

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### SALA DE DECISIÓN LABORAL

El diecisiete (17) de agosto 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 **DORIS BEATRIZ CARMONA SOLÍS**, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y las sociedades **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.), y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.** (en adelante COLFONDOS S.A.) tramitado bajo el radicado **No. 05001-31-05-011-2021-00110-01**.

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 declare la ineficacia de 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 se afilió al RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES en diciembre de 1989, y que se trasladó al RAIS por medio de la AFP PROTECCIÓN S.A. el día 15 de mayo de 1998 y posteriormente el 9 de enero de 2001 a COLFONDOS S.A.

Expone que suscribió los formularios de afiliación a PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. sin explicarle los pro y contra de tomar esa decisión, pues nunca le advirtieron las características de los regímenes pensionales con el fin de que tuviera la oportunidad de escogencia, además al momento de la afiliación no le brindaron una

asesoría personalizada, ni le indicaron cuál era su régimen para saber los requisitos de edad, tiempo y monto de la pensión de vejez en caso de quedarse en el RPM, ni cuál era la situación del bono pensional y si efectivamente podría pensionarse anticipadamente, ni que en razón de sus ingresos y el valor del bono pensional, tendría que continuar cotizando hasta poder acceder a la garantía de pensión mínima, adicionalmente no le realizaron cálculos o proyección alguna de su pensión.

Arguye que presentó petición ante COLFONDOS S.A. solicitando información necesaria acerca del traslado, indicándosele que no contaba con archivo físico de la asesoría que recibió al momento de la afiliación, ya que la misma se hizo de manera verbal. También cuenta que este fondo de pensiones no le informó que, si no regresaba al RPM antes de los 47 años de edad, jamás podría regresar.

Finalmente aduce que solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen, pero dicha entidad lo ha negado con el argumento de que le faltan menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.

## **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 COLFONDOS 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.

Asimismo, ordenó a PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES 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.

Igualmente 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.

Seguidamente, ordenó a COLPENSIONES a recibir los dineros entregados por PROTECCIÓN S.A. y a reactivar la afiliación de la demandante, 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. y COLFONDOS S.A. que hayan 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. y COLFONDOS S.A.

Finalmente, no prosperó la excepción de prescripción propuesta por las demandadas y condenó en costas a todas las demandadas 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.**

La apoderada de PROTECCIÓN S.A. apela la sentencia de manera parcial, respecto a la condena de trasladar con destino a COLPENSIONES los dineros descontados por concepto de cuotas de administración, dado que se condena a PROTECCIÓN S.A. a trasladar estos dineros indexados y dichas sumas son descuentos legales, exequibles y vigentes que se realizan en ambos regímenes, siendo la finalidad de estos descuentos el de cubrir las contingencias de invalidez y de muerte de la demandante

durante el período que la misma se encuentre vinculada a la AFP, por lo que al darse la cobertura que es objeto de la realización de estos descuentos, no hay lugar a que PROTECCIÓN S.A. deba trasladar esos dineros, máxime teniendo en cuenta que estos dineros no se encuentran en poder de su representada, sino que fueron trasladados a una aseguradora que es tercero de buena fe en el proceso y que fue la encargada de cubrir estas contingencias durante el tiempo que la demandante estuvo vinculada con PROTECCIÓN S.A.

#### **APELACIÓN DE COLPENSIONES.**

El apoderado de COLPENSIONES apela la sentencia en lo referente a las costas procesales que le fueron impuestas, argumentando que en estos procesos la orden impartida a COLPENSIONES a recibir el valor de los aportes realizados por las AFP y reactivar la afiliación de la demandante sin solución de continuidad, son la consecuencia lógica de la orden previamente impartida en este proceso en el sentido de declarar la ineficacia de la afiliación a la AFP COLFONDOS S.A., de manera que bien puede decirse que sin esta orden aquella condena no se hubiera producido, es decir, no era inexigible para COLPENSIONES otra conducta antes de la presente declaratoria de la ineficacia, pues esta entidad no posee la competencia ni es autoridad judicial para resolver previo al proceso la solicitud de la demandante referente a su traslado nuevamente a COLPENSIONES, pues si bien la condena en costas se refiere a una erogación económica que le corresponde efectuar a la parte vencida en juicio, en este caso la litis tuvo su origen por cuanto la AFP del RAIS no cumplió con su obligación de dar una debida información a la demandante respecto a su traslado de régimen pensional, habiéndose declarado consecuentemente la ineficacia del traslado, sin que se encuentre demostrado que en este acto hubiera existo responsabilidad alguna por parte de COLPENSIONES como administradora del RPM, argumentos que han sido sostenidos por el Tribunal en providencias con radicado 20160130701 con ponencia del Magistrado John Jairo Acosta y en el proceso 2016 0059601 con ponencia de la Magistrada María Eugenia Gómez.

Por lo anterior solicita al Tribunal que la condena en costas en contra de COLPENSIONES sea revocada.

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

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados judiciales de Colpensiones y la demandante prestaron alegatos, en los que anotan resumidamente lo siguiente:

## **ALEGATOS DE COLPENSIONES.**

Dentro del presente proceso, la señora DORIS BEATRIZ CARMONA SOLIS se trasladó al RAIS a las AFP PRIVADAS, a través de formulario de vinculación de manera, libre, espontánea y sin presiones tal y como lo hace constar la misma accionante al imponer su firma en la casilla correspondiente dentro del formulario de afiliación y como lo expresa dentro del interrogatorio de parte, para la fecha del traslado, el deber de información que tenían las administradoras de pensiones se encontraba en marcado en bajo los parámetros establecidos en el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el cual en el numeral 1° del artículo 97, se estableció 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.

Por lo anterior, la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindarse al momento de la afiliación del demandante, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado.

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 prestación. Así, no es admisible que el documento soporte de la afiliación que es el formulario suscrito por el afiliado, sea desestimado por los diferentes Despachos como una prueba a la voluntad libre de afiliación del demandante, indicándose que solo corresponde a una cláusula O A UN FORMATO carente de certeza.

Por otro lado, el artículo 167 de la ley 1564 de 2012, precisa, que 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, sin atender las situaciones particulares de cada caso, se invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y/ COLPENSIONES y exime al demandante de aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio, fuerza o dolo 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.

No pueden considerarse a todos los afiliados como una parte débil e indefensa, la misma ley previó distintos deberes en cabeza de los mismos con el fin de que por interés propio se asesoren de la mejor manera.

Adicionalmente NO pueden desconocerse las situaciones que rodean cada caso y que de alguna manera le permitían al demandante obtener información mínima durante el paso del tiempo. La Corte Constitucional ha indicado, en este sentido y en diversas providencias que nadie puede alegar su propia culpa a favor.

En conclusión, con lo señalado hasta ahora, la carga dinámica de la prueba no puede invertirse de una forma arbitraria y sin considerar los aspectos particulares de cada caso debidamente individualizado, tal y como lo precisó la Corte Constitucional en la citada providencia C 086 de 2016.

Dentro del proceso la parte demandante no aporta ninguna prueba en la que se demuestre fehacientemente los supuestos de hecho que alega, y pretende que bajo la figura de la carga dinámica de prueba se exima de probar mínimamente lo alegado en el libelo demandatorio.

Además, en estas condiciones, ya no se trata de dar aplicación a la doctrina de la carga dinámica de la prueba, sino de la creación de una presunción de la mala fe de los Fondos. Presunción que éstos deben desvirtuar, en condiciones tan desfavorables como las de los propios afiliados, si se tiene en cuenta que desechada la prueba documental que es el formulario de afiliación debe acudirse a la prueba testimonial y/interrogatorio de parte, y que dado el paso tan considerable del tiempo se hace virtualmente imposible, toda vez que la mayoría de los asesores ya no trabajan los fondos, y la memoria de los involucrados no resulta ya ser tan clara.

Se vulnera así el derecho constitucional de los fondos de tener la oportunidad probatoria para defender sus intereses, por desconocer las reglas clásicas de la carga de la prueba y asignarla a su cargo de manera absoluta; exigiéndole pruebas diferentes a las que reposan naturalmente en sus archivos.

En este punto es importante indicar que, dentro de los fallos relacionados con traslado de Régimen, la interpretación del artículo 1604 del Código Civil que realiza la Corte Suprema de Justicia sala laboral hace que la responsabilidad en cabeza de los fondos se convierta en objetiva, toda vez que no exige al demandante aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS; pero si obliga a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo, sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante.

Dicha apreciación quiebra la lógica de las cargas probatorias en este tipo de procesos, toda vez, que la responsabilidad objetiva exige que la esfera de control sea exclusiva de quien causa el daño. Este aspecto no aplica en casos de traslado de régimen, dado que los potenciales pensionados, cuentan con el deber de asesorarse, es decir cuentan también con obligaciones legales según el Decreto 2241 de 2010 y en virtud de las obligaciones recíprocas del contrato de afiliación.

En este sentido el Decreto 2241 de 2010 que establece el Régimen de Protección al Consumidor Financiero determina las obligaciones en cabeza de los afiliados que pertenecen al Sistema General de Pensiones, en específico el artículo 4º del decreto en mención.

De conformidad con la anterior normatividad existen unos deberes mínimos en cabeza de los afiliados al sistema general de pensiones, destacándose que el SILENCIO en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente de permanecer en el Régimen seleccionado. La única manera de desvirtuar esta regla legal es demostrando la preexistencia de una fuerza que hubiere viciado el consentimiento.

Dentro del caso de la referencia, no se probó que el traslado al Régimen de Ahorro Individual haya sido por falta de información al demandante, pues como quedo establecido en la declaración rendida por este indico que en el momento en que se trasladó a la AFP PRIVADA, el asesor del fondo privado le suministro la información que le permitió suscribir el formulario de afiliación, además que lo hizo sin ningún tipo de presión, circunstancia que permiten claramente concluir que su traslado fue voluntario, libre y consentido sin ningún tipo de presión tal como lo ratifico la misma accionante en el interrogatorio de parte, indica que le llegan los extractos bancarios, finalmente indico que su única motivación para retornar a COLPENSIONES es la parte económica.

Así mismo es preciso indicar que la afiliación al régimen de ahorro individual, es un negocio jurídico que involucró el asentimiento de dos voluntades, por tanto, no se debe habilitar en este tipo de procesos que el afiliado demandante presente una actitud 100% pasiva, pues no resulta admisible que solo hasta más de 20 años después se interese por su situación pensional, cuando a su alcance contaba con las herramientas suficientes para acceder a la información necesaria para aclarar dudas respecto a los movimientos, rendimientos y utilidades de su cuenta de ahorro individual, herramientas tales como el internet e incluso los distintos puestos de atención con los que cuenta los fondos de pensiones.

Igualmente es importante resaltar que en la actualidad se da una aplicación indebida del artículo 1.604 del Código Civil puesto que no se atiende de forma sistemática otras normas del mismo estatuto que prohíben alegar la ignorancia de la ley en los negocios jurídicos (error de derecho).

De esta manera es necesario demostrar la existencia de un vicio del consentimiento. Es importante precisar que la Corte Suprema, dentro de los fallos relativos a nulidad o inexistencia del traslado de régimen, fundamenta parte de su decisión en el código Civil (artículo 1604) pero desconoce otras normas del mismo estatuto que establecen correlativamente obligaciones en relación con el demandante. Por ejemplo, hacer relación a la presunción legal juris ignorantia non prodest consagrada en el artículo 1509 del C.C. y el artículo 9 ibídem, relativa a que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, la Corte Constitucional en la sentencia C 993 de 2006, señaló "...que el error de derecho no da lugar a la declaración judicial de nulidad del negocio jurídico y que, por tanto, la parte de éste que lo cometió debe asumir todas las consecuencias de su celebración, precisamente porque el artículo 36 de la ley 100 de 1993, es claro en señalar que el traslado al RPM ocasiona la pérdida del régimen de transición".

Igualmente, la misma Corte Suprema de Justicia en su sala laboral desconoce su propio precedente judicial, pues en varias providencias en tratándose de la aplicación del artículo 1604, ha indicado lo siguientes: La parte demandante tiene la carga de probar la culpa o negligencia del empleador, así lo expreso en sentencia SL2799-2014: «En efecto, en primer lugar, esta Sala de la Corte ha dicho insistentemente que "...la parte demandante tiene la carga de probar la culpa o negligencia del empleador que da origen a la indemnización contemplada en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, además de que el empleador puede desligarse de ella demostrando diligencia y cuidado en realización del trabajo..."

En consecuencia, para beneficiarse el trabajador de los efectos del artículo 1604 del Código Civil, primero debe probarse el incumplimiento. Una vez surtida esta carga, podrá posteriormente, trasladar al empleador la carga de probar que sí actuó con la diligencia y cuidado para exonerarse de la responsabilidad. Agrega la Corte que en este tipo de «...culpa por abstención...», el trabajador no queda relevado totalmente de sus cargas probatorias. En igual dirección, en la sentencia CSJ SL4350-2015.

La misma corporación en la sentencia CSJ SL, 2005, rad. 23656, señaló: "Lo anterior no implica, no obstante, como lo plantea la censura, que le baste al trabajador plantear el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección, para desligarse de cualquier carga probatoria, porque, como lo dijo el Tribunal y lo ha precisado la Sala, teniendo en cuenta que no se trata de una especie de responsabilidad objetiva como



la del sistema de riesgos laborales, para que opere la inversión de la carga de la prueba que se reclama, primero deben estar demostradas las circunstancias concretas en las que ocurrió el accidente y "...que la causa eficiente del infortunio fue la falta de previsión por parte de la persona encargada de prevenir cualquier accidente..." (CSJ SL, 10 mar. 2005, rad. 23656.).

Por consiguiente, la Corte desconoció su propio precedente en el que establece que en materia laboral no basta con que el trabajador plantee el incumplimiento de las obligaciones a cargo del empleador, para que opere la inversión de la prueba, deben estar probadas las circunstancias del hecho.

Este aspecto no fue analizado en la providencia demandada, existiendo elementos notorios que exponían la intención del demandante de trasladarse al RAIS, como fue el hecho de permanecer más de 20 años afiliado al mismo; afiliación tácita.

Por otro lado, en desarrollo de los fines esenciales del Estado Colombiano, las instituciones que lo conforman deben propender hacia la salvaguarda de los principios y valores constitucionales conforme a lo dispuesto en la Carta Política, la Ley y los Convenios Internacionales suscritos por aquel.

Así mismo, el Artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, 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 ese orden de ideas, es necesario que, dando prevalencia al interés general sobre el particular, se tomen las medidas pertinentes en búsqueda de la protección de los recursos que soportan el sistema pensional, conforme a los principios que rigen la Constitución Política, en la medida que el derecho a la seguridad social se encuentra atado al principio de sostenibilidad fiscal y estabilidad financiera del Estado.

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.

Así, señores Magistrados el impacto monetario que acarrea el traslado del régimen en la situación pensional del accionante, no debe ser la causa que lleve a declarar la ineficacia del negocio jurídico, esto es, la disparidad en cifras por el aspecto estructural del sistema general de pensiones, no es habilitante para que prospere una demanda de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen.

Ello si se tiene que el objeto perseguido por el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que modifico el literal e del artículo 13 de la ley 100 de 1993, no es otro que evitar la descapitalización del fondo común del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, y simultáneamente defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, pues se aparta del valor material de la igualdad, indicándose que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros, esto conforme fue indicado en la sentencia c-1024 de 2004.

Así las cosas, el principio de sostenibilidad financiera representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de los Colombianos de manera sostenida e indefinida y la posición asumida por la Corte en los fallos relacionados con nulidad o inexistencia del traslado entre regímenes pensionales, quebranta el principio de sostenibilidad financiera, en tanto genera una situación caótica que desvertebra la debida planeación en la asignación y distribución de los recursos del Sistema Pensional, al desconocer la irreductible necesidad de que dichas condenas se cumplan previa la ordenada gestión de los recursos que en la mayoría de los casos no están presupuestados en la medida en que surgen, de manera contingente de la declaración judicial respectiva.

Solicito al Tribunal tener en cuenta que en el caso de autos, no se verifica únicamente la suscripción del formulario de afiliación como prueba del consentimiento informado, lo acreditan igualmente, las confesiones realizadas por la demandante en el interrogatorio de parte, en sentido que, se afilió voluntariamente al RAIS, que era consciente de estar trasladándose de régimen, que le indicaron que tendría una cuenta individual que lo depositado en ella tendría rendimientos, declaraciones que contrastadas con las afirmaciones vertidas en el escrito de demanda, tendientes a indicar que su motivación para trasladarse a COLPENSIONES es encontrar un valor de su mesada pensional superior al estimado en el RAIS, pues debe concluirse, que en el caso de autos, no existe engaño ni falta de información y por ende, no puede dársele aplicación al precedente jurisprudencial consolidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en relación con la ineficacia del traslado.

Además, se tiene que COLPENSIONES en ningún momento realizó ninguna actuación omisiva ni contraria a derecho, por lo tanto, no le compete la realización del solicitado traslado, en tanto que, el traslado se presume se realizó de forma voluntaria y espontánea por parte de la demandante, y COLPENSIONES no intervino ni afectó en forma alguna la decisión; además se precisa que la demandante no aparece en los registros de la entidad, en esa medida nunca estuvo afiliado al RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, por lo que no se encuentra probado que la selección inicial al Régimen de Ahorro Individual haya sido por engaños o falta de información a la demandante, COLPENSIONES no tiene responsabilidad alguna de afiliar y recibir los aportes realizados por la demandante a los fondos privados, ya que para el caso no se trató de un traslado de régimen pues la demandante para la fecha de afiliación al RAIS, no se encontraba afiliada al ISS, por tanto, la declaratoria de ineficacia no produciría los efectos jurídicos pretendidos.

Si ha de confirmarse la decisión del a quo, solicito se ordene la devolución de la totalidad de las sumas que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos que se hubieren generado, los descuentos efectuados por garantía de pensión mínima, cuotas para el cubrimiento de los seguros previsionales de invalidez y sobreviviente junto con sus cuotas de administración, primas de reaseguros de Fogafín, DE MANERA INDEXADOS; así como las sumas de dinero percibidas por concepto de gastos de administración con todos sus frutos e intereses por el tiempo que el demandante permaneció afiliado al RAIS, esto en atención a recientes postulados de la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala de Casación laboral SL 3202-2021, SL 2769-2021, SL3708-2021, SL 3710-2021-SL 3706-2021, SL 3571-2021 y SL 3709-2021.

Igualmente, que se revoque la condena en costas en contra de la entidad que represento por las siguientes razones: 1.- no está facultada para declarar administrativamente la ineficacia del traslado de régimen de pensiones; 2.- en su actuación debe ajustarse a la ley, y para la fecha en que se petitionó el retorno al régimen público, el demandante se encontraba dentro de la restricción prevista en la Ley 797 de 2003, esto es, a menos de diez años de la edad para pensión; 3.- no fue quien dio lugar a la ineficacia de traslado por falta al deber de información, pues cuando se dio la movilidad entre regímenes el mismo estaba en cabeza de los fondos privados; y 4.- debe ser citada a estos trámites a efectos de hacerle oponibles las ordenes a ella impartidas. Por tanto, mal se haría en condenar a COLPENSIONES costas, en atención a que es un tercero de buena fe que le es oponible las consecuencias de una sentencia, por ser el administrador del RPM.

## **ALEGATOS DE LA DEMANDANTE.**

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 1993, de trasladarse al RAIS, exige que la persona tenga 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 generarán si toma la decisión de trasladarse.

En ese sentido, la responsabilidad de la Administradora de Pensiones radica, no solo en informar de manera sucinta las características del nuevo régimen, sino que va más allá, pues antes de que el ciudadano diligencie y suscriba el formulario mediante el cual se concreta la afiliación o el traslado, debe:

En una asesoría personalizada, analizar el caso concreto de la persona, identificando minuciosamente varios aspectos, como por ejemplo:

- Cuál es su régimen para saber los requisitos de EDAD, TIEMPO Y MONTO de la pensión de vejez en caso de quedarse en el Régimen de Prima Media.
- Cuál es la situación del BONO PENSIONAL de la persona y si en caso de trasladarse al RAIS, atendiendo a su monto y al de sus IBC, efectivamente podrá pensionarse anticipadamente como se anuncia en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, o no.
- Si en razón de sus ingresos y el valor del BONO PENSIONAL, la persona realmente no podrá pensionarse anticipadamente o por el contrario, deberá continuar cotizando hasta los 57 o 62 años de edad y completar 1150 semanas para poder acceder a la garantía de pensión mínima.
- Si a pesar de completar estos requisitos que en principio le permiten acceder a la garantía de pensión mínima, la persona está incurso en la excepción consagrada en el artículo 84 de la Ley 100 de 1993, con el efecto perverso de que en caso de que así sea, sólo podrá obtener la DEVOLUCION DE SALDOS y quedar sin pensión, con la consecuencia relacionada con la afiliación al sistema de seguridad social en salud.

Las consecuencias jurídicas de ese incumplimiento se traducen en INEXISTENCIA DEL TRASLADO, pues el ciudadano prevalido de buena fe y confiando legítimamente en que está tomando la mejor decisión para él, suscribe el documento víctima de un

engaño, sujeto a un ERROR derivado del conjunto de acciones u omisiones en que incurrió la entidad de pensiones a través de los profesionales que intervinieron en la asesoría , y ésta sola circunstancia genera la declaratoria de INEXISTENCIA del acto jurídico de afiliación o traslado, según sea el caso.

No puede argumentarse que existe una manifestación libre y voluntaria, si la persona desconoce la incidencia que la decisión de traslado pueda tener frente a sus derechos prestacionales, siendo claro que las Administradoras de Fondos de Pensiones deben dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.

Ahora bien, el fundamento jurídico de esta obligación de asesoría diligente y oportuna no sólo se encuentra en el artículo 48 superior, sino en lo previsto en los artículos 90 y 13 literal k) de la Ley 100 de 1993 y del Decreto 656 de 1994, debiéndose destacar que las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantía (AFP) son SOCIEDADES DE SERVICIOS FINANCIEROS, vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, por lo que se les aplica todo lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero Decreto 663 de 1993, el cual es muy claro en establecer la obligación de informar a los usuarios para que puedan tener la posibilidad de elegir las mejores opciones del mercado.

El asesor del fondo privado en ningún momento le suministró información adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta, sobre los perjuicios que en su derecho pensional traería el hecho del traslado al régimen de ahorro individual. No le hizo un estudio previo, individual y concreto sobre las ventajas y desventajas que le aparejaría permanecer o trasladarse de régimen pensional, es decir, de dejar el Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

A la demandante al momento de la afiliación al RAIS, no se le realizó ni cálculo, ni proyección alguna, a pesar de contar los fondos privados, con todos los aspectos técnicos, matemáticos y financieros, para realizar la proyección de sus diferentes factores, tales como: su pensión para la fecha de cumplimiento de su edad, pensión anticipada, la redención del bono pensional, saldo que debía acreditar en su cuenta, entre otros. Incurriendo el fondo privado en una omisión en su deber legal y Constitucional; generándole un daño patrimonial y moral.

Por todo lo anterior, solicito se confirme la decisión y se ordene devolver de los dineros de la parte demandante con dirección a COLPENSIONES, pague de su patrimonio los

dineros que por concepto de los descuentos del artículo el artículo 20 Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003 fueron extraídos de cada una de las cotizaciones realizadas por la actora, dineros que tenían como fin el pago del Fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. Todo lo anterior debidamente indexado.

## **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 415 al 417 del expediente (10.MemorialContestacionColpensiones), se afilió a la administradora del RAIS DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. el 15 de mayo de 1998 como se advierte del

formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 37 del expediente (08MemorialContestacionProtección), con efectividad al 1º de julio de dicha anualidad como se advierte en el certificado del SIAFP que reposa a folio 30 del expediente (020ContestacionColfondosSA), posteriormente se trasladó a la AFP COLFONDOS S.A. el 9 de enero de 2001 como se advierte del formulario de afiliación a dicho fondo inserto a folio 31 (020ContestacionColfondosSA), con efectividad al 1º de marzo de 2001 como se advierte en el certificado del SIAFP que encontramos en el folio 30 del citado archivo digital (020ContestacionColfondosSA)

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 1998 estuviera en la obligación de suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; sobre todo **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué dependería su monto en el RAIS.**

Sobre el deber de información antes citado, escuchado el interrogatorio de parte que fue absuelto por la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:39:15 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento no se advierte que haya confesado que las AFP'S le hubieren 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 1998 cuando se trasladó del RPM administrado por el extinto ISS a la AFP DAVIVIR hoy 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 el *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 el *a quo* la devolución que debe realizar COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES deberá incluir la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro pensional de la actora, 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.

Así mismo PROTECCIÓN S.A. deberá reintegrar a COLPENSIONES 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 la apoderada 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 hubiesen recibido las AFP demandadas como cotizaciones 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, 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 demandadas, 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.

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.

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 noviembre de 2022 proferida por el JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **DORIS BEATRIZ CARMONA SOLÍS**, contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.**, salvo en cuanto condenó en costas a COLPENSIONES, decisión que se REVOCA, para en su lugar abstenerse de imponer costas a cargo de 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: **292792dd58513bd341ecca1d9711353e20d1b70086107b7dd2c5dba3a43cea8f**

Documento generado en 17/08/2023 02:36:11 PM

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