

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISION LABORAL

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	John Jairo Carmona Díaz
DEMANDADO	AFP Colfondos S.A. y COLPENSIONES
PROCEDENCIA	Juzgado 014 Laboral del Cto. de Medellín
RADICADO	05001 3105 014 2020 0246 01
INSTANCIA	SEGUNDA
PROVIDENCIA	SENTENCIA Nro. 173 de 2022
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Adiciona y confirma

Hoy, **once (11) de agosto de dos mil veintidós (2022)**, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral integrada por los magistrados Martha Teresa Flórez Samudio, Orlando Antonio Gallo Isaza y Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a emitir pronunciamiento frente al recurso de apelación y grado de consulta para **Colpensiones**, en relación con la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **John Jairo Carmona Díaz**, en el que también se demandó a **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías**, radicado único nacional 05001 3105 **014 2020 00246** 01.

La Magistrada ponente, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración de los restantes integrantes de la Sala el proyecto discutido y aprobado como consta en acta N° ----, que se adopta como sentencia y se plasma a continuación:

Antecedentes

Las pretensiones del demandante se orientan a obtener la ineficacia – exclusión de todo efecto al acto de su traslado al RAIS, y como consecuencia, se disponga su retorno automático al RPM administrado por Colpensiones; se ordene a **Colfondos S.A.**, devolver al RPM *todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado,* e igualmente, enviar o notificar la devolución del bono tipo A; ordenar a Colpensiones la aceptación del traslado y los aportes e incorporarlos en la historia laboral como semanas cotizadas. Pide también condena en costas y agencias en derecho.

En sustento de ello afirma que, **nació el 16 de febrero de 1961**, cotizó al Seguro Social entre el mes de septiembre de 1980 y abril de 1994; se trasladó al RAIS en el periodo 05 de 1994, al argumentársele por un asesor de Colfondos que se podía pensionar a cualquier edad, con mesada superior, que el Seguro Social se iba a liquidar, pero no le explicó cómo se obtiene la pensión en el RAIS, y tampoco las consecuencias adversas del cambio de régimen. Que el 25 de noviembre de 2019, por petición del demandante, Colfondos le realizó proyección de mesada, indicándosele que a los 63, 64 y 65 años sería de \$859.366 y en el RPM de \$1.658.970. **El 05 de diciembre de 2019**, presentó reclamación administrativa a las dos demandadas, pidiendo se le autorizara su retorno al RPM, obteniendo respuesta negativa de Colpensiones, quedando con ello agotada la reclamación administrativa.

En auto del 21 de septiembre de 2020, **se admitió** y ordenó dar trámite a la acción. Enteradas de la actuación, las entidades vinculadas por pasiva, allegaron escritos de contestación así:

Colpensiones, en relación con los hechos indica que no le constan y los somete a prueba. Manifestó **oposición** a las pretensiones, expuso los

fundamentos de derecho y formuló las **excepciones** de imposibilidad de retorno al RPM por falta de requisitos legales, improcedencia de la declaratoria de invalidez del traslado, carga dinámica de la prueba – particularidades del caso, inexistencia de vicio en el consentimiento, devolución de cuotas de administración, seguros previsionales, comisiones – indexados; inexistencia de la obligación de reconocer perjuicios, prescripción, imposibilidad de condena en costas y compensación.

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, de los hechos tiene como ciertos, la fecha de nacimiento del demandante, el derecho de petición a esa sociedad, la solicitud de retorno al régimen de prima media y la respuesta emitida por Colpensiones; los demás supuestos no son ciertos o no le constan. **No presentó oposición a las pretensiones**, resaltando que en la fecha de traslado del demandante la asesoría a los afiliados se realizaba de manera presencial y verbal, *en las cuales se les indicaba las características del régimen general de pensiones, ventajas y desventajas*, de ambos regímenes, expuso las razones de la no oposición y no formuló medios exceptivos.

La primera instancia terminó con **sentencia** proferida por el **Juzgado Catorce Laboral del Circuito**, con fecha 08 de julio de 2022, en la que **declaró la ineficacia** de la afiliación del demandante al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, condenando a esta sociedad a que dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, traslade con destino a Colpensiones, los dineros de la cuenta de ahorro individual del señor John Jairo Carmona Díaz, incluyendo para el efecto los rendimientos que se hubieren causado, y las comisiones de administración que encierran lo pagado por seguro previsional y garantía de pensión mínima, a partir del 03 de mayo de 1994; ordenó a Colpensiones reactivar la afiliación del actor en el RPM, sin solución de continuidad, y a la AFP Colfondos S.A., que comunique, dentro de los 10 días siguientes a la

ejecutoria de la sentencia, el contenido de la misma a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos Pensionales, para los efectos legales correspondientes; declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas, gravó con costas a Colfondos S.A. a favor del demandante, fijando el monto de las agencias en derecho.

Argumentó el fallador que en los autos no quedó acreditado que la AFP hubiere brindado al señor Carmona Díaz, al momento de su vinculación al RAIS, información clara, completa, veraz y comprensible sobre los efectos que le acarrearía tal decisión, sin que del formulario de afiliación se infiera la misma, razón por la que acogió las pretensiones, y dispuso las restituciones ya referidas, sin que haya lugar a indexar ninguno de los valores, porque los recursos en el fondo privado producen rendimientos que también se ordena devolver.

Contra esta decisión se interpuso **recurso de apelación**, por la apoderada judicial de **Colpensiones**, de manera parcial, únicamente contra el numeral segundo que ordenó el traslado de las sumas de dinero pero no indexadas, pidiendo tener en cuenta que las cuotas de administración que cobran las AFP del RAIS son un ingreso propio en favor de la generación de un patrimonio, todos ellos en virtud de las cotizaciones obligatorias al sistema de pensiones y que en caso de declararse la ineficacia, estos dineros conjuntamente con sus rendimientos generan un enriquecimiento sin causa a su favor y no trasladarse indexados constituye un desmedro para Colpensiones, pues nunca esta entidad tuvo injerencia en la selección que el demandante hizo del RAIS, que pudo administrar esas sumas de dinero, las cuales sirven para capitalizar el fondo de naturaleza común y pensionar en el futuro al demandante, por lo que solicita a esta Corporación, como lo ha hecho, que esta devolución de cuotas, gastos de administración, seguros previsionales, rendimientos y ahorros voluntarios se haga debidamente indexados.

De la oportunidad para presentar alegatos hizo uso la apoderada del demandante, quien luego de hacer referencia a la posición de las demandadas frente a las pretensiones, y citar algunas normas relativas al deber de información, trae a colación la reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral frente al particular, sin que la AFP Colfondos S.A. hubiere allegado prueba de la debida información al momento de la movilidad entre regímenes, ni se le realizaron proyecciones matemáticas de la futura prestación en el RAIS y su comparativo con el RPM, y tampoco se le explicaron las consecuencias adversas del traslado. Cita apartes de la sentencia 31989 de 2008, y luego relaciona varias radicaciones, que por ser más de tres constituyen precedente que se debe observar, peticionado acceder a las pretensiones.

En orden a decidir, basten las siguientes,

Consideraciones:

Como hechos no discutidos y debidamente acreditados se tienen: la fecha de nacimiento del demandante, 16 de febrero de 1961, que inicialmente estuvo afiliado al RPM administrado por el entonces ISS hoy Colpensiones, con traslado al RAIS, a través de la AFP Colfondos S.A. mediante formulario suscrito **el 03 de mayo de 1994**, donde aún permanece.

Teniendo en cuenta los planteamientos del recurso y el grado jurisdiccional de consulta, también en favor de **Colpensiones**, el **problema jurídico** en esta instancia se contrae a determinar, si procede la declaratoria de ineficacia del traslado del demandante al RAIS y consecuente con ello, su retorno automático al RPMPD, con las restituciones económicas, los conceptos que estas comprenden y si hay lugar a ordenar la indexación de todos o algunos conceptos.

Pues bien. Unánime, pacífica y reiterada ha sido la línea de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde el año 2008, en torno al tema de la carencia de efectos del traslado de régimen pensional cuando no está precedido de una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. En sentencia SL1452 de 2019 dijo:

En relación con la validez del acto de afiliación a cualquiera de los regímenes pensionales, comienza la Sala por precisar, que, como se indicó en sede de casación, conforme el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, «los trabajadores tienen la opción de elegir libre y voluntariamente» el régimen que mejor se ajuste a sus intereses, por cuanto cada uno tiene características disímiles y regladas, sin que en dicha decisión pueda ejercerse con obstrucción o presión alguna de empleador o terceros, so pena de incurrirse en las sanciones del artículo 271 ibídem.

Ahora, como se adoctrinó por la Corte, entre otras, en las sentencias CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019, las AFP, como actores privados en el nuevo sistema de seguridad social, «encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS», son quienes desde un principio han estado sometidos a reglamentaciones, restricciones y deberes propios de las actividades que ejecutan, al estar inmersos en la prestación y/o administración de un servicio público de carácter obligatorio, que está bajo la dirección, coordinación y control del Estado, según el artículo 48 de la CN, contexto en el cual, según el numeral 1° del artículo 97 Decreto 663 de 1993, tienen «[...] la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses». Lo anterior, como una forma de materializar el principio de transparencia en la elección las operaciones y opciones del mercado, y los de prevalencia del interés general y buena fe, de quienes prestan un servicio público.

Y en la SL1689 de 2019 se indica:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de

otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Se impone entonces la sanción de ineficacia al acto de traslado de régimen pensional efectuado por el demandante, frente a la que no opera el fenómeno extintivo de la prescripción, lo que implica que las cosas se retrotraigan al estado en que se encontraban antes de ocurrir el mismo, y por tanto, **la AFP Colfondos S.A.**, debe devolver a COLPENSIONES la totalidad de los aportes obligatorios recibidos con motivo de la vinculación, con los rendimientos generados en su cuenta de ahorro individual (ver entre otras sentencias SL1688, SL1689 de 2019 y SL2877-2020), **incluyendo los porcentajes descontados por gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima**, estos tres últimos debidamente **indexados y con cargo a los recursos de la AFP**, ello en aras del mantenimiento de su poder adquisitivo y de la sostenibilidad financiera del sistema (**ver entre otras,**

sentencias SL3202-2021, SL3706, SL3707, SL3708, SL3710, SL3349-2021, SL4803-2021, SL4609-2021, SL755-2022, SL756-2022, SL1019-2022 y SL1055-2002), acogándose por esta instancia el argumento de autoridad expuesto en estos proveídos, resultando ilustrativo lo explicado en la sentencia **SL1019-2022**, en la que luego de declararse la ineficacia de la afiliación de la que fuera demandante, se estableció que como consecuencia de ello,

... la afiliada nunca se trasladó a dicho régimen y, por tanto, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media, situación que se registrará y actualizará en los sistemas de información respectivos de cada una de las administradoras involucradas en el presente proceso, teniendo en cuenta lo explicado, entre otras, en la sentencia CSJ SL2877-2020:

i) que ésta involucra la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, en el sentido que debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación económica a que tenga derecho la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida;

ii) que ello incluye el reintegro a Colpensiones, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales, lo recaudado por gastos de administración y comisiones debidamente indexados durante todo el tiempo que la demandante permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima;

iii) que los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, conlleva que todas las cotizaciones efectuadas por la promotora del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones.

*Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a **trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.** Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje

destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

En relación con la excepción de prescripción, si bien los artículos 488 del CST y 151 CPTSS son los que regulan dicho fenómeno extintivo, por virtud del cual opera el término trienal, contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, no obstante, dado que en este tipo de procesos las pretensiones de la demanda tienen carácter declarativo, es decir, están referidas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, acaecido con anterioridad a que se trabé la litis, la Sala considera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible, tal como se ha sostenido, entre muchas otras, en las sentencias CSJ SL5292-2021; CSJ SL5680-2021 y CSJ SL5686-2021. Negrillas intencionales.

Luego, contrario a lo argumentado por el a quo, no se pueden entender actualizado ***el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el destinado al fondo de garantía de pensión mínima,*** con los rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual, **pues estos valores están excluidos de la misma,** y por ello deben retornarse por la AFP ***debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos,*** por lo que se **revoca y adiciona la decisión en este apartado.**

Al momento de cumplirse la orden impartida a la AFP los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, restitución que se deberá hacer en el término fijado por el fallador de primer grado.

No se está en este caso autorizando un traslado de régimen desatendiendo la restricción temporal del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, *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, sino imponiendo la sanción de ineficacia por no haberse dado una libertad informada en la elección de régimen pensional al momento del traslado, en los términos del literal b) de la misma norma en concordancia con el artículo 271 del mismo estatuto, decisión con la que en manera alguna se atenta contra la sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues con el traslado integro de recursos se garantiza la equivalencia de condiciones en aportes en el evento de haberse mantenido la vinculación, máxime cuando si bien es cierto esta es una regla introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005 que modificó el 48 de la Constitución Política, debe tenerse en cuenta el Acto Legislativo 03 de 2011, artículo 1º, que modificó el artículo 334 superior relativo al régimen de Hacienda Pública, que en su **parágrafo** reza: ***al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su efectiva protección.***

Y si bien es cierto en los fundamentos de la demanda se afirma que una de las razones para promover esta acción es obtener una mejor mesada pensional, ello se encuentra acorde con el calificativo irrenunciable de la seguridad social, que no procura exclusivamente por el reconocimiento formal de las prestaciones fundamentales que ella comporta, sino que desde un enfoque material, busca la satisfacción en su totalidad a fin de que los derechos e intereses objeto de protección sean reales y efectivos; *en este sentido, el derecho a la pensión se ve sustancialmente afectado cuando la prestación económica no es reconocida en su monto real y con todos los elementos que la integran; si además se tiene en cuenta que una pensión deficitaria no cumple su propósito de garantizar una renta vitalicia digna y proporcional al salario que el trabajador devengó cuando tenía su capacidad laboral inalterada.* Ver sentencias SL8544 y SL 13430 de 2016.

Frente al mismo punto, en sentencia SL1055-2022, se lee:

... si bien en el presente asunto uno de los argumentos del accionante fue el relativo a demostrar que su pensión en prima media sería más favorable que en el RAIS, esto de ningún modo debe permitir desviar la atención a lo importante, esto es, verificar si al momento del traslado efectivo el afiliado accedió a una información clara y precisa sobre las ventajas, desventajas y riesgos de cada régimen en los términos explicados. Y tampoco difumina lo anterior el hecho de que la persona no haya retornado a prima media en los términos de ley, pues se reitera, lo que concierne a estos asuntos es constatar el obedecimiento de dicho deber legal de información, independientemente de que la persona tenga o no aquella posibilidad legal de retorno.

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

Ante la prosperidad parcial del recurso y por conocerse en grado jurisdiccional de consulta para Colpensiones, no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial Medellín**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, frente a la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **John Jairo Carmona Díaz**, en contra de **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y Colpensiones**, **adiciona el numeral segundo** de la parte resolutive para ordenar a Colfondos S.A. **la indexación de los valores a restituir por gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y**

sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los que asumirá con cargo a sus propios recursos. E igualmente se dispone que, al momento de cumplir la orden, los conceptos aparezcan discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. **En lo demás confirma.**

Ante la prosperidad parcial del recurso y por conocerse en grado jurisdiccional de consulta para Colpensiones, no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia.

Lo resuelto se notifica a las partes por **EDICTO, que se fijara por secretaria por el término de un día**, en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto AL2550-2021.

Los magistrados (firmas escaneadas)


LUZ AMPARO GÓMEZ ABISTIZABAL
Magistrada


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
Magistrada


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA
Magistrado