



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA LABORAL

Medellín, 03 de noviembre de 2023

Radicado: 05001-31-05-003-2020-00405-01
Demandante: MARÍA EUGENÍA GUTIÉRREZ MACÍAS
Demandados: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Asunto: APELACIÓN DE SENTENCIA-CONSULTA.
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO ENTRE REGÍMENES

La Sala Sexta de decisión, presidida por la magistrada ponente **LILIANA MARIA CASTAÑEDA DUQUE**, e integrada por las magistradas **ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ Y ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ**, procede a emitir sentencia dentro del proceso ordinario laboral de la referencia; decisión que se emite en forma escrita atendiendo a las disposiciones del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Acreditados los presupuestos procesales y sin que se evidencien causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a emitir la presente decisión.

1. ANTECEDENTES.

De la demanda presentada.¹

Lo pretendido por la actora en su demanda es que se declare la nulidad por vicio en el consentimiento del acto de traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS- y como consecuencia de ello, se ordene su regreso sin

¹ 01PrimerInstancia. Archivo 03 del expediente digital.

solución de continuidad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM-.

Como fundamento a esta solicitud, manifestó la actora que nació el 19 de agosto de 1965 y que para la fecha de presentación de la demanda contaba con 55 años. Indicó más adelante que su primera afiliación al sistema pensional se dio en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida en el mes de julio de 1990.

Posteriormente afirmó que para el **año 2000** se trasladó de régimen de pensiones, esto es, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, éste último administrado por **PROTECCIÓN S.A.** al cual viene afiliada actualmente. Agrega la actora que no obtuvo información sobre su caso en particular por parte de la administradora de pensiones privada demandada, ni las consecuencias que tendría su traslado al RAIS.

De la respuesta a la demanda.

Por parte de Colpensiones.²

La entidad al momento de dar respuesta a la demanda se opuso a las pretensiones, manifestando que, si bien era cierto que la demandante se había afiliado al RPM, no le constaba las circunstancias de tiempo, modo y lugar que motivaron el traslado de régimen pensional.

Por parte de PROTECCIÓN S.A.³

Esta administradora de pensiones al momento de dar respuesta a la demanda se opuso a la totalidad de las pretensiones, manifestando que le brindó a la demandante una información clara, oportuna, comprensible y cierta, que para tal

² 01PrimeraInstancia. Archivo 13 del expediente digital.

³ 01PrimeraInstancia. Archivo 17 del expediente digital.

efecto ésta suscribió un formulario de forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación.

De la sentencia de primera instancia.⁴

En sentencia de primera instancia el día 07 de febrero de 2023 el JUZGADO TERCERO (3°) LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, declaró que la AFP PROTECCIÓN S.A. incumplió con el deber de diligencia y buen consejo al no darle a la demandante información veraz y oportuna al momento de realizar su traslado al RAIS; adicionalmente declaró que dichas AFP le ocasionaron un grave perjuicio en el momento que ésta cumplió los 57 años, al encontrar una gran diferencia en la eventual mesada pensional que percibiría.

Declaró la responsabilidad constitucional y profesional de la demandada en el daño o perjuicio de su mesada pensional, por ende, declaró la inaplicación constitucional sobre los efectos jurídicos del acto de traslado realizado por la demandante al RAIS, declarando que ésta sigue inmersa en el RPMPD pero a cargo de la demandada.

Consecuencialmente ordenó que PROTECCIÓN SA debería dentro del mes siguiente a que la demandante lo solicite por escrito le reconozca, liquide y pague la pensión de vejez, al afirmar que ésta ya tiene los requisitos para disfrutar de esa prestación.

Consecuencia de esto, condenó a la AFP PROTECCIÓN a reconocer y pagar pensión de vejez a la parte actora bajo los presupuestos del régimen de prima media, hasta tanto realice el pago de un cálculo actuarial con destino a COLPENSIONES, con miras a obtener una subrogación pensional.

⁴ 01PrimeraInstancia. Archivo 41 del expediente digital.

Ordenó en ese mismo sentido a Colpensiones emitir y recibir el respectivo cálculo actuarial a la vez que ordenó el reconocimiento de la pensión de vejez al demandante.

Finalmente condenó en costas a la AFP PROTECCIÓN SA indicando como agencias en derecho la suma de \$4.640.000 en favor de la parte actora.

2. DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Recurso de Apelación presentado por AFP PROTECCIÓN S.A.⁵

La apoderada de la parte demandada presentó recurso de apelación en contra de la decisión adoptada por el JUZGADO TERCERO (3°) LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN con la finalidad de que sea revocada totalmente, soportado en los siguientes puntos:

Se opone a que se ordene a la administradora privada no solo pagar un cálculo actuarial con destino a COLPENSIONES con miras a obtener una subrogación pensional, sino además a realizar el reconocimiento de la pensión de vejez bajo la normativa del RPMPD.

Para el efecto considera que dicha orden resulta extralimitada y transgrede la regulación normativa de los regímenes pensionales al ordenar pagar una pensión de vejez con recursos del RAIS bajo los parámetros del RPMPD resaltando incluso que prestación no fue solicitada en la demanda.

Afirmó que en caso de confirmarse la declaración de ineficacia la consecuencia debe ordenarse el restablecimiento de las cosas al estado previo de la celebración del acto jurídico y no el pago de un cálculo actuarial.

⁵ 01PrimeraInstancia.Archivo 28. De 2:19:06 a 2:26:02.

Finalmente expuso que en caso de declarar probado la existencia de alguna clase de perjuicio los mismos se encuentran prescritos por haber transcurrido más de 3 años del traslado de régimen pensional.

Por parte de Colpensiones⁶.

La apoderada de esta entidad igualmente presentó recurso de apelación en contra de la sentencia emitida en primera instancia, exponiendo no estar conforme con las ordenes allí emitidas frente a la liquidación del cálculo actuarial al no contar con los elementos tecnológicos e información necesaria para la elaboración del mismo con la finalidad de obtener una subrogación pensional, afirmando que dicho trámite solo se da cuando existe un empleador que incumplió con el pago de los aportes a pensión y el riesgo se encuentra asumido en su totalidad por éste.

Concluyó que no existe mérito para la declaratoria de ineficacia de traslado al considerar que la actora se afilió al RAIS de manera libre y voluntaria, lo que impide acceder a las pretensiones de la demanda y en caso de confirmar tal decisión solicitó se acople la misma a la jurisprudencia vigente y se trasladen todos los conceptos derivados de la afiliación de la demandante a PROTECCIÓN S.A. debidamente indexados.

Al ser igualmente una sentencia adversa a los intereses de COLPENSIONES, esta Sala conocerá en el Grado Jurisdiccional de Consulta en lo que respecta a esa entidad.

De recurso de apelación presentado por la demandante⁷.

Finalmente el apoderado de la parte actora presentó recurso de apelación contra la providencia de primera instancia con la finalidad de que se declare la ineficacia de traslado del régimen de pensional y consecuentemente se disponga que

⁶ 01PrimeraInstancia.Archivo 28. De 2:26:12 a 2:31:10.

⁷ 01PrimeraInstancia.Archivo 28. De 2:31:31 a 2:33:24.

PROTECCIÓN debe resarcir todos los daños ocasionado a COLPENSIONES trasladando todas las sumas de dinero debidamente indexadas a esa entidad.

3. ALEGATOS

Concedido el término que establecía el artículo 13 la Ley 2213 de 2022 el apoderado de la parte demandante presentó alegatos de conclusión con la finalidad de que se ratificara la sentencia de primera instancia, al considerar que se cumplían con todos los presupuestos legales y jurisprudenciales para que se declarara la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional.

4. CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

De acuerdo con las pruebas aportadas al proceso, en el presente evento se encuentra por fuera de discusión los siguientes hechos:

- 1) Que la señora **GUTIÉRREZ MACÍAS** estuvo afiliada al extinto ISS y presentó solicitud de traslado al RAIS a través de la AFP PROTECCIÓN en el mes de septiembre de 2000⁸.
- 2) Que la demandante presentó solicitud de traslado de régimen pensional a COLPENSIONES y dicha entidad negó dicha petición mediante comunicado de fecha 30 de julio de 2020⁹.

Estudiando el expediente producto del recurso de apelación presentado por todas las partes en contra de la sentencia de primera instancia e igualmente ante el estudio del grado jurisdiccional de Consulta concedido en favor de COLPENSIONES, se debe señalar que al perseguirse dentro de la demanda la ineficacia de traslado pensional implica realizar un análisis de las condiciones que rodearon el traslado de régimen pensional del **RPM al RAIS** y verificar si en aquél

⁸ 01PrimeraInstancia. Folio 38 archivo 17 expediente digital

⁹ 01PrimeraInstancia. Folio 6 a 8 archivo 4 expediente digital

acto de traslado existió una indebida asesoría a la demandante por parte de la administradora de pensiones privada, de manera que si se acredita un vicio en el consentimiento del afiliado traducido en su desconocimiento de las condiciones pensionales del régimen al cual se trasladaba, por omisión de la información por parte del fondo en cuestión, se debe declarar la ineficacia del acto de traslado y finalmente analizar la consecuencia jurídica que debe ser aplicada al caso en concreto.

A. LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN PENSIONAL DEBE SER LIBRE Y VOLUNTARIA

Con la creación del Sistema General de Pensiones establecido en la Ley 100 de 1993, la finalidad principal fue la de crear un sistema pensional uniforme, independientemente de la naturaleza del vínculo laboral del afiliado en armonía con la pauta Constitucional del artículo 48 en el cual la seguridad social se garantiza a todos los habitantes del territorio nacional en condiciones de igualdad.

La Ley 100 de 1993 incorporó en el sistema pensional dos regímenes solidarios que coexisten, pero excluyentes entre sí como lo son el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, al cual las personas se pueden afiliar en condición de libertad dependiendo de la conveniencia que en su caso personal tenga uno u otro¹⁰.

En relación con la permanencia mínima del afiliado en el régimen pensional seleccionado dispuso el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

¹⁰ Decreto 692 de 1994. Artículo 3. "**Selección de Régimen pensional.** A partir del 1° de abril de 1994, los afiliados al Sistema General de Pensiones previsto en la ley 100 de 1993, podrán seleccionar cualquiera de los dos regímenes que lo componen. En consecuencia deberán seleccionar uno de los siguientes regímenes:

a) Régimen solidario de prima media con prestación definida;

b) Régimen de ahorro individual con solidaridad.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la ley 100 de 1993, ninguna persona podrá estar simultáneamente afiliado a los dos regímenes del Sistema."

“ARTÍCULO 13. Características del Sistema General de Pensiones. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

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

Si bien es cierto que dicha norma consagra una prohibición legal, no implica que la misma sea total ni absoluta, toda vez que siempre debe analizarse el momento del traslado de régimen pensional, para verificar si el mismo fue libre y voluntario, esto es, precedido de una información completa en la que sean explicadas y abordadas las implicaciones que conlleva esa decisión.

El objeto del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones es proteger a las personas frente a los riesgos de invalidez, vejez y muerte, pues de presentarse éstos comportan la afectación de los ingresos de la persona y/o de su núcleo familiar, generando una vulneración en los derechos fundamentales del afiliado o beneficiario de forma directa o por conexidad.

Por lo anterior resulta cardinal la elección del régimen pensional que responda a las necesidades y perfil de cada afiliado, siendo vital el papel desempeñado por las administradoras de pensiones en la información que suministran previa a su elección, en la gestión y acompañamiento que brinden al afiliado en el transcurso del trayecto pensional, así como en la fase de la definición de un derecho pensional. Por ello, para el afiliado, quien en la mayoría de los casos es lego en la materia, es trascendental esa información que suministre en la antesala de la afiliación la administradora de pensiones, de forma que el afiliado deposita toda su confianza en esta entidad, quien tiene el deber legal de asesorarlo plenamente, como quiera que dicha decisión tiene implicaciones a corto, mediano y largo plazo sobre su futuro pensional.

Todo ello explica el porqué es importante la elección de régimen pensional, siendo el acto jurídico de afiliación o de traslado un asunto crítico y que debe estar revestido de la información suficiente, deber de orden legal que recae en las administradoras de pensiones en virtud de los artículos 20, 48, 53, 78 y 335 de la Constitución Política de Colombia, el Decreto 663 de 1993 y Decreto 720 de 1994¹¹.

Del mismo modo el literal B del artículo 13¹² y 271¹³ de la Ley 100 de 1993 prescribe el derecho de todo afiliado al SGP para que la elección de régimen pensional sea libre y voluntaria, la cual sólo se predica cuando el acto fue suficientemente informado, consentimiento que cuando no es perfeccionado comporta indefectiblemente a que el acto no produzca efectos, esto es, se reputa ineficaz.

Ese deber de información se encuentra establecido en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico Financiero), los artículos 4, 14, 15 y 17 del Decreto 656 de 1994, así como en los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994,

¹¹ Decreto 663 de 1993. "Artículo 97. Numeral 1. Texto original. Las entidades vigiladas deben 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." después a través del artículo 23 de la Ley 797 de 2003 de mantuvo este deber de información a los usuarios. Y se modificó los siguientes aspectos para profundizar aún más en este deber. El nuevo texto es el siguiente: "Las entidades vigiladas deben 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 y poder tomar decisiones informadas.

En tal sentido, no está sujeta a reserva la información correspondiente a los activos y al patrimonio de las entidades vigiladas, sin perjuicio del deber de sigilo que estas tienen sobre la información recibida de sus clientes y usuarios."

¹² "ARTÍCULO 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características: b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley."

¹³ "ARTÍCULO 271. SANCIONES PARA EL EMPLEADOR. El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador. El Gobierno Nacional reglamentará los mecanismos para el control del pago de cotizaciones de los trabajadores migrantes o estacionales, con contrato a término fijo o con contrato por prestación de servicios."

los que en suma implican para las administradoras de fondos de pensiones la obligación de: i. Estudiar el caso concreto de cada afiliado, ii. Informarle como buen experto y profesional en la materia, las condiciones favorables y desfavorables de la operación que se va a surtir, iii. acompañarlo en todo su trayecto pensional como un buen asesor a su consumidor financiero e, inclusive ha llegado la legislación a exigirles iv. Hacer un estudio comparativo con el régimen del cual proviene y al cual se dirige, es decir, todas estas normas enmarcadas en el deber de orientar al afiliado sobre las disposiciones del SGP y del régimen pensional al cual se aspira pertenecer.

Para la Sala, la elección y traslado de régimen pensional es un asunto significativo en la historia pensional de un afiliado, el deber de prevenir y precaver dichas circunstancias recae sobre el asesor profesional de la AFP, asimilando la asesoría del fondo de pensiones a un consentimiento plenamente informado, de manera que si no se brinda de forma que le permita definir claramente su expectativa pensional, el mismo no se encuentra perfeccionado.

Este asunto ha sido ampliamente abordado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, creando un precedente de hace más de quince años sobre la materia, el cual se mantienen pacífico y por el contrario en cada pronunciamiento que emite la Corporación aumenta el grado de PROTECCIÓN sobre los afiliados del SGP.

B. PRECEDENTE JUDICIAL DE LA SALA LABORAL CSJ Y LAS SUBREGLAS ESTABLECIDAS

La posición asumida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en torno a los a los cientos de procesos que se han abordado su estudio buscando la nulidad o ineficacia del acto de traslado pensional ha sido unánime en indicar que la falta o la indebida asesoría por parte de las administradoras de pensiones al

momento de la elección o traslado del régimen pensiones implica la ineficacia de dicho acto.

Así lo sostuvo desde la sentencia hito en la línea jurisprudencial con la sentencia Radicación 31989 de 2008 determinando en esa providencia que las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría entre un administrador experto y un afiliado lego. En ese momento explicaba la Corte que la consecuencia de tal incumplimiento era la declaratoria de la **nulidad del acto jurídico de traslado**, independientemente del estatus pensional de la demandante¹⁴.

Para el año 2014 la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia varió su postura reafirmando el criterio asentado en la sentencia con radicado N° 31.989 del año 2008 en cuanto al deber que le asiste a las administradoras de pensiones de suministrar la información suficiente, adecuada y necesaria para este tipo de acto, pero varió la consecuencia jurídica asumiendo que el acto no era nulo sino ineficaz¹⁵.

Desde entonces y con el paso del tiempo esta línea jurisprudencial se ha mantenido pacífica y se han establecido subreglas para la subsunción judicial, en las que claramente denota la posición que asume el órgano de cierre de esta especialidad en cuanto al respeto a los cánones legales y el derecho a la selección libre y voluntaria que tienen los afiliados al SGP.

C. SUBREGLAS DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¹⁴ Ver sentencias Radicación 33083 y 31314 de 2011.

¹⁵ Ver sentencias SL 12136 de 2014, SL- 9519 de 2015, SL 19447 de 2017, SL 17595 de 2017, SL-2372 de 2018.

Frente a cada una de las argumentaciones que se han vertido en los innumerables casos que ha conocido esta Corporación la Corte ha establecido unas pautas claras a tener en cuenta:

- **SOBRE LA VALIDEZ DEL FORMULARIO DE AFILIACIÓN:** Ha dicho la SL de la CSJ que el deber de información es ineludible, por lo que el simple consentimiento vertido en un formulario de afiliación resulta insuficiente¹⁶.
- **SOBRE EL ORIGEN DEL DEBER DE INFORMACIÓN:** Destaca que el deber de información cada vez involucra un mayor nivel de exigencia a medida que se genera una conciencia de las implicaciones, derechos y deberes que implica la afiliación al sistema general de pensiones, identificando 3 etapas de acuerdo a la normativa vigente que regula y desarrolla este tema¹⁷.

Etapas acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

- **INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA:** Dentro de los procesos de ineficacia de traslado, la persona alega en su demanda que no recibió la

¹⁶ Ver sentencia SL-19447 de 2017.
¹⁷ Ver sentencias SL-1452 de 2019, SL 1688 de 2019.

información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información de manera completa, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en una mejor posición de hacerlo.

Postulado que se compagina con los principios de justicia y buena fe, el cual se concreta en la institución de la carga dinámica de la prueba, en la medida que las administradoras de fondos de pensiones que afirman que sí brindaron una información suficiente, cuentan también con unas mejores condiciones para demostrarlo¹⁸.

- TRASLADOS HORIZONTALES EN EL RAIS: El hecho de que una persona se haya trasladado varias veces al interior del RAIS no exime a cada administradora de pensiones de darle la información sobre los efectos y consecuencias de dicho traslado. Por tanto, brindar información a los afiliados, es un deber en cabeza de las administradoras de pensiones, que se mantiene en el tiempo y no se diluye con traslados horizontales en el mismo régimen¹⁹.
- IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN TENDIENTE A DECLARAR LA INEFICACIA DE UN ACTO JURÍDICO: Teniendo presente que los hechos y estados jurídicos no prescriben, a diferencia de los hechos y obligaciones que con consecuencia de esa declaración la Sala ha adoctrinado que estas acciones son imprescriptibles. Por tanto, al declararse la ineficacia de traslado pensional, las implicaciones que genera tal orden, tampoco tienen vocación de prescribir pues precisamente el pronunciamiento judicial

¹⁸ Ver sentencias SL 4803 de 2021, SL1688-2019.

¹⁹ Ver sentencias SL-3349 de 2021, SI 1008 de 2021.

busca restablecer las cosas, al estado que se encontraban antes de la celebración del acto jurídico²⁰.

- LA INEFICIA DEL ACTO DE TRASLADO SE DECLARA A PESAR DE NO TENER EL AFILIADO RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL: También ha sostenido la SL de la CSJ que radica en la AFP el deber de brindar una información oportuna y adecuada a los afiliados, independientemente de si las personas son beneficiarias del régimen de transición o no, o si están próximas a adquirir el status pensional o si se están próximas a adquirir requisitos para pensionarse, esto debido a que la omisión del deber de información se predica frente a la validez o no del acto jurídico de traslado o incluso de la afiliación²¹.
- INEFICACIA DEL ACTO DE TRASLADO EN SITUACIÓN DE PENSIONADO DEL RAIS: Finalmente, para esa corporación judicial si se acreditaba la falta de información a la hora de materializar el acto de traslado de régimen pensional, no era relevante si se encontraba ante un afiliado o pensionado del RAIS pues la declaratoria judicial buscaba devolver las cosas al estado anterior. Empero tal postura fue replanteada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en el año 2021 al considerar que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, el cual no es razonable revertir o retrotraer, pues ello daría lugar a disfuncionalidades que afectarían a varias personas, entidades, actos, relaciones jurídicas y por tanto, derechos obligaciones e intereses de terceros en todo el sistema pensional. Por esta razón, y como ha venido siendo aceptado por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín dichas pretensiones son improcedentes, por las implicaciones que acarrea tal declaración.

²⁰ Ver sentencias SL-1688 de 2019 SL-1689 de 2019, SL 361-2019, SL 1421 de 2019, SL-4426 de 2019, SL 4360 de 2019, SL 373 de 2021.

²¹ Ver sentencias SL 1688 de 2019 y SL 373 de 2020.

En su lugar, para este tipo de reclamaciones judiciales se dejó dispuesto por parte del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, la posibilidad de que la demandante dirija su acción pretendiendo la indemnización total de perjuicios a cargo las AFPS involucradas²².

- **SOBRE LOS EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DE TRASLADO:** acreditada la falta de información por parte del fondo de pensiones, la declaración de ineficacia del acto jurídico del traslado devuelve al afiliado indebidamente trasladado al régimen pensional al que se encontraba inicialmente vinculado, sin que haya lugar a entender que medió solución de continuidad sobre dicha afiliación, esto es, la afiliación al régimen válidamente seleccionado no se entiende interrumpida por el traslado anulado.

La administradora que indujo en error al afiliado para trasladarlo al régimen de ahorro individual, tiene la obligación de devolver al régimen de prima media el 100% de los aportes efectuados por el afiliado, asumiendo a su cargo los deterioros que éstos hubieren sufrido.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia señaló que es la administradora de pensiones la que debe devolver al sistema la totalidad de los valores que haya recibido en razón de la afiliación, *“como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses”*, como los dispone el artículo 1746 del Código Civil colombiano, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado²³.

La orden de reintegro de valores recibido incluye los gastos o comisiones de administración²⁴, así como los porcentajes destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores dispuestos para los seguros previsionales³⁶ con cargo a sus propias utilidades.

²² Ver sentencias SL- 373 de 2021, Sala Laboral TSM en sentencia del 14 de agosto de 2019 en proceso con radicado 05001 31 05 007 2015 01295 01.

²³ Ver sentencias SL1688 de 2019, 3464 de 2019, SL 4360 de 2019, SL-2877 de 2020, SL- 3871 de 2021, SL 4803 de 2021.

²⁴ Ver sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020, SL373-2021

Adicionalmente, de conformidad con el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, que consagra que los errores, infracciones u omisiones que perjudiquen a los afiliados, serán responsabilidad de las administradoras de fondos de pensiones; será ésta quien deba asumir el deterioro del bien administrado (mermas en el capital, pago de mesadas pensionales y gastos de administración) y deberá regresar todos los valores que hubiere recibido con frutos e intereses.

5. DEL CASO EN CONCRETO

De acuerdo con el análisis que se viene realizando, resulta necesario por parte de la Sala abordar el fundamento de la sentencia de primera instancia al darse por acreditado, que a la demandante no se le brindó una suficiente asesoría al momento de efectuar su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, así como las consecuencias impuestas en dicha providencia como lo es el pago de un cálculo actuarial con miras a obtener una subrogación pensional.

Destaca la Sala del interrogatorio de parte agotado en la audiencia de trámite y juzgamiento²⁵ los siguientes puntos relevantes, que tienen incidencia dentro del problema jurídico planteado así:

1. Inició su declaración afirmando que es Tecnóloga en Sistemas desempeñándose actualmente como comunicadora para la empresa Asociados Estaciones de Servicio de Colombia.
2. Frente a su traslado al RAIS manifestó que fue asesorada por una trabajadora de PROTECCIÓN quien les contó que el Seguro Social se iba acabar y ésta le pidió que le informara cuál era su salario y edad realizando

²⁵ 01PrimeraInstancia.Archivo 41. Del minuto 9:19 a 15:15 y de 30:54 a 51:21.

una proyección de su mesada pensional entre \$2.800.0000 a \$3.000.0000 para la fecha en que iba a cumplir 57 años.

3. Indicó que esa asesoría fue de carácter grupal con otros compañeros de su trabajo, quienes también optaron por trasladarse a ese fondo de pensiones.
4. Señaló que el motivo por el cual pretende regresar al RPMPD es porque PROTECCIÓN le informó que su mesada real sería cercana a \$1.200.000 por lo que considera que se sintió engañada.
5. Expuso que no le fue informada por parte de PROTECCIÓN que sus aportes irían a una cuenta de ahorro individual, ni que su pensión podría ser heredable, ni que sucedería con las semanas cotizadas a favor de COLPENSIONES.

Igualmente, se le recibió declaración a la representante legal de PROTECCIÓN²⁶ quien afirmó lo siguiente:

1. Al ser indagada frente al cumplimiento del deber de información de esa AFP, expuso que en el caso de la demandante existe una constancia de validación de asesoría en la que ésta afirmó que conocía su situación pensional además de indicar cuál era la condición que tenía para su bono o régimen de transición entre otras circunstancias.
2. Indicó que no tenía certeza si a la demandante en efecto se le había realizado una llamada o enviado algún documento antes de cumplir los 47 años.

Para esta Sala las afirmaciones realizadas por la demandante al momento del agotarse el interrogatorio de parte, no tienen la suficiente fuerza probatoria para constituirse en confesiones provocadas o espontáneas²⁷; pues lejos de afirmarse que la asesoría brindada al momento de trasladarse fue clara, veraz y oportuna;

²⁶ 01PrimeraInstancia.Archivo 41. Del minuto 15:27 a 20:13

²⁷ Artículo 191 del Código General del Proceso.

siempre se realizó un constante cuestionamiento sobre la escasa o nula información brindada por la administradora de pensiones privada, siendo enfática que se sintió engañada ante el mejoramiento de la pensión.

Se logra concluir por parte de la Sala que el traslado que realizó la hoy demandante no se dio de manera libre y voluntaria, pues se desconoció para ese momento las implicaciones de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, al no haberse realizado ningún acompañamiento por parte de la administradora de pensiones privada o por lo menos que se haya acreditado en este proceso.

Sobre este punto, destaca la Sala que no se ahondó por parte de PROTECCIÓN S.A. dentro del presente proceso, pues confrontado dicho interrogatorio con la documental obrante en el expediente; no se logra comprobar por parte de esa administradora de pensiones que haya realizado una asesoría en debida forma a la señora **MARÍA EUGENIA GUTIÉRREZ MACÍAS**, con suficiente conocimiento, claridad y veracidad de las implicaciones de su traslado pensional; como quiera que es esta parte quien tiene la carga de la prueba en este tipo de procesos, por encontrarse en una mejor posición probatoria, y su defensa carece de soporte probatorio en este sentido.

Por lo que concluye la Sala con estas situaciones que la gestión particular y oportuna por parte de ese fondo de pensiones privado frente a sus condiciones pensionales de la hoy demandante, fue poca o nula.

Ahora, el hecho de que la actora haya suscrito un formulario de afiliación, de acuerdo a la jurisprudencia traída a colación por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no tiene ningún tipo de incidencia toda vez que la falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, toda vez la simple rúbrica o autorización en una pre-

forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021).

En igual sentido tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual o el movimiento entre administradoras de este sistema, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público.

Así las cosas, concluye esta corporación que la decisión de traslado entre regímenes realizada por la señora Gutiérrez Macías, no se fundamentó en una correcta información sobre sus propias condiciones, las derivaciones nocivas que implicaría ese acto jurídico, y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó el traslado pensional.

Irregularidades que llevan a esta Sala **CONFIRMAR** la decisión emitida por el la A-quo, frente a la declaratoria de ineficacia de traslado realizada por la señora **MARÍA EUGENIA GUTIÉRREZ MACÍAS**, sin embargo, sobre las restantes ordenes emitidas por el Juez de primera instancia, se considera que las mismas deben ser revocadas.

Sobre los efectos de la declaratoria de ineficacia, debe indicarse que la misma conlleva a que el acto jurídico cuestionado no produce efectos, por tanto, no puede excluirse rubros percibidos por las administradoras privadas producto de la afiliación realizada por la demandante, pues sería restarle valor a la declaratoria de ineficacia esto de conformidad a lo expuesto en sentencia **SL-950 de 2022** por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Considera la Sala que ordenar a la **AFP PROTECCIÓN** que reconozca una pensión de vejez bajo los lineamientos del régimen de prima media, permitir el recobro a junto con el consecuencial pago de un cálculo actuarial con miras a que **COLPENSIONES** se subroge de obligación de pagar esa prestación pensional no resulta procedente; en primer lugar porque esas órdenes consecuenciales no son el efecto de la ineficacia de un acto jurídico, pues lo correlativo a esa declaración, es que el acto es inexistente por lo que las cosas vuelven al estado previo a su celebración.

Adicionalmente, de mantenerse la orden de primera instancia en los términos expuestos, desconocería no solo la incompatibilidad legal entre el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad frente al Régimen de Prima Media con Prestación definida²⁸, sino además del principio de inescindibilidad de la norma, pues generaría la incorporación de presupuestos normativos de un régimen pensional en otro para el reconocimiento de una pensión de vejez, situación que no está prevista en la Ley.

Finalmente, la figura del cálculo actuarial tiene como esencia la subsanación de una ausencia de afiliación o vinculación por parte del empleador²⁹, situación que no es la presente, pues hablamos de la permanencia de la afiliación de una persona, cuya única pretensión es la variación del régimen pensional al que se encuentra afiliada; sin que haya sido objeto de debate en este proceso el reconocimiento de una eventual mesada pensional, y menos aún su financiamiento.

Así las cosas, atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que determina las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado de la señora **MARÍA EUGENIA**

²⁸ Ley 100 de 1993. Artículos 13 y 16.

²⁹ Ibídem. Artículos 22, 23 33. Decreto 1296 de 2022 Artículo 2.2.8.11.1 y siguientes.

GUTIÉRREZ MACÍAS al RAIS, pero serán modificadas las órdenes consecuenciales, así:

Se ordenará a la **AFP PROTECCIÓN SA** que en un término no superior a 30 días desde la ejecutoria de esta providencia, retornar los recursos provenientes de la afiliación al RAIS de la actora, que se componen de los montos depositados en las cuentas de ahorro individual con sus rendimiento, además de las cuotas de administración, los porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, cuotas para el cubrimiento de los seguros previsionales, dineros que deberán estar indexados; descuentos que si bien en su momento tenían un fundamento legal, en el presente evento se quedan sin sustento en tanto el acto jurídico de traslado al RAIS no fue eficaz.

La devolución de estos dineros obedece al principio de sostenibilidad financiera a fin de evitar un detrimento patrimonial al fondo público, siendo Colpensiones quien reconocerá las eventuales prestaciones a que tenga derecho la accionante, por tanto, operará bajo la devolución de la totalidad de recursos captados de la actora, al igual que los rendimientos que estos generaron, más la indexación de los rubros correspondientes a gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a los recursos propios de la **AFP PROTECCIÓN**.

Una vez sean trasladados los recursos por parte de la AFP del RAIS accionada corresponde a Colpensiones recibir los dineros con el fin de que se vean reflejados en la historia laboral de la demandante como semanas de cotización imputadas a los periodos que fueron reportados en el RAIS y de acuerdo al IBC de aporte, las que habrán de tenerse como válidas para el reconocimiento de las prestaciones del sistema pensional a que haya lugar.

En síntesis, se declara la ineficacia de la afiliación al RAIS, con la consecuente devolución de la totalidad de los valores que PROTECCIÓN SA recibió con motivo de la afiliación de la demandante, más sus rendimientos e indexación, como ya se indicó.

Ahora en ***cuanto al reconocimiento de la pensión de vejez*** que dispuso el A quo, debe tenerse presente que el fallador de instancia, pese a tener amplias facultades de dirección del trámite y potestad de decisión extra y ultra petita, estas han de guardar equilibrio y respeto con el derecho al debido proceso y derecho de defensa, en tanto la sentencia habrá de responder a las súplicas, argumentos de defensa y aspectos demostrados en el trámite.

Es así que la Corte Constitucional tras advertir que las facultades extra y ultra petita comporta una atenuación del rigor del postulado de consonancia de la sentencia emitida por el juez del trabajo, en razón a los aspectos debatidos, esto es prerrogativas y beneficios mínimos con carácter irrenunciable, reseñó que tal poder no es absoluto en tanto se limita a los hechos debatido y probados dentro del proceso con la plenitud de las formas legales.³⁰

Premisas estas que llevadas al caso concreto develan que el fallador de instancia excedió los factores de competencia y emitió condenas que superaban los aspectos pedidos por la activa, determinados en la fijación del litigio y frente a los cuales se ejerció el derecho de defensa y actividad probatoria, en tanto el reconocimiento pensional nunca fue peticionado respecto a ninguna de las administradoras de pensiones accionadas.

Así las cosas, será revocada la condena que respecto al reconocimiento pensional emitió el fallador de instancia, decisión que no comporta la negativa de tal prestación y por el contrario permite que frente a una eventual reclamación en

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-662 de 1998.

este aspecto, quede abierta la posibilidad para que sus elementos y factores de configuración, tales como fecha de causación y disfrute, monto, entre otros, puedan ser pedidos administrativamente y cuestionados en esta misma vía y aun a través de un proceso judicial con pleno apego a las reglas y garantías pertinente por la parte actora.

COSTAS: Costas como dispuso el A-quo en su sentencia. Sin Costas en esta instancia por haber salido avante de manera parcial el recurso de apelación presentado por todas las partes.

6. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, decide:

PRIMERO: Se **CONFIRMA** la sentencia emitida por el Juzgado Tercero (3°) Laboral del Circuito de Medellín de fecha 07 de febrero de 2023, en cuanto a declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional al RAIS realizada por la señora **MARÍA EUGENIA GUTIÉRREZ MACÍAS**.

SEGUNDO: Se **REVOCAN** los numerales Segundo, Tercero, Quinto, Sexto, Séptimo, Octavo, Noveno, Décimo de la providencia ya referenciada, para en su lugar determinar lo siguiente:

- **ORDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A.** que en un término no superior a 30 días desde la ejecutoria de esta providencia, debe trasladar a COLPENSIONES en caso de que no lo hayan realizado, la totalidad del capital ahorrado por la demandante junto con los respectivos rendimientos financieros, también retornará con la debida indexación las cuotas de

administración, los porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, cuotas para el cubrimiento de los seguros previsionales para el reaseguramiento de las contingencias de invalidez y sobreviviente. en proporción al tiempo de vigencia de la afiliación a esa administradora de pensiones.

Al momento de cumplir esta orden los conceptos trasladados deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

- **ORDENAR a COLPENSIONES** que una vez sean trasladados los recursos por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones del RAIS accionada deberá recibir los dineros con el fin de que se vean reflejados en la historia laboral del accionante como semanas de cotización imputadas a los periodos que fueron reportados en el RAIS y de acuerdo con el IBC de aporte, las que habrán de tenerse como válidas para el reconocimiento de las prestaciones del sistema pensional a que haya lugar.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Se ordena la notificación mediante EDICTO y vencido el término se ordena devolver el expediente al Juzgado de origen. Se termina la audiencia y en constancia se firma por quienes intervinieron.

Las Magistradas,


LILIANA MARÍA CASTAÑEDA DUQUE



ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ