

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### SALA DE DECISIÓN LABORAL

El veintinueve (29) septiembre 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 **JOSÉ FELIPE CORREA QUINTERO** 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. **05001-31-05-010-2021-00116-01**.

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

#### 1. ANTECEDENTES:

El demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare la ineficacia de su traslado al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida (en adelante RPM) administrado por Colpensiones.

**Como fundamento fáctico de sus pretensiones** relata el actor que nació el 26 de mayo de 1962, que estuvo afiliada al RPM administrado por el extinto ISS hoy COLPENSIONES, afiliándose al RAIS, en la AFP PROTECCIÓN S.A.

Aduce que cuando se traslada al fondo, el asesor del fondo le sugirió que se afiliara con ellos, porque iba a tener una mejor pensión, que se podría pensionarse antes de la edad exigida por el ISS, y que el régimen de prima media se iba a acabar, además que la pensión iba hacer mayor.

Finalmente, manifiesta que el día de la afiliación NO le otorgaron la información debida acerca de las desventajas del fondo privado al momento de afiliarse con ellos, simplemente le manifestaron que en el fondo privado se pensionaba mejor que en el régimen de prima media con prestación definida, que podría pensionarse anticipadamente, debido a los rendimientos financieros que produciría su cuenta de ahorro individual, que la pensión siempre sería mejor que en el Instituto de Seguros Sociales y que el Régimen de Prima Media se iba a acabar. No le informaron las características de cada uno de los regímenes pensionales, no le explicaron a grandes rasgos como era que se liquidaba en el régimen de prima media con prestación definida y cómo se liquidaba la pensión en el régimen de ahorro individual.

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

El *a quo* accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado del demandante del RPM al RAIS, y en consecuencia declaró que el demandante ha permanecido afiliado sin solución de continuidad al RPM administrado por COLPENSIONES.

Seguidamente, ordenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES dentro los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, el saldo existente en las cuentas de ahorro individual del demandante con sus correspondientes rendimientos financieros, frutos e intereses. Con cargo a sus propios recursos deberá trasladar con indexación, lo que descontaron de las cotizaciones de estos demandantes con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional y reaseguros. Además, al momento de cumplirse estas órdenes, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Consecuencialmente, ordenó a COLPENSIONES a recibir de PROTECCIÓN S.A. los valores aludidos, e incorporarlos como semanas válidamente cotizadas por los demandantes en el RPM, imputándolos a los períodos en que fueron cotizados en el RAIS y de acuerdo al IBC que fueron pagados.

Para fulminar condena en lo que tiene que ver con la ineficacia de traslado, el *a quo* consideró 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 pensionales, determinando e informando la conveniencia e

inconvenientes de uno y otro régimen, y la inversión de la carga de la prueba de la información brindada en cabeza de la AFP.

Luego, señaló que el juzgado recurre a los arts. 13 lit b y 271 de ley 100 de 1993, primera y séptimo del decreto 663 de 1993, décimo del decreto 720 de 1994, 21 de ley 797 de 2003, ley 1328 de 2009 en concordancia con los art 164 y 167 del Código General del Proceso y 1604 del Código Civil y a la línea jurisprudencial de la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia consolidada desde la sentencia con radicado 31989 y 32314 ambas de 2008 reiteradas en recientes providencias como las SL 610 de 2023, SL 4297, SL 4322, SL 3465, todas de 2022.

Estos elementos advierten que las afiliaciones a las administradoras de fondos de pensiones deben realizarse de manera informada, siendo deber de la entidad que se pretende el traslado estudiar las circunstancias pensionales particulares a efectos de determinar si ello es conveniente o no, llegando incluso a desanimar al ciudadano que pretende modificar sus condiciones de pensión explicándole los requisitos para acceder a las prestaciones económicas, las características del RAIS, sus diferencias con el RPM y los riesgos financieros que asume el ciudadano que va a optar por esa decisión.

Finalmente, absolvió a COLPENSIONES del reconocimiento de la pensión de vejez al demandante y declaró no probada la excepción de prescripción, las demás implícitamente resueltas en forma negativa. Costas a cargo de PROTECCIÓN S.A. Se fijan como agencias en derecho un SMLMV de 2023.

### **3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:**

La anterior decisión fue apelada por el apoderado judicial de COLPENSIONES solicitando se revoque de manera total la sentencia, argumentando que la afiliación efectuada al RAIS por el demandante goza de plena validez, toda vez que en el momento en que decidió trasladarse de régimen estaba aceptando las condiciones pensionales de este. Lo que se evidencia es una inconformidad con el monto de la mesada pensional. Por eso, ahora el demandante alega una falta de información por parte de la AFP que en todo momento le incumbe a la parte que afirma demostrar los hechos en que sustenta su demanda.

Alega, que si bien es cierto que existe la institución de la carga dinámica de la prueba, que quien pueda debe probar, eso no significa que la parte actora tome una actitud pasiva en el debate probatorio. Esto significa imponer al juez la obligación de acudir

en todos los eventos a la institución de la carga de la prueba y no de manera ponderada de acuerdo a la particularidad de cada caso y los principios generales consagrados en la ley 1562 de 2012, y se alteraría la lógica probatoria prevista en el estatuto procesal diseñada por el Legislador para en su lugar, prescindir de las cargas procesales razonables que se pueden imponer a las partes y trasladar esa tarea únicamente al juez.

Por otra parte, debo indicar que la sentencia favorable a los intereses del demandante viola la constitución política y además desconoce el principio de la sostenibilidad financiera en el art 48 de la constitución política.

En el caso de que se confirme la sentencia de primer grado solicite se le ordene al fondo privado trasladar todo el saldo de la cuenta de ahorro individual sin ningún tipo de descuento ya sea gastos de administración o comisiones.

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

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados judiciales de la parte DEMANDANTE y COLPENSIONES allegaron escrito de alegaciones en los siguientes términos:

##### **DEMANDANTE:**

“Aprovecho esta etapa procesal para solicitar respetuosamente a los honorables magistrados que se CONFIRME en su totalidad la Sentencia de Primera Instancia emitida por el Señor Juez 10 Laboral del Circuito de Medellín. Específicamente, solicito la confirmación de la declaración de INEFICACIA del traslado del señor **JOSE FELIPE CORREA QUINTERO** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Protección. Argumento lo anterior en base a los siguientes fundamentos.

Los deberes de las entidades administradoras de pensiones en relación con el acto jurídico de afiliación o traslado son de suma importancia. Dichas entidades tienen la responsabilidad de proporcionar a las personas una total claridad acerca de su situación pensional, así como de las diferencias entre cada uno de los regímenes, los beneficios e inconvenientes de cada régimen pensional y, especialmente, los efectos que podrían generarse si toman la decisión de trasladarse.

El deber de información, impuesto a las administradoras de fondos de pensiones, es exigible desde su creación, sin hacer distinción alguna, según lo establecido en el Decreto 663 de 1993, aplicable a las AFP desde su origen. En dicho decreto, en el

numeral 1. ° del artículo 97, se establece la obligación de estas 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 acuerdo con lo dispuesto en el artículo 271 en concordancia con el literal b) del artículo 13 de la Ley 100, los trabajadores tienen la opción de elegir "libre y voluntariamente" el régimen que mejor se ajuste a sus intereses y necesidades. Por lo tanto, si alguna persona jurídica o natural viola de alguna manera el derecho de afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social se generará como consecuencia la ineficacia de la afiliación.

1. *En relación con este aspecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema ha desarrollado un precedente pacífico, respaldado por los siguientes casos: SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020, SL2208-2021, SL3871-2021, SL5686-2021, SL5688-2021 y SL1055-2022.*
2. *Aunque en los últimos años se ha intensificado la regulación mediante la Ley 1328 de 2009 en sus artículos 3, 5, 7 y 9; la Ley 1480 de 2011 en su artículo 23; el Parágrafo 1 del artículo 2 de la Ley 1748 de 2014; y el Decreto 2071 de 2015, la obligación de proporcionar información clara y concreta previa al traslado está establecida en normas anteriores vigentes en el momento en que se realizó el traslado del demandante. Estas normas no hacen distinción de que dicho deber solo se aplique a las personas beneficiarias del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100.*
3. *En este sentido, se cita el artículo 13 en sus literales b) y c), el 106 y el 114 de la Ley 100, en concordancia con lo estipulado en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y la modificación introducida por la Ley 795 de 2003. Estas normas establecen que la selección del régimen debe ser realizada de manera libre, espontánea y sin presiones, como requisitos para que sea eficaz. Además, imponen a las AFP la obligación de proporcionar a los usuarios la información necesaria para elegir las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas.*
4. *Por lo tanto, antes del traslado, el usuario debe tener conocimiento de la lógica del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y de su funcionamiento, basado en la capacidad efectiva de ahorro a lo largo de toda la vida para garantizar el derecho a una pensión. Además, debe tener una comprensión clara de los aspectos relacionados no solo con el monto y los requisitos de causación, sino también con la posibilidad de optar por no acceder a esta prestación. Todos estos aspectos deben ser informados de manera explícita*

*para que el usuario pueda compararlos con las disposiciones que regulan el derecho pensional en el Régimen de Prima Media.*

5. *En resumen, la asesoría que brinda la Administradora de Pensiones en la etapa previa y preparatoria a la formalización de la información debe ser completa y comprensible para el afiliado. Sin embargo, va más allá de eso y abarca el "deber del buen consejo" según definido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su precedente y recogido en el artículo 3 del Decreto 2071 de 2015. Esto implica que la Administradora debe mostrar en detalle las diferentes alternativas disponibles para la persona, analizando su caso específico y presentando los beneficios e inconvenientes de tomar la decisión de traslado. Además, la Administradora debe ir más allá para evitar que la persona tome una opción que claramente la perjudique.*
6. La asesoría que debe brindar la Administradora de Pensiones en esa ETAPA PREVIA Y PREPARATORIA a la formalización de la información no solo debe ser completa y comprensible para el afiliado, sino que también trasciende al "DEBER DEL BUEN CONSEJO" en los términos definidos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su precedente. Este deber fue acogido en los mismos términos en el artículo 3 del Decreto 2071 de 2015. Al mostrar con detalle las diferentes alternativas disponibles para la persona tras el análisis de su caso, incluyendo los beneficios e inconvenientes de tomar la decisión de traslado, la asesoría debe incluso ir más allá para evitar que la persona tome una opción que claramente la perjudique.
7. En relación con la carga probatoria, es evidente que, según lo establecido en el artículo 1604 del Código Civil, recae en quien debió ejercer diligencia y cuidado. Esto no se limita únicamente a presentar documentos firmados, sino a demostrar que la asesoría brindada fue adecuada para la persona. Esto implica más que simplemente completar espacios vacíos en un documento, sino ofrecer pruebas concretas de que la información plasmada cumple con los requisitos para tomar una decisión completamente libre.

En este sentido, de acuerdo con lo establecido en los artículos 97 y 98 del Estatuto Financiero vigente en 1994, que se refieren a la debida diligencia que debían ejercer las AFP, no se trata solo de completar un formulario o adherirse a una cláusula genérica, sino de contar con los elementos suficientes para comprender la trascendencia de la decisión adoptada al cambiar de régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, ya sea que la persona se encuentre en transición o no.

Es así como las reglas adicionales establecidas por la Alta Corporación determinan que, al analizar si es procedente declarar la ineficacia de la afiliación, se deben tener en cuenta los siguientes aspectos: a) la simple suscripción del formulario no es suficiente, sino que debe compararse con la información proporcionada, la cual debe corresponder a la realidad; b) según lo establecido en el artículo 1604 del Código Civil, corresponde a las Administradoras de Fondos de Pensiones presentar pruebas sobre los datos proporcionados a los afiliados, incluyendo tanto los aspectos positivos como negativos de la afiliación y su incidencia en el derecho pensional.

8. Finalmente, es importante señalar cómo el criterio jurisprudencial orientador para este tipo de casos fue incorporado en el Código General del Proceso, específicamente en el artículo 167. Esta norma establece la posibilidad de distribuir la carga de la prueba a la parte que se encuentre en una posición más favorable para aportar todos los elementos que ayuden a esclarecer el objeto del litigio. En casos como el que nos ocupa en esta Sala, no hay duda de que la parte que debe cumplir con dicha carga es el Fondo Privado. Esto se debe a que:

a) El Fondo Privado maneja la carpeta con la historia de cada afiliado, la cual contiene la información proporcionada en el momento trascendental del traslado o afiliación, así como la que se ha entregado a lo largo de la permanencia en el fondo. Esta información tiene como objetivo orientar al afiliado en la toma de decisiones que le resulten más convenientes.

b) El Fondo Privado posee conocimiento y dispone de los datos de ubicación y preparación del asesor encargado de brindar la asesoría al afiliado. Este asesoramiento es fundamental para que el afiliado firme el acto jurídico de vinculación o traslado al fondo de pensiones.

## EL CASO CONCRETO

Para efectuar el análisis, se deben partir de las siguientes premisas no discutidas: i) el señor **JOSE FELIPE CORREA QUINTERO** nació el 26 de mayo de 1962, por lo que en este momento cuenta con 61 años; ii) Se afilió inicialmente al I.S.S. desde el 18 de febrero de 1981; iii) Posteriormente, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. Mi poderdante informa que el día de la afiliación con la A.F.P. Protección S.A., no recuerda haber recibido ningún tipo de asesoría que contara con la información suficiente y necesaria para que él contara con todos los elementos

de juicio y haber tomado la mejor decisión para escoger el régimen en el cual él se quería pensionar y asegurar un mínimo vital en condiciones dignas.

Según el formulario, existió un consentimiento, pero no informado. En efecto, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha precisado de forma reiterada que la suscripción de aquel documento, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como "la afiliación se hace libre y voluntaria", "se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones" u otro tipo de leyendas de esta clase, son insuficientes para dar por demostrado dicho deber (CSJ: SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

En el presente proceso, la Administradora de Fondos de Pensiones no logró acreditar haber suministrado esta información clara, completa y detallada, sin que se hubiese efectuado una confesión en contra del señor **JOSE FELIPE CORREA QUINTERO**. Durante la diligencia, él enfatizó y reiteró las afirmaciones de la demanda relativas a la ausencia de información completa. Por lo tanto, la Sala debe CONCLUIR, conforme a las normas, jurisprudencia y acervo probatorio recaudado, que resulta procedente CONFIRMAR la decisión de DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN.

**Relación con las sumas de dinero que se deben devolver, se debe señalar lo siguiente:**

i) En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala Laboral de la CSJ en sentencias SL1688, 3464 y SL 4360 de 2019, así como en la SL 2877 y SL 4811 de 2020, ha explicado que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a las de la segunda (vuelta al statu quo ante).

ii) Además, el precepto que rige las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil, y este, por analogía, es aplicable a la ineficacia. Según esta disposición, una vez declarada la ineficacia, las partes deben volver, en la medida de lo posible, al mismo estado en el que se encontrarían si el acto de afiliación nunca hubiera existido.

iii) En otras palabras, el propósito es retrotraer la situación al estado en el que estaría si el acto nunca hubiera ocurrido, es decir, con ineficacia ex tunc (desde siempre). Sin embargo, si no es posible lograrlo y la vuelta al statu quo ante no es una solución razonable o factible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que compensen

satisfactoriamente el perjuicio ocasionado al afiliado debido a un cambio injusto de régimen.

iv) Es importante destacar que, dado que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional implica negarle efecto al traslado, esta situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Por lo tanto, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, se entenderá que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, se dará por sentado que nunca se trasladó.

v) Por esta razón, la Corte ha establecido que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales correspondientes. Además, deben incluir los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021), los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, todo ello a cargo de sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021 y SL2207-2021).

vi) De esta manera, se reconoce que, si bien existió una administración por parte de las AFP, además del pago de seguros, debido a la declaratoria de ineficacia, todos los recursos deben trasladarse a la administradora correspondiente, que será responsable del reconocimiento de las eventuales pensiones. Estas sumas repercutirán en la conformación del derecho pensional, teniendo en cuenta que el RPM es un fondo común al cual ingresan de forma indistinta los recursos.

vii) Así, esta corporación reconoce que, a pesar de la administración realizada por las AFP y los pagos de seguros, como resultado de la declaración de ineficacia, todos los recursos deben ser trasladados a la administradora que se encargará del reconocimiento de las posibles pensiones. Estas sumas afectarán la conformación del derecho pensional, teniendo en cuenta que el RPM es un fondo común al cual ingresan de forma indistinta los recursos de todos los afiliados, y a través del sistema de reparto intergeneracional se cubren las prestaciones causadas. Por lo tanto, los fondos deben realizar la devolución correspondiente a los períodos en los que la demandante estuvo afiliada (CSJ SL1688- 2019; CSJ SL12715-2014; CSJ SL 28479, 4 jun. 2008, CSJ SL 39347 y CSJ SL 8397, 5 jul. 1996. SL1688-2019, reiterada en las SL4360-2019 y SL 1055-2022).

Finalmente, con el fin de garantizar la sostenibilidad financiera del régimen de prima media, esta Sala de Decisión ordenaba que el monto trasladado no fuera inferior al

valor total del aporte legal correspondiente en caso de que el afiliado hubiera permanecido en dicho régimen. En ese caso, la AFP asumiría el pago de la diferencia, siguiendo el precedente establecido por la Corte Constitucional en las sentencias C 1024 de 2004, SU 062 DE 2010 y SU 130 de 2013, en relación con los casos de personas que regresan del RAIS al RPM. Sin embargo, tras un reexamen del asunto y basándose en el precedente establecido por la Sala de Casación Laboral en las sentencias SL 3202-2021, SL 2769- 2021, SL3708-2021, SL 3710-2021, SL 3706-2021, SL 3571-2021, SL 3709-2021 y SL 1055-22, se considera que lo apropiado para este fin es ordenar la devolución de dichas sumas debidamente indexadas y con cargo a los propios recursos de la AFP. Al momento de cumplir con estos conceptos, deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con un detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.”

### **COLPENSIONES:**

“Determinó el A-quo en el proceso, que las AFP PROTECCIÓN S.A. no le entregó al señor JOSE FELIPE CORREA QUINTERO asesoría clara, suficiente y precisa respecto de las características del RAIS, pues indicó que lo que es ineficaz es el acto inicial de traslado del Seguro Social al RAIS, y es los fondos privados a quienes le corresponde probar el deber de información y buen consejo dado al afiliado. Y en su lugar ordenó a COLPENSIONES recibir los dineros provenientes de la cuenta de ahorro individual de la demandante, a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, incorporar en su historia laboral las cotizaciones y se abstuvo de condenar en costas a Colpensiones.

No obstante lo anterior, no son de recibo las consideraciones presentadas por el Juez de primera instancia por cuanto la demandante al momento de presentar la demanda en el año 2021 contaba con 59 años de edad, situación jurídica que la deja inmersa dentro la prohibición legal de traslado consagrada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que señala: “...Después de un (1) año, de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren die (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Por otra parte debo señalar que el demandante en el desarrollo del proceso no demostró por ningún medio probatorio que ejerció de manera oportuna las acciones jurídicas tendientes a regresar al Régimen de Prima Media, que hizo uso del derecho de retracto, tampoco se trasladó dentro del año de gracia otorgado con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, no se trasladó antes de cumplir 52 años, y sin que sea

menos trascendente, se debe resaltar que el afiliado al sistema de pensiones, también debe cumplir con unas prácticas de protección al consumidor financiero del sistema general de pensiones, deberes del afiliado consagrado en el Decreto 2241 del 2010 que en su artículo 4 señala “... los consumidores financieros del sistema general de pensiones tendrán los siguientes deberes, en los que les sea pertinente: (...) Leer y revisar los términos y condiciones de los formatos de afiliación, así como diligenciar y firmar los mismos y cualquier otro documento que se requiera dentro del Sistema General de Pensiones, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 25 del Decreto 692 de 1994 y las normas que lo modifiquen o sustituyan”, el cual establece el Régimen de Protección al consumidor financiero, entre ellas, la demandante debió informarse de las características del Régimen pensional al cual se estaba afiliando, indagando sobre las condiciones generales, exclusiones, derechos, obligaciones emanadas de dicha afiliación y exigiendo explicaciones verbales o escritas necesarias y precisas que le posibiliten la toma de decisiones informadas; situación a la cual no hace referencia la demandante, quien con expresiones genéricas sobre la asesoría brindada por las AFP codemandada, pretendió acceder a lo solicitado sin cumplir con la carga probatoria que le impone el artículo 164 y 167 del Código General del Proceso.

Por último y en el caso de que se confirme la sentencia de primera instancia solicito señores magistrados se ordene a los fondos privados trasladar debidamente actualizado el saldo de la cuenta de ahorro individual, rendimientos, cuotas de administración, aportes al fondo de pensión de garantía mínima, y cuotas de seguro previsional, ello si se tiene que en sentencia ito que sirve de base para la declaratoria de ineficacia de traslado SL 81989 de 2008 se ordenó a los fondos de pensiones privados incluso con cargo a su propio patrimonio la devolución de la totalidad de la cotización.”

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

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

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

## 6. CONSIDERACIONES:

De conformidad con lo dispuesto el art. 10 y 14 de la Ley 1149 de 2007 además de resolverse el recurso de apelación de COLPENSIONES, se consultará la sentencia en favor de esta última entidad 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 del 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 el accionante, estando afiliado al régimen pensional de prima media administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, según historia laboral que reposa a folio 71 a 75 (Documento 02 del expediente digital), se afilió a la administradora del RAIS PROTECCIÓN S.A. el 10 de agosto de 1995, como se anota del formulario de afiliación a dicho fondo que reposa a folio 33 (Documento 02 del expediente digital) con efectividad al 1° de septiembre de 1995 como se advierte del formulario de SIAFP que milita a folio 90 del plenario (Documento 14 del expediente digital).

De otra parte, en este caso, si bien el demandante no es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por no contar para el 1° 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 1995 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, en el interrogatorio de parte que fue absuelto por el demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 018:55: del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento (documento 20 del expediente digital), no confiesa 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 manifiesta que se le haya ilustrado sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como lo son las características de uno y

otro régimen pensional, los requisitos para acceder a las prestaciones económicas en cada uno de ellos, la forma de liquidación de la mesada pensional en cada régimen, la oportunidad de trasladarse entre regímenes y entre administradoras y los términos para ello, entre otros aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

Ahora, para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción preimpresa sobre que el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que el traslado se realizó con pleno conocimiento informado, lo cual no probó la AFP 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 de la *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por el demandante en el año 1995 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, aspecto apelado por esta entidad, encuentra la Sala que, la orden impartida por la *a quo*, en principio se encuentra acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia, sin embargo no existe la debida precisión de los dineros a transferir, pues la decisión es algo confusa, pues no especifica a qué reaseguros se refiere, ni que la devolución es el 100% de la cotización, por lo que se precisa en esta instancia, que PROTECCIÓN S.A., debe devolver a Colpensiones 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, indexando el porcentaje de la cotización que no fue consignado en la cuenta de ahorro pensional del demandante, como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

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

En este orden de ideas, como lo dispone el art. 1746 del C.C., norma que regula las restituciones mutuas en el régimen de nulidades: *“La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”*.

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

*“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, 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 el actor 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 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 deban 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.

De otra parte, se afirma en la apelación de COLPENSIONES, que la declaración de ineficacia del traslado del demandante al RAIS y la reactivación de la afiliación al RPM, atenta contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano, pues le generaría una descapitalización infundada a COLPENSIONES, al estar obligada a soportar una carga financiera considerable.

Respecto del anterior argumento, se ha de manifestar, que para efecto de declarar la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, no es jurídicamente viable tener en cuenta el principio antes citado, pues, desde que el actor estuvo afiliado al RPM era beneficiario de las prerrogativas de este régimen pensional, conforme lo disponía la legislación, y por ello no es posible desconocer los derechos que tiene conforme las norma legales vigentes, so pretexto de someterse al principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano, pues a este principio el que se tiene que someter es el legislador al realizar las reformas pensionales, no que el juez para desconocer derechos ya legislados.

En cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN formulada por COLPENSIONES 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.

SIN COSTAS en esta instancia por haber prosperado parcialmente la apelación de COLPENSIONES.

## **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 15 de mayo de 2023 proferida por el JUZGADO DÉCIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso

ordinario laboral promovido por el señor José Felipe Correa Quintero contra **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.** PRECISANDO que PROTECCIÓN S.A., debe devolver a Colpensiones, la 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, indexando el porcentaje de la cotización que no fue consignado en la cuenta de ahorro pensional del demandante.

**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: **377cdf7b44759b5e6e53a25968b34226c7c8adb2273408fa0dd4d7cc99ab04be**

Documento generado en 29/09/2023 09:54:30 AM

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