



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA LABORAL

Medellín, abril 18 de 2024

Radicado: 05001-31-05-003-2019-00468-01
Demandante: ANALIDA DEL SOCORRO RIOS RESTREPO
Demandados: COLPENSIONES, Y LA AFP PROTECCIÓN
Tema: INEFICACIA DE AFILIACIÓN

La Sala Quinta de decisión, presidida por el magistrado ponente **DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN**, e integrada por las magistradas **LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE Y SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE** y procede a emitir sentencia dentro del proceso ordinario laboral de la referencia; estado acreditados los presupuestos procesales y sin que se evidencien causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a emitir la presente decisión.

ANTECEDENTES.

Pretende la actora la declaratoria de la ineficacia de la afiliación efectuada en el RAIS a través de la AFP PROTECCIÓN SA y como consecuencia se establezca que su vinculación a COLPENSIONES ha pervivido, para lo cual la AFP accionada habrá de trasladar en favor de Colpensiones el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros.

Para fundamentar lo pedido, expuso que nació el 6 de mayo de 1963 que se afilió al extinto ISS el 23 de enero de 1990, trasladándose a la AFP Protección a partir del ciclo de octubre de 1994 bajo la promesa de adquirir la pensión con mejor rentabilidad, además de estar a salvo de la inminente quiebra del régimen público

pensional, empero no se le explicaron las condiciones para beneficiarse de la mejor pensión.

En respuesta a la demanda la **AFP Protección** se opuso a la prosperidad de las pretensiones indicando que la actora recibió la asesoría pertinente previo al traslado de régimen dejando constancia de ello en el formulario de afiliación, además, se brindó reasesoría el 28 de abril de 2010 donde se le puso de presente la inconveniencia económica de permanecer en el RAIS y se le advirtió que contaba hasta el 4 de mayo de 2010 para retornar a RPM ¹

A su turno Colpensiones explicó que actora se afilió al extinto ISS el 23 de enero de 1990 y señaló ser ajeno a las irregularidades que expone la actora al no haber participado en la afiliación al RAIS por tanto carece de legitimación en la causa por pasiva, sin que le sean oponibles las consecuencias del obrar de la AFP Protección En lo atinente a las pretensiones de la demanda, y dada la oposición frente a las mismas, se valió de los medios defensivos que denominó: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe².

En sentencia de primera instancia emitida el 19 de mayo de 2023 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín se estableció que la AFP Protección no brindó a Analida del Socorro Ríos Restrepo la debida información que la ilustrara sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional, causando un menoscabo y limitación en el derecho a la seguridad, siendo responsable constitucionalmente del perjuicio causado.

En razón a ello determinó que el resarcimiento del perjuicio se obtiene a través de la inaplicación constitucional del artículo 272 de la Ley 100 de 1993 debiendo la AFP Protección reconocer la pensión de vejez bajo los términos de las normas

¹ 01PrimeraInstancia. Archivo 4 pág. 4/20 del expediente digital.

² 01PrimeraInstancia. Archivo 14 del expediente digital.

que gobiernan el sistema pensional público, obligación que se mantendrá hasta tanto traslade a Colpensiones un cálculo actuarial que permita la subrogación pensional.

Absolvió de todas las condenas a Colpensiones

APELACIÓN

Inconforme con la decisión la AFP Protección mostró total desacuerdo con la decisión. Señaló que con la permanencia de la actora en la AFP se ha beneficiado de los rendimientos que genera este régimen, sin que haya perdido el derecho pensional en tanto al mismo podrá acceder, pero bajo las reglas que gobiernan el régimen de ahorro individual, cuyas características son diferentes a las del RPM, no por un obrar culposo de la AFP sino a las modalidades pensionales aplicables a este sistema de ahorro, al que la actora decidió ingresar y permanecer.

Colpensiones solicitó la revocatoria y/o modificación de la decisión al no compartir la regla de decisión respecto a la subrogación, en tanto la consecuencia frente al incumplimiento al deber de información debe seguir el precedente jurisprudencial, esto es, declarar la ineficacia de la afiliación que implica el traslado de los recursos acopiados en le RAIS y todos aquellos que se destinaron a los diferentes reaseguros y sus rendimientos e indexación

Por último, **la parte demandante** solicitó la revocatoria parcial de la decisión para que se aplique el precedente de la Corte Suprema de Justicia en casos de ineficacia de la afiliación, sin que el afiliado deba cargar con las consecuencias del inadecuado obrar de la AFP Protección

ALEGATOS

Concedido el término que establece el artículo 13 la Ley 2213 de 2022, tanto Colpensiones como la AFP Porvenir presentaron sendos escritos donde reiteran

sus argumentos de disenso a la decisión del fallador de instancia, quien en sentir de ambos recurrentes se desconoció el criterio de decisión que respecto al tema ha elaborado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

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

- 1) Que Analida del Socorro Ríos Restrepo nació el 6 de mayo de 1963 por lo tanto, a la fecha cuenta con 66 años de edad.³
- 2) Que se afilió al Instituto de Seguros Sociales realizando cotizaciones desde el 23 de enero de 1990 hasta el ciclo de agosto de 1994, acreditando un total de 235,71 semanas.⁴
- 3) Que el 28 de septiembre de 1994 suscribió formulario de afiliación ante la AFP PROTECCIÓN⁵
- 4) Que solicitó a Colpensiones la reactivación de la afiliación, petición negada en misiva del 18 de enero de 2019 indicándole que se hallaba a menos de 10 años para causar la pensión⁶.

Estudiado el expediente producto de los recursos de apelación presentados e igualmente ante el estudio del grado jurisdiccional de Consulta concedido en favor de COLPENSIONES conforme a lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS, se debe señalar que al perseguirse dentro de la demanda la ineficacia de afiliación pensional implica realizar un análisis de las condiciones que rodearon el traslado **al RAIS** y verificar si en aquél acto 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

³ 01PrimeraInstancia. Archivo 2 pág. 38 del expediente digital.

⁴ 01PrimeraInstancia Archivo 14 pág. 28/29 del expediente digital

⁵ 01PrimeraInstancia Archivo 4 pág. 32 del expediente digital

⁶ 01PrimeraInstancia Archivo 2 pág. 21 del expediente digital

condiciones pensionales del régimen al cual se vinculaba, por omisión de la información por parte del fondo en cuestión, se debe declarar la ineficacia de dicho acto y como consecuencia de ello, la declaración que su afiliación fue sin solución de continuidad en el RPM.

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, a saber: el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, a los que las personas se pueden afiliar en condición de libertad dependiendo de la conveniencia que en su caso personal tenga uno u otro⁷.

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:

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

⁷ 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.”

*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 fue libre y voluntario, esto es, precedido de una información completa en la que sean explicadas y abordadas las implicaciones que conlleva esa decisión.

Debe tenerse presente que 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 que ofrece el traslado, quien ha de brindar información previa, con acompañamiento al afiliado durante la fase de consolidación 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 a 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 la importancia para el afiliado de 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 1994⁸.

Del mismo modo el literal b) del artículo 13⁹ y 271¹⁰ 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 que el acto no produzca efectos, esto es, que se reputa ineficaz.

⁸ 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.”

⁹ “**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.”

¹⁰ “**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.”

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, 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 el que lejos de ser disminuido, por el contrario, en cada pronunciamiento que emite la Corporación se 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 cientos de procesos que ha 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 del demandante¹¹.

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 ineficaz¹².

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.

¹¹ Ver sentencias Radicación 33083 y 31314 de 2011.

¹² Ver sentencias SL 12136 de 2014, SL- 9519 de 2015, SL 19447 de 2017, SL 17595 de 2017, SL-2372 de 2018.

C. SUBREGLAS DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

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 insuficiente¹³.
- 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 tema¹⁴.

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 perjudicarle
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.

¹³ Ver sentencia SL-19447 de 2017.
¹⁴ Ver sentencias SL-1452 de 2019, SL 1688 de 2019.

- **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 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 demostrarlo¹⁵.

- **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 régimen¹⁶.
- **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

¹⁵ Ver sentencias SL 4803 de 2021, SL1688-2019.

¹⁶ Ver sentencias SL-3349 de 2021, S1 1008 de 2021.

busca restablecer las cosas, al estado que se encontraban antes de la celebración del acto jurídico¹⁷.

- LA INEFICIA DEL ACTO DE TRASLADO PUEDE DECLARARSE 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 afiliación¹⁸.
- 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.

En su lugar, para este tipo de reclamaciones judiciales se dejó dispuso por parte del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, la posibilidad de que

¹⁷ 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.

¹⁸ Ver sentencias SL 1452 de 2019, SL 1688 de 2019, SL 1689 de 2019, SL 3463 de 2019, SL 1618 de 2022, SL 2484 de 2022 Y SL 932 de 2023 entre otras.

el demandante dirija su acción pretendiendo la indemnización total de perjuicios a cargo las AFPS involucradas¹⁹.

- 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 que se deja sin efectos..

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 son las administradoras de pensiones del RAIS las que deben 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 causado²⁰.

La orden de reintegro de valores recibido incluye los gastos o comisiones de administración²¹, 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.

¹⁹ 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.

²⁰ Ver sentencias SL1688 de 2019, 3464 de 2019, SL 4360 de 2019, SL-2877 de 2020, SL- 3871 de 2021, SL 4803 de 2021.

²¹ 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.

DEL CASO EN CONCRETO

De acuerdo con el análisis que se viene realizando, teniendo presente los recursos de apelación presentados por las partes, así como el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES, corresponde a esta corporación determinar si, previo al traslado de régimen a la señora Ríos Restrepo se le brindó la debida información y en caso negativo, las consecuencias de tal incumplimiento.

Se escuchó en interrogatorio de parte a la actora, quien en términos generales expresó que estando afiliada al ISS, en una visita al sitio de trabajo se recibió la visita de asesores de la AFP Protección en el sitio de la cafetería. De forma grupal y bajo una breve justificación de inminente riesgo de pérdida del derecho pensional por quiebra del ISS, se le ofreció el cambio de régimen, sin que recuerde haber tenido una atención personalizada con el asesor, menos haber entendido el formulario de afiliación, ni comprender las consecuencias del cambio de un régimen pensional público al privado.

Al ser interrogada por una posible re- asesoría expresa no recordar haber recibido una llamada telefónica al respecto y negó que Protección previo al cumplimiento de los 47 años de edad hubiera sido advertida de la necesidad de retornar a Colpensiones

A su turno, la AFP Protección basó su estrategia de defensa en la debida información previa al traslado, empero sus dichos solo parten del formulario de afiliación suscrito el 28 de septiembre de 1994 (pág. 32 archivo N° 4 – primera instancia) y un formato denominado re asesoría, el que da cuenta de una llamada telefónica que la actora no recuerda haber recibido y que de forma contundente, niega haber entendido su propósito, pues en su sentir solo con ocasión de la asesoría profesional brindada para este trámite comprendió las implicaciones del cambio de régimen pensional

565663

PENSIONES Y CESANTIAS
PROTECCION

REASESORIA PENSIONAL
FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS

Ciudad: Medellin Departamento: Antioquia Fecha de Reaservación (Año/Mes/Día): 2010/04/28

DATOS DEL CLIENTE

PRIMER APELLIDO: Rios SEGUNDO APELLIDO: del Socorro PRIMER NOMBRE: Analida SEGUNDO NOMBRE: del Socorro

NUMERO: 8 c.c. 42425785

EDAD MUJERES: 8 MAS DE 48 AÑOS (ULTIMOS 10 AÑOS) 8 MAS DE 48 AÑOS (ULTIMOS 10 AÑOS) 8 MAS DE 51 AÑOS (ULTIMOS 10 AÑOS) 8 MAS DE 5 AÑOS EN EL RAI 8 MAS DE 5 AÑOS EN EL RAI 8 MENOS 5 AÑOS EN EL RAI

EDAD HOMBRERES: 8 MAS DE 48 AÑOS (ULTIMOS 10 AÑOS) 8 MAS DE 48 AÑOS (ULTIMOS 10 AÑOS) 8 MAS DE 51 AÑOS (ULTIMOS 10 AÑOS) 8 MAS DE 5 AÑOS EN EL RAI 8 MAS DE 5 AÑOS EN EL RAI 8 MENOS 5 AÑOS EN EL RAI

SIN HISTORIA LABORAL: 8 SALARIO A JUNIO 30/92: 8 MAYOR O IGUAL A \$65.000 8 MENOR A \$65.000 8 TIENE BONO EMITIDO: 8 SI 8 NO 8 AÑOS DE SERVICIO COTIZADOS A: 8 MAYOR O IGUAL A 15 AÑOS 8 MENOR A 15 AÑOS

MOTIVO POR EL QUE SOLICITA LA REASESORIA

☐ RECIBIO CARTA / COMUNICACION ☐ INQUIETUD PROPIA ☒ INVITACION DE EJECUTIVO ☐ OTRO CUAL?

RESULTADO DEL CALCULO

DESPUES DE REALIZAR EL CALCULO, ECONOMICAMENTE LE CONVIENE QUEDARSE EN PROTECCION S A? ☐ SI ☒ NO

LA DECISION DEL AFILIADO ES

☐ SE TRASLADA AL ISS ☐ SE QUEDA EN PROTECCION ☐ GESTION EFECTIVA SIN FIRMA DEL CLIENTE

☒ APLAZA DECISION AAAA/MM/DD

Soy consciente que tengo hasta: 2010/04/28 FECHA LIMITE para tomar mi última decisión de traslado hacia el régimen de prima media, y reconozco que la ley contempla que un afiliado no puede trasladarse de régimen cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. En caso que no le convenga continuar en el RAI y aplaza la decisión de trasladarse al ISS, recuerde la importancia de realizar los trámites antes del tiempo límite, si su decisión final es trasladarse.

PARA USO INTERNO DE PROTECCION

REASESORIA VIA TELEFONO-MAIL-FAX ☒ VISITA OFICINA ☐ DETALLAR GESTION EN OBSERVACIONES

OBSERVACIONES: Se hace la reaservación telefónicamente y via email a su correo la biblioteca de colegio por un año y tiene licencia de 30 días y realmente lo tiene que a cambio 30.1375 y 31.1110

ACTUALIZACION DE DATOS ☐ SI ☒ NO **INFORMACION PENSION VOLUNTARIA** ☐ SI ☒ NO

TELÉFONO: 42761542 E-MAIL: AnalidaRios@proteccion.com

DATOS DEL EJECUTIVO/CONSULTOR/EMPLEADO PROTECCION

NOMBRE: Aracely Zapata CÉDULA: 42761542 FIRMA: Aracely Zapata

REGIÓN: Antioquia CÉDULA: Aracely Zapata

DECLARO QUE HE RECIBIDO INFORMACION Y CALCULOS DE MI PENSION Y QUE LA INFORMACION RECIBIDA ES CLARA.

FIRMA: Aracely Zapata CÉDULA: Aracely Zapata

Pág. 34 archivo N° 4 – primera instancia

Así las cosas, Protección SA no probó haber ofrecido una asesoría en debida forma a Analida del Socorro Ríos con suficiente conocimiento, claridad y veracidad de las implicaciones de su afiliación pensional, como quiera que esta parte es quien tiene la carga de la prueba en este tipo de procesos, por encontrarse en una mejor posición probatoria y su defensa carece de soportes en este sentido.

No puede desligarse la pasiva de su carga probatoria al afirmar que la parte actora suscribió un formulario de afiliación, pues de acuerdo a las subreglas emanadas de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no tiene ningún tipo de incidencia tal acción, toda vez que la falta al deber de información no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario, ya que la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no supe el deber material de instruir de manera efectiva 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.

En igual sentido, tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni con 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 parte actora, 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, oportuna y relevante para el momento en que se generó el traslado pensional.

Ahora bien, el A quo consideró que las consecuencias de la falta de información se subsanan bajo la pervivencia para la actora de las condiciones pensionales propias del RPM, estableciendo una serie de obligaciones y plazos para su cumplimiento, que consisten pagar la prestación por parte de la AFP Protección, la liquidación de un cálculo actuarial que determine el monto necesario para financiar una pensión en, la necesidad para la AFP Protección de pagarlo en un plazo de 1 mes.

Empero para esta corporación tales consecuencias, además de ajenas a aquellas señaladas por la Sala de Casación Laboral de la CSJ en temas de ineficacia de traslado entre regímenes pensionales y aquellas pretendidas por la activa conforme al escrito de demanda y fijación del litigio, develan irregularidades en tanto el fallador de primera instancia asigna unas responsabilidades que rompen con la estructura del sistema pensional y emite unas condenas que no se hallan sustentadas en ninguna norma.

Así las cosas, atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrara sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado de la señora ANALIDA DEL SOCORRO RÍOS RESTREPO al RAIS, pero serán modificadas las órdenes consecuenciales, así:

Por efectos de la decisión aludida corresponde a la **AFP Protección SA** en un término no superior a 30 días desde la ejecutoria de esta providencia, retornar los recursos provenientes de la afiliación de la actora, que se componen de los montos depositados en las cuentas de ahorro individual con sus rendimientos, bonos pensionales si se hubieren generado, 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, los cuales se asumen con cargo a los recursos propios de la AFP Protección.

Una vez sean trasladados los recursos por parte de las AFP PROTECCIÓN 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 Recibió con motivo de la afiliación de la demandante, más sus rendimientos e indexación, como ya se indicó, lo anterior atendiendo al principio de sostenibilidad financiera evitando con ello un detrimento patrimonial al fondo público, siendo Colpensiones quien reconocerá las eventuales prestaciones a que tenga derecho el accionante, por tanto, operará bajo la devolución de la totalidad de recursos captados.

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 (al respecto la sentencia C 662 de 1998)

Premisas 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 no se ejerció el derecho de defensa, ni la actividad probatoria, en tanto el reconocimiento pensional nunca fue petitionado respecto a ninguna de las administradoras de pensiones accionadas, tampoco se adelantó la reclamación administrativa de que trata el artículo 6° del CPTSS, además que frente a este

aspecto no hubo un debate, ora desde el plano fáctico, tampoco probatorio, máxime que la actora en el interrogatorio de parte desarrollado el 19 de mayo de 2023 señaló que su vinculación laboral estaba vigente, también las contribuciones al sistema pensional, además que no había solicitado el reconocimiento pensional.

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 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 pertinentes.

Resta por indicar que se mantiene la condena en costas que efectuó la A quo a cargo de la AFP Protección. sin costas en esta instancia

DECISIÓN

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

En su lugar se declara la ineficacia del traslado entre regímenes que realizó la señora **ANALIDA DEL SOCORRO RÍOS RESTREPO** y por tanto ha de entenderse que esta nunca migró del régimen de prima media y sus condiciones pensionales no han mutado.

Por efectos de la declaratoria de ineficacia las **AFP Protección en un término no superior a 30 días** desde la ejecutoria de esta providencia, retornar los recursos

captados de la actora que se componen del capital y sus rendimientos, bonos pensionales si estos se hubieren generado, también retornará con la debida indexación las cuotas de administración, los porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobreviviente. Dineros que serán recibidos por Colpensiones y serán imputados a los periodos efectivamente cotizados.

Corresponde a Colpensiones recibir los recursos que sean trasladados del RAIS los que se convalidarán como semanas efectivamente cotizadas en el RPM.

Se revoca de forma total la condena que por reconocimiento pensional emitió el A quo.

Costas en primera instancia como dispuso la A quo. sin costas en esta instancia.
Lo resuelto se notifica por Edicto.

Los Magistrados,


DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN


LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Con aclaración de voto


SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA LABORAL

EDICTO VIRTUAL

La secretaría de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín notifica a las partes la siguiente providencia:

Radicado: 05001-31-05-003-2019-00468-01
Demandante: ANALIDA DEL SOCORRO RIOS RESTREPO
Demandados: COLPENSIONES, Y LA AFP PROTECCIÓN
Tema: INEFICACIA DE AFILIACIÓN
Decisión: REVOCA
Magistrado ponente DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN

CONSTANCIA DE FIJACIÓN

Fijado hoy 19 de abril de 2024 a las 8:00 am, desfijado en el mismo día a las 5:00 Pm y se publica en la página web institucional de la Rama judicial por el término de 1 día hábil, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 idíbem. La notificación se entenderá surtida al término de fijación del Edicto

RUBEN DARIO LÓPEZ BURGOS

SECRETARIO