

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
SALA LABORAL**



SECRETARÍA

EDICTO

El Secretario de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín:

HACE SABER:

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

Radicación:	05001310502220190040501
Proceso:	Ordinario
Demandante:	DIANA MARIA CHALARCA MOLINA
Demandado:	COLFONDOS S.A., COLPENSIONES Y OTROS
M. P.	MARIA PATRICIA YEPES GARCIA SL TSM
Fecha de fallo:	22 DE JULIO DE 2022
Decisión:	CONFIRMA Y ADICIONA

El presente edicto se fija por el término de un (01) día hábil, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

Se fija hoy 25 de julio de 2022 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario



REPÚBLICA DE COLOMBIA
SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veintidós (22) de julio de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE	DIANA MARIA CHALARCA MOLINA
DEMANDADAS	COLPENSIONES y COLFONDOS S. A
ORIGEN	Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Medellín
RADICADO	05-001-31-05-022-2019-00405-01
TEMAS	Ineficacia de traslado de régimen pensional
CONOCIMIENTO	Consulta y apelación
ASUNTO	Sentencia de segunda instancia

En la fecha señalada, la Sala Sexta de decisión Laboral, integrada por los Magistrados ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ, DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN y la Ponente MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA, al tenor de lo dispuesto en el numeral 1° del art. 13 de la Ley 2212 de 2022 profiere sentencia escrita, dentro del proceso ordinario laboral promovido por DIANA MARIA CHALARCA MOLINA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y PROTECCIÓN S.A.

I. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones de la demanda¹

La señora Diana María Chalarca Molina formula demanda contra Colpensiones y Colfondos S.A, pretendiendo se declare: **i)** la nulidad y/o ineficacia de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-a través de Colfondos S.A. y por tanto, se declare que ha estado afiliada válidamente y sin solución de continuidad al Régimen de Prima Media -RPM- administrada hoy por Colpensiones; **ii)** que se declare que nunca obtuvo re- asesoría antes de faltarle los 10 años para adquirir la edad pensional, y como consecuencia de ello, se ordene a **iii)** Colfondos S.A. a trasladar hacia Colpensiones todos los aportes durante la vinculación al RAIS, incluyendo los rendimientos y sin ningún descuento por cuota administración; **iv)** Colpensiones a reactivar la afiliación al RPM, recibir los aportes trasladados por Colfondos S.A.; **v)** Colpensiones a reconocer la pensión de vejez si al momento de proferir la sentencia se ha cumplido con los requisitos que exige la ley; y por ende, a pagar los intereses de mora del art. 141 de la ley 100 de 1993 y subsidiariamente al pago de la indexación de las condenas; **vi)** en costas a las demandadas; **vii)** lo extra y ultra petita.

¹ Carpeta 01PrimeralInstancia, archivo 02-2019-00405 – Demanda.pdf. Págs. 1/5

De manera subsidiaria solicita de declare a:

i) Colfondos a reconocer a título de indemnización de perjuicios, como mesada pensional, el equivalente a la que hubiese recibido si estuviera en el RPM, en consecuencia, se ordene a: ii) Colfondos S.A al pago de la indexación de las condenas en caso de no prosperar los intereses de mora.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 10 de mayo de 1966, realizó cotizaciones ante el extinto Instituto de Seguros Sociales -ISS- entre 23 de septiembre de 1991 al 30 de julio de 1992. Posteriormente el 30 de junio de 1995 suscribió traslado a Colfondos S.A., sin que se le brindara información relevante sobre el RAIS ni momento de la afiliación, ni antes de faltarle 10 años para cumplir la edad pensional. El 3 de abril de 2019, Colfondos S.A realizó simulación pensional, indicándole que para el cumplimiento de los 57 años de edad su mesada pensional sería de cero (0) pesos, en comunicado de esa misma fecha, indicó que no cuenta con soportes de la asesoría brindada al momento de la afiliación, pues se dio de forma verbal, y en cuanto la re-asesoría esta no fue solicitada por la afiliada.

Mediante oficio del 17 de abril de 2019, Colfondos indicó que no es procedente la solicitud de anulación de afiliación. Mediante comunicación del 12 de marzo de 2019 Colpensiones indicó que no es procedente la solicitud de traslado.

Oposición a las pretensiones de la demanda

Quienes conforman la pasiva, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, así:

i) Colfondos S.A.²

El acto de afiliación es válido y exento de vicios, se presentó bajo el derecho de libre elección y cumplió con todos los prepuestos de ley, pues el formulario contiene la firma de la demandante sin presión, ni coacción. La AFP actuó de buena fe, le brindó a la demandante una asesoría integral y completa sobre las implicaciones de trasladarse de régimen, sus características, requisitos, funcionamiento y diferencia entre ambos regímenes, ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad y de retractación; adicionalmente, la AFP cuenta con todos los canales de atención en caso de dudas de los afiliados y en publicación de amplia circulación informó la posibilidad de retornar al RPM y las diferencias entre el RPM y el RAIS.

Indicó que no es procedente la devolución de los aportes con rendimientos, la prima previsional, la asesoría por la contratación de renta vitalicia y la comisión son de consagración legal; así mismo, la indexación no es procedente, ya que se ha administrado correctamente los aportes, generando más de los rendimientos exigidos. La demandante carece de sustento fáctico y jurídico por lo que no se debe condenar en costas; por otro lado, la ley no contempla para las AFP que ponga de su patrimonio para el pago de la indemnización de perjuicios.

² Carpeta 01PrimeraInstancia, archivo 09-2019-00405 contestación demanda Colfondos.pdf. Pág. 1/4 y 10/11

Excepcionó: inexistencia de la obligación, buena fe, ausencia de vicios en el consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, ratificación de la afiliación de la demandante al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, innominada y genérica.

ii) Colpensiones³

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones impetradas por el demandante, por carecer de fundamentación fáctica y legal, pidiendo se condene al actor al pago de costas, toda vez que la entidad no incumplió con ningún deber legal y ha actuado de buena fe. La afiliación de la demandante al RAIS fue un acto libre y voluntario, por cuanto no hay vicio en el consentimiento o desconocimiento de la ley. Indicó que, no es posible el traslado de régimen al faltarle menos de 10 años para pensionarse y quien debe asumir la carga pensional es la Colfondos; así mismo, en cuanto el reconocimiento de la pensión de vejez, la actora no ha cumplido con los requisitos exigidos por ley y no se encuentra afiliada al RPM, por tanto, no se ha incurrido en mora en el reconocimiento de dicha prestación.

Excepcionó: Previa: falta de competencia con relación a la pensión de vejez. De Fondo: Falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del traslado de régimen, inexistencia de la nulidad o ineficacia del traslado a la AFP Colfondos, equivalencia del ahorro o diferencias pensionales, inexistencia de la obligación de reconocer y pagar la pensión de vejez, inexistencia de la obligación de reconocer y pagar intereses moratorios, improcedencia de la indexación, intereses moratorios y/o indexación de la condena a cargo de la AFP Colfondos, devolución de aportes debidamente indexados, devolución de cuotas de administración debidamente indexados, buena fe, prescripción, innominada, compensación, imposibilidad de condena en costas, condena en costas, la genérica.

Sentencia de primera instancia⁴

El 26 de enero de 2022, el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Medellín declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante al RAIS, y en consecuencia dispuso que siempre ha estado vinculada sin solución de continuidad en el RPM, por lo tanto, ordenó a Colpensiones tenerla como afiliada y consolidar su historia pensional durante todo el tiempo cotizado. Ordenó a Colfondos a trasladar a Colpensiones todos los valores de la CAI, incluyendo, los rendimientos y devolver indexados los valores de los aportes pensionales. Y a esta última recibir y/o cobrar esos dineros.

Declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación de reconocer y pagar la pensión de vejez y la de reconocer y pagar intereses moratorios e improcedencia de la indexación. Absolvió a Colpensiones de las pretensiones

³ Carpeta 01PrimeraInstancia, archivos 10- 2019-00405 Contestación demanda Colpensiones.pdf. págs. 3/16

⁴ Carpeta 01PrimeraInstancia, archivos 22Acta de audiencia concentrada 1ª instancia.mp4 – 23Acta audiencia concentrada.pdf

correspondientes. Por último, condenó en costas a Colfondos S.A a favor de la demandante, fijando como agencias en derecho la suma de 2SMMLV.

Para fundamentar lo decidido, el juez de primera instancia acudió al marco normativo y al precedente judicial vigente en la materia y señaló que, al momento del traslado Colfondos S.A omitió dar a la actora información que le permitiera adquirir elementos de juicio de comparación y decisión sobre su situación pensional, pues Colfondos S.A teniendo la carga probatoria no logró demostrar dentro del plenario que brindó a la demandante la información debida, suficiente y oportuna sobre aspectos relevantes sobre RAIS: las implicaciones del traslado, las diferencias de regímenes, la posibilidad de retracto, ya que, el despacho no evidenció en el interrogatorio de parte que la demandante conociera de suficiente información que le permitiera exonerar a Colfondos S.A de las obligaciones, no basta con la sola suscripción del formulario de afiliación para tener como acreditado el deber de información y la libre escogencia de régimen.

Recurso de apelación

Apoderada de Colfondos S.A: Inconforme parcialmente con la sentencia de instancia, solicita se revoque la orden de devolver el porcentaje que se destinó a cumplir con la contratación y pago de las pólizas previsionales y primas de seguros de Fogafín, por ser rubros que no financian la pensión de vejez y se encuentran prescriptos por no ser reclamados dentro de los tres años, pues son conceptos causados en pacto sucesivo, dispuestos así por la ley. Adicionalmente, refiere que estos conceptos no se dispusieron en la fijación del litigio, máxime que estos conceptos se encuentran en poder de terceros que no fueron vinculados al proceso violándose el derecho de defensa y contradicción.

Por otro lado, solicita se revoque la orden de devolver el concepto de indexación porque quedó compensado con el concepto de los rendimientos generados por la administración de Colfondos S.A., además que, dicho concepto no fue incluido en la demanda, ni fue objeto del litigio, violándose el principio de consonancia y congruencia, y el derecho de defensa y contradicción.

Alegatos de conclusión en segunda instancia

Ambas partes, excepto Colfondos S.A., allegaron oportunamente el traslado otorgado para alegar en esta sede, así:

La apoderada de la **demandante**⁵, solicita se confirme la sentencia de primera instancia, debido a que la AFP privada no cumplió con el deber de información, ya que, al momento del traslado no brindó una asesoría clara, completa y eficiente que le permitiera a la demandante tomar una decisión consiente sobre las implicaciones del traslado, por tanto, no fue libre y voluntario y no se puede concluir estas características de la sola firma del afiliado en el formulario de vinculación, toda vez que la AFP, quien tiene la carga de la prueba, debe demostrar que cumplió con el deber de información, lo cual no ocurrió en el presente asunto.

⁵ Carpeta 02SegundaInstancia, archivo 04AlegatosDemandante.pdf págs. 3/4

Por su parte **Colpensiones**⁶ indica que, el traslado de régimen no sería procedente por cuanto la actora está inmersa en la imposibilidad para trasladarse de régimen por estar a menos de 10 años de cumplir el requisito de edad para acceder a la pensión de vejez; adicional, indica que respecto a las cuotas de administración conjuntamente con sus rendimientos, generar un enriquecimiento sin justa causa a favor de la AFP privada y de no trasladarse, constituiría un desmedro a Colpensiones, las cuales servirían para efectos de capitalizar el fondo de naturaleza común.

De otro lado, solicita la devolución y traslado de todos los aportes, cotizaciones o gastos, seguros previsionales y ahorros voluntarios, rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta individual de la actora, debidamente indexados a favor de Colpensiones, de conformidad con la sentencia SL-17595 del 18 de octubre de 2017, magistrado ponente Fernando Castillo Cadena,

II. SON CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La competencia de la Sala está dada por los artículos 66, 66A del CPTSS, respecto de los puntos objeto de apelación. Igualmente se surte el grado jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, conforme al artículo 69 del CPTSS modificado por la Ley 1149 de 2007, y en acatamiento de la decisión de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en sentencia de radicado 7382 de 2015.

Examinados los hechos y pretensiones de la demanda, así como la oposición formulada por las demandadas, y los argumentos de la decisión de primera instancia, interpreta la Sala, que el **problema jurídico** a resolver se circunscribe a determinar: **a)** la viabilidad de declarar o no la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, de ser procedente dicha declaratoria, se precisarán, **b)** las consecuencias de dicha declaración, como el que su afiliación al RPM se considere sin solución de continuidad, así como lo concerniente a los conceptos que deben trasladarse desde la AFP del RAIS hacia Colpensiones.

Hechos relevantes probados documentalmente

- Diana María Chalarca Molina nació el 10 de mayo de 1966⁷.
- Según historia laboral emanada de Colpensiones actualizada al 31 de octubre de 2019⁸, la actora inició cotizaciones al RPM el 23 de septiembre de 1991 y cotizó un total de 44,57 semanas.
- Según reporte de días acreditados emanado por Colfondos S.A., actualizada al 03 de abril de 2019⁹, ha cotizado 1261,71 semanas, de las cuales 44,57 lo fueron ante el RPM y 1217,14 ante el fondo actual.

⁶ Carpeta 02SegundaInstancia, archivo 05AlegatosColpensiones.pdf. Págs. 3/5

⁷ Carpeta 01PrimerInstancia, archivo 03-2019-00405 Anexos a la demanda. pdf. "Registro Civil de Nacimiento" Pág. 2

⁸ Carpeta 01PrimerInstancia, carpeta 11-2019-00405 Anexos contestación demanda Colpensiones pdf. Pág. 7

- El 30 de junio de 1995 suscribió traslado hacia Colfondos Pensiones y Cesantías S. A¹⁰.
- El 12 de marzo de 2019¹¹, Colpensiones dio respuesta negativa ante la petición de traslado, por encontrarse a menos de 10 años para acceder a la pensión de vejez y porque dicho acto de traslado se realizó de manera directa y voluntaria ejerciendo el derecho de libre elección de régimen.
- El 03 de abril de 2019¹², Colfondos S.A dio respuesta a petición de la demandante, indicando que, no cuenta con soporte de asesoría al momento de la afiliación, dado que se suministró de manera verbal; respecto a la re-asesoría esta se hace a petición de la interesada, registro con el cual no cuentan. También señaló que, de acuerdo a la simulación pensional a los 57 años de edad no contaría con el capital suficiente para acceder al derecho pensional.
- El 17 de abril de 2019¹³, Colfondos S.A dio respuesta negativa ante la petición de nulidad y/o ineficacia del traslado, por no cumplir con los requisitos para realizar el traslado de régimen; además que, se le explicó las condiciones del producto como consta con la manifestación a través de la suscripción del formulario de vinculación.

a) Viabilidad de declarar o no la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS.

Con la finalidad de determinar la eficacia o ineficacia de la afiliación al RAIS por parte de la demandante, es menester acudir a los siguientes preceptos normativos que regulan la materia:

- i) Los artículos 48, 53, 335¹⁴ y demás normas concordantes de la Constitución Política;
- ii) La Ley 100 de 1993 en sus artículos 1¹⁵, 3, 4, 10, 12, 13 literal b, Inciso 3º del Literal c) del artículo 60, 90, 97, 271; iii) Artículo 4 y demás normas concordantes del Decreto 656 de 1994¹⁶; iv) Decreto 692 de 1994; v) El Decreto 663 de 1993, cuyo

⁹ Carpeta 01PrimerInstancia, archivo 03-2019-00405 Anexos a la demanda. pdf. Págs. 14/18

¹⁰ Carpeta 01PrimerInstancia, archivo 03-2019-00405 Anexos a la demanda. pdf. Págs 04. "formulario de afiliación"

¹¹ Carpeta 01PrimerInstancia, archivo 03-2019-00405 Anexos a la demanda. pdf 36/38

¹² Carpeta 01PrimerInstancia, archivo 03-2019-00405 Anexos a la demanda. pdf. Págs. 25/31

¹³ Carpeta 01PrimerInstancia, archivo 03-2019-00405 Anexos a la demanda. pdf. Pág 33/34

¹⁴ Las actividades que desarrollan las AFP al tenor del **artículo 335 de la CN.**, son de interés público y su ejercicio está reglamentado por la ley, en razón de la función que desempeñan.

¹⁵ Consagró el artículo primero de esa ley 100, como objeto del aludido sistema: *garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad "para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan."*

¹⁶ Conforme al **artículo 4** y demás normas concordantes del **Decreto 656 de 1994**, las administradoras se sitúan en el ámbito de la **responsabilidad profesional**, que **las obliga a prestar de manera eficiente, eficaz y oportuna los servicios** inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, considerados idóneos por sus conocimientos técnicos especializados y experiencia en compleja materia financiera, para garantizar derechos de sus asegurados; tal responsabilidad se mide con mayor rigor que el utilizado frente a las obligaciones entre particulares, en razón a la delegación del servicio público de seguridad social en pensiones que asumen en el RAIS, sostiene la SCL de la H. Corte Suprema

artículo 72 en su literal f) adicionado por el art. 12 de la Ley 795 de 2003, contiene prohibiciones expresas¹⁷ para las entidades del sector financiero entre ellas las AFP; y vi) los arts. 4, 10, 12 y demás concordantes del Decreto 720 de 1994¹⁸.

Adicionalmente es pertinente hacer un breve recuento de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, que estructura el tema, y está contenida en las sentencias 31314 y 31989 de 2008; 33083 de 2011; 12136 y 46292 de 2014; SL9519 de 2015; 47125, SL19447 y SL17595 de 2017; SL3496 y SL4989 de 2018; SL1421, SL1452, SL1688, SL4360 y SL4426 de 2019; STL 3716, STL4001, STL4084, SL2877, SL4811 de 2020, y SL1217, SL782 de 2021, basada en la necesidad de determinar si en cada asunto concreto, la AFP receptora de la afiliación satisfizo tanto para ese momento, como durante la vigencia de la relación con quien demanda la ineficacia, la obligación consagrada en el numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, aplicable a las AFP desde su creación, de *“suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen”*. No pudiéndose predicar como sostiene la Superintendencia Financiera que, la existencia del deber de asesoría, solo se originó desde la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

Advierte esa alta Corporación de Justicia sobre la necesidad de que la decisión del traslado de Régimen esté precedida de toda información relevante que el Fondo de pensiones proporcione a quien pretenda afiliarse, la cual, debe ser suficiente, completa y clara sobre las implicaciones que le conllevaría dejar el anterior Régimen y sus posibles consecuencias futuras. Pues, conforme al Estatuto Financiero de la época en los Artículos 97 y siguientes, consagró que las administradas debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios que orientan la buena fe en las que se sancionaba la falta de información relevante.

Más adelante la Corte Suprema de Justicia precisó que son deberes de las administradoras de pensiones, los siguientes:

- (i) Brindar información en todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
- (ii) La información debe ser completa y comprensible. y,

¹⁷ **Se les prohíbe: “No suministrar la información razonable o adecuada que a juicio de la Superintendencia Bancaria deba entregarse al público, a los usuarios o a los clientes de las entidades vigiladas para que éstos puedan tomar decisiones debidamente informadas y puedan conocer cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas”.**

¹⁸ Norma reglamentaria de los arts. 105 y parcialmente del 287 de la ley 100 de 1993 en cuanto al régimen de promoción y de responsabilidad de las sociedades AFP. disponiendo en el inciso final del artículo 4: QUE LAS ACTUACIONES DE LOS VENDEDORES EN EL EJERCICIO DE SU ACTIVIDAD OBLIGAN A LAS AFP, respecto de la cual se hubiere promovido la respectiva vinculación, es decir, comprometen la responsabilidad de éstas como establece su art. 10 y precisa en el art. 12 que tales promotores deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante la vinculación, y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

- (iii) La información debe proporcionarse con prudencia, teniendo obligación de buen consejo, que puede llevar incluso a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Si bien los precedentes judiciales tenidos en cuenta por esta Sala corresponden a afiliados beneficiarios del régimen de transición, las razones que sustentan la ineficacia del traslado no tienen en cuenta esa circunstancia, por ser determinante en ello, la falta de información al afiliado.

Múltiples Salas de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín han considerado que, si bien los casos concretos abordados por la H. Corte Suprema de Justicia, refieren a personas que fueron beneficiarias del régimen de transición pensional consagrado en el art. 36 de la Ley 100/93, su *ratio decidendi* aplica para quienes se afilian al Sistema Pensional por primera vez o se trasladan entre regímenes en el marco del mismo, enfatizando en la necesidad de demostrar en cada proceso si la AFP suministró, a quien una vez fuera su potencial afiliado, *información clara, completa, suficiente*, en términos de transparencia y eficiencia, a fin de poder concluirse que la decisión adoptada entonces, obedeció a un conocimiento diáfano y preciso, no sólo de lo que se hacía, sino de las consecuencias que se derivarían de la suscripción del formulario de afiliación correspondiente y que por tanto, ese acto jurídico surgió de una real manifestación de voluntad, libre, espontánea y sin presiones.

Lo anterior, tal y como reitera la CSJ en sentencias SL 1688-2019 y 373 de 2020, que radica en la AFP el deber de brindar una información oportuna y adecuada, ello, indiferentemente de si se tiene o no beneficio transicional o si se está próximo a adquirir requisitos para pensionarse, “*dado que la omisión al deber de información se predica frente a la validez o no del acto jurídico de traslado.*”

Por estas razones, lo argumentado por la pasiva en torno a que la suscripción del formulario acredita la libre e informada manifestación de voluntad de la afiliada al momento del traslado, o que debe desatenderse la línea jurisprudencial en materia de carga probatoria en asuntos como el que nos ocupa, no constituyen razones atendibles para exonerar del cumplimiento de sus obligaciones a la Administradora, menos aún, por cuanto, en los asuntos como el presente, no se discute la capacidad jurídica de los celebrantes, ni la licitud de los traslados; se atiende es al hecho de haberse dado el traslado de régimen pensional sin que estuviese precedido de la satisfacción o del cumplimiento del deber de información por parte de la administradora que captó a la afiliada, quien, según sus dichos al absolver el interrogatorio de parte, ni siquiera recibió asesoría previa completa e individual al traslado de régimen pensional.

Con independencia de que la afiliación se diera con antelación o en momento posterior a la regulación de deberes del consumidor financiero, las AFP deben, en un acto responsable y comprometido con su función social, dar a conocer a los potenciales afiliados, todas las implicaciones del traslado, como sostuvo la referida Corte en **sentencia SL 4360 de 2019** Radicado 68852.

En cuanto a la inconformidad sobre la carga de la prueba, con dicho precedente, se desvirtúa además la aplicación a la actora del principio de auto responsabilidad de los hechos afirmados en la demanda, pues en este caso, en virtud de la carga dinámica de la prueba ésta se radica en cabeza de las AFP que a través de sus agentes propiciaron el traslado de régimen del asegurado, tal y como se aprecia en la sentencia SL4426-2019, donde la Corte expone los motivos por los cuales las administradoras deben demostrar que suministraron una información clara y transparente, lo que se explica desde la premisa que el afiliado presenta una afirmación indeterminada *-la de que no recibió información-* y es la AFP a quien corresponde demostrar que cumplió con sus deberes en esa materia, al hallarse en mejor posición de ilustrarlo, por cuanto debe conservar en sus archivos la documentación que soporta el traslado, además, de estar facultado el fallador por el **artículo 167 del Código General del Proceso**, para distribuir la carga de la prueba a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar todo los elementos de convicción tendientes a esclarecer el objeto del litigio y en asuntos como el que hoy nos ocupa, sin duda quien debe cumplir dicha carga es la AFP del RAIS, por cuanto: i) Maneja la carpeta con la historia de cada afiliado, así como la información que le fue brindada al momento del trascendental acto del traslado o afiliación, **y la que se le haya entregado a lo largo de su permanencia en el fondo**, dirigida a orientarlo sobre las mejores opciones para que tome las decisiones que más le convengan; ii) Conoce y posee los datos de ubicación y preparación que recibió **el asesor** que tuvo a cargo la asesoría efectuada al afiliado y posibilitó que éste firmara el acto jurídico de vinculación o de traslado al fondo de pensiones.

En el sub-lite, mediante la prueba documental se evidencia que Diana María Chalarca Molina nació el 10 de mayo de 1966¹⁹, por lo que, al 1 de abril de 1994, cuando entró en vigencia el SGSSP para ella, por ser trabajadora dependiente del sector privado, contaba con 28 años de edad y no tenía 15 o más años de servicios y/o cotizaciones, por tanto, no fue beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El 30 de junio de 1995 suscribió formulario de traslado con destino a Colfondos S. A²⁰, el cual se acusa de ineficaz. Su solicitud de retorno al RPM fue negada el 12 de marzo de 2019²¹ aduciendo que se encontraba a menos de 10 años para pensionarse y el acto de traslado fue voluntario, ejerciendo su derecho de libre elección de régimen, así mismo, su solicitud a Colfondos S.A de nulidad y/o ineficacia de traslado fue negada el 17 de abril de 2019²² por no cumplir con los requisitos para realizar el traslado de régimen y habersele explicado las condiciones del producto de acuerdo el formulario de vinculación.

En el sub judice, fue recaudado interrogatorio a la demandante, sin que se produjera confesión de su parte, pues en torno a las condiciones presentadas durante su traslado hacia el RAIS, manifestó que se afilió a la AFP Colfondos S.A, en virtud de una asesoría grupal que duró alrededor de 15 minutos, donde le dieron un formulario de afiliación para que lo diligenciara, y le indicaron que luego le darían una asesoría

¹⁹. Carpeta 01PrimerInstancia, archivo 03-2019-00405 Anexos a la demanda. pdf. "Registro Civil de Nacimiento" Pág, 2

²⁰ Carpeta 01PrimerInstancia, archivo 03-2019-00405 Anexos a la demanda. pdf. Págs 04. "formulario de afiliación"

²¹ Carpeta 01PrimerInstancia, archivo 03-2019-00405 Anexos a la demanda. pdf. Págs. 25/31

²² Carpeta 01PrimerInstancia, archivo 03-2019-00405 Anexos a la demanda. pdf. Pág 33/34

especializada, la cual nunca se realizó; no le informaron que los aportes se le consignarían en una cuenta a su nombre, ni que esta generaría rendimiento, no le explicaron la diferencias entre ambos regímenes, ni que pasaría con los aportes realizados al RPM, ni cuanto era el capital necesario para financiar su pensión en el RAIS, tampoco se le informó sobre la devolución de saldos, ni sobre el bono pensional

Colfondos S.A. no aportó documental donde se plasme la asesoría que dice haber brindado a la señora Chalarca Molina, en momento anterior a la suscripción del formulario de afiliación; siendo esta AFP quien se encargó de tramitar el traslado de régimen pensional, es la llamada a demostrar que ese traslado de régimen no se vio afectado en su eficacia al suministrar la información suficiente, clara, completa a la entonces potencial afiliada, pero se abstuvo de presentar prueba documental en ese sentido.

Ahora, tampoco se allegó al plenario algún tipo de re-asesoría pensional respecto al RAIS que se le hubiera brindado a la señora Chalarca Molina por parte de Colfondos S.A., y aun siendo así, es de advertir que la ineficacia deriva en la inexistencia del acto, no puede ser ratificada por actuaciones posteriores de la afiliada, ni brindarse la misma solo por petición de la afiliada interesada, como aduce la pasiva.

En este caso, la pasiva no acreditó la satisfacción de su ineludible deber legal de brindar a la hoy demandada una oportuna información adecuada, suficiente, cierta y comprensible, en términos de transparencia y eficiencia respecto de la vinculación en los dos regímenes pensionales; ni sobre los beneficios e inconvenientes que le generaría el suscribirse a un régimen o a otro, y en general, las consecuencias del tal afiliación, entre ellas, las modalidades de la pensión, el capital necesario para acceder a la pensión de vejez de manera ordinaria, o anticipada, los componentes y variables para establecer el monto de la prestación económica en el RAIS y su comparativo en el RPM, los requisitos para heredar el capital de la cuenta de ahorro individual en caso de fallecimiento, el derecho de retracto, las implicaciones de la negociación anticipada del bono pensional, la posibilidad e incluso la necesidad de hacer cotizaciones adicionales, para obtener la prestación de vejez en el RAIS, entre otros aspectos relevantes, para generar en los posibles afiliados, verdadero consentimiento plenamente informado y por tanto, libre y voluntario en la selección o traslado de régimen de pensiones, y ese deber de información es exigible en cada etapa de la afiliación y ejecución del acto jurídico, como bien ha dilucidado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

De ello no hay elementos de convicción en el plenario distintos del formulario de afiliación en ésta, sobre el cual la AFP Colfondos S.A. adujo que, estando suscritos por la demandante, quien lo hizo de manera libre y voluntaria, no es dable restarle valor y menos desconocer este acto; sin embargo, en este sentido, las sub reglas establecidas por la Alta Corporación definen que al momento de analizar si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación: **a)** no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; **b)** en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones **allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados**, en los que debe constar los aspectos

positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional, conforme al **artículo 1604 del Código Civil**, la prueba de la diligencia y cuidado recae en quien debió emplearlo y, ello no se satisface solo con allegar documentos previamente elaborados en los que se limita a llenar espacios en blanco, que suscriben las partes, sino con la evidencia real de que la información plasmada atienda las pautas para que se adopte una decisión completamente libre, y que la asesoría brindada fue suficiente para la persona. Lo cual, es acorde con lo normado en **los artículos 97 y 98 del Estatuto Financiero vigente en 1994**, referidos a la debida diligencia que debían emplear las AFP, según los cuales, no se trata sólo de completar un formato, ni adherir a una cláusula genérica, sino de haber transmitido elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, sea que estuviere o no la persona en transición.

Conforme al precedente en cita, acogido por esta Sala, el incumplimiento de las mencionadas obligaciones de información por parte de Colfondos S.A., vulneradora de la libre y voluntaria selección de régimen prevista en el literal b del Artículo 13 de la ley 100 de 1993²³ genera consecuentemente la INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RAIS, como repuesta jurídica a la transgresión de ese deber legal y ello implica que, el acto jurídico declarado ineficaz carezca de vida jurídica, y, por tanto no produzca ningún efecto, lo cual fue precisado en **sentencia SL4360 de 2019**, concluyendo en que: “la sanción impuesta en el artículo 271²⁴ de la Ley 100 de 1993 consagra una ineficacia en sentido estricto, lo que conlleva que la consecuencia allí contenida es la exclusión de todo efecto al traslado”, lo cual, da lugar a garantizar el derecho de la accionante a retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida hoy administrado por COLPENSIONES y a declarar que ha permanecido afiliada, sin solución de continuidad, lo que conlleva a la reactivación de su respectiva afiliación en este último régimen.

Tales motivaciones permiten **confirmar** en ese aspecto la sentencia conocida en apelación.

b) Consecuencias de la declaratoria de ineficacia

Atendiendo al principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005, con el fin de que COLPENSIONES cuente con los recursos necesarios, y fundamentalmente se garantice la no afectación

²³ **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.

²⁴ 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^{<1>} 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.

financiera del régimen de prima media, y pueda satisfacer las prestaciones que se generen a su cargo, producto de la declaratoria de ineficacia, todos los recursos recibidos con motivo de la afiliación al régimen de Ahorro Individual, deben trasladarse a la administradora que tendrá a su cargo el reconocimiento de las eventuales pensiones, por cuanto, tales sumas repercutirán en la conformación del derecho pensional, dado que el RPM es un fondo común al cual ingresan de forma indistinta los recursos de todos los afiliados y que a través del sistema de reparto intergeneracional se cubren las prestaciones causadas. Además de ser menester que, por efecto de la declaratoria de la ineficacia en asuntos como el abordado en este proceso, la parte beneficiada económicamente con el acto ineficaz por omisión del deber de información garantice que el patrimonio de la persona inducida a la afiliación no sufra deterioro, y pueda disfrutar de las prestaciones del RPM, como si hubiera permanecido en él.

Bajo las referidas premisas, se **confirmarán y adicionarán** las órdenes impartidas a **COLFONDOS S.A.** desde la primera instancia, en el sentido que esta AFP del RAIS, dentro de los **30 días siguientes a la ejecutoria** de la presente providencia, no solo debe trasladar a COLPENSIONES **la totalidad** de las sumas que se encuentran depositadas en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros que se han generado durante todo el tiempo en que la hoy demandante figuró como afiliada al RAIS.

Sino que Colfondos S.A., también debe trasladar a la referida AFP del RPM, las cuotas de administración, el dinero con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y las sumas adicionales de las aseguradoras, por ella descontadas durante el periodo de afiliación de la hoy demandante, pues no se discute la legalidad de tales descuentos, ni, si el dinero de la afiliada fue administrado adecuada y eficientemente, sino que, como consecuencia de la ineficacia del traslado inicial al RAIS, y por no haberse estudiado previamente a la afiliación de la situación particular de la hoy demandante, e ignorándose verdaderamente cuáles fueron los argumentos esgrimidos por dicha AFP para aseverar que cumplió con los deberes de información que sostiene haberle dado, no es pertinente exonerarla de la devolución de tales conceptos, independientemente de que Colpensiones no haya administrado el dinero de la afiliada, ni asumido los riesgos que esa actividad conlleva, no pudiendo discutir inexistencia de motivos para entregarlos, detrimento patrimonial, ni enriquecimiento sin causa para Colpensiones y la demandante, tampoco transgrede derechos de las demandadas, por evidenciarse la omisión de asesoría completa y previa a la migración de la accionante hacia el RAIS y dentro de ese mismo régimen, pues si bien existió una administración por parte de la AFP del RAIS, además del pago de seguros, consecuentemente a la declaratoria de ineficacia, todos los recursos deben trasladarse a Colpensiones, administradora que tendrá a su cargo el reconocimiento de la pensión que se genere en favor de la hoy demandante, como anteriormente se explicó.

Se rememora que, para efecto de la devolución de conceptos hacia el RPM, con anterioridad, esta Sala de Decisión disponía que, el monto trasladado no fuese inferior al valor total del aporte legal correspondiente en caso de que el afiliado hubiere permanecido en el régimen de prima media y si así fuere, la AFP asumiera el pago de la diferencia, aplicando el precedente de la Corte Constitucional plasmado en las

sentencias **C 1024 de 2004**, y en las **SU 062 de 2010** y **SU 130 de 2013** sobre los casos de las personas que regresan del RAIS al RPM, **y de otro lado**, y se abstenía de ordenar que las AFP del RAIS remitieran con destino a Colpensiones, los valores correspondientes a las sumas adicionales de las aseguradoras, tema que forma parte del recurso de apelación, ante las órdenes impartidas en la primera instancia que aquí se confirma.

Pero, retomando el punto, y por las mismas razones expuestas en este acápite, considerando el precedente de la Sala de Casación Laboral²⁵ contenido en sentencias **SL 3202-2021, SL 2769-2021, SL3708-2021, SL 3710-2021- SL 3706-2021, SL 3571-2021 y SL 3709-2021**, esta Sala ha precisado que las cuotas de administración y los descuentos del seguro previsional, descontadas por la AFP del RAIS durante el periodo de afiliación de la hoy demandante, se deben trasladar debidamente **indexadas** y con cargo a sus propios recursos, aspecto en el cual, se adicionará la decisión de instancia, con el fin de que se satisfagan en su valor actualizado, dado que la pérdida de poder adquisitivo de la moneda colombiana constituye un hecho notorio.

Al momento de cumplirse esta sentencia, los conceptos deberán aparecer detallados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

En consecuencia, las órdenes impartidas a **COLFONDOS S.A.**, desde la primera instancia, se **CONFIRMARÁN y ADICIONARÁN** como se dijo, y se reitera, deberán cumplirse dentro de los **30 días siguientes a la ejecutoria** de la presente providencia.

El cumplimiento de tales órdenes será verificado por COLPENSIONES, de manera coordinada con COLFONDOS S.A. sin trasladar consecuencias negativas a la actora.

Se ordenará a COLPENSIONES recibir de COLFONDOS S.A. los recursos correspondientes a los conceptos aludidos, y se homologarán en el régimen de prima media las semanas cotizadas por la actora durante su afiliación en el RAIS.

III. EXCEPCIONES

En grado jurisdiccional de consulta se estudian, además, las excepciones formuladas por la pasiva, las cuales quedan implícitamente resueltas, por haberse causado lo pretendido en la demanda.

²⁵ Esta Sala atiende el precedente judicial original de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a partir la sentencia con radicado 31989 de 2008 y dando aplicación al artículo 1746 del Código Civil²⁵, en los cuales fundamentan la *ratio decidendi* de estos procesos, donde esa Alta Corporación determinó que por efecto de la entonces denominada nulidad, hoy ineficacia, generada con ocasión del actuar negligente de las AFP del RAIS, en materia de información, éstas se encuentran obligadas a remitir a Colpensiones no sólo las cotizaciones, rendimientos, si los hubiere, cuotas o gastos de administración, lo destinado a garantía de pensión mínima sino también las sumas adicionales de la aseguradora, por tanto, se adopta en estricto sentido lo decidido por nuestro órgano de cierre en la materia, ordenando a Protección S.A., que traslade a Colpensiones, los valores descontados a la demandante durante el tiempo de su afiliación en ella, por concepto de aportes para la Garantía de Pensión Mínima, y con cargo a sus propios recursos, sumas adicionales de las aseguradoras, además de las comisiones de administración.

En especial, no operó la prescripción pues la ineficacia no está sometida a dicha figura, por conllevar la inexistencia del acto jurídico sobre el que recae y el reconocimiento pensional se presentó como una de las consecuencias del retorno al RPM administrado por Colpensiones, además esta Sala, acoge la postura pacífica de la H. Corte Suprema de Justicia, respecto a que las acciones judiciales tendientes a comprobar la forma en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles, como es el caso de la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Para resolver **lo alegado por Colfondos S.A.** en su apelación, en cuanto a la aplicación del fenómeno extintivo sobre el 3% destinado a cuotas de administración y demás conceptos distintos a cotizaciones y rendimientos que se dispuso trasladar, debe indicarse que sobre ellos, la prescripción tampoco tiene vocación de prosperidad, pues tal y como la acción judicial tendiente a declarar la ineficacia del traslado de régimen es imprescriptible para quien todavía no se encontraba gozando de pensión de vejez, igual suerte corren los derechos que surgen como consecuencia de tal declaratoria, como aquel destinado a obtener el derecho pensional o los conceptos que se ordenó devolver al RPM.

IV. COSTAS

Costas en esta instancia a cargo Colfondos S.A por haber resultado vencida en su recurso. Se fija agencias en derecho en el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente para 2022 (1SMMLV) y en favor de la demandante. Lo anterior a tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

V. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Medellín el 26 de enero de 2022, dentro del proceso ordinario laboral de doble instancia promovido por el señor DIANA MARIA CHARLARCA MOLINA contra COLPENSIONES y COLFONDOS S.A, **adicionándola**, en el sentido en que esta última AFP:

Trasladará con destino a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, la **totalidad** de las sumas que se encuentran depositadas en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros generados durante todo el tiempo en que el demandante ha figurado como afiliado al RAIS., así como los valores descontados al actor por concepto de aportes para la garantía de pensión mínima, y con cargo a sus propios recursos, COLFONDOS

trasladará debidamente indexados a Colpensiones el valor de comisiones de administración y primas de seguros, descontados en el mismo lapso, como afiliado ante ella.

El cumplimiento de lo ordenado será verificado por COLPENSIONES, de manera coordinada con COLFONDOS S.A.

Se ordena a COLPENSIONES recibir de COLFONDOS S.A los valores correspondientes a los conceptos aludidos, y homologar en el régimen de prima media las semanas cotizadas por el actor durante su afiliación en el RAIS.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A. por haber resultado vencida en su recurso. Se fijan agencias en derecho en el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente en 2022 (1 SMMLV).

Notifíquese lo decidido por edicto.

Devuélvase el expediente al despacho de origen.

Los Magistrados,



MARIA PATRICIA YEPES GARCIA



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ
En ausencia justificada

DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN