los descuentos efectuados para garantía de pensión mínima, gastos o cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora, sumas que deberán ser debidamente indexadas al momento de su depósito efectivo en COLPENSIONES.

Seguidamente advirtió que si la sumatoria de todos los conceptos que se ordenan trasladar, resultaren inferior al valor total del aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubieran generado en caso de que el demandante hubiera **estado** en el RPM, será COLFONDOS S.A. quien asuma la diferencia que resultare, en proporción al período durante el cual el mencionado permaneció afiliado a ésta Administradora.

De otro lado ordenó a COLPENSIONES a afiliarse en el RPM y a recibir de COLFONDOS S.A., los valores aludidos, y a incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral del demandante, imputados a los periodos en que fueron cotizados en el RAIS y de acuerdo al IBC que fueron aportados, las que habrán de tenerse como válidas para el reconocimiento de las prestaciones del sistema pensional.

Finalmente declaró infundadas las excepciones propuestas y señaló que las costas serán asumidas por COLFONDOS S.A. para lo cual se fijó las agencias en derecho a favor de la demandante y absolvió de las mismas a COLPENSIONES.

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 que se sintetiza en la obligación de brindar una información completa, suficiente, idónea y comprensible sobre las características de los regímenes, determinando e informando la conveniencia e inconveniencia de uno y otro régimen y la carga de las 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 la AFP demandada 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 del demandante a COLFONDOS S.A. en el año 1994.

3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN:

La sentencia fue apelada por las apoderadas de COLFONDOS S.A. y de COLPENSIONES.

APELACIÓN DE COLFONDOS S.A.

La apoderada de COLFONDOS S.A. manifiesta que no estuvo probado en el proceso que la afiliación del demandante a COLFONDOS S.A. no obedeció al lleno de las políticas de afiliación formal contenidas en la Ley 100 de 1993 y al Decreto 692 de 1994, en ese mismo sentido no se derivó en el proceso la buena fe de COLFONDOS S.A. y tampoco se acreditó dentro de la litis un posible engaño o error que viciara el consentimiento dado por el actor y que se configurara una eventual ineficacia del traslado realizado de manera libre y voluntaria, ya que la decisión de permanecer en el RAIS fue de manera consiente.

Indica que el demandante no presentó afiliación en el extinto ISS hoy COLPENSIONES, pues aduce que así se desprende de la documentación arrojada por parte de COLPENSIONES y del interrogatorio de parte absuelto por el actor por el cual donde la apoderada de COLPENSIONES le preguntó si había efectuado cotizaciones al ISS, a lo que respondió que nunca estuvo afiliado al extinto ISS, evidenciándose que su primera afiliación fue con COLFONDOS S.A., es decir que no se presentó ningún traslado de régimen pensional y por ende siempre ha estado afiliado a COLFONDOS S.A.

Por lo anterior solicita al Tribunal desestimar todas las pretensiones incoadas en la demanda, en el sentido que no se declare la ineficacia solicitada dentro del presente proceso, ya que el actor continúa afiliado con COLFONDOS S.A. Aduce que si el Tribunal decide declarar la ineficacia de la afiliación, se opone a que se devuelvan los dineros de que trata el numeral segundo de la sentencia de manera indexada a COLPENSIONES, situación que se le está imponiendo a COLFONDOS S.A. mediante sentencia judicial y que no es de recibo porque los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante tiene incluidos unos frutos y unos rendimientos que se han causado durante el tiempo que ha estado afiliado a COLFONDOS S.A. y por lo tanto se estaría en contra vía en razón a que se generaría un enriquecimiento sin justa causa en favor de COLPENSIONES. Considera que tampoco es pertinente que se ordene la indexación porque al estar dichas sumas en poder de la AFP COLFONDOS S.A. están produciendo unos rendimientos mínimos que evitan o compensan la pérdida del poder adquisitivo de dichos rubros.

APELACIÓN DE COLPENSIONES.

El apoderado de COLPENSIONES apela la decisión de primera instancia, solicitando sea revocada de manera total, en virtud de que no comparte las consideraciones expuestas de cara a la declaratoria de la ineficacia del traslado del demandante al

encontrar probada la existencia de un vicio en el consentimiento, esto es la falta de información respecto de COLFONDOS S.A.

Arguye que el demandante no estuvo nunca afiliado al RPM a través del ISS hoy COLPENSIONES y por ello no se puede dar introducción a la ineficacia de un traslado que nunca existió ya que todo se desprende desde una vinculación inicial. Precisa que la CSJ en sentencia como la SL 413 de 2018 ha estudiado las afiliaciones de los trabajadores al RAIS y le está dando un lugar preminente a la realización de cotizaciones con un claro reflejo de la intención del trabajador más allá del acto formal de la entrega del formulario de afiliación, es decir que se da clara fe o clara muestra de la aceptación por parte del trabajador de permanecer en un determinado fondo de pensiones.

Expresa que desde el año 1994 hasta que se promueve el proceso el actor ha permanecido un tiempo considerable en COLFONDOS S.A. y anteriormente a ello no había presentado gestión ni tampoco había presentado inconformidad al estar o al permanecer en COLFONDOS S.A., y solo pasado el tiempo es que considera que con una mesada pensional de un mínimo se puede afectar sus condiciones de existencia y calidad de vida, las cuales no fueron probadas en el proceso, es decir que los perjuicios que se le llegaren a causar no están debidamente acreditados.

Expresa que la afiliación concretada mediante el diligenciamiento, firma y entrega del formulario es un requisito legal y vigente de acceso a las prestaciones del sistema general de pensiones, pero ocurre que hay eventos en los que se presentan ciertas oscuridades que han de ser clarificadas mediante la aplicación del principio de realidad sobre las formas y la interpretación de las normas jurídicas bajo los parámetros constitucionales lo cual desde luego no es desaforo de la justicia sino la expresión de un deber de garantizar los derechos y deberes consagrados en la constitución; pero expone que esa materialización y esa justicia debe darse en favor de COLPENSIONES y no en favor del demandante ya que muestra su permanencia en COLFONDOS S.A., su vinculación, su elección y con la declaratoria de ineficacia se puede vulnerar el principio de sostenibilidad financiera.

Aduce que es una situación en la que el juzgador de instancia pudo haberse apartado y no haber aplicado las sentencias del año 2020 al 2021, y pudo haber aplicado la sentencia SL 413 de 2018 de la SCJ donde se recopiló una variedad de argumentos de la misma CSJ en donde la Corte valida un acto jurídico de afiliación, con un continuo reporte de cotizaciones al RAIS y con el principio de la realidad sobre las formas de

los trabajadores que escogen el RAIS mateniendo las circunstancias iniciales de vinculación y no de traslado.

Relata que el demandante no es beneficiario del régimen de transición y no se prueba un vicio de hecho sino de derecho, como es el desconocimiento de la Ley 100 de 1993 y actor de manera general cuenta que tiene un determinado numero de semanas, un IBL y un monto de una tasa porcentual que se puede aplicar pero sin que ello sea veridico o certero y ratificado por COLPENSIONES.

Finalmente frente a las costas procesales solicita al Tribunal que se sostenga la exoneración.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

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

ALEGATOS DEL DEMANDANTE.

EL DEBER DE INFORMACIÓN Y CONSENTIMIENTO INFORMADO

Es importante resaltar, el deber de las administradoras de fondo de pensiones, porque 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. Las entidades que administran el régimen de ahorro individual, no sólo tienen el deber sino la obligación de brindar **asesoría personalizada, completa, y eficaz**, con el fin de entregar al afiliado toda la información necesaria para que éste tome la mejor decisión, en la medida en que es ella la que cuenta con el conocimiento de la normatividad que regula el Régimen con sus características particulares, la formación en materia financiera y la experiencia, mientras que el ciudadano que pretende afiliarse, ignora tales detalles y confía plenamente en que recibirá la asesoría adecuada y completa, para de ese modo tomar una decisión informada, libre y voluntaria.

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 esta obligación se encuentra expresa en normas anteriores vigentes para la época en que se efectuó el traslado del demandante, el señor GONZALO JUNCO RODRIGUEZ, 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 literales b) y k), el 106 y el 114 de la Ley 100, en que la 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.

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.

Respecto a este deber de información se tiene que el señor GONZALO JUNCO RODRIGUEZ, no se le brindó la asesoría adecuada, aspecto que compartimos con él a quo.

CARGA DE LA PRUEBA EN PROCESOS DE INEFICACIA DE AFILIACIÓN

La jurisprudencia de la sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha venido consolidándose como precedente vertical, desde el año 2008 con las sentencias con radicado 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de dicha anualidad, posteriormente en sentencias con radicado 33.083 del 22 de noviembre de 2011, en sentencias como la SL 12136 radicado 42.292 del 3 de septiembre de 2014, sentencia de instancia SL 17595 del 18 de octubre de 2017, SL 4296 de 2018, SL 1452 del 2018 y SL 1688 de 2019.

Es evidente entonces que el fondo privado en el proceso que hoy nos convoca no cumplió con este deber o carga procesal impuesta, pues no logro demostrar que se hubiese asesorado a al señor GONZALO JUNCO RODRIGUEZ, con tal especialidad que incluso desmotivara a afiliarse en el Régimen de ahorro individual.

PRECEDENTE JUDICIAL

Ahora, la jurisprudencia ha sido pacífica en casos similares como el del señor GONZALO JUNCO RODRIGUEZ, por lo que con todo respeto solicitamos a la Honorable sala de decisión, acatar el precedente judicial, vertical y horizontal en el presente proceso.

Las apoderadas de las entidades demandadas atacaron la decisión arguyendo que mi representado nunca había estado afiliado al **ISS** hoy **COLPENSIONES**, no obstante lo anterior, debe aclararse que esto no incide, para que se ordene la ineficacia del traslado de mi representado, máxime cuando este se encontraba realizando aportes a INDUMIL a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, por lo que se infiere que si el demandante estaba cotizando al 1 de abril de 1994, al RPMD administrado por INDUMIL de manera automática quedaba afiliado al régimen administrado por el extinto ISS, de acuerdo a lo establecido en el artículo 11 del Decreto 692 del año 1994, literales a) y b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. de manera automática quedaba afiliado al régimen administrado por el extinto ISS, de acuerdo al artículo 11 del Decreto 692 del año 1994, literales a) y b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Teniendo en cuenta la parte considerativa de los alegatos de conclusión me permito solicitarle a esta honorable sala Confirmar la sentencia de primera instancia.

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

En materia probatoria, por regla general corresponde a cada parte probar el supuesto de hecho que exhibe y atendiendo las situaciones particulares del caso, el juez puede invertir la carga de la prueba exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias.

En los eventos de traslado de Régimen, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sin atender las situaciones particulares de cada caso, invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y exime al demandante de probar la existencia de un vicio del consentimiento al momento de afiliarse al RAIS, obligando a que toda la

carga probatoria recaiga exclusivamente en una de las partes, sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante.

El esfuerzo del demandante solo se reduce, en el interrogatorio de parte, a realizar afirmaciones sin base de sustento y que equivalen a las mismas del escrito de demanda, y que se traducen en meras conjeturas al momento de realizar la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, como las de que el ISS se iba acabar, existiendo un temor infundado que no permite soportar el vicio real en el consentimiento.

La posición jurisprudencial creó una situación ventajosa que favorece a los afiliados, puesto que su simple afirmación respecto a que el fondo no les brindó información precisa, clara y exacta, plasmada en una demanda interpuesta en cualquier tiempo, les viene permitiendo obtener el traslado al Régimen de Prima Media, sin que sea necesario que allegue el más mínimo elemento probatorio al interior del proceso.

Dentro de las providencias relacionadas con traslado de régimen, la Corte Suprema desconoció el precedente constitucional al valerse de manera generalizada de la presunta ignorancia de la ley por parte de los afiliados, para considerarlos como parte débil y en consecuencia legos o inexpertos, desconociendo adicionalmente que el error de derecho no es justificable en los negocios jurídicos, menos para buscar un aprovechamiento pensional.

Se ha evidenciado que, en los fallos relacionados con la nulidad o ineficacia de traslado entre regímenes pensionales, se censura que la administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, no proporcionó al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las implicaciones del traslado, desconociendo que el deber de información que tienen las administradoras de pensiones, ha tenido varias etapas:

Es claro que el entendimiento entre el RPM y el RAIS sugiere que los afiliados sean debidamente asesorados dado que hay aspectos técnicos que los diferencian. Sin embargo, esta regla no puede interpretarse como una situación universal que desplace las situaciones de cada caso particular y que además invierta la carga de la prueba sin mayor análisis que la naturaleza experta que tiene la administradora de pensiones.

Este contexto tampoco puede desconocer escenarios donde la expectativa pensional, la permanencia en el sistema, el silencio, la aceptación en el tiempo, la calidad del demandante y otros relacionados con las actividades financieras que ejecuta un usuario durante su vida laboral, le permitía escoger acertadamente el régimen

pensional. Este último aspecto ha sido por ejemplo evaluado por la corte Suprema tratándose de afiliaciones tacitas donde prevalecen las actividades, cotizaciones y movimientos financieros a lo largo de la vida laboral.

Así las cosas, el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado; No es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso, no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Carta, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga.

El Artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, señala: “El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas.”

Por consiguiente, el artículo 48 de la Constitución Política, estableció dos dimensiones de la seguridad social; por un lado, la concibió como un derecho constitucional fundamental; y, por el otro, como un servicio público de carácter obligatorio el cual se debe prestar bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en aras a la materialización de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, entre otros.

El artículo 334 de la Constitución Política, señala que “La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica”,

En consecuencia, la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

Debe resaltarse la importancia que en este tema concede la Corte Constitucional a las consecuencias económicas de las diferentes posiciones sobre la sostenibilidad financiera del Sistema.

5. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

El problema jurídico a resolver se circunscribe a establecer si la afiliación del 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 el demandante.

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

6. CONSIDERACIONES:

De conformidad con lo dispuesto el art. 14 de la Ley 1149 de 2007 además de resolverse la apelacion de COLFONDOS S.A, y de COLPENSIONES se consultará la sentencia en favor de está ultima 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.

Es así como, en el presente asunto, está probado, que el actor, siendo servidor público, como trabajador de INDUMIL **Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden Nacional**, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente vinculada al Ministerio de Defensa Nacional, sin cotización al sistema pensional, según el certificado CETIL que reposa a folios 82 a 89 del expediente (Numeracion automática del Documento 002 del expediente digital), se afilió a la administradora del RAIS COLFONDOS S.A. el 25 de abril de 1994 como se advierte en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 24 del expediente (Documento 002 del expediente digital).

Es importante señalar que si bien en este caso para la fecha en que se realiza el traslado del actor al RAIS, no se encontraba afiliado *a una caja, fondo o entidad de*

previsión o seguridad social, pues no cotizaba para el sistema pensional, sí tenía el régimen pensional del sector público como servidor publico que era, con la pension a cargo de su empleador, por lo que no podemos olvidar que el Art. 128 de la ley 100 de 1993 dispone: “Los servidores públicos que no estén afiliados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, aquéllos que se hallen afiliados a alguna de estas entidades cuya liquidación se ordene, y los que ingresen por primera vez a la fuerza laboral, en caso de que seleccionen el régimen de prestación definida, se afiliarán al Instituto de Seguros Sociales.”

Igualmente por mandato del Decreto 691 de 1994 los servidores públicos se incorporaron al sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, y los del orden nacional como el demandante, quedan sujetos a esta ley y por tanto incorporados a su sistema, a partir del 1 de abril de 1994, por lo que al ser al momento del traslado del actor al RAIS, un servidor público su afiliación de no haber escogido el régimen del RAIS, debió haberse efectuado al ISS, razón por la cual, la decisión de la *a quo* de ordenar el regreso de la accionante al RPM a través de COLPENSIONES y la devolución de los aportes pensionales efectuados en el RAIS, a esta entidad, es acertada y por tanto debe ser igualmente confirmada.

De otra parte, en este caso, si bien el demandante no es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por no contar para el 1º de abril de 1994 con 40 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que COLFONDOS S.A. en el año 1994 estuviera en la obligación de suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; sobre todo **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué dependería su monto en el RAIS.**

Sobre el deber de información antes citado, escuchado el interrogatorio de parte que fue absuelto por el demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:12:10 del video de la audiencia de conciliación trámite y juzgamiento (documentos 010 del expediente digital), no se advierte que, este haya confesado que al momento de su traslado de régimen se le ilustró sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como lo son las características de uno y otro régimen pensional, los requisitos para acceder a las prestaciones económicas en cada uno de ellos, la forma de liquidación de la mesada pensional en cada régimen, la oportunidad de trasladarse entre regímenes y entre administradoras y los términos para ello, entre otros aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

Ahora, conforme lo señaló la *a quo*, para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción preimpresa sobre que el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que el traslado se realizó con pleno conocimiento informado, lo cual no probó la AFP, 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 el demandante en el año 1994 cuando se trasladó del RPM administrado en ese momento por ISS hoy COLPENSIONES a la AFP COLFONDOS.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES, encuentra la Sala que la orden impartida por la *a quo*, se encuentra acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia, sin embargo se precisará en esta instancia, que, la devolución que debe realizar COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES deberá incluir la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro pensional del actor, es decir las cotizaciones allí depositadas con sus rendimientos o intereses, así como los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro de Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole, pues al declararse la ineficacia del acto de traslado, **ningún efecto jurídico puede derivarse de este** y por tanto, deben reintegrarse a COLPENSIONES, la totalidad de las sumas que hubiese recibido la AFP demandada como cotización del 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, al tratarse de la declaratoria de un acto ineficaz que acarrea los mismos efectos de uno nulo, no es dable concebir, so pretexto del principio de la buena fe **o de una buena gestión en la administración del bien**, que dichas sumas queden por fuera de las restituciones, de un lado, porque se trata de rubros que pertenecen al régimen de prima media con prestación definida, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otro, porque es la indebida actuación por parte de la AFP demandada, al no proveer la información clara, completa y comprensible a través de sus asesores, 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, en la apelcion COLFONDOS S.A. se opone a la indexación ordenada por el juez respecto de los dineros de las cotizaciones que debe reintegrar esta AFP a

COLPENSIONES, aspecto en el que le asiste la razón parcialmente, en razón a que la decisión del *a quo*, no es claro sobre cuáles son los dineros a restituir que se deben indexar, indexación que no es procedente respecto de los ahorros existentes en la cuenta individual del demandante, ni sobre sus rendimientos por cuanto estos rubros ninguna depreciación sufrieron por haber generado sus intereses.

No ocurre lo mismo, respecto de la indexación del porcentaje de la denominada cuota de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, indexación que es procedente, por cuanto este porcentaje de las cotizaciones no fue abonadas a la cuenta de ahorro pensional del demandante, por lo que no devengaron los rendimientos o intereses, pues fueron apropiados por COLFONDOS S.A. o gastados para los pagos de las primas de seguros, y por ello debe ser devuelto indexados, por lo que la sentencia de primera instancia será precisada en los aspectos antes referidos.

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.

En lo que tiene que ver con la orden de la *a quo*, de reintegrar a COLPENSIONES el bono pensional que se pudiera haberse pagado a favor del actor, tal decisión resulta en este caso acertada, toda vez que al haber tenido el actor la calidad de servidor público sin cotizaciones al sistema pensional antes de su afiliación al RAIS, hay lugar a un bono pensional a su favor el que financia las prestaciones económicas a que tenga derecho, y por tal razón el importe de tal bono debe ser reintegrado a COLPENSIONES, pues en este caso no se trata del bono pensional tipo A, de quienes se trasladaron del ISS al RAIS, que previamente habían efectuado cotizaciones al ISS.

De otra parte, se afirma en los alegatos y en la apelación de COLPENSIONES, que la declaración de ineficacia del traslado del demandante al RAIS, y la reactivación de la afiliación al RPM, atenta contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano establecida en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, por la inexistencia de equivalencia entre los valores recibidos y los valores requeridos para el posterior reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la demandante.

Respecto del anterior argumento, se ha de manifestar, que para efecto de declarar la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, no es jurídicamente viable tener en cuenta el principio antes citado, pues, desde que el actor pertenecía al RPM era beneficiario 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, principio al que quien se debe someter es el legislador al realizar las reformas pensionales, no que el juez para desconocer derechos ya legislados.

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

Pero es más, eventualmente pudiera acontecer que un afiliado al RPM, fallezca sin que tengan beneficiarios que legalmente puedan acceder a las prestaciones de sobrevivientes, caso en el cual los dineros de sus cotizaciones, quedan en el fondo común de COLPENSIONES. También puede suceder que el afiliado no alcance a obtener la pensión de vejez, sino la indemnización sustitutiva, la que es evidentemente inferior al monto de las cotizaciones con sus rendimientos. Igualmente puede suceder que el afiliado alcance a obtener la pensión de vejez, y fallezca sin tener beneficiarios de una pensión de sobrevivientes, y los dineros con los que contribuyó al fondo común no se hayan agotado, caso en el cual el saldo no utilizado queda perteneciendo al fondo común, lo que no pasa en el RAIS, pues los dineros deben ser entregados a los herederos.

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

COSTAS en esta instancia a cargo COLPENSIONES por haber salido 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 \$1.160.000.

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 17 de febrero de 2022 proferida por el JUZGADO DECIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **GONZALO JUNCO RODRÍGUEZ** contra **COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A.**, PRECISANDO que COLFONDOS S.A. deberá reintegrar a COLPENSIONES, la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro pensional del actor, es decir las cotizaciones allí depositadas con sus rendimientos o intereses, el importe del bono pensional que se haya pagado a favor del demandante, así como indexados, los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro de Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y en favor del demandante. Las agencias en derecho, las estima el ponente en la suma de \$1.160.000.

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: **966ec1878f7acc3fb28d4aab459b018daaaf0cc34296e710a320346e887f842b**

Documento generado en 02/03/2023 02:41:51 PM

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