

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

El veinte (20) de octubre de dos mil veintidós (2022), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, procede a proferir sentencia de segunda instancia, en el presente proceso ordinario laboral promovido por la señora **IVETTE MARÍA GARCÍA VANEGAS** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A), la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS** (en adelante COLFONDOS S.A) y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A** (en adelante PROTECCIÓN S.A.) tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-016-2019-00460-01.

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

**1. ANTECEDENTES:**

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

**Como fundamento fáctico de sus pretensiones** relata la actora, que se vinculó laboralmente en la Compañía de Seguros Bolívar S.A, en marzo de 1995, fecha en la que también se afilió al RAIS a través de PROTECCIÓN S.A.

Aduce que, el asesor de PROTECCIÓN S.A. le manifestó que, el nuevo régimen pensional era su mejor opción, que el dinero de los aportes iba a estar garantizado

con ellos, porque el Instituto de Seguros Sociales – ISS hoy COLPENSIONES, iba a desaparecer y corría el riesgo de que se le perdieran los aportes si decidía afiliarse a dicho régimen, que en el fondo privado se podía pensionar a menor edad y con una mesada pensional mayor a la que le correspondería en el ISS.

Expone que, el asesor no le mencionó cual era la diferencia entre el fondo público y el fondo privado, ni cuáles eran los pro y los contra de afiliarse a un régimen o al otro.

Señala que, hubo una violación al deber de información por parte del asesor del asesor de PROTECCIÓN S.A, porque le impidió considerar la posibilidad de vincularse al ISS, ya que este, le brindó una información sesgada, parcializada, manipulada y desleal.

Aduce que, en junio de 1995 se trasladó al fondo de pensiones ING, hoy PROTECCIÓN S.A, en octubre de 1997 regresó a PROTECCIÓN S.A, luego volvió a ING en mayo de 2000. En diciembre de 2003 se trasladó a COLFONDOS S.A y en septiembre del año 2010 se pasó para PORVENIR S.A.

Relata que, los traslados realizados obedecieron a que en esos momentos llegaban a su oficina asesores de los fondos ya nombrados quienes le manifestaban los mismos argumentos que el asesor de PROTECCIÓN S.A. le había indicado para su vinculación inicial al RAIS.

Expresa solicitó proyección de su pensión de vejez a PORVENIR S.A. entidad que el 13 de mayo de 2019, le respondió que su pensión a los 60 años sería de \$ 828.117, en tanto en RPM sería de \$2.867.100 a los 61 años.

Relata que, intentó regresar al RPM, pero COLPENSIONES el 21 de junio de 2019 le precisó que, no era procedente dar trámite a su solicitud, porque se encontraba a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse.

Narra que, no conocía de la restricción legal que le mencionaba COLPENSIONES para trasladarse de un régimen pensional a otro y el fondo privado PORVENIR S.A. tampoco se lo advirtió.

Cuenta que, desde su vinculación inicial al fondo privado de PROTECCIÓN S.A., hasta la fecha, no fue debidamente informada del tema por ninguno de los asesores de los fondos privados, nunca le presentaron una información completa

de los efectos de vincularse al RAIS; no le hablaron de las diferentes modalidades de pensión, tampoco le mencionaron que adicional al aporte que le descontaban al empleador debía ahorrar mucho más si quería obtener una mesada pensional igual o mejor que la que le pagaría el ISS, nunca le mencionaron la posibilidad de la pensión voluntaria.

Así mismo arguye que, no le presentaron un cuadro comparativo o una proyección que le permitiera determinar qué régimen pensional le convenía más.

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

El *a quo* negó la totalidad de las pretensiones incoadas por la demandante, declarando probada la excepción de inexistencia de la ineficacia de traslado, por nunca haber estado la actora, afiliada al RPM.

Finalmente condenó en costas a la señora IVETTE MARÍA GARCÍA VANEGAS en favor de todas las administradoras demandadas, fijando como agencias en derecho la suma de \$2.000.000, precisando que, a cada una de las demandadas se le debe pagar la suma de \$500.000.

Para fulminar condena el *a quo* mencionó que la parte demandante pretende que se aplique la jurisprudencia que se ha venido decantando en los procesos de ineficacia como son las sentencias 68838, 76284, pero la jurisprudencia antes mencionada que tiene como efecto declarar ineficaz el acto jurídico y la consecuencia es que se haga la ficción de eliminar ese acto jurídico para que no produzca efectos, al no producir efectos se entiende que las cosas vuelven al estado inicial al que se encontraban. En la sentencia 76284 se habla del concepto *statu quo*.

Consideró el juez, que, en este caso no están llamadas a prosperar las pretensiones de la parte demandante porque, si se aplicara ese efecto la demandante no estaría afiliada a ninguna administradora de pensiones.

Aduce que, si la pretensión que señala la jurisprudencia es anular o desaparecer del mundo jurídico, el acto jurídico a través del cual se afilia una persona al fondo de pensiones privado para que permanezca los efectos que tenía anteriores al acto de traslado, lo que en el caso de la demandante no puede ser, pues nunca ha estado en el RPM, ya que en toda su vida laboral ha estado afiliada al RAIS a

través de diferentes administradoras de pensiones pertenecientes a dicho régimen, es decir que solamente ha estado afiliada a un régimen pensional.

Expone que, si analiza el caso a luz del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que es el que consagra lo concerniente a la sanción de ineficacia, es evidente que la mencionada norma restringe la sanción a casos donde ha operado la coacción o la fuerza, donde no se ha permitido la libertad para escoger, es decir, que lo que genera la ineficacia si se acoge en sentido literal la norma es el hecho de afectar la posibilidad que tiene una persona de escoger un fondo de pensiones privado.

Arguye que, con base a la declaración dada por la actora, ella no fue obligada a tomar la decisión de afiliarse al RAIS, pues argumentó que simplemente le brindaron una información frente al régimen privado de pensiones, pero no se observa coacción.

Señala que, si se declara la ineficacia, no es posible darle los efectos que ha venido señalando la jurisprudencia, que las cosas vuelva al estado inicial porque en este caso la demandante no puede revivir unos efectos jurídicos anteriores a la ineficacia porque ella no había iniciado su vida laboral y en razón a ello no estaba afiliada a ningún régimen pensional, pues la demandante siempre ha pertenecido al RAIS y no se podría devolver a un régimen anterior.

### **3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:**

La sentencia fue apelada por el apoderado de la demandante argumentando, que el *a quo* absuelve a las demandas de las pretensiones de la demanda, con unos argumentos un poco confusos, que logra entender de la siguiente manera:

1. Que si se declara la ineficacia, la demandante de la afiliación al fondo privado, al no estar antes afiliada al RPM, no estaría afiliada a nada. No sobra mencionar que el *a quo* menciona indistintamente ineficacia y nulidad, figuras distintas, con efectos diferentes.
2. Dice que el artículo 271 que habla sobre la ineficacia, restringe la sanción a casos donde hay coacción, y que este no es el caso.
3. Que no puede revivir efectos jurídicos anteriores a la declaratoria de la ineficacia, porque la demandante no había empezado su vida laboral, no tenía afiliación que revivir, la demandante siempre ha estado en el RAS, no

se podría trasladar a un régimen anterior, manifiesta que toda la jurisprudencia está basada en eso.

4. A la demandante no se le generó ningún perjuicio porque no perdió el régimen de transición o el régimen de prima media.
5. Si se anulara el traslado sin coacción, sería entender que el RAIS es inconstitucional y la Corte Constitucional ya dijo que estaba ajustado a la constitución.
6. Que al fondo privado no puede obligarse a asesorar contra sus propios intereses, entender que el fondo privado habría que cerrarlo porque el a quo no conoce ningún caso que la pensión sea superior en el RAS que en el RPM. En el caso del salario mínimo mensual es igual en ambos fondos, entonces los fondos privados solo asesorarían a los del salario mínimo.

En primer lugar, se aclara que la demanda pretende:

1. Que se declare la INEFICACIA o que se dejen sin efecto jurídico las afiliaciones que hizo la demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad (RAS), a los siguientes fondos privados de pensiones: Inicialmente a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A., posteriormente a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, y por último a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
2. Como consecuencia de la anterior declaración, se autorice afiliar a la demandante al Régimen Pensional de Prima Media con Prestación Definida que administra COLPENSIONES, sin solución de continuidad.
3. Que se ordene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la accionante, como cotizaciones, bonos pensionales, o sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos que se hubieren causado.
4. Que se ordene a Colpensiones reciba dichos aportes y habilite la afiliación de la actora al Régimen Pensional de Prima Media con Prestación Definida que ésta administra, sin solución de continuidad en dicha afiliación.

En el proceso se pudo establecer que la demandante se afilió en noviembre de 1994, al Fondo de Pensiones Davivir, hoy Protección, y que esa fue su vinculación inicial a un fondo de pensiones..

También se probó, por la respuesta a la demanda que Protección hizo, y con el interrogatorio de parte a la demandante, que dicha afiliación la hizo ella por las condiciones beneficiosas que el asesor de Davivir le ofreció si se afiliaba a dicho fondo, como que se podía pensionar con menos edad y mejor pensión que en el fondo público y que el ISS se iba a quebrar, sin recibir más información sobre los pro o los contra de afiliarse a un régimen o al otro

El tema de debate es esencialmente el deber de información por parte de los fondos privados de pensiones, y en este caso concreto de Davivir, hoy Protección, CUYO asesor no dio a la demandante al momento de su afiliación, como era su obligación y como quedó demostrado en el proceso, la información, clara, completa, comprensible, oportuna, que predicen la línea jurisprudencia de nuestras altas cortes, citadas en la demanda y en los alegatos de conclusión, obligaciones que emanan desde el decreto 663 del 93, artículo 97 y el decreto 720 del 94 artículos 10 Y 12.

Reitero, la línea jurisprudencia se refiere en sentido estricto al cumplimiento del deber de información por parte de los fondos privados de pensiones, a los cuales les traslada la carga de la prueba de haberla suministrado, además que conforme al artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del Código Procesal Laboral, al hacer en la demanda negaciones indefinidas como que no le dieron la información completa, clara y comprensible, la parte demandante quedaba relevada de la carga de la prueba, la cual se le traslada a la parte demandada, la cual no cumplió con ella, pues no aportó al proceso ningún elemento de prueba que pudiera demostrar que sí dio la información requerida.

Al a quo, en la providencia no se le observan dudas de ninguna clase en cuanto a que el fondo privado Protección no dio la información requerida para el traslado de fondo de la demandante, es decir a que habría lugar a declarar la ineficacia del traslado, pero lo niega por no haber estado la demandante en el RPM anteriormente, con el argumento que entonces de volver las cosas al estado anterior al momento de la afiliación a Davivir, la demandante se quedaría sin fondo de pensiones, o como él dice, no estaría afiliada a nada, argumento totalmente deleznable, puesto que el debería haber hecho una interpretación sistemática de nuestra constitución, desde el preámbulo, el artículo 1<sup>o</sup>, art. 4<sup>o</sup>, art. 13, como de

los artículos 48, y 53, 230; así como también de la ley 100 en su preámbulo, artículos 1<sup>o</sup>, 4<sup>o</sup>, 13, 64 y siguientes, 271 y 272, para así haber concluido que al no darle el asesor de Davivir a la demandante la información completa, clara y comprensible al momento de la afiliación inicial, la privó de la oportunidad de decidir a cuál de los dos regímenes afiliarse, al público o al privado, de acuerdo a las condiciones peculiares de cada uno, por lo que prácticamente no tuvo otra opción que afiliarse al fondo privado de pensiones, por lo que al declararse la ineficacia de ese traslado, con fundamento a los artículos 271 y 272 de la ley 100 de 1993, la demandante recobra la oportunidad de decidir a qué fondo y régimen de pensiones afiliarse, decisión, que dicho sea de paso, ella ya tomó, pues obra prueba en el expediente que intentó afiliarse a Colpensiones, cuya solicitud le fue negada por encontrarse a diez años o menos de cumplir la edad para pensionarse, deseo que está corroborado por los pretensiones de la demanda ya citadas, como lo es que al declararse la ineficacia de su traslado al fondo privado se ordene su vinculación a Colpensiones, como si siempre hubiere estado en RPM, al igual que se ordene al fondo privado entregar todos los dineros que se encuentren en la cuenta de la demandante, y se ordene a Colpensiones recibirlos.

No tuvo en cuenta el a quo, que el derecho a la seguridad social, específicamente para el caso, el derecho pensional, está catalogado como un derecho fundamental, de orden público, irrenunciable, imprescriptible, por lo que no podía, bajo ninguna circunstancia manifestar que al declarar la ineficacia del traslado al fondo privado, la demandante se quedaría sin afiliación, su obligación era, de una manera proactiva, declarar la ineficacia y ordenar su afiliación a Colpensiones, puesto que no podía, ni puede, menospreciar, eludir o minimizar el derecho fundamental de la demandante a obtener una pensión en condiciones dignas.

Sobre el particular transcribo apartes de algunas sentencias de la Corte Constitucional:

#### SENTENCIA 009 DE 2019 CORTE CONSTITUCIONAL.

El derecho a la seguridad social en materia pensional. Reiteración de jurisprudencia

22. El artículo 48 de la Constitución establece el derecho a la seguridad social en una doble dimensión\* Por un lado, se trata de un servicio público que se presta bajo la dirección, la coordinación y el control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. Por otro lado, es una garantía de carácter irrenunciable e imprescriptible..

En este orden de ideas, y a partir de los principios consagrados en la Carta Política, el Legislador profirió la Ley 100 de 1993, a través de la cual reguló las contingencias aseguradas, las instituciones que integran el sistema y los requisitos establecidos para acceder a derechos prestacionales. De hecho, una de las contingencias aseguradas por el Sistema General de Seguridad Social es la vejez, cuya prestación consiste en la pensión de jubilación, la cual tiene como finalidad asegurar la vida en condiciones de dignidad de esa persona y de su familiaE3t además de ser el resultado del ahorro forzoso de una vida de trabajo, por lo que "no es una dádiva súbita de la Nación, sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador"

El artículo 48 de la Constitución establece el derecho a la seguridad social en una doble dimensión. Por un lado, se trata de un servicio público que se presta bajo la dirección, la coordinación y el control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. Por otro lado, es una garantía de carácter irrenunciable e imprescriptible.

La relevancia del derecho a la seguridad social también ha sido reconocida en diversos instrumentos internacionales: en los que se ha destacado su impacto en la consecución y la realización de las demás garantías. Por ejemplo, en el sistema universal de protección de derechos humanos, el artículo 9º del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), consagra el derecho a la seguridad social, de vital importancia para: garantizar a todas las personas su dignidad humana cuando hacen frente a circunstancias que les privan de su capacidad para ejercer plenamente los derechos reconocidos en Pacto".

Por su parte, el artículo XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre XVI establece el derecho a la seguridad social como la protección contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia. '

En el ordenamiento jurídico colombiano, el Legislador profirió la Ley 100 de 1993, en la que se encuentran reguladas las contingencias aseguradas, las instituciones que integran el sistema y los requisitos establecidos para acceder a derechos pensionales

Por su \* parte, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la pensión de vejez:



"es una prestación cuya finalidad es asegurar la vida en condiciones de dignidad de esa persona y de su familia, además de ser el resultado del ahorro forzoso de una vida de trabajo, por lo que no es una dádiva súbita de la Nación sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador."

Por lo tanto, el derecho a seguridad social tiene un carácter fundamental relacionado con el derecho al mínimo vital y la pensión de vejez más aún, cuando se trata de personas que se encuentran en estado de indefensión, y son destinatarias de una especial protección constitucional.

Sentencia SU 057 de 2018

El Estado Colombiano, definido desde la Constitución de 1991 como un Estado social de derechos cuenta con la obligación de garantizar la eficacia de los principios y derechos consagrados en Carta Política, no solo desde una perspectiva negativa? esto es, procurando que no se vulneren los derechos de ICE personas, sino que, en adición de ello se encuentra obligado a tomar todas las medidas pertinentes que permitan su efectiva materialización y ejercicio.

En este orden de ideas, la seguridad social, concebida como un instituto jurídico de naturaleza dual que tiene la condición tanto de derecho fundamental como de servicio público esencial bajo la dirección, coordinación y control del Estado, surge como un instrumento a través del cual se garantiza a las personas el ejercicio de sus derechos fundamentales cuando se encuentran ante la materialización de algún evento o contingencia que afecte su estado de salud, calidad de vida y capacidad económica, o que se constituya en un obstáculo para la normal consecución de sus medios mínimos de subsistencia a través del trabajo.

Esta Corporación, en Sentencia T-628 de 2007 estableció que la finalidad de la seguridad social guarda:

"necesaria correspondencia con los fines esenciales del Estado social de derecho como el si2rvjr a la comunidad; promover fa prosperidad general; garantizar la efectividad de los principios y derechos constitucionales, promover las condiciones para una igualdad real y efectiva; adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados; proteger especialmente a aquellas personas ave por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta; y reconocer sin discriminación alguna de la primacía de los derechos inalienables de la persona corno sujeto razón de ser y fin último del

poder político donde el gasto público social tiene prioridad sobre cualquier otra asignación”.

Adicionalmente, es necesario destacar que el concepto de seguridad social hace referencia a la totalidad de las medidas que propenden por el bienestar general de la población en lo relacionado con la protección y cobertura de unas necesidades que han sido socialmente reconocidas. Esta Corporación ha señalado que el carácter fundamental de este derecho encuentra sustento con el principio de dignidad humana y en la satisfacción real de los derechos humanos, pues, a través de éste, resulta posible que las personas afronten dignamente las circunstancias difíciles que les obstaculiza o impiden el normal desarrollo de sus actividades laborales y la consecuente recepción de los recursos; que les permitan ejercer sus derechos subjetivos.

En la misma línea, esta Corporación en Sentencia T 200 de 2010, destacó que la importancia de este derecho radica en que :su máxima realización posible es una condición ineludible de la posibilidad real de goce del resto de libertades inscritos en el texto constitucional" y, por tanto, se constituye en un elemento esencial para la materialización del modelo de Estado que hemos acogido y el cual nos define como una sociedad fundada en los principios de dignidad humana, solidaridad, trabajo y prevalencia del interés general.

Respecto al modelo de Estado social de derecho construido por el constituyente de 1991 y garantía del bienestar general y la dignidad humana como faros que irradian todo nuestro ordenamiento constitucional, la Sentencia T 622 de 2016, señaló que:

“El bienestar en su acepción más sencilla representa todas las cosas buenas que le pueden suceder a una persona en su vida y que hacen que su vida sea digna, esto significa que el concepto de bienestar general debe conceder a su vez bienestar material entendido como calidad de vida en términos de buena alimentación, educación y seguridad ingreso digno, basado en garantizar de un trabajo estable mientras que el bienestar físico, psicológico y espiritual está representado por el acceso a la salud a la cultura, al disfrute del medio ambiente y la legítima aspiración a la felicidad; y en todo caso, a la capacidad y también a la posibilidad de participar en la sociedad civil a través de las instituciones democráticas y el imperio de la ley. (Subrayado fuera de texto original).

En suma, resulta claro que la garantía del derecho a la seguridad social, entendida como el mecanismo a partir del cual es posible asegurar la efectividad de los demás derechos de un individuo, en los eventos en los que éste se ha visto afectado por ciertas contingencias, en especial su bienestar y dignidad, se constituye en uno de los institutos jurídicos fundantes de la fórmula del Estado social de derecho, que el Estado debe asegurar a sus asociados.

El derecho a la pensión de vejez, régimen de transición y contabilización de las cotizaciones realizadas con independencia de a qué administradora de pensiones se hicieron. Reiteración de jurisprudencia.

El derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez como medio a través del cual se materializa el derecho fundamental e irrenunciable a la seguridad social, se constituye en un salario de carácter diferido que se reconoce a favor de una persona a quien el proceso natural de envejecimiento humano comienza a afectar su capacidad para procurarse, en forma autónoma, su sustento -y el de su núcleo familiar- a través del trabajo. En este sentido, debe ser entendido como el producto del ahorro obligatorio que una persona realizó durante toda su vida laboral y, en consecuencia, no como una dádiva o regalo conferido por el Estado, sino que se constituye en la debida remuneración que surge como consecuencia del ahorro anteriormente enunciado.

Sentencia T 398 de 2013

La pensión de vejez se constituye como una prestación económica, resultado final de largos años de trabajo, ahorro forzoso en las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y cuando la disminución de la capacidad laboral es evidente. Su finalidad directa es garantizar la concreción de los derechos fundamentales de las personas traducidos en la dignidad humana, el mínimo vital, la seguridad social y la vida digna.

Sobre la definición de la pensión de vejez, la sentencia C-107 de 2002 expresó.

"En la actualidad la pensión de vejez se define como "un salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo -20 años es decir, que el pago de una pensión no es una dádiva súbita de la Nación, sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador"

El desgaste físico, psíquico y/o emocional al que se encuentran sometidas las personas que a lo largo de su vida han laborado, encuentra su recompensa en la obtención de la pensión de la vejez, la cual garantiza unas condiciones mínimas de subsistencia. Por lo que, con dicha prestación económica se persigue que aquellas no queden expuesta a un nivel de vida deplorable, ante la disminución indudable de la producción laboral.

Me remito a la amplia y abundante línea jurisprudencial sobre el deber de información, y las subreglas contenidas en ellas, ya que aplican totalmente al caso presente, ya que la ratio decidendi es exactamente igual, lo mismo que las circunstancias fácticas, independiente de que la demandante hubiera estado o no anteriormente en el RPM, pues insisto, la columna vertebral de la línea jurisprudencia, es la violación al deber de información: Sentencia del 22 de noviembre de 2011, Radicación 33.083, sentencias de septiembre de 2008, radicados 31.989 y 31.314, Sentencia del 3 de septiembre de 2014, rad. 46.292, cuya sentencia de Instancia se profirió el 18 de octubre del 2017, sentencia del 27 de septiembre de 2017, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Magistrado Ponente, Gerardo Botero Zuluaga; sentencia SL19447-2017; sentencias SL"52, SL 1688 Y SL 1689 de 2019, y SL 373 DE 2020, Magistrada Ponente CLARA CECILIA DUEÑAS, con subreglas:

"El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber exigible desde su creación" La constatación del deber de información es ineludible, ....."

"El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente".  
"Necesidad de un consentimiento informado.."

..."De la carga de la prueba - Inversión a favor del afiliado"

"El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la ineficacia del traslado- No es necesario estar ad portas de causar el derecho o tener un derecho causado".

No sobra mencionar que el a quo se remite en todo momento al artículo 271 de la ley 100 y su imposibilidad de aplicarlo porque no hubo coacción, y aplicarlo sin coacción sería como declarar que el régimen de los fondos privados es inconstitucional\* pero olvida el a quo que el artículo 271 se cita es en el sentido que trae para el derecho laboral la figura de dejar sin efecto la afiliación, es decir la ineficacia, pero que para el caso de la violación al deber de información, el 271

se aplica en concordancia con el artículo 272 de la citada ley, ya que como se menciona en las jurisprudencias citadas, previó la inaplicación de disposiciones lesivas a los asociados, cuando quiera que con ellas se menoscabara la libertad, la dignidad humana y los derechos de los trabajadores, y advirtió sobre la preponderancia de los principios mínimos contenidos en el artículo 53 de la Constitución.

La afirmación del a quo que no se puede pedir al asesor del fondo privado que asesore en contra de su propio interés porque no hay un solo caso que el conozca que pensiones superiores en RAIS con relación a las del RPM, y que con el salario mínimo la pensión es igual en ambos regímenes, o que no se le causaron perjuicios a la demandante, es desconocer de forma absurda las normas ya citadas del estatuto financiero, el deber del buen consejo, el consentimiento informado, etc., etc. es decir, desconocer de tajo toda la línea jurisprudencial sobre el tema, sin que esgrima unos argumentos sólidos o válidos para apartarse de la misma.

Por último, no sobra mencionar que el Tribunal Superior de Medellín, en sus diferentes salas de decisión laboral, ya han proferido múltiples fallos favorables en casos como el presente, en los que los demandantes no habían estado afiliados al RPM, me permito citar los siguientes: Rad: 0500131-05-022-201 6-00696-00, Dte: Gustavo Adolfo Santana Rueda, M.P. Dra. Nancy del Socorro Gutiérrez; Rad: 05001-31-05-008-201 6-01 1 67-00, Dte: Luz Stella Guisao Castaño, M.P. Dra. Carmen Helena Castaño Cardona.

Por lo anteriormente expuesto, solicito al Honorable Tribunal Superior de Medellín, sala Laboral de Decisión a que corresponda, se sirva revocar la sentencia recurrida, incluyendo la condena en costas, y se acceda a las pretensiones de la demanda, condenando en costas a las entidades demandadas.

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

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados judiciales de la demandante y de Colpensiones allegaron escrito de alegatos de conclusión, en los que señalaron resumidamente lo siguiente:

#### **ALEGATOS DE LA PARTE DEMANDANTE.**

Solicito que la sentencia proferida por el a quo, sea revocada, por violación al deber de información, conforme a la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, tema que es totalmente independiente de si la demandante estuvo antes de esa vinculación, afiliada al Régimen de Prima Media o no.

En la sustentación del recurso citada, menciono algunas sentencias proferidas por el Tribunal Superior de Medellín, en sus diferentes salas de decisión laboral, que ya han proferido fallos favorables en casos como el presente, en los que los demandantes no habían estado afiliados al RPM, tales como: Rad: 05001-31-05-022-2016-00696-00, Dte: Gustavo Adolfo Santana Rueda, M.P. Dra. Nancy del Socorro Gutiérrez; Rad: 05001-31-05-008-2016-01167-00, Dte: Luz Stella Guisao Castaño, M.P. Dra. Carmen Helena Castaño Cardona. No sobra mencionar otro caso similar, con sentencian favorable, proceso de Diana Patricia Botero Botero contra Protección y Colpensiones, radicado 05001310501920190066800.

También es pertinente citar otro proceso, radicado 05001310501220180071201, en el que, no obstante que la demandante sí estuvo en el RPM, el Tribunal Superior, Sala de Decisión Laboral, con ponencia de la Magistrada Dra. Ana María Zapata Pérez, en la página 7, específicamente manifiesta: “Por último, debe la Sala señalar que si bien, el precedente jurisprudencial se encuentra referido a casos de personas que se encontraban afiliadas a una administradora del Régimen de Prima Media y además, beneficiarias del régimen de transición, a quienes les afectó de manera considerable la decisión de traslado régimen de transición, a quienes les afectó de manera considerable la decisión de traslado de régimen pensional; sin embargo, resulta evidente que la Ratio Decidendi de esas providencias resulta plenamente aplicable, a quienes eligieron el Régimen de Ahorro Individual por Primera Vez, porque lo relevante está, en que efectivamente se acredite dentro del proceso por la Administradora de Pensiones, que sí suministró la INFORMACION CLARA, COMPLETA, SUFICIENTE, en términos de transparencia y eficiencia”. Por lo anteriormente expuesto, solicito al Honorable Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral de Decisión, se sirva revocar la sentencia recurrida, incluyendo la condena en costas, y se acceda a las pretensiones de la demanda, condenando en costas a las entidades demandadas.

#### **ALEGATOS DE COLPENSIONES.**

Comedidamente solicito a los Honorables Magistrados confirmar la decisión proferida en primera instancia.

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

El problema jurídico a resolver se circunscribe a establecer si la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es ineficaz y de serlo, es procedente ordenar su traslado al régimen pensional de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, y de ser procedente, en qué términos y condiciones se debe realizar el traslado a COLPENSIONES del importe de las cotizaciones efectuadas en el RAIS por la demandante.

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

## **6. CONSIDERACIONES:**

La Sala se ocupará del estudio del recurso de apelación, con apego al imperativo contenido en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual: *“La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”*.

Para resolver la apelación de la actora, es necesario manifestar primeramente, que la afiliación a los distintos regímenes pensionales la establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual dispone en el literal b) lo siguiente:

“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.”

Así mismo, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 dispone:

Artículo 271: 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.

(...)

La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

De igual forma, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, por medio del cual se reglamenta parcialmente la ley 100 de 1993, hoy compilado en el artículo 2.2.2.1.8 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, establece:

“DILIGENCIAMIENTO DE LA SELECCIÓN Y VINCULACIÓN. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.”

Del análisis de los artículos en mención, se puede concluir que la afiliación a cualquier régimen pensional es libre y voluntaria y se concreta mediante el diligenciamiento, firma y entrega del formulario, lo cual es un requisito necesario para poder acceder a las prestaciones del Sistema General de Pensiones, no obstante, en caso que cualquier persona impida o atente contra el derecho de libre afiliación y selección del régimen, se hará acreedor las sanciones previstas en el Art. 271 de la citada Ley 100, que dispone que dicha afiliación quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente.

Ahora, a juicio de la Sala, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, que hace referencia a los casos de ineficacia de traslado, es decir, en aquellos eventos en que las personas se encontraban afiliados a un régimen pensional y que por omisión o falta de información, los asesores promovieron el traslado a otro régimen pensional, que cita el apoderado de la accionante no puede ser aplicad a este caso, pues la actora no se encontraba previamente afiliada a ningún régimen pensional, toda vez que su primera afiliación la realizó en el RAIS, por lo que para que su afiliación pudiera estar afectada por nulidad o ineffectia, se requeriría que cualquier persona hubiera **impedido o atentado**



contra el derecho de libre afiliación y selección del régimen, no que no le hubiera suministrado asesoría para escoger uno u otro régimen pensional, pues en este caso no hay con que otro compararlo al que ya hubiera estado afiliada la demandante, del que tuviera una expectativa creada.

En este orden, contrario a lo que sucede con la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se trate de la primera afiliación, es carga del trabajador probar que su empleador o algún empleado de la AFP de cualquiera de los dos regímenes al que se afilió, **le impidió afiliarse al otro, o atentó contra el derecho de libre afiliación y selección del régimen**, lo que no está probado en el proceso, pues en el mismo ninguna prueba existe que el empleador de la demandante haya sido quien le indicó que se afiliara al RAIS o a una determinada AFP, e incluso si estuviera ello probado, tal acto no se podría considerar como una acción que le hubiera impedido a la actora afiliarse al régimen pensional de prima media.

La accionante asevera en la demanda que, el asesor de PROTECCIÓN S.A. AFP a la que realizó su primera afiliación al régimen pensional en marzo de 1995, le manifestó que, el nuevo régimen pensional era su mejor opción, que el dinero de los aportes iba a estar garantizado con ellos, porque el Instituto de Seguros Sociales – ISS hoy COLPENSIONES, iba a desaparecer y corría el riesgo de que se le perdieran los aportes si decidía afiliarse a dicho régimen, que en el fondo privado se podía pensionar a menor edad y con una mesada pensional mayor a la que le correspondería en el ISS, sin que le mencionara cuál era la diferencia entre el fondo público y el fondo privado, ni cuáles eran los pro y los contra de afiliarse a un régimen o al otro.

A juicio de la Sala, la situación de la accionante, dista de los casos analizados por la Corte Suprema de Justicia para los casos de ineficacia del traslado de régimen pensional y en ese sentido, no sería posible hacer una inversión de la carga de la prueba, sino que es la parte demandante quien a la luz del artículo 167 del CGP aplicable al proceso laboral por remisión del artículo 145 del CPTSS, a quien le incumbe demostrar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, es decir probar en este caso, que el asesor de PROTECCIÓN S.A. con engaños le impidió o atentó contra el derecho de la libre afiliación y selección del régimen pensional, aspecto del que no obra prueba en el plenario.

En el presente asunto, no está probado que la accionante se haya afiliado a la AFP PROTECCION S.A. en el mes de marzo de 1995 como lo afirma en la demanda, pues lo que está acreditado es, que la accionante realizó su primera afiliación al régimen de seguridad social en pensiones el 03 de noviembre de 1994 a través de la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. conforme el formulario suscrito obrante a folio 126. También se aprecia los traslados posteriores que realizó la demandante en RAIS, primero a COLFONDOS S.A. el 25 de noviembre de 2003, después a HORIZONTES S.A el 23 de julio de 2010 y finalmente a PORVENIR S.A., el 26 de abril de 2012, como consta en el certificado SIAF obrante a folio 218 del expediente, lo que es absolutamente relevante, pues la demandante tuvo muchos años para haberse trasladado el RPM, aún en el caso que alguna persona le hubiera impedido o atentado contra el derecho de libre afiliación y selección del régimen pensional de prima media.

Para la Sala, la suscripción de los formularios de afiliación en este caso, constituyeron un acto jurídico válido, pues además, la actora en el interrogatorio de parte, manifestó que firmó los formularios de manera consiente, de igual manera adujo que cada vez que se trasladaba de un empleo a otro siempre habían asesores de los fondos privados que le manifestaban que el dinero iba a estar mejor en el fondo privado, que el ISS se iba a acabar, que en los fondos privados se podía pensionar a menor edad y con una mejor mesada pensional que la que le iban a pagar en el ISS, por lo que no es posible concluir de las pruebas allegadas al plenario que persona alguna, natural o jurídica, hubiese atentado contra el derecho del demandante a seleccionar el régimen pensional, es decir que su vinculación al RAIS, es completamente eficaz, pues fue quien de forma libre y voluntaria, además sin prueba de presión alguna suscribió el formulario de afiliación con DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A., en cumplimiento de las solemnidades legales, razón por la cual produjo los efectos de una afiliación válida al RAIS.

No sobra manifestar que quienes se afilian al RAIS, objetivamente les representa algunas ventajas frente a quienes se afilian al RPM como son: **i)** La devolución de saldos, de no cumplir los requisitos para obtener la pensión de vejez, invalidez o de sobrevivientes, es mucho más favorable en su monto que la indemnización sustitutiva que reciben en el RPM. **ii)** Tienen la garantía de pensión mínima de vejez con 1150 semanas cotizadas que no la tienen quienes escogieron el RPM, los que con posterioridad al año 2010 no pueden acceder a la pensión si no cuentan al menos con 1175 semanas las que se incrementaron en los años

siguientes hasta 1300 semanas en el año 2015. **iii)** En el evento que fallezca un afiliado la RAIS sin que tengan beneficiarios que legalmente puedan acceder a la pensión de sobrevivientes los dineros existentes en su cuenta de ahorro pensional pasan a sus herederos, lo que no ocurre en el régimen pensional de prima media, pues los dineros cotizados no son devueltos. **iv)** Si el pensionado en el RAIS ha escogido la modalidad de retiro programado y fallece sin tener beneficios de la pensión de sobrevivientes, los saldos existentes en su cuenta de ahorro pensional, pasan a sus herederos, lo que no ocurre en el régimen pensional de prima media, pues los dineros cotizados no son devueltos.

Ahora en lo que tiene que ver con el monto de la pensión que obtendría la demandante en el régimen de prima media comparado con el que alcanzaría en el RAIS a la misma a la edad mínima de 57 años del RPM, en el año 1994 que la demandante se afilió al RAIS, nadie podía predecir si le resultaría más favorable el valor de la pensión que obtendría en el régimen de prima media o el de ahorro individual, pues el monto de los ahorros pensionales con la que se financia la pensión de vejez en el RAIS y del que se deriva el monto de esta prestación, depende de situaciones económicas y financieras favorables o no respecto de los negocios que realizan los fondos de pensiones privados en el mercado para obtener dividendos o rendimientos financieros sobre los ahorros de las cuentas pensionales de sus afiliados.

Pero es más, tanto en el RAIS como en el RPM, el monto de la pensión, influyen situaciones futuras del afiliado, que pertenecen al mundo del azar, unas y a decisiones libres del afiliado otras, pues si un afiliado al RAIS decide hacer vida marital o casarse con una persona de muy joven o tener hijos a avanzada edad cuando está a punto de obtener la pensión de vejez, ello necesariamente influirá en el monto de la pensión, o si por ejemplo en el RPM por azar el afiliado pierde el empleo que le irrogaba un buen salario y no puede seguir cotizando con un buen ingreso base de cotización en los últimos 10 años, el valor de su pensión se va a ver menguado.

Es decir que el monto de la pensión en el RAIS, puede ser favorable o perjudicial al afiliado comparado con el monto de la citada prestación en el RPM dependiendo de los vaivenes de la economía, no pudiéndose entonces, como en el caso de la accionante esperar casi veinte años para saber si le fue o no más favorable la afiliación al RAIS en lo que concierne al monto de la pensión, para solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación, pues ello conduciría a que los afiliados a uno u

otro régimen pensional manipularan el sistema pensional a conveniencia según las circunstancias del momento en el que puedan sacar provecho, pues por ejemplo su un afiliado al RAIS después de largos años de haber escogido este régimen pensional encuentra que el monto de la pensión de vejez le fue perjudicial ello derivaría una nulidad o ineficacia de la afiliación, pero si le resulta favorables obtener una de las ventajas antes descritas en el RAIS su afiliación no es nula o ineficaz.

Lo mismo ocurriría con un afiliado al RPM que al no tener las ventajas de los afiliados al RAIS antes mencionas, después de largos años de haberse afiliado por primera vez y permanecer en el RPM, si ven la conveniencia de aprovecharse los benéficos del RAIS, pedirían la ineficacia de su afiliación la RPM aduciendo que no les explicaron o no supieron de las ventajas del RAIS, como por ejemplo quien cuenta con 1150 semanas cotizadas con las que no puede obtener la pensión de vejez en el RPM, pero sí en el RAIS, o en el caso de quien no alcanzó el derecho a una pensión en el RPM, resultándole más conveniente la devolución de saldos del RAIS que la indemnización sustitutiva del RPM, caso en el cual demandaría la ineficacia o nulidad de su afiliación al RPM, para poderse beneficiar de las prerrogativas del RAIS, manipulado así a su antojo y conveniencia el sistema pensional.

Respecto del posible monto de la pensión en el RAIS, frente al que obtendría en el RPM que es lo que motiva a la actora a solicitar la ineficacia de su afiliación al RAIS, no puede constituirse en motivo de ineficacia de la afiliación. Al respecto se pronunció la SCL de H. CSJ en la sentencia de radicación 31.989 de septiembre 9 de 2008, MP: Dr. Eduardo López Villegas, en los siguientes términos:

*“Un segundo conjunto de elementos son las proyecciones que, a partir de los datos anteriores, se construyen con fórmulas actuariales, y que dan cuenta del posible valor de la pensión en el sistema de ahorro individual, y su comparación con la que recibiría en el régimen de prima media; el valor de la primera, dando por admitida la corrección de las fórmulas, de su aplicación y de su pertinencia, es una proyección cuyo resultado final, depende del comportamiento real e histórico de variables, como el rendimiento financiero de los fondos, razón por la cual, del mero hecho de no cumplirse las expectativas, no puede predicarse engaño.”*

Sobre la afirmación de la actora en los hechos de la demanda, que ninguno de los fondos privados le suministró asesoría suficiente, clara, comprensible y cierta al momento de su traslado, mostrando las ventajas y desventajas de uno y otro régimen y que esa circunstancia hace que su consentimiento se encontrara

viciado al momento de tomar la decisión de selección de régimen pensional, resulta claro que dichas manifestaciones provienen sólo del momento en que hizo los traslados a las otras AFP del RAIS y no de la afiliación inicial y en cualquiera de las otras AFP las condiciones de la afiliación de la actora al RAIS en nada cambiaban respecto de su selección inicial.

Finalmente, sobre la presunta vulneración del derecho de la demandante a la seguridad social que se esboza en los alegatos de segunda instancia, es claro que tal derecho o se encuentra conculcado a la accionante, pues ambos regímenes pensionales protegen los riesgos sociales de invalidez, vejez y muerte, con la única diferencia que la pensión de vejez puede ser mejor o menor en su monto en uno u otro régimen dependiendo de las circunstancias anteriormente explicadas.

Y es que nótese que para el momento que la actora se afilió a la AFP DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A. en el año 1994, su afiliación al RPM no le representaba ninguna ventaja, pues como se puede apreciar en el formulario de afiliación que milita a folio 127, devengaba un salario igual al mínimo legal, por lo que una eventual pensión de vejez, no superaría el salario mínimo legal en ninguno de los dos regímenes, sin que perdiera la demandante ningún beneficio pensional que ya tuviera, pues antes de su afiliación a la AFP DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A. no había gozado de ningún beneficio pensional.

De acuerdo a lo expuesto en precedencia, se CONFIRMA la sentencia de instancia que absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra, por la actora.

Se condena en costas, en esta instancia a la demandante por no haber prosperado el recurso de apelación. Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$1.000.000, repartida en partes iguales entre las demandadas.

## **7. DECISIÓN:**

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

## **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 10 de julio del 2020, proferida por el JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por la señora **IVETTE MARÍA GARCÍA VANEGAS** contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A, COLFONDOS S.A.**, y **PORVENIR S.A.**

**SEGUNDO:** Costas en esta instancia a cargo de la DEMANDANTE. Las agencias en derecho, las estima el ponente en la suma de \$1.000.000, repartida en partes iguales entre las demandadas.

La anterior sentencia se notifica a las partes en ESTADOS.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

No siendo otro el objeto de esta diligencia se declara culminada, y se firma, por quienes en ella han intervenido, los magistrados,

Firmado Por:

Francisco Arango Torres  
Magistrado  
Sala Laboral  
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jaime Alberto Aristizabal Gomez  
Magistrado  
Sala Laboral  
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

John Jairo Acosta Perez  
Magistrado  
Sala Laboral  
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **a1b79f2b8348f83b293bf78a3bc2298ce43a833a5f698399699e85e9ca70ec24**

Documento generado en 20/10/2022 02:52:49 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**