



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, quince de junio de dos mil veintiuno

S19-318

Proceso: ORDINARIO LABORAL- APELACIÓN.
Demandante: **HECTOR DARÍO ARENAS PULGARÍN**
Demandado: **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05-001-2018-00233-01.
Tema: ineficacia
Decisión: **CONFIRMA**

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los Magistrados **LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL**, **MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO** y como ponente **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por Protección S.A. dentro del proceso de la referencia.

Se reconoce personería al Dr. JUAN FELIPE OCHOA SANCHEZ identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 29.105.874 y Tarjeta Profesional 191.351 expedida por el C. S. de la J., en los términos de la sustitución de poder otorgada por la Dra. MARICEL LONDOÑO RICARDO, representante legal de la sociedad MUÑOZ Y ESCRUCERIA S.A.S., para que continúe representando los intereses de Colpensiones.

El Magistrado del conocimiento, doctor **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, en acatamiento de lo previsto en el artículo 15 del Decreto 806 expedido el 4 de junio de 2020, en consonancia con los acuerdos proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura, sometió a consideración de los restantes integrantes el proyecto aprobado en Sala virtual mediante **ACTA 18** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

Solicita el demandante mediante este trámite, en síntesis, que tras la declaratoria de **NULIDAD** del traslado a las administradoras del RAIS por *existir un vicio en el consentimiento denominado error*, y por el *incumplimiento, la omisión y la falta al deber de información profesional y buen*

consejo, se tenga como válidamente afiliado al régimen de prima media, y se condena a Protección S.A. a trasladar *la totalidad de los aportes económicos de pensión obligatoria que reposan en la cuenta individual*, con todos sus rendimientos e intereses financieros, incluyendo el porcentaje aportado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

1.2. PARA FUNDAMENTAR SUS PRETENSIONES, EXPUSO LOS SIGUIENTES HECHOS:

- ✓ Que nació el 22 de enero de 1965.
- ✓ Que el 9 de diciembre de 1981 se afilió y comenzó a efectuar cotizaciones al extinto ISS, alcanzando 660,14 semanas.
- ✓ Que el 1 de agosto de 1995 se trasladó a Protección S.A. (enlista la información suministrada y algunos aspectos que no le explicaron los asesores de dichas AFP), entidad en la que a cotizado 1.140 semanas y a la que elevó derecho de petición solicitando simulador pensional, algunos documentos y la nulidad del traslado. Fue así como le informaron que a los 62 años recibiría de Colpensiones una medada por valor de \$4.538.837 y del RAIS por \$2.367.584 teniendo en cuenta un capital ahorrado de \$239.274.622 y un bono por valor de \$9.570.781 (actualizable al momento de su redención), lo que vulneraría su mínimo vital y el acceso a una vida en condiciones dignas.
- ✓ Que ni durante el período de gracia establecido por la Ley 797 de 2003, ni antes del 22 de enero de 2017 (cuando cumplió 52 años) le informaron sobre la posibilidad de retornar al régimen de prima media, lo que infructuosamente intentó ante Colpensiones el 18 de agosto de 2017.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Controvirtieron las entidades demandadas el derecho pretendido. Inicialmente se pronunció PROTECCIÓN S.A., en síntesis, niega el incumplimiento del deber de información y señaló que el 15 de julio de 1995 el actor se trasladó al RAIS a través de la AFP Santander, tras recibir una asesoría adecuada, integra, suficiente, clara, oportuna, cierta, comprensible y objetiva por parte de personal idóneo (anexa los temarios de las capacitaciones recibidas por aquellos), quien le explicó las características de ambos regímenes pero sin entregar documentos o cálculos escritos pues al margen de las variables que impedían determinar con exactitud el monto, no era una obligación legal de la administradora, insistiendo que la voluntad, plasmada en el correspondiente formulario de afiliación, estaba precedida de la debida ilustración. También recalca que la

desfavorabilidad en el monto de la pensión ofrecida en el RAIS, no constituía un vicio en el consentimiento. Finalmente recalca que su obrar se ha caracterizado por su buena fe, profesionalismo y transparencia.

Por su parte COLPENSIONES adujo que únicamente le constaba los hechos relacionado con la fecha de nacimiento del demandante, su calidad de afiliado al extinto ISS en la data que referencia y la respuesta a la reclamación administrativa elevada, rememorando además la disposición normativa en torno a la improcedencia del retorno al régimen de prima media en atención a la edad del reclamante.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 9 de octubre de 2019, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, declaró no sólo la ineficacia de la afiliación al RAIS, sino además que el demandante había permanecido en el régimen de prima media sin solución de continuidad, homologando las semanas cotizadas, ordenando reactivar su afiliación. Condenó a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones el saldo total existente en la cuenta de ahorro individual, incluidos los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración y prima de reaseguro.

Condenó en costas a Protección S.A. y a favor del actor, fijando como agencias en derecho la suma de \$2.484.348.

Dentro del término concedido por la ley, Protección interpuso y sustentó recurso de apelación.

2. ARGUMENTOS

2.1. DE LA JUEZ PARA DECIDIR

La decisión se motivó en el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora del RAIS, en quién recaía la carga de acreditar la existencia de una asesoría clara, completa y veraz, lo que no ocurrió, sujetándose para el efecto en algunas de las sub-reglas sentadas en la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral, aclarando además que el demandante se trasladó al RAIS antes de haber permanecido tres años en el régimen de prima media, conservando validez el acto jurídico que respetó los términos establecidos por el legislador, es decir, aquel a través del cual seleccionó al extinto ISS.

2.2. RECURSO DE APELACIÓN PRESENTADO POR PROTECCIÓN S.A.

Considera que no es procedente la devolución ordenada en lo atinente a los conceptos integrantes de la cuota de administración por tratarse de sumas ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, realizados conforme a la ley y como contraprestación a una buena gestión. Advierte que si la consecuencia de la ineficacia es que las cosas vuelvan a su estado anterior, en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende Protección no tenía que administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual y los rendimientos que esta produjo NO se causaron, ni se debió cobrar una cuota de administración. Que sin embargo, con base en el art. 1746 del CC que regula las restituciones mutuas, existía una ficción pues aunque el contrato nunca existió, no se podía desconocer que el bien administrado produjo frutos y mejoras, traducidos en los rendimientos de la cuenta, por lo que el fruto o mejora de la AFP era la cuota de administración, precisamente por la buena gestión, dado que hizo rentar el patrimonio, pues de ese capital de aproximadamente \$274.000.000, los aportes obligatorios realmente alcanzaban \$74.000.000, el restante dinero correspondía a los rendimientos, razón por la que habían unas prestaciones acaecidas que NO podían desconocerse, pues de lo contrario se llegaría a la conclusión de que el afiliado debía devolver los rendimientos de la cuenta.

En cuanto a la devolución del re-aseguro, considera que ello equivale a un enriquecimiento sin justa causa a favor del demandante al recibir unos rendimientos sin pagar ningún concepto por la gestión realizada, de ahí que la interpretación de la a quo no era acorde a la Constitución y a la ley privilegiando injustificadamente a una de las partes del contrato.

Respecto del seguro previsional manifiesta que era imposible para Protección devolver las sumas que mes a mes fueron cotizadas a una aseguradora que cubrió los riesgos y contingencias de invalidez o sobrevivencia que en su momento hubiese podido causar el demandante, tercero de buena fe que nada tenía que ver con el contrato suscrito entre las partes.

2.3. ALEGATOS

2.3.1. PRESENTADOS POR LA PARTE ACTORA

Adujo que había quedado probado que:

- ✓ La decisión de traslado del régimen de prima media al RAIS, fue motivada e inducida por una información imprecisa e incomprensible que suministró el asesor de Protección, lo que significa que el referido traslado realizado era ineficaz por cuanto faltó al deber de información y buen consejo.
- ✓ Protección S.A. no demostró a nivel probatorio en la presente acción legal, que para el momento en que el actor tomó la decisión de trasladarse de régimen pensional, actuó de manera responsable, diligente y objetiva frente al manejo de la información laboral y de seguridad social en pensiones.
- ✓ Que el asesor comercial, al momento de darle la información inicial al accionante, no analizó su historia laboral, no le brindó suficiente ilustración de las modalidades de pensión que administra el RAIS, no le informó sobre la reglamentación y funcionamiento del fondo de pensiones, no le informó sobre el derecho de retracto, sobre los requisitos que debía acreditar para obtener una pensión de vejez, entre otros aspectos de gran impacto e importancia para el tema de la seguridad social en pensiones.
- ✓ Que el demandante NO tuvo la oportunidad, para el momento en que decidió trasladarse del régimen, de dimensionar, comprender o entender las implicaciones económicas y jurídicas que a futuro le impactarían por la decisión que estaba tomando, esto, en razón a la falta de una adecuada asesoría respecto de la información y buen consejo, que en materia de seguridad social en pensiones y regímenes pensionales debió haber suministrado el asesor comercial de Protección S.A.

Finalmente resaltó algunos aspectos de la actual línea jurisprudencial, solicitando así que se confirmara en su integridad las decisiones adoptadas por la a quo.

2.3.2. ALEGATOS COLPENSIONES

Expresamente indicó que:

Conforme a ello, solicito al AD-QUEM, en dicho grado, MODIFICAR la sentencia del ad-quo, toda vez que, en relación a las pruebas allegadas dentro del proceso en referencia, la parte demandante no logra acreditar los supuestos de hecho y de derecho para la declaratoria de Ineficacia de la Afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en razón a que no cumple con lo preceptuado por el artículo 167 del código general del proceso.

Ello con base en que, en materia probatoria, por regla general corresponde a cada parte probar el supuesto de hecho que exhibe y atendiendo las situaciones particulares del caso, el juez puede invertir la carga de la prueba exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias.

En los eventos de traslado de Régimen, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sin atender las situaciones particulares de cada caso, invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y exime al demandante de probar la existencia de un vicio del consentimiento al momento de afiliarse al RAIS, obligando a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en una de las partes, sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante.

El esfuerzo del demandante solo se reduce, en el interrogatorio de parte, a realizar afirmaciones sin base de sustento y que equivalen a las mismas del escrito de demanda, y que se traducen en meras conjeturas al momento de realizar la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, como las de que el ISS se iba acabar, existiendo un temor infundado que no permite soportar el vicio real en el consentimiento.

Por consiguiente, la posición jurisprudencial creó una situación ventajosa que favorece a los afiliados, puesto que su simple afirmación respecto a que el fondo no les brindó información precisa, clara y exacta, plasmada en una demanda interpuesta en cualquier tiempo, les viene permitiendo obtener el traslado al Régimen de Prima Media, sin que sea necesario que allegue el más mínimo elemento probatorio al interior del proceso.

Dentro de las providencias relacionadas con traslado de régimen, la Corte Suprema desconoció el precedente constitucional al valerse de manera generalizada de la presunta ignorancia de la ley por parte de los afiliados, para considerarlos como parte débil y en consecuencia legos o inexpertos, desconociendo adicionalmente que el error de derecho no es justificable en los negocios jurídicos, menos para buscar un aprovechamiento pensional.

Así las cosas, en aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba, se ha invertido la carga probatoria, quedando en cabeza de los fondos de pensiones, la obligación de desvirtuar los supuestos alegados por los demandantes acerca de la suficiencia de la información suministrada al momento del traslado; exigencia probatoria que no ha podido ser acreditada por los fondos puesto que cuentan únicamente con los formularios de afiliación, conllevando que los fallos judiciales en la actualidad se expidan en contra de dichas entidades y de manera colateral afecten los intereses de COLPENSIONES.

Con lo señalado hasta ahora, la carga dinámica de la prueba no puede invertirse de una forma arbitraria y sin considerar los aspectos particulares de cada caso debidamente individualizado, tal y como lo precisó la Corte Constitucional en la citada providencia C 086 de 2016:

“Imponer al juez la obligación de acudir en todos los eventos a la institución de la carga dinámica de la prueba, y no de manera ponderada de acuerdo con las particularidades de cada caso y los principios generales de la Ley 1564 de 2012, significaría alterar la lógica probatoria prevista en el estatuto procesal diseñado por el Legislador, para en su lugar prescindir de las cargas procesales razonables que pueden imponerse a las partes y trasladar esa tarea únicamente al juez.”

No pueden considerarse a todos los afiliados como una parte débil e indefensa, la misma ley previó distintos deberes en cabeza de los mismos con el fin de que por interés propio se asesoren de la mejor manera. Adicionalmente NO pueden desconocerse las situaciones que rodean cada caso y que de alguna manera le permitan al demandante obtener información mínima durante el paso del tiempo. La Corte Constitucional ha indicado, en este sentido y en diversas providencias que nadie puede alegar su propia culpa a favor:

“Una persona no es digna de ser oída ni menos pretender el reconocimiento de un bien jurídico a partir de su conducta reproachable. Para la Corte, nadie puede presentarse a la justicia para pedir la PORVENIR de los derechos bajo la conciencia de que su comportamiento no está conforme al derecho y los fines que persigue la misma norma. Este principio no tiene una formulación explícita en el ordenamiento jurídico. No obstante, lo anterior, la Corte Constitucional ha hecho alusión a su naturaleza de regla general del derecho, al derivarse de la aplicación de la analogía iuris. Por ello, cuando el juez aplica dicha regla, se ha señalado que el mismo no hace otra cosa que actuar con fundamento en la legislación.”(Sentencia T-122/2017).

Se ha evidenciado que, en los fallos relacionados con la nulidad o ineficacia de traslado entre regímenes pensionales, se censura que la administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, no proporcionó al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las implicaciones del traslado, desconociendo que el deber de información que tienen las administradoras de pensiones, ha tenido varias etapas:

1) Primera Etapa: el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, estableció en el numeral 1. ° del artículo 97, la obligación de las entidades de “suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”.

2) Segunda etapa: La ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, reglamentaron los derechos de los consumidores (precisando los principios y el contenido básico de la información) y establecieron el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones.

3) Tercera etapa: la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa N.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, establecieron que los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a la doble asesoría, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes, esto es, a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, con el fin de que se formen un juicio imparcial y objetivo sobre las características, fortalezas y debilidades de cada uno, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

Hasta el año 2016, los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación, para probar el conocimiento y asentimiento del afiliado respecto del traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994 y 2016 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al Régimen de ahorro individual con solidaridad.

Imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituye en una situación de carácter imposible.

Además, como veremos más adelante para que la “voluntad” se vea afectada debe demostrarse la existencia de un vicio o fuerza capaz de anular el acto jurídico. Estos elementos evidentemente solo los puede aportar el demandante.

Es claro que el entendimiento entre el RPM y el RAIS sugiere que los afiliados sean debidamente asesorados dado que hay aspectos técnicos que los diferencian. Sin embargo, esta regla no puede interpretarse como una situación universal que desplace las situaciones de cada caso particular y que además invierta la carga de la prueba sin mayor análisis que la naturaleza experta que tiene la administradora de pensiones.

Este contexto tampoco puede desconocer escenarios donde la expectativa pensional, la permanencia en el sistema, el silencio, la aceptación en el tiempo, la calidad del demandante y otros relacionados con las actividades financieras que ejecuta un usuario durante su vida laboral, le permitía escoger acertadamente el régimen pensional. Este último aspecto ha sido por ejemplo evaluado por la corte Suprema tratándose de afiliaciones tacitas donde prevalecen las actividades, cotizaciones y movimientos financieros a lo largo de la vida laboral.

Así las cosas, el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado; No es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso, no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Carta, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga.

El juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes, no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de COLPENSIONES, quien sin haber participado en el trámite de traslado es quien debe afrontar la carga de una eventual prestación, lo que igualmente violenta el principio de la sostenibilidad financiera del sistema.

En relación a éste, en desarrollo de los fines esenciales del Estado Colombiano, las instituciones que lo conforman deben propender hacia la salvaguarda de los principios y valores constitucionales conforme a lo dispuesto en la Carta Política, la Ley y los Convenios Internacionales suscritos por aquel.

El Artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, señala...

Por consiguiente, el artículo 48 de la Constitución Política, estableció dos dimensiones de la seguridad social; por un lado, la concibió como un derecho constitucional fundamental; y, por el otro, como un servicio público de carácter obligatorio el cual se debe prestar bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en aras a la materialización de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, entre otros.

El artículo 334 de la Constitución Política, señala que “La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica”, en ese orden de ideas, es necesario que, dando prevalencia al interés general sobre el particular, se tomen las medidas pertinentes en búsqueda de la protección de los recursos que soportan el sistema pensional, conforme a los principios que rigen la Constitución Política, en la medida que el derecho a la seguridad social se encuentra atado al principio de sostenibilidad fiscal y estabilidad financiera del Estado.

En consecuencia, la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

Debe resaltarse la importancia que en este tema concede la Corte Constitucional a las consecuencias económicas de las diferentes posiciones sobre la sostenibilidad financiera del Sistema.

Así las cosas el principio de sostenibilidad financiera representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de los Colombianos de manera sostenida e indefinida y la posición asumida por la Corte en los fallos relacionados con nulidad o inexistencia del traslado entre regímenes pensionales, quebranta el principio de sostenibilidad financiera, en tanto genera una situación caótica que desvertebra la debida planeación en la asignación y distribución de los recursos del Sistema Pensional, al desconocer la irreductible necesidad de que dichas condenas se cumplan previa la ordenada gestión de los recursos que en la mayoría de los casos no están presupuestados en la medida en que surgen, de manera contingente de la declaración judicial respectiva.

La estabilidad financiera se garantiza en la medida en que el sistema general de pensiones percibe y mantiene, a través de medios jurídicos y financieros, los fondos económicos adecuados que le permitan pagar mes a mes a una mayor cantidad de pensionados y obtener un ahorro para precaver la satisfacción de las pensiones futuras, bajo la permanente orientación de subsanar con urgencia cualquier desventaja contra el bienestar general.

De CONFIRMARSE la ineficacia del traslado, decretada por el AD-QUO implica que los fondos de pensiones privados deban regresar la totalidad de los aportes sin ningún descuento, como así se mencionó la Magistrada ponente CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema en la sentencia SL 4360-2019 con fecha del 9 de Octubre de 2019 (radicación No. 68852)...

Además y en concordancia con lo anterior se deben tener en cuenta lo que advierten las sentencias SL17595-2017, SL4989-2018 y SL1421-2019 en las que ordena que hay lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, es decir: Recursos cuenta individual de ahorro, Cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, Rendimientos, Anulación de Bonos Pensionales y porcentaje destinado al pago de Seguros

Previsionales y gastos de administración. Así mismo solicito Honorables magistrados que en el caso de que se CONFIRME la ineficacia de traslado se ADICIONE a la misma, en el sentido de que si la sumatoria de todos los conceptos que se ordenen trasladar, tales como los antes mencionados (Recursos cuenta individual de ahorro, Cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, Rendimientos, Anulación de Bonos Pensionales y porcentaje destinado al pago de Seguros Previsionales y gastos de administración), resultare inferior al valor total del aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubieran generado en caso de que el demandante hubiera permanecido en el régimen de prima media, sea PROTECCIÓN S.A. quien asuma la diferencia que resultare en proporción al periodo durante el cual el mencionado permaneció afiliada la Administradora de Fondos de Pensiones referida.

La Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, entidad que represento, en su calidad de administradora del Régimen de Prima Media de prestación definida, al reconocer un traslado de régimen, lo hace tomando como eje los principios generales del sistema general de la seguridad social y las normas que se aplican para la misma. Por lo que dicha actuación conlleva a que no prosperen las pretensiones del demandante.

3. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA

De acuerdo a lo planteado en el recurso de alzada, el debate parecería que sólo se circunscribiría a establecer qué haberes le corresponde retornar a la administradora del RAIS accionada.

No obstante lo anterior, conforme lo señalado por nuestro órgano de cierre, se examinará en grado jurisdiccional de consulta aquellos aspectos que pese a ser adversos a la entidad, no fueron objeto del recurso de alzada, al ser el Estado garante de Colpensiones.

Por ello inicialmente se establecerá si es dable declarar la ineficacia de la afiliación del demandante a la sociedad administradora de fondo de pensiones a través de la cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, analizando lo atinente a la aplicabilidad de lo que en torno al tema ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia, para luego examinar el punto controvertido en el recurso de alzada.

4. CONSIDERACIONES

A juicio de esta Magistratura, el corpus argumentativo que ha construido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para este asunto de la ineficacia de los traslados, se ha ido ampliando con el paso de los años. Es así como en la sentencia con radicado 31.989 de 2008, reiterada en las sentencias de radicación 31.314 del 09 de septiembre de 2008 y 33.083 del 22 de noviembre de 2011, la Corte abordó el estudio del asunto bajo el enfoque de la nulidad del acto, acontecida como consecuencia de un vicio en el consentimiento al suscribir los formularios de afiliación con

los cuales se materializaba su traslado al RAIS, señalando que dicho consentimiento se afectó determinadamente por el engaño al que fueron sometidos por parte de los asesores de los Fondos de Pensiones demandados y que los llevó a tomar una decisión que iba contra sus intereses.

Posición que mudó posteriormente, para adscribirse a lo que ha denominado la ineficacia, cuando adujo que *solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, es que el juzgador podría avalar su transición; no se trata de demostrar razones para verificar sobre la anulación por distintas causas fácticas, sino de **determinar si hubo eficacia en el traslado***. (Sentencia con radicado 46.292 de 2014).

Desde un comienzo, la tesis de la ineficacia se ha apoyado en dos disposiciones normativas contenidas en la Ley 100 de 1993: el literal b) del artículo 13, que señala el carácter libre y voluntario de la elección del respectivo régimen y las posibles sanciones para quien atente contra ese derecho; y el artículo 271, donde se establecen las respectivas sanciones para quienes coarten esa libre selección al afiliarse y se indica que la misma quedará sin efecto.

Al desecharse la vía de la nulidad, ya NO es preciso acudir a lo normado en el art. 1750 del Código Civil, que contempla el plazo de cuatro años para interponer la acción de rescisión por nulidad relativa, ni tampoco resultó posible que con la re-asesoría que los Fondos privados brindaban en muchas ocasiones, se pudiera convalidar ese traslado original.

Por las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al RAIS, resulta claro que ha optado por la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Punto en que la jurisprudencia del trabajo se ha explayado en razones para explicar cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un **consentimiento informado**, entendido como *un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna*. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019). Lo cual en ningún caso puede subsanarse con la firma en señal de aceptación en un formato previamente determinado por la AFP.

Ese deber de información ha estado presente desde la creación del Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia. E incluso desde antes. En efecto, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

La propia corte, en la sentencia 68.838, multireferenciada, elabora un cuadro que intenta mostrar la evolución normativa en la materia. Así:

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

Se exige entonces una índole de consentimiento tan específico por parte de un afiliado, que una mínima variación en el proceso de asesoría comporta la declaración de que hubo ausencia total de consentimiento y, por lo mismo, ineficacia por inexistencia del acto jurídico.

Pero, además, al invertirse la carga de la prueba, le basta al actor afirmar que no obtuvo la información adecuada cuando transitó entre los regímenes, para que sea el fondo de pensiones el que deba desplegar la actividad probatoria necesaria para demostrar ese cabal acompañamiento. En tal sentido, se insiste, ni el paso del tiempo impide accionar contra un acto que no existió ni la oportuna re-asesoría, cuando ella se presenta, puede sanear lo que feneció al nacer.

Un párrafo de la pluricitada sentencia 68.838 de 2019 es elocuente:

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las AFP se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse, hasta toda clase de afiliados. Este último fallo lo reafirma:

Lo anterior, se repite, 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.

Así las cosas, tanto del recuento realizado como del interrogatorio absuelto por el demandante, se desprende, de un lado, que para la época de traslado al RAIS, concretamente 15 de junio de 1995 cuando suscribió el formulario para vincularse a Protección S.A. (fl. 128), existía la normatividad ya citada que aludía a la existencia de un **deber de información**, y de otro lado, que escaso era conocimiento que tenía el actor respecto del funcionamiento de ambos regímenes, estando el traslado en su momento motivado básicamente por la extinción del Seguro Social de ahí que más que promocionarse el RAIS como una alternativa, realmente comportaba una imposición ante el temor que fundó tal aseveración, ello aunado a la injerencia del empleador y el relato de algunos beneficios pero sin mediar explicación de cómo podría acceder a ellos.

Y es que expresamente el señor Héctor Darío Arenas en el aludido interrogatorio expuso que es tecnólogo industrial y actualmente es trabajador independiente. Recuerda que su traslado a Protección fue en el año 1995 cuando en la empresa, en la que laboraba desde el 3 de junio de 1994, les hicieron una reunión grupal de aproximadamente dos horas donde les informaron que debían pasarse para un régimen privado ya que el Seguro Social se iba a quebrar, *que no tenía recursos para seguir sosteniéndonos*, que también fueron de Porvenir y Colfondos pero la gran mayoría se trasladó a Protección que fue la entidad a la que le dio prioridad su empleador por llegar primero, que eso fue como una especie de competencia. Que les entregaron un formulario que tenían que firmar, diligenciado por la empresa y la asesora de la época. Recuerda que sí le dijeron que podía reclamar un bono pensional que nunca se presentó. Sólo recibió asesoría en una edad mayor. Reconoce la firma y los datos que reposan en el formulario que le ponen de

presente. Para entonces desconocía que sus aportes se manejarían desde una cuenta de ahorro individual, que no le hablaron sobre rendimientos, tampoco que de las sumas aportadas descontarían para unos gastos de administración, ni les mencionaron la existencia del derecho de retracto, o las restricciones en tiempo para retornar. Que en la reunión que rememora les indicaron que de no trasladarse podían *perder la pensión* y que con el fondo estarían mejor. Después de la charla, a los días, llevaron los formularios, para el caso se diligenció en su presencia por parte de la asesora. Que en estos 20 años no se acercó al Seguro Social a verificar información, no encontró motivos, especialmente porque en los extractos que le llegaban visualizaba todas sus semanas. Que no le hablaron nada de herencia, pero si de una pensión anticipada, pero no le dijeron ni los términos ni los montos. Que no le explicaron los requisitos para pensionarse en el RAIS, todo se centró en que el seguro se iba a acabar y lo del bono. Que hoy quiere retornar porque a los 20 años de haberse trasladado llegaron varias asesoras que le indicaron cosas con las que no estaba de acuerdo, entre ellas que si quería una mayor pensión tenía que ahorrar pese a haber trabajado más de 36 años, y ya Colpensiones no lo quiso aceptar y Protección le está ofreciendo un monto muy bajo, desconoce el valor exacto pero sabe que le va mejor con Colpensiones, por eso su decisión de cambio. Que no se sintió obligado a firmar el formulario, lo hizo basado en cierta información. Sabe que las semanas que llevaba las reclamaría el fondo privado. Desconoce la razón por la cual tuvo que dar el nombre de sus hijos al momento de trasladarse. Que de Protección recibió dos asesorías, en 1995 y antes de cumplir los 52, última oportunidad donde le informaron que tenía un lapso para retornar y le suministraron información adicional respecto al monto.

Igualmente se recibió la declaración del señor Alberto Ospina Correa, testigo de la parte actora, quien, en síntesis, reiteró lo expuesto por el demandante, al señalar que fue compañero de trabajo en el mismo taller desde 1994, empresa de la cual se retiró hace 7 años. Rememora cuando Protección asistió al lugar donde laboraban y brindó una asesoría general donde les dijeron que el Seguro Social se iba a acabar, que estaba en vía de extinción en unos 10 o 15 años y lo del bono, colocándoles un plazo para pasarse sino perderían el bono, que era un porcentaje superior en la pensión, por ejemplo, si era del 80% entonces así la mesada sería del 83%, porque eran tres o cuatro puntos que daban por trasladarse, según cada caso, pero sin explicarles cómo podían acceder a la pensión de vejez en uno y otro régimen, si les dijeron que podían pensionarse antes pero sin advertirles que para ello tenían que poner más dinero. Que se sintió presionado por la información, la empresa porque las charlas obligatorias, y porque no le dijeron sino lo bueno. Empero, NO recuerda si asistió a la misma reunión que el señor Héctor Darío, situación que le impedía esta Sala tener certeza de cuales fueron los pormenores de la charla dictada por Protección dado que el interrogatorio absuelto por el actor tiene por finalidad

provocar una confesión, no acreditar un hecho, y aunque el testigo es coincidente en diversos aspectos, se insiste, NO recuerda si asistió a la misma reunión.

En todo caso, es dable destacar que el accionante NO aceptó tener una formación en seguridad social de la que pudiese predicarse una comprensión del tema, máxime cuando ni siquiera se acreditó la existencia de una explicación completa por parte del asesor.

Ahora, sabido es que para el momento del traslado NO existían herramientas financieras consolidadas para realizar algún tipo de cálculo certero, de ahí que esta Sala cuestione la dificultad para establecer, en aquella época, cuál régimen le era más favorable a una persona, aunado a las múltiples variables que incidían en una eventual proyección en el RAIS. Y es que realmente el monto de la pensión es uno de los aspectos que tiende a inclinar la balanza a la hora de la escogencia de un fondo, prestación en un principio depende de un capital mínimo exigido, punto que NO ERA clarificado en forma suficiente para efectos de que una persona si quiera entendiera que de NO alcanzar el ahorro necesario NO se pensionaría, o por lo menos, que el monto de la mesada dependía de un capital ahorrado; incluso la posibilidad de acceder a una pensión superior, en contraste con la ofrecida por el régimen de prima media, fue uno de los beneficios que motivaron el traslado del actor, pero, se insiste, sin explicarle como podría acceder a tal prebenda, o por lo menos ello no se acreditó.

Empero, lo antes expuesto no debe comportar un foco de distracción, pues era a la administradora del RAIS y no a la parte actora, a la que le correspondía probar, como se indicó, que con antelación al diligenciamiento del formulario de traslado mediaba un consentimiento informado, el que en el caso aquí analizado se echa de menos. Ello aunado a que ninguna confesión podría desprenderse de la versión dada por el accionante cuando ni siquiera se le explicó las ventajas y desventajas de cada régimen.

Visto así las cosas, acogiendo los postulados sentados por nuestro órgano de cierre, se **CONFIRMARÁ** la decisión que en este punto es consultada.

Se considera necesario precisar que si bien la a quo vislumbró otro punto por el cual, a su juicio, el demandante debía entenderse válidamente afiliado a Colpensiones, relativo a un posible conflicto de multiple-afiliación, al no respetarse los términos mínimos de permanencia en Colpensiones, dado que su afiliación al RAIS se efectuó en 1995 pese a que se encontraba en el extinto ISS desde junio de 1994, lo cierto es que de un lado, de la historia laboral cuya copia se visualiza a folios 30 y 140, las cotizaciones al régimen de prima media realmente datan del 9 de

diciembre de 1981 y en forma intermitente hasta junio de 1995 y de otro lado, que al margen de la veracidad del análisis de la falladora, el tema aquí discutido se centró en la eficacia del traslado, cuyo análisis sí comparte esta Sala, siendo ello y no otra cosa, lo que se declaró.

Ha de agregarse , a voces de lo narrado en el interrogatorio, ninguna variación genera la denominada RE-ASESORÍA de la que fue objeto el demandante, pues al margen de su veracidad, la información suministrada por el fondo sobre el monto de la mesada en cada régimen, según la cual le convenía retornar al extinto ISS, ad portas del cumplimiento de los 52 años, en parte alguna puede asimilarse al cumplimiento del deber de información al momento del traslado, ni mucho menos es dable señalar que la persona contaba con la suficiente ilustración para tomar una decisión sobre su futuro pensional.

En todo caso, aunque en el plenario NO reposa ninguna documentación al respecto, en gracia de discusión, de entenderse que PROTECCION desmotivó al accionante al avizorar la posible inconveniencia de permanecer en dicho fondo, a igual conclusión llegaría la Sala pues ya la Corte Suprema de Justicia ha establecido que ello NO tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por las razones referenciadas en la sentencia de radicación 68.838 de 2019, entre ellas:

... porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Aunado a ello, si la AFP incumplió su deber de información y por consiguiente debe declararse la ineficacia de la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, esa determinación implica privar de todo efecto práctico al traslado, por lo que mal haría esta Magistratura en siquiera pensar o asimilar una re-asesoría a una convalidación, por definirlo de alguna manera, de un acto jurídico que nunca existió.

De otro lado, en cuanto al recurso de apelación, ha de precisarse que la aludida ineficacia no sólo implica el retorno de los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante, dígame aportes obligatorios, rendimientos, entre otros, sino que además acarrea a la administradora del RAIS accionada, a trasladar a COLPENSIONES **todos** los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, en los términos referidos por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de radicación 31.989, providencia donde la Sala de Casación Laboral

adujo que la administradora debía asumir con cargo a su propio patrimonio, los deterioros sufridos por el bien administrado, incluyendo los gastos de administración en que hubiere incurrido, concepto que abarca los costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima de acuerdo a lo previsto en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, punto en el que se CONFIRMARÁ la decisión adoptada por la a quo, quien acertadamente ordenó a Protección devolver todos los valores antes referenciados.

Y es que la Sala de Casación Laboral, de cara a los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, ha sido pacífica en que ello trae como consecuencia para el fondo de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, la devolución con cargo a sus propios recursos de los gastos de administración, razonamiento plasmado, entre otras, en la sentencia de radicación 85325 noviembre de 2020, cuando señaló que:

“(…) genera, como consecuencia, la de retrotraer la situación al estado en que se encontraba como si el acto nunca hubiera existido, es decir, se debe hacer la ficción de que el traslado nunca ocurrió, lo que conlleva, por parte de las administradoras privadas, a trasladar a COLPENSIONES, el capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, con los gastos de administración y comisiones con cargo a sus utilidades (al efecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias de casación CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)”

Y nuevamente en las sentencias de radicación 77.804 y 68.087 (M.P. Gerardo Botero Zuluaga) ambas de 2020, rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Tal pensamiento también fue reiterado en la sentencia 78.667 (M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo), cuando adujo que:

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el *sub lite*, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el

reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional

(...) De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

(...)Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que *«las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder»*, debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Y es que lo procedente es el retorno de la totalidad del dinero recibido por concepto de afiliación, toda vez que no se puede ver afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, debiendo garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente al monto total del correspondiente aporte legal.

Empero, esto no quiere decir que los rendimientos causados estén llamados a engrosar las arcas de la administradora del RAIS, pues si bien corresponden a unas utilidades acumuladas por años, generadas por las diferentes inversiones realizadas por los fondos privados en cumplimiento de la eficiente gestión que les impuso la ley, lo cierto es que dichos rendimientos son uno de los ítems que conforman la cuenta de ahorro individual, que como su nombre lo dice, pertenece al afiliado y cuando este se traslada de régimen, los dineros depositados allí necesariamente pasaran al fondo común administrado por prima media.

Tal razonamiento también encuentra soporte en lo normado por el literal d) del art. 60 de la Ley 100 de 1993, según el cual el conjunto de las cuentas individuales de ahorro pensional constituye un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, denominado fondo de pensiones, el cual es independiente del patrimonio de la entidad administradora.

En consecuencia la decisión adoptada en primera instancia será **CONFIRMADA** por encontrarla ajustada a los antecedentes normativos y jurisprudenciales que se han expedido en torno al tema.

Se condenará en costas en esta instancia a Protección S.A. y a favor del actor, por no haber tenido éxito en el recurso. Se fijarán como agencias en derecho la suma de \$908.526.

5. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **DECIDE**


PRIMERO: CONFIRMA la sentencia proferida el 9 de octubre de 2019 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por el señor **HECTOR DARÍO ARENAS PULGARÍN** identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 98.489.065 contra **PROTECCION S.A. y COLPENSIONES**, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.


SEGUNDO: costas en esta instancia a cargo de Protección S.A. y a favor del actor. Se fija como agencias en derecho la suma de \$908.526.


Lo anterior se notificará en **ESTADOS**, y se firma por quienes en ella intervinieron.

(Firmas escaneadas)

Los Magistrados,


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA


LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

CERTIFICO: Que la providencia anterior fue notificada por

ESTADOS No. 103 fijados hoy en la secretaría de este Tribunal a las 8 a.m.

Medellín 16 DE JUNIO DE 2021

Secretario

CONSULTABLE EN: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/125>