

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### SALA DE DECISIÓN LABORAL

El treinta y uno (31) 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 el señor **LUIS ENRIQUE PÉREZ MIRA** 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), la tramitado bajo el radicado **No. 05001-31-05-021-2022-00048-01.**

#### AUTO

De conformidad con el memorial allegado a través de correo electrónico, el abogado FABIO ANDRÉS VALLEJO CHANCI, quien funge como representante legal de la sociedad PALACIO CONSULTORES S.A.S., presenta renuncia al mandato conferido por COLPENSIONES. Teniendo en cuenta que con dicho escrito adjunta las constancias mediante las cuales se evidencia que la entidad está enterada de dicha decisión y que con ello se cumple lo estipulado en el artículo 76 del CGP, se acepta la renuncia al poder presentada por FABIO ANDRÉS VALLEJO CHANCI, en calidad de representante legal de la sociedad PALACIO CONSULTORES S.A.S.

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 se afilió al RAIS en 1994, por medio de la AFP COLFONDOS S.A.

Expone que al momento de la afiliación COLFONDOS S.A. no informó de manera clara, completa y verídica sobre todas las consecuencias que tendría afiliarse al RAIS y las diferencias o desventajas que se presentan entre uno u otro régimen acorde a sus condiciones particulares. Asimismo COLPENSIONES al momento de afiliarse al RAIS tampoco le brindó una asesoría paralela de forma debida, no informó de manera clara, completa y verídica sobre todas las consecuencias que tendría en su caso particular, el traslado al RAIS.

Arguye que COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES no cumplieron con la obligación legal de asesorarlo de forma clara, verídica, suficiente y oportuna antes de cumplir los 52 años de edad.

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

El *a quo* despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, y declaró la afiliación sin solución de continuidad en el RPM.

En consecuencia, ordenó a la AFP COLFONDOS S.A. trasladar a COLPENSIONES, y a esta a recibir, los saldos de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos financieros y los saldos del Fondo de Garantía Mínima, las cuotas de administración y las sumas del seguro previsional, descontadas de los aportes realizados en favor del demandante, durante todo el tiempo que esta estuvo afiliado en el RAIS.

Seguidamente declaró probada la excepción de ausencia de prueba del vicio en el consentimiento y no probadas las demás.

Finalmente, condenó en costas a COLFONDOS S.A. en favor del demandante.

Para declarar la referida ineficacia, sostuvo el fallador de primera instancia que la Corte Suprema de Justicia tiene fijada una línea jurisprudencial sobre el tema de la afiliación a un régimen pensional y se sintetiza en la obligación de brindar una información completa, suficiente, idónea y comprensible sobre las características de los regímenes, determinando e informando la conveniencia e inconveniencia de uno y otro régimen y

la carga de las AFP de demostrar que efectivamente entregaron la debida información a los afiliados al momento del traslado.

Seguidamente expuso que, no obstante lo señalado en la citada línea jurisprudencial, en criterio de dicho despacho, el asunto no puede resolverse única y exclusivamente bajo los parámetros de la falta de asesoría y buen consejo al momento previo al traslado de régimen pensional, dado que, la indebida asesoría e incluso la ausencia de asesoría por si solas, no permiten concluir de manera cierta y necesaria, la existencia de un vicio en el consentimiento o la ineficacia del traslado y mucho menos permiten presumir la existencia de perjuicios, teniendo en cuenta las circunstancias presentes al momento del traslado y no las presentes al momento de cumplir la edad pensional como lo pretende el demandante, pues lo que puede causar la situación de desmejora en el reconocimiento de la pensión, no es la falta de información, sino situaciones posteriores que incluso en algunas oportunidades escapan al control de la AFP y del propio demandante, como por ejemplo cambios legislativos, montos de cotizaciones, numero de semanas de cotización, entre otros.

Aduce que, en ese orden de ideas, la situación del demandante debe analizarse desde parámetros objetivos y no subjetivos, consistentes en la comparación de la situación pensional en uno u otro régimen, atendiendo al valor de las posibles mesadas, para verificar si efectivamente hubo una afectación grave del derecho a la garantía de seguridad social, ello conforme a lo dispuesto en el artículo 272 de la Ley 100 de 1993, el cual dispone que cuando menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores, no tendrá lugar, en ningún caso, aplicación el sistema de seguridad social y que en su lugar se deben aplicar los principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política, lo cual implica a su vez la inaplicación de una norma cuando viola garantías constitucionales o derechos fundamentales.

La sentencia no fue apelada, motivo por el cual se envió el expediente ante esta Corporación judicial con el fin de que surta el grado jurisdiccional de Consulta del fallo, en favor de Colpensiones.

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

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, la apoderada judicial del demandante allegó escrito de alegatos, en el que anota resumidamente que COLFONDOS no logró acreditar ni antes, ni durante el proceso judicial, ni mediante prueba documental o

testimonial, que suministraron al demandante información clara, oportuna, suficiente y cierta como lo afirman tanto en la contestación de la reclamación administrativa como en la contestación de la demanda, pues tan solo se tiene un formato de vinculación que NO CONTIENE INFORMACIÓN ALGUNA QUE CONSTITUYA ASESORÍA PENSIONAL pues si se analiza en detalle, es un formato general de datos, donde NO se describen características propias del Régimen de Ahorro Individual ni las condiciones particulares del demandante.

Consecuente con la falta al deber de información, la afiliación deberá quedar sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador conforme el artículo 271 de la Ley 100 DE 1993.

#### **4. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:**

El problema jurídico para resolver se circunscribe a establecer si la afiliación del demandante al régimen pensional de ahorro Individual con solidaridad debe declararse ineficaz y en caso afirmativo, 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 CONSULTA de la sentencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, se pasa a resolver, previas las siguientes,

#### **5. CONSIDERACIONES:**

Para resolver la consulta, es necesario manifestar, primeramente 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 el 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, estando afiliado al régimen pensional de prima media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, según historia laboral emitida por COLPENSIONES que reposa de folio 35 a 38 del expediente (03AnexoDemanda), se afilió a la administradora del RAIS COLFONDOS S.A. el 05 de septiembre de 1994 como se advierte en el formulario de afiliación a dicho fondo que reposa a folio 93 del archivo digital (10ContestacionColfondos), con

efectividad al 1° de octubre del 1994 como se anota en el certificado SIAFP que encontramos en la página 91 (10ContestacionColfondos).

Debemos de tener en cuenta, que 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 1° 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.**

De otra parte, ha señalado la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para probar la asesoría y el cumplimiento del deber de información, 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 en este proceso la AFP COLFONDOS S.A., siendo su carga.

Ahora, la Sala no comparte los argumentos del juez para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del actor, la que fundó en lo preceptuado en el Art. 272 de la Ley 100 de 1993, razonando que como tal norma establece que el sistema de integral de seguridad social no tiene aplicación cuando menoscabe los derechos de los trabajadores y que en este caso hubo un menoscabo del derecho del demandante porque la pensión de vejez en el RAIS es inferior a la que obtendría en el RPM, declara la referida ineficacia por esta razón.

La anterior interpretación del juez a el Art. 272 de la Ley 100 de 1993, daría al traste con todas la reformas que introdujo el nuevo sistema integral de seguridad social en pensiones de la ley 100 de 1993 y sus posteriores modificaciones en aquellos aspectos que menoscabe el derecho de los trabajadores afiliados al sistema pensional, valga decir solo por citar ejemplos, el aumento de semanas de cotización para acceder a la pensión de vejez, la tasa de reemplazo de la pensión de vejez, el número de años de convivencia marital para acceder a la pensión de sobrevivientes, la forma de hallar el IBL si con los últimos diez años o toda la vida laboral si resulta menos favorable que con las cotizaciones de los últimos tres años que disponía el Decreto 758 de 1990 para el caso de los afiliados al ISS, en fin con la tesis del juez se implicaría el sistema integral de seguridad social en pensiones de la ley 100 de 1993 en todo lo que haya desmejorado respecto de la normatividad que existía antes de la reforma de la ley 100

de 1993, interpretación que va en contravía de las múltiples decisiones de la Corte Constitucional al declarar exequible reformas introducidas al sistema pensional, no solo por la Ley 100 de 1993 sino por las posteriores leyes, para regular derechos pensionales, que se demandaban por considerarlas regresivas por desmejora frente a los regímenes pensionales anteriores a la ley 100.

Al respecto es muy diciente lo anotado en la sentencia C-258 de 2013 la Corte Constitucional sobre los derechos adquiridos frente a las reformas pensionales. En la que anotó lo siguiente:

**“DERECHOS ADQUIRIDOS**-Protección de la retroactividad normativa/**DERECHOS ADQUIRIDOS**-Protección de las situaciones ya formadas y no las condiciones del ejercicio del derecho/**DERECHOS FUNDAMENTALES**-No son absolutos.

*La Constitución también protege los derechos adquiridos de la retroactividad normativa, es decir, las situaciones ya formadas y no las condiciones de ejercicio del derecho, lo cual significa que quien esté disfrutando de un derecho cuyos efectos se consolidan de manera escalonada o en un tracto sucesivo -como por ejemplo la pensión, el salario, las prestaciones sociales, una deuda diferida en plazos, los cánones de arrendamiento, etc.-, tiene su derecho amparado por la Constitución, pero los efectos que aún no se han consolidado son modificables en virtud de finalidades constitucionales y con sujeción a los límites que la propia Carta impone. De allí que, según esta tesis, las pautas para ejercer el derecho adquirido pueden cambiar, siempre y cuando la existencia del derecho permanezca indemne. Por ejemplo, en virtud de este nuevo entendimiento el monto de las próximas mesadas pensionales puede variar siempre que no se supriman, puesto que si se suprimen, ello implicaría que el derecho a la pensión ha sido revocado en desconocimiento de la protección de los derechos adquiridos. En este orden de ideas, en materia de derechos fundamentales, esta Corporación ha afirmado sostenidamente que no tienen el carácter de absolutos y que pueden ser limitados en su ejercicio por disposiciones de carácter legal.*

Así entonces, las normas del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, no pueden ser inaplicadas en este caso, so pretexto que menoscaban los derechos a la seguridad social del demandante porque el traslado de régimen pensional le implicó una disminución en el monto de la pensión de vejez.

Conforme a lo anterior, se confirmará la decisión del *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por el demandante en el año 1994 cuando se trasladó del RPM administrado por el extinto ISS a la AFP COLFONDOS S.A., pero por las razones expuestas en esta instancia.

De otra parte, en lo que tiene que ver con las sumas que deben ser devueltas a Colpensiones como consecuencia de la declaratoria de ineficacia, encuentra la Sala que, la decisión del *a quo*, no se encuentra del todo en armonía con la línea

jurisprudencial que en dicha materia, de vieja data ha venido desarrollando la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en tanto, deja por fuera de la orden de devolución, sin explicación alguna, los porcentajes descontados en su momento de la cotización del demandante a los reaseguros de Fogafín durante el tiempo que legalmente se descontó de la cotización, por lo que se adicionará en sede de consulta tal aspecto de la sentencia, para incluir el referido conceptos entre las sumas que debe devolver por COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES como consecuencia directa de la declaratoria de ineficacia del traslado del demandante, toda vez que, como lo ha señalado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al declararse en este proceso la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, 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).

Así lo dispone el art. 1746 del C.C., según el cual, “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, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019, en la que precisó:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la 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.”

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 ninguna suma quede 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 COLFONDOS S.A., 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 deba 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, respecto de la excepción de prescripción formulada por la AFP demandada al dar respuesta a la demanda, para esta Sala, 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 SCL de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL1689-2019, además, la figura jurídica de la caducidad o prescripción de la acción para reclamar sobre cualquier acto que tenga que ver con el reconocimiento de pensión mientras ella esté en formación, no tiene cabida como lo ha precisado la Corporación antes mencionada, al analizar que la prescripción de la acción para demandar el derecho a la pensión o al pago de las cotizaciones o cualquier otra situación que permita o acceder al derecho a la citada prestación por ser un derecho fundamental, impide que el derecho mismo a accionar caduque o prescriba, por lo que se confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto negó la prosperidad de la excepción de prescripción.

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

SIN COSTAS en esta instancia por haberse conocido la sentencia en el grado jurisdiccional de CONSULTA.

## 6. 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** por las razones expuestas en esta instancia, la sentencia del 31 de enero de 2023 proferida por el JUZGADO VEINTIUNO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **LUIS ENRIQUE PÉREZ MIRA** contra **COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A.**, ADICIONÁNDOLA en el sentido de DECLARAR que la devolución de dineros a COLPENSIONES por parte de COLFONDOS S.A. debe incluir la totalidad de los aportes pensionales o cotizaciones que recibió con motivo de la afiliación del actor, sin descuento de ninguna índole, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, con sus intereses o rendimientos, es decir incluyendo el porcentaje de la cotización que no fue consignado en la cuenta de ahorro pensional del actor.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

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: **3fb7ee54f909c59a5e05c697bf22bbb5318ef8ed1e2b877f58b17f2196c453c6**

Documento generado en 31/08/2023 02:19:14 PM

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