

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### SALA DE DECISIÓN LABORAL

El diecinueve (19) de mayo de dos mil veintitrés (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 la señora **ANA MARÍA TREJOS CUARTAS**, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.) tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-011-2020-00205-01.

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:

La demandante pretende con la presente acción judicial, que se deje sin efectos su afiliación al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida (en adelante RPM) administrado por Colpensiones.

**Como fundamento fáctico de sus pretensiones** relata la actora que al comenzar su vida laboral se afilió al RPM administrado por el ISS el 30 de julio de 1990, y que posteriormente en el año 1994 se trasladó al RAIS por medio de la AFP PROTECCIÓN S.A.

Expone que los representantes comerciales de PROTECCIÓN S.A. acudieron a su lugar de trabajo, para efectos de aconsejarlo que se trasladarla al RAIS por medio de dicha AFP, afirmándole que con tal decisión obtendría la pensión de vejez con un monto más favorable que en el ISS, además le resaltaron la poca viabilidad financiera del fondo público y que por tanto, estaría en riesgo su futuro pensional, sin embargo

no le brindaron una asesoría o información transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto a las diferencias entre uno u otro régimen, los beneficios, riesgos, ventajas o inconvenientes, en general las implicaciones sobre su derecho pensional, no le indicaron que debía acumular un capital suficiente con el cual pudiera financiar la pensión de vejez, ni la posibilidad de realizar aportes voluntarios, ni que sobre ese capital se iban a generar unos rendimientos, que variarían conforme al mercado, ni que de pensionarse anticipadamente requería mayor dinero en la cuenta de ahorro individual, entre otras cosas.

Aduce que PROTECCIÓN S.A. no estudió sus condiciones particulares, por lo que no indagaron acerca de sus perspectivas laborales, estabilidad económica, estado de salud o composición familiar; todos ellos, aspectos fundamentales que se debieron considerar para aconsejarle o no la decisión de trasladarse de régimen. Además, omitieron soportar la supuesta conveniencia de vincularse ellos, por medio de proyecciones de la mesada pensional entre ambos regímenes, donde se evidenciara un mayor monto en el RAIS; como también obviaron informarle la posibilidad que tendría de regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida antes de cumplir los 47 años de edad o incluso del derecho de retracto de su traslado a esta AFP o en qué consistía el mismo, tampoco le informó al momento del traslado de régimen pensional, cuánto debía ser el capital que debía acumular en su cuenta de ahorro individual para poder llegar a adquirir el derecho a una pensión y con qué monto; como también prescindió de aclararle en qué consistía la garantía de pensión mínima y bajo qué requisitos se podía acceder a la misma.

Manifiesta que el 27 de febrero de 2020 radicó petición ante PROTECCIÓN S.A. solicitando documentación necesaria, y que mediante documento el 3 de marzo de 2020 le indicó que la administradora no contaba con registro alguno de dicha asesoría.

Arguye que igualmente el 11 de junio de 2020 radicó petición ante COLPENSIONES solicitando que se aceptara su traslado de régimen, a lo cual COLPENSIONES suministro respuesta negando el traslado de régimen.

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

La oficina judicial de primera instancia, despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenando en consecuencia a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar a

COLPENSIONES, los aportes de la demandante referentes a las cotizaciones, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado, los gastos de administración las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, y el porcentaje correspondiente a la garantía de pensión mínima, la prima de reaseguros de Fogafín y en caso de haberse generado los aportes al fondo de solidaridad pensional que se hubiesen causado.

Así mismo ordenó indexar los dineros a devolver por gastos de administración, primas de invalidez y sobrevivientes y el porcentaje correspondiente a la garantía de pensión mínima, además que, al momento de cumplir la orden, los conceptos deberán aparecer discriminados junto con sus respectivos valores y el detalle pormenorizado de los ciclos de ingreso base de cotización, aportes y demás información.

Igualmente, ordenó a COLPENSIONES a recibir los dineros entregados por PROTECCIÓN S.A. y a reactivar la afiliación de la demandante y sin solución de continuidad.

Para fulminar condena, el *a quo* argumentó que la Corte Suprema de Justicia tiene fijada una línea jurisprudencial sobre el tema de la afiliación a un régimen pensional que se sintetiza en la obligación de brindar una información completa, suficiente, idónea y comprensible sobre las características de los regímenes, determinando e informando la conveniencia e inconveniencia de uno y otro régimen y la carga de las AFP de demostrar que efectivamente entregaron la debida información a los afiliados al momento del traslado.

Seguidamente expuso que en el presente proceso no se probó por parte de PROTECCIÓN S.A. que haya cumplido con su deber legal de otorgar una explicación integral sobre la regulación de los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, resultando insuficiente como prueba de la existencia de ese consentimiento informado la suscripción del formulario de afiliación, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado de la demandante a la AFP PROTECCIÓN S.A.

Finalmente, no prosperó la excepción de prescripción propuesta por las demandadas y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A. y a COLPENSIONES a favor de la demandante.

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

La sentencia fue apelada por los apoderados de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES en los siguientes términos:

### **APELACIÓN DE PROTECCIÓN S.A.**

El apoderado de PROTECCIÓN S.A. apela la sentencia parcialmente, respecto a la orden de trasladar a COLPENSIONES los descuentos realizados por gastos de administración, argumento que es un descuento que se encuentra autorizado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003 en su artículo 7, además dicho descuento se realizó como contraprestación a una buena administración de los recursos de la demandante, como se puede evidenciar en los excelentes rendimientos financieros generados que ascienden incluso en un 322%.

Arguye que no hay lugar a pagar los seguros previsionales, toda vez que estos ya se cancelaron a una aseguradora ajena a PROTECCIÓN S.A., por lo que condenarla a devolver estos dineros de su patrimonio, se estaría al frente de una condena de perjuicios que no fue solicitada en la demanda, por lo que se debe hablar de las prestaciones acaecidas, teoría que fue puesta de presente por la Corte en la Sentencia 31989 del 2008.

Expone que frente al cobro del 3% destinado para gastos de administración, opera la prescripción por ser un concepto de tracto sucesivo causado por la imperiosidad que impone la Ley, además es un concepto que no financia directamente la prestación de vejez.

Conforme a lo anterior, le solicita al Tribunal Superior de Medellín revocar la sentencia parcialmente.

### **APELACIÓN DE COLPENSIONES.**

El apoderado de COLPENSIONES apela la sentencia parcialmente, en lo referente a las costas procesales, argumentando que en estos procesos COLPENSIONES es llamada con el fin de recibir y afiliar a los demandante, y en el futuro reconocer una pensión de vejez, por lo que la condena a COLPENSIONES de recibir los aportes y reactivar la afiliación de los demandantes sin solución de continuidad es solo la consecuencia de la orden previamente impartida en estos procesos, es decir, la declaración de la ineficacia, por lo que sin dicha orden la condena no se hubiese producido, pues era inexigible otra conducta para COLPENSIONES antes de que la

presente declaratoria de ineficacia del traslado se hubiere proferido, pues esta entidad no es una autoridad judicial que pueda resolver antes del proceso la reclamación de la demandante, conforme se argumentó en la sentencia 05-001-31-05-011-2016-01307.

Por lo anterior solicita al Tribunal revoque la condena en costas impuesta a COLPENSIONES, al ser dicha entidad un tercero ajeno al negocio jurídico celebrado por la demandante y PROTECCIÓN S.A., por lo que no puede ser ni beneficiada ni perjudicada con el acto celebrado entre las partes intervinientes, bajo el principio de la relatividad de los contratos.

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

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados judiciales de la demandante y de COLPENSIONES allegaron escritos de alegaciones, en el que señalaron resumidamente lo siguiente:

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

Confirme la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ:

- Los fondos de pensiones tienen el deber de brindar información objetiva, comparada, completa, transparente, comprensible, oportuna y transparente a los potenciales afiliados, sobre las características de los dos regímenes, con miras a que adquieran un juicio claro sobre las mejores condiciones pensionales.
- El deber de información impuesta a las AFP ha estado presente desde la creación del Sistema General de Seguridad Social e incluso, desde antes, con la expedición del Decreto 663 de 1993 “Estatuto Orgánico del Sistema Financiero” aplicable a dichas Entidades, en el que se estableció la obligación de *“suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado.”*
- La carga de la prueba en el presente proceso se invierte a favor de la parte demandante. Ello, conforme lo ha expuesto de manera reiterada el órgano de cierre de la jurisdicción laboral en el sentido de que dicha carga tiene asidero en el artículo 1604 del Código Civil cuyo tenor enseña que *«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo»*, de donde sigue la conclusión irrefutable que corresponde al fondo de pensiones acreditar la realización de todas las actuaciones

necesarias a fin de que el(la) afiliado(a) conociera las implicaciones de afiliarse al RAIS.

Verificando el precedente judicial de cara a la prueba decretada y practicada en el proceso, es posible concluir que PROTECCIÓN S.A. no demostró que cumplió con el deber de información en los términos antes referenciados, pues se encuentra como único documento relativo al momento del traslado de régimen el formulario de vinculación suscrito el **27 de junio de 1994**, el cual, conforme al Alto Tribunal, proyecta el otorgamiento de un consentimiento, pero no es suficiente para afirmar que el mismo fue informado.

También es importante resaltar que la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha adoctrinado que el fundamento de la declaratoria de la ineficacia es el artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo *“que ordena dejar sin efecto las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador en relación con la ley, los laudos, pactos, convenciones y reglamentos de trabajo y las que sean ilícitas o ilegales por cualquier aspecto, sin apelar para ello a irregularidades en los requisitos de que trata el art. 1502 del CC.” (SL3706-2021).*

En relación con lo apelado por COLPENSIONES, en cuanto a que se revoque la condena en costas que le fue impuesta, debe advertirse que tal solicitud no es de recibo por cuanto la entidad resultó vencida dentro del proceso (criterio objetivo), lo cual, como lo argumentó el Juez de primer grado, tiene fundamento en la sentencia C-157 de 2013 de la Corte Constitucional y en el artículo 365 del Código General del Proceso.

## **ALEGATOS DE COLPENSIONES.**

La voluntad de la parte actora de poder emigrar de un régimen a otro fue un derecho que ejerció al momento de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, hecho ajeno a Colpensiones y contemplado en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 la cual modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, en su literal e:

“e) Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos solo podrán trasladarse por una sola vez cada cinco años, contados a partir de la selección inicial. Después de un 1 año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.”

Ahora bien, la parte actora argumenta que la afiliación al fondo privado se produjo como consecuencia de la existencia de vicios en el consentimiento, ausencia de consentimiento informado, el abuso de la posición contractual, y la manipulación de la información, e indican, que, de haber sido el afiliado suficientemente informado sobre las ventajas y desventajas de cada régimen, no habría aceptado el traslado. Posición que nos lleva a evaluar el tercer punto que sería la carga dinámica de la prueba.

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 cabeza de los fondos de pensiones, sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante. Exigencia probatoria que no ha podido ser acreditada por los fondos puesto que cuentan únicamente con los formularios de afiliación, conllevando que los fallos judiciales en la actualidad se expidan en contra de dichas entidades y de manera colateral afecten los intereses de Colpensiones.

El asunto sometido a debate judicial se circunscribe al hecho de establecer si el traslado de régimen de la demandante fue realizado de manera voluntaria y consentida, y en virtud de ello si hay lugar a que se declare la ineficacia y en consecuencia se condene a COLPENSIONES a recibir los aportes provenientes del fondo privado. Al respecto es menester resaltar que la posibilidad de traslado de regímenes de pensión está contemplada como es de público conocimiento por el literal E del artículo 2 de la ley 797 de 2003, que modifica el artículo 13 de la Ley 100 de 1993:

“Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez...”

De acuerdo con lo anterior, se tiene que:

1. No se observa que la parte demandante haya hecho uso del derecho de retracto dentro de los 5 días siguientes a la su elección de régimen de conformidad con el artículo 3 del Dto. 1161 de 1994.

2. Para el momento del traslado se encontraba vigente el decreto 663 de 1993, y atendiendo a la naturaleza financiera especial de los fondos de pensiones, estos tenían el deber de suministrar a los posibles afiliados la información necesaria que les permitiera escoger las mejores opciones del mercado.

El juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de Colpensiones, quien sin haber participado en el trámite de traslado es quien debe afrontar la carga de la futura prestación, generándose para esta un desequilibrio financiero.

Colpensiones es un tercero de buena fe en el acto jurídico de traslado, es decir, es inoponible en este caso frente a un negocio jurídico ineficaz, permitiendo la ley civil que sus efectos se mantengan ante un tercero de buena fe, o en otras palabras para el caso concreto, que se mantengan los efectos de la afiliación al RAIS frente a Colpensiones, para lo cual, se probará el desmedro patrimonial que sufre la reserva pensional del RPM en caso de resultarle oponible la ineficacia de los traslados irregulares al RAIS.

Se ha evidenciado que, en los fallos relacionados con la nulidad o ineficacia de traslado entre regímenes pensionales, que se censura a la administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, por no proporcionar 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, las mismas que se han tenido en consideración como la sentencia SL 1452-2019, Rad. 68852 del 3 de abril de 2019, proferida por la Corte Suprema de Justicia, donde se analizaron los diferentes estadios de la evolución normativa respecto de esta exigencia que se fueron tornando cada vez más rigurosas, posiciones que se deben tener en cuenta al momento de fallar. Las etapas han sido:

- 1) Primera Etapa: el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, estableció en el numeral 1. ° 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, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”.
- 2) Segunda etapa: La ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, reglamentaron los derechos de los consumidores (precisando los principios y el contenido básico de



la información) y establecieron el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones.

3) Tercera etapa: La Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa N.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, establecieron que los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a la doble asesoría, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes, esto es, a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, con el fin de que se formen un juicio imparcial y objetivo sobre las características, fortalezas y debilidades de cada uno, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

“Dicho de otra forma, la asesoría brindada por la AFP debe restringirse a informar al afiliado de todas y cada una de las características del RAIS frente al RPM, además de su solidez financiera (art. 97 del Decreto 663/1993 y sus modificaciones), sin que dicha información pueda analizarse desde la óptica de un buen o mal consejo, pues ello implicaría usurpar la voluntad del afiliado, única persona que después de conocer las características del régimen podrá sopesar si la escogencia del RAIS resulta adecuada y atractiva para el fortalecimiento de su vida, pues al gozar de capacidad de ejercicio, quien celebra el contrato de afiliación está en condiciones de entender las incidencias de la escogencia a partir de la información que ha recibido”.( fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira Sala Laboral, en grado Jurisdiccional de Consulta, dentro del proceso 66001310500120170008501, demandante María Victoria Calle Correa, demandados Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.,).

Dentro de la providencia se puede establecer que se deja de un lado 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, posición asumida desde la corte suprema de justicia en sus diferentes manifestaciones. Sin embargo, la anterior posición no es de recibo de la totalidad de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, por cuanto en reciente pronunciamiento dentro del radicado 68852, el Magistrado Jorge Luis Quiroz aclaró su voto, señalando:

“...el acto de traslado, si bien impone un deber de información suficiente de parte de las administradoras, ello, per se, no exonera al afiliado del deber de concurrir suficientemente ilustrado a la escogencia de su régimen pensional, de la cual dependerán sus expectativas económicas y de plazo para acceder a la prestación por vejez; como tampoco lo sustraen de la aplicación de la ley, para darle un tratamiento desigual, como si su capacidad para celebrar actos y contratos estuviera menguada frente a la definición de un acto de la mayor

importancia, en la medida en que de su elección dependerán las condiciones de cubrimiento de las contingencias, amparadas por el sistema de social y en particular la de vejez”.

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.”

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. Lo anterior significa que Colpensiones como un tercero no puede inferir en los convenios estipulados entre las partes que celebraron el contrato de afiliación, a un más, no es la entidad encargada de dirimir si el traslado fue eficaz o no.

Referente a las costas, solicito que en la presente instancia no sea proferida condena en costas en contra de mi representada y las impuestas en primera instancia sean revocadas, en el sentido que en estos procesos es Colpensiones llamada con el fin de recibir y de tener como afiliados a los demandantes y en el futuro reconocer la pensión de vejez, por lo tanto, más que un litis consorte necesario, la posición de COLPENSIONES es más similar a la de un llamado en garantía.

Que, en estos casos, la condena o mejor la orden impartida a COLPENSIONES a recibir el valor de los aportes realizados por parte de la AFP y reactivar la afiliación de la demandante, sin solución de continuidad, es solo la consecuencia lógica de la orden previamente impartida en este proceso, en el sentido de declarar la ineficacia de esa afiliación a la AFP y en general al RAIS, de manera que bien puede decirse que, sin esta orden, aquella condena no se hubiera producido.

Dicho de otro modo, era inexigible otra conducta para COLPENSIONES antes de que la presente declaratoria de ineficacia del traslado se hubiere proferido, pues esta entidad no es autoridad judicial como para resolver, antes del proceso, la reclamación del demandante. Teniendo en cuenta además que COLPENSIONES no tuvo ninguna responsabilidad en el traslado al RAIS puesto que no era su obligación informar al demandante y tampoco podía resolver favorablemente la solicitud impetrada ante ella.

Que si bien, la condena en Costas se refiere a una erogación económica que le corresponde efectuar a la parte vencida en juicio y en este caso, la Litis se originó por cuanto la administradora del fondo de pensiones del RAIS, no cumplió con su obligación de dar una debida información a la demandante respecto a su traslado de régimen pensional, habiéndose declarado en este proceso la ineficacia del traslado, sin que esté demostrado que en ese acto de traslado hubiera existido responsabilidad alguna por parte de Colpensiones como administradora del RPMPD

Argumentos que fueron sustentados en la providencia del TSM SALA laboral en los procesos 2016-01307-01, donde fue M.P John Jairo Acosta. Y 2016-00596-01 M.P María Eugenia Gómez.

Además, Colpensiones es un tercero ajeno al negocio jurídico celebrado por la actora con la AFP Porvenir S.A., por lo cual no puede ser ni beneficiada ni perjudicada por el acto jurídico celebrado por las partes intervinientes, todo esto bajo el principio de relatividad de los contratos, se solicita que sea revocada la condena impuesta sobre las costas procesales.

Por las razones expuestas solicito al honorable Tribunal se revoque el fallo de primera instancia, en especial lo relativo en la condena en costas.

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

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

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

## **6. CONSIDERACIONES:**

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

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

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

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

1. Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. primeramente, con un deber de información necesaria (en vigencia del decreto 663 de 1993), luego de asesoría y buen consejo (en vigencia de la Ley 1328 de 2009 y el decreto 2241 de 2010), y finalmente de doble asesoría (en vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015)
2. La simple constancia del consentimiento informado vertido en el formulario de afiliación, es insuficiente para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acredita un consentimiento, pero no que haya sido informado.

3. La carga de la prueba de demostrar que el afiliado recibió la información debida, veraz y suficiente cuando se afilió, le corresponde a la AFP.
4. El precedente de la CSJ en torno a la ineficacia del traslado no aplica sólo a los casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional, o contar con una expectativa pensional o derecho a la transición del art. 36 de la ley 100 de 1993, sino en todos los casos de incumplimiento del deber de información.

En el presente asunto, está probado, que la accionante, estando afiliada al régimen pensional de prima media administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, según historia laboral que reposa a folios 21 y 22 del expediente, (Documento 03 del expediente digital), se afilió a la administradora del RAIS PROTECCIÓN S.A. el 24 de junio de 1994 como se advierte del formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 25 del expediente (Documento 03 del expediente digital), con efectividad al 1º de julio de dicha anualidad como se advierte en el certificado del SIAFP que milita a folio 57 del expediente (Documento 09 del expediente digital)

De otra parte, si bien la demandante no es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues no contaba para el 1º de abril de 1994 con 35 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la AFP PROTECCIÓN S.A. en el año 1994 estuviera en la obligación de suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; sobre todo **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué dependería su monto en el RAIS.**

Sobre el deber de información antes citado, escuchado el interrogatorio de parte que fue absuelto por la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:20:30 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento (documento 20 del expediente digital), no se advierte que haya confesado que la AFP PROTECCIÓN S.A. le hubiere brindado toda la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su afiliación al RAIS, pues no expresa que 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, entre otros aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

Ahora, conforme lo ha señalado de vieja data la SCL de la CSJ, para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción pre impresa sobre que el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que el traslado se realizó con pleno conocimiento informado, lo cual no probó la AFP PROTECCIÓN S.A., siendo su carga como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada, por lo que habrá de confirmarse en esta instancia la decisión del *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por la demandante en el año 1994 cuando se trasladó del RPM administrado por el extinto ISS a la AFP PROTECCIÓN S.A.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES, encuentra la Sala que la orden impartida por 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, y por tal razón, como lo argumentó la *a quo* la devolución que debe realizar PROTECCIÓN 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 contrario a lo manifestado por el apoderado de PROTECCIÓN S.A. en su recurso de alzada, 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 de la demandante, como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

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

En este orden de ideas, como lo dispone el art. 1746 del C.C., norma que regula las restituciones mutuas en el régimen de nulidades: *“La nulidad pronunciada en sentencia*

*que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”.*

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

*“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación dla actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.*

*“Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba la actora antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuando le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”*

Teniendo en cuenta lo anterior, contrario a lo manifestado por el apoderado de PROTECCIÓN S.A. en su recurso, al tratarse de la declaratoria de un acto ineficaz que acarrea los mismos efectos de uno nulo, no es dable concebir, so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración del bien, que dichas sumas queden por fuera de las restituciones, de un lado, porque se trata de rubros que pertenecen al régimen de prima media con prestación definida, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otro, porque es la indebida actuación por parte de la AFP demandada, al no proveer la información clara, completa y comprensible a través de sus asesores, que tiene como consecuencia, además del hecho de generar la declaratoria de ineficacia, que deba asumir de su patrimonio los perjuicios que se ocasionen a los afiliados y las sumas sufragadas a terceros, como lo son las aseguradoras previsionales, ello con base en los artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

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

Por otra parte, en lo que tiene que ver con el argumento expuesto por el apoderado de COLPENSIONES respecto a que no hay lugar a imponer condena por costas procesales, dado que es un tercero ajeno al proceso, considera la Sala que, le asiste razón a esta entidad, en atención a que no tuvo ninguna responsabilidad en el traslado de régimen pensional de la actora y por lo tanto su convocatoria al proceso fue solo para que corriera con las consecuencias de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, en el que no participó, razón por la que no tiene que asumir costas procesales, por lo que la codena en este aspecto será revocada.

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.

Finalmente, respecto de la prescripción de las cuotas de administración que plantea por el apoderado de PROTECCIÓN S.A. en su recurso, ella no opera, toda vez que la obligación de restituir estos rubros se origina con la declaratoria de ineficacia del traslado que solo se produce con la ejecutoria de las sentencias que la declaran, por lo que no sería procedente la prescripción de las cuotas de administración.

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

Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A., por haber resultado vencida en el recurso de apelación. Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$1.160.000.

## **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 28 de marzo de 2022 proferida por el JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **ANA MARÍA TREJOS CUARTAS**, contra **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**, salvo en cuanto condenó en costas a COLPENSIONES, decisión que se **REVOCA**, para en su lugar abstenerse de imponer costas a esta entidad.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. en favor de la 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: **12f34024eff5a8dfe9b46cdd98d994722ac3f61eaac48a17e0040446f1d09c23**

Documento generado en 19/05/2023 02:44:52 PM

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