

TEMA: CARGA DE LA PRUEBA - El Código General del Proceso en el artículo 167, consagra la posibilidad de distribuir la carga de la prueba a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar todo el elemento que ayuden a esclarecer el objeto del litigio /**DECLARACIÓN DE INEFICACIA DEL TRASLADO** - Las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. /

HECHOS: La demandante pretende se declare la nulidad, la ineficacia o la inexistencia, según se demuestre, del traslado realizado del RPMPD al RAIS, por lo que resulta NULA o INEFICAZ o INEXISTENTE la afiliación a COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN que, como consecuencia, PROTECCIÓN S.A. debe entregar o trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación. El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín, concedió las pretensiones de la demanda. Deberá la Sala decidir si, debe confirmarse la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen del demandante, verificando lo relativo a las sumas que se ordenan devolver.

TESIS: El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, es exigible desde su creación, y sin hacer distinción alguna, de acuerdo a lo previsto en el Decreto 663 de 1993, aplicable a las AFP desde su origen, en el que se 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. (...) Es así como, conforme a lo previsto en el artículo 271 en concordancia con el literal b) del artículo 13 de la Ley 100, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, y por ello, si alguna persona jurídica o natural atenta en cualquier forma contra el derecho de afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, se genera como consecuencia la ineficacia de la afiliación.(...) En relación con este aspecto, la Sala laboral de la Corte Suprema ha desarrollado un precedente pacífico: SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806- 2020, SL 2208 -2021 – SL 3871-2021- SL 5686-2021- SL 5688-2021- SL 1055-2022 que se apunta en las siguientes premisas básicas: Si bien en los últimos años se ha intensificado la regulación, con lo previsto en la Ley 1328 de 2009 artículos 3, 5, 7 y 9; Ley 1480 de 2011 artículo 23, Parágrafo 1o. del artículo 2 de la Ley 1748 de 2014, y el Decreto 2071 de 2015, lo cierto es que la obligación de información clara y concreta previa al traslado se encuentra expresa en normas anteriores vigentes para la época en que se efectuó el traslado del demandante, sin distinguir que tal deber sólo se refiera a los casos de las personas que eran beneficiarias del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100. (...) Finalmente, baste señalar cómo el criterio jurisprudencial orientador para este tipo de casos, fue plasmado en el Código General del Proceso en el artículo 167, norma en la que se consagra la posibilidad de distribuir la carga de la prueba a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar todo los elementos que ayuden a esclarecer el objeto del litigio y que en casos como el que hoy ocupa la atención de la Sala, no hay duda que la parte que debe cumplir con esa carga es el Fondo Privado: a) Maneja la carpeta con la historia de cada afiliado, con la información que le fue brindada al momento del trascendental acto del traslado o afiliación, y la que se le ha entregado a lo largo de su permanencia en el fondo, dirigida a orientarlo sobre las mejores opciones para que tome las decisiones que más le convengan; b) Conoce y tiene los datos de ubicación y preparación que recibió el asesor que tuvo a cargo la asesoría efectuada al afiliado y que hizo posible que éste firmara el acto jurídico de vinculación o de traslado al fondo de pensiones. (...) Pues bien, según lo acreditado en el proceso, resulta evidente que para la fecha en la que entró en vigencia el Sistema General de Pensiones para la demandante, ésta tenía más de 35 años de edad siendo así beneficiaria

del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siendo su régimen anterior aplicable el consagrado en el Decreto 758 de 1990. (...) Pero se observa con claridad que en el proceso no se acreditó por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES el haber suministrado esta información clara, completa y detallada, sin que se hubiese efectuado confesión en contra por la demandante, diligencia en la fue enfática en reiterar la ausencia de información completa por parte de los asesores de la AFP con la que se generó el traslado de régimen (...) La Corte Suprema en su Sala Laboral ha señalado en su precedente (SL 5686 -2021, SL 1055 -2022) que no puede desconocerse que un afiliado durante su vida laboral puede hacer varios traslados entre regímenes pensionales, o entre administradoras, sin que tal evento signifique que la AFP pueda omitir, en cada ocasión, el suministro de la información a que está obligada, con la calidad y en la oportunidad debidas so pretexto de una o varias vinculaciones anteriores. (...) Debe destacarse que las ADMINISTRADORAS DEL RAIS y COLPENSIONES en la contestación propusieron la EXCEPCIÓN de PRESCRIPCIÓN, pero en el contexto que se ha venido analizando, debe señalarse que estamos en presencia de la ineficacia del traslado: Y una de las características esenciales de la inexistencia, es que es insubsanable por la prescripción - No adquiere vida por el transcurso del tiempo, por lo tanto, en cualquier tiempo puede ser alegada su inexistencia. En la sentencia SL1688-2019, reiterada en las SL4360-2019 y SL 1055-2022, la Sala Laboral de la Corte explicó con claridad sobre la inoperancia del medio exceptivo, no solo por su conexidad con un derecho fundamental e irrenunciable, sino porque el sustento fáctico del proceso da lugar a consolidar el status de pensionado, y, en consecuencia, propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. (...) En relación con las sumas de dinero que se deben devolver, debe señalarse lo siguiente: i) En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala Laboral de la CSJ en sentencias SL1688, 3464 y SL 4360 de 2019, así como en la SL 2877 y SL 4811 de 2020 ha explicado que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). ii) Y como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, según esta disposición, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. (...) Para garantizar la SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA esta Sala de Decisión ordenaba que el monto trasladado no fuese inferior al valor total del aporte legal correspondiente en caso de que el afiliado hubiere permanecido en el régimen de prima media y si así fuere, la AFP asumiera el pago de la diferencia, aplicando el precedente definido por la Corte Constitucional en las sentencias C 1024 de 2004, y en las SU 062 DE 2010 y SU 130 de 2013 sobre los casos de las personas que regresan del RAIS al RPM. Pero reexaminando el asunto, y a partir del precedente vertido por la Sala de Casación Laboral en sentencias SL 3202-2021, SL 2769-2021, SL3708-2021, SL 3710-2021- SL 3706-2021, SL 3571-2021, SL 3709-2021 y SL 1055-22, considera que lo procedente para tal fin es ordenar la devolución de tales sumas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos.

MP. ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ

FECHA: 26/04/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veintiséis (26) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE: ANA MARGARITA ROSA DE FEX TORO
DEMANDADO: AFP PORVENIR S.A. – AFP PROTECCIÓN S.A. – AFP COLFONDOS S.A. – COLPENSIONES
RADICADO: 05001 31 05 016 2018 00630 01
ACTA N°: 25

En la fecha indicada, la Sala Sexta de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados **ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ** y **HUGO JAVIER SALCEDO OVIEDO**¹, se constituyó en audiencia pública en el proceso de trámite ordinario laboral de primera instancia promovido por **ANA MARGARITA ROSA DE FEX TORO** para pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por la **DEMANDANTE, PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.** y en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, frente a la sentencia con la cual el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín finalizó la primera instancia.

La Magistrada del conocimiento, doctora Ana María Zapata Pérez, declaró abierta la audiencia. A continuación, la Sala, previa deliberación sobre el asunto, como consta en el **acta 25** de discusión de proyectos, adoptó el presentado por la ponente, el cual quedó consignado en los siguientes términos:

1. LA DEMANDA²

La DEMANDANTE pretende con este proceso básicamente lo siguiente: **i) Se DECLARE** la nulidad, la ineficacia o la inexistencia, según se demuestre, del traslado realizado del RPMPD al RAIS, por lo que resulta NULA o INEFICAZ o INEXISTENTE la afiliación a COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.; **ii) Se DECLARE**, en consecuencia, que las cosas deben volver al estado en el que se encontraban y, por lo tanto: PROTECCIÓN S.A. debe entregar o trasladar a COLPENSIONES el valor de los aportes recibidos por la afiliación, cotizaciones, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos, intereses y cualquier otro concepto que este en la cuenta de ahorro

¹ La Magistrada María Patricia Yepes García integrante de la Sala Sexta de Decisión de este Tribunal presentó impedimento para continuar actuando en este proceso con auto del 15 de diciembre de 2023, que fue aceptado el pasado 23 de febrero. Y al no presentarse diversidad de criterio entre los otros dos integrantes de la Sala, se profiere la sentencia.

² Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 03ExpedienteFisicoDigitalizado/ Págs. 6 – 26

individual de la parte actora abierta por la vigencia del acto de afiliación. **iii)** COLPENSIONES deberá RECIBIR a la demandante como afiliada al RPMPD, declarando que no existió solución de continuidad en la afiliación, también deberá COBRAR O RECIBIR el valor de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual, recibidos por la afiliación, cotizaciones, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos, intereses y cualquier otro concepto que esté en la cuenta de ahorro individual. Además, REALIZAR el cómputo de semanas cotizadas por toda la vida laboral. **iv)** Se **CONDENE** a PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. al reconocimiento y pago de los perjuicios materiales y morales causados a la parte demandante, los cuales estima en 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes o la suma que el juez considere. **v)** Se **CONDENE** al pago de las costas y agencias en derecho a las entidades demandados.

En sustento de sus pedimentos afirmó básicamente lo siguiente: **i)** La señora **ANA MARGARITA ROSA DE FEX TORO** nació el 21 de marzo de 1958; **ii)** Al inicio de su vida laboral se afilió al I.S.S, hoy COLPENSIONES. Sin embargo, en febrero de 1997 fue trasladada a **COLFONDOS S.A.** sin recibir asesoría alguna sobre las consecuencias de tal traslado; **iii)** EL 31 de marzo de 2000, se trasladó a **PORVENIR S.A.**, e igual que en el primero, asegura que no recibió asesoría sobre las implicaciones. Y el 13 de octubre de 2004 se trasladó a **PROTECCIÓN S.A.** e igual que en los dos primeros fondos, no recibió asesoría sobre las implicaciones de este. **iv)** A la demandante no se le explicaron las características de cada uno de los regímenes pensionales existentes, esto es, el de RPMPD que administraba el I.S.S. - hoy COLPENSIONES -, y el del RAIS que administran los fondos privados, no se le explicó la información que ella debía tener en cuenta a la hora de realizar el traslado, lo cual demuestra que la AFP no cumplió con sus deberes de información viciando su consentimiento lo que vuelve el acto jurídico ineficaz.

2. CONTESTACIONES

2.3. PROTECCIÓN S.A.³

La entidad se opuso a todas y cada una de las pretensiones, declaraciones y condenas formuladas en la demanda. Propuso como excepciones: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, FALTA DEL JURAMENTO ESTIMATORIO DE PERJUICIOS COMO REQUISITO PROCESAL, AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD ATRIBUIBLE A LA DEMANDADA, APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS Y DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, INNOMINADA O GENÉRICA.

2.3. COLFONDOS S.A.⁴

Esta AFP también se opuso a las pretensiones, declaraciones y condenas formuladas en la demanda. Propuso las excepciones de mérito FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR,

³ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 010ContestacionDemandaProteccion_p158-p202/
Págs. 1 – 45

⁴ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 015ContestacionDemandaColfondos_p237-p258/
Págs. 1 – 22

BUENA FE DE LA ENTIDAD, PRESCRIPCIÓN, COMPENSACIÓN, INEXISTENCIA DE LA CAUSAL DE TRASLADO IMPETRADA.

2.1. COLPENSIONES⁵

La administradora del Régimen de Prima Media también se opuso a la declaratoria y condenas invocadas en su contra, proponiendo en su defensa la INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA Y FALTA DE DERECHO PARA PEDIR, IMPOSIBILIDAD JURÍDICA PARA CUMPLIR CON LAS OBLIGACIONES PRETENDIDAS, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN.

2.2. PORVENIR S.A.⁶

La entidad no contestó la demanda.

3. SENTENCIA⁷

En la audiencia del **10 de noviembre de 2020** el **JUEZ DIECISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN** tomó las siguientes decisiones⁸: **PRIMERO: DECLARÓ** la INEFICACIA de la afiliación de **ANA MARGARITA ROSA DE FEX TORO** que realizara inicialmente a la AFP COLFONDOS S.A. en febrero de 1997, posteriormente a la AFP PORVENIR S.A. - antes COLPATRIA S.A. - en marzo de 2000 y finalmente a la AFP PROTECCIÓN S.A. -antes SANTANDER S.A.- en octubre de 2004. En consecuencia, **DECLARÓ** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. **SEGUNDO: ORDENÓ** a la AFP PROTECCIÓN S.A. 'trasladar a la señora **ANA MARGARITA ROSA DE FEX TORO** del régimen de ahorro individual con solidaridad, al régimen de prima media con prestación definida administrado por LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES. **TERCERO: ORDENÓ** a las AFP COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. devolver al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora **ANA MARGARITA ROSA DE FEX TORO** incluyendo todo el dinero recibido por la afiliación, las cotizaciones de forma completa, los bonos pensionales, cualquier suma adicional, frutos e intereses, sin que pueda retener los gastos administrativos ni los aportes de solidaridad ni ningún concepto, pues se considera que en ningún momento debió producir ningún efecto jurídico dicho traslado. Esta erogación deberá realizarla con cargo a sus propios recursos. Para el cumplimiento de esta obligación concedió a las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. un término de treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia. **CUARTO: ORDENÓ** a COLPENSIONES reactivar la afiliación al régimen de

⁵ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 018ContestacionDemandaColpensiones_p267-p282 / Págs. 1 – 16

⁶ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 023AutoDaPorContestadaDemandadaPorNoContestadaDemanda_p303-p304

⁷ 01PrimerInstancia / Archivo 030ActaConstanciaAsistenciaAudiencia_p321-p322

⁸ 01PrimerInstancia / Archivo 031ActaAudienciaJuzgamiento _p323-p324

prima media con prestación definida a la señora **ANA MARGARITA ROSA DE FEX TORO** y recibir todos los dineros que sean trasladados por las AFP COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. Autorizó a COLPENSIONES realizar un cálculo de equivalencia de los dineros recibidos desde el régimen de ahorro individual, de forma tal que no le genere perjuicio alguno recibir a la demandante al momento de cumplir con las obligaciones pensionales a su cargo. **QUINTO:** Respecto de las excepciones propuestas por las demandadas las declaró no probadas, sin condena en costas para COLPENSIONES. **SEXTO: NEGÓ** la pretensión de Perjuicios elevada por la parte actora. **SÉPTIMO: CONDENÓ** en costas a las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a favor de la señora ANA MARGARITA ROSA DE FEX TORO.

4. RECURSO DE APELACIÓN

4.1. RECURSO DE APELACIÓN DE LA DEMANDANTE⁹

El apoderado de la parte demandante cuestiona la no concesión de los perjuicios morales: **i)** En este tipo de procesos deben presumirse los perjuicios morales, bajo el entendido que en economías tan precarias como la colombiana, con tasas de desempleo altas, remuneraciones bajas y condiciones de laborales de poca estabilidad, el asunto de ver en riesgo del futuro pensional naturalmente genera preocupación y estrés constante en los accionantes. **ii)** Adicionalmente, se presentó un allanamiento de las pretensiones por COLFONDOS, manifestación de voluntad que fue reiterada en audiencia del artículo 77 del Código Procesal del Trabajo por el representante legal. **iii)** En las pretensiones se solicitó expresamente la condena a perjuicios y en los hechos de la demanda se hizo manifestación frente al particular, razón por la cual, al allanarse a los hechos y pretensiones acepta COLFONDOS que los causó allanándose a pagarlos, por lo que ha debido al despacho simplemente acoger la totalidad de las pretensiones de la demanda. Si bien podría pensarse que para la ineficacia del traslado podríamos estar en presencia de un litisconsorcio necesario, no hay duda que en relación con la pretensión de los perjuicios no existe litisconsorcio necesario y ni siquiera facultativo, por lo que ante el expreso allanamiento a las pretensiones ha debido a escogerse esa pretensión.

4.2. PROTECCIÓN S.A.¹⁰

La apoderada de PROTECCIÓN S.A. cuestiona la orden de autorizar a COLPENSIONES realizar un cálculo de equivalencia de los dineros recibidos desde el Régimen de Ahorro Individual de tal forma que no genere perjuicio alguno recibir al demandante al momento de cumplir con las obligaciones pensionales a su cargo. Al respecto plantea: **i)** La cuenta de ahorro individual de la demandante produjo rendimientos por lo que el bien administrado produjo frutos y mejoras; por lo que el total de los aportes más los

⁹ 01PrimerInstancia / Archivo 041GrabacionAudienciaSustentacionRecursoApelacion_p345-p345/ Min. 00:04:23 – 00:07:33

¹⁰ 01PrimerInstancia / Archivo 041GrabacionAudienciaSustentacionRecursoApelacion_p345-p345/ Min. 00:07:40 – 00:10:33

rendimientos que se trasladen de la cuenta de ahorro individual abarcan todo concepto que permitiera a la actora acceder a una prestación de vejez, sin que sea necesario acudir al llamado cálculo de equivalencia que menciona el fallo. ii) Precisa que la prestación económica a la que puede acceder la demandante en el RAIS se encuentra acorde con los aportes realizados, porque existe equilibrio entre la contribución realizada y lo que recibiría por concepto de pensión de vejez; situación diferente al cálculo de la pensión vejez en el Régimen de Prima Media que depende de otros factores totalmente distintos.

4.3. PORVENIR S.A.¹¹

El apoderado de PORVENIR S.A. señala lo siguiente: **i) Respecto a la declaratoria de ineficacia, dice que** el acto de traslado realizado con esa AFP fue válido, no puede ser tachado de nulo o ineficaz. Se dio un traslado entre administradoras del RAIS que fue completamente válido y surtió todos sus efectos, se trasladaron todos y cada uno de los aportes efectuados por la demandante en el tiempo que estuvo vinculada con la AFP PORVENIR S. A. **ii) Sobre las sumas a devolver**, cuestiona que se ordena el retorno de los gastos de administración y todas las sumas recibidas en virtud de dicha afiliación: Invoca el artículo 20 de la ley 100 de 199, para señalar que si hubiese estado vinculada a COLPENSIONES también hubiera existido una deducción de gastos de administración y para los seguros previsionales.

5. TRÁMITE, COMPETENCIA Y DETERMINACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Habiéndose corrido traslado para formular alegatos de conclusión en esta instancia, intervino **COLPENSIONES S.A.** para solicitar la revocatoria de la sentencia¹²: i) Resalta que la demandante cuenta con 64 años de edad porque nació el 21 de marzo de 1958, por lo que no puede ordenarse el traslado en los términos del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 el cual modificó el literal e) del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Y agrega que se debe tener presente al momento de proferir la sentencia lo establecido en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, donde se estableció el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano para señalar que con la decisión se pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados según la sentencia T-489 de 2010. ii) Dice que respecto a la información brindada por el fondo al momento de realizar el traslado sería prudente valorar la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado y no imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen. Finalmente aduce que Colpensiones fue un tercero ajeno al

¹¹ 01PrimerInstancia / Archivo 041GrabacionAudienciaSustentacionRecursoApelacion_p345-p345/ Min. 00:10:38 – 00:12:34

¹² Carpeta 02SegundaInstancia / Archivo 03AlegatosColpensiones1620180630

contrato celebrado con la AFP PORVENIR S.A, por lo cual solicita no haya condena alguna para la entidad y que se condene a esa AFP entregar el total de los valores cotizados y/o depositados en la cuenta del ahorro individual del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos, intereses, seguros previsionales y cualquier otro concepto a consideración del despacho.

Pues bien, la Sala es competente para conocer del proceso en virtud del recurso de apelación de **LA DEMANDANTE, PORVENIR S. A y PROTECCIÓN S. A**, así como en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de **COLPENSIONES**, lo que impone efectuar el análisis en el siguiente orden lógico: En primer lugar, la evolución normativa sobre los DEBERES DE LAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES EN MATERIA DE ASESORÍA E INFORMACIÓN CLARA Y VERAZ para tomar la decisión de traslado de régimen inicial al RAIS. Así, se analizará en el CASO CONCRETO si debe CONFIRMARSE la DECISIÓN de DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN del DEMANDANTE, verificando lo relativo a las sumas que se ordenan devolver.

6. LOS DEBERES DE LAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES EN RELACIÓN CON EL ACTO JURÍDICO DE AFILIACIÓN O TRASLADO.

Esta Sala de Decisión ha tenido la oportunidad de expresar en varias oportunidades, que la decisión de un afiliado que estaba cotizando en el **I.S.S.** o en las otras Cajas de Previsión Social creadas antes de la Ley 100, **de trasladarse al RAIS**, exigía que la persona tuviese absoluta claridad en relación con su situación pensional, las diferencias entre cada uno de los regímenes, los beneficios e inconvenientes de cada régimen pensional y en especial, **los efectos que en su caso se generan si toma la decisión de trasladarse.**

El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, es exigible **desde su creación, y sin hacer distinción alguna**, de acuerdo a lo previsto en el **Decreto 663 de 1993**, aplicable a las AFP desde su origen, en el que se prescribió en el **numeral 1.º 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.*

Es así como, conforme a lo previsto en el **artículo 271** en concordancia con el **literal b) del artículo 13 de la Ley 100**, los trabajadores tienen la opción de **elegir «libre y voluntariamente»** aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, y por ello, si alguna persona jurídica o natural atenta en cualquier forma contra el derecho de **afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social**, se genera como consecuencia la ineficacia de la afiliación.

En relación con este aspecto, la Sala laboral de la Corte Suprema ha desarrollado un precedente pacífico: **SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-**

2020, SL 2208 -2021 – SL 3871-2021- SL 5686-2021- SL 5688-2021- SL 1055-2022

que se apuntala en las siguientes premisas básicas:

- Si bien en los últimos años se ha intensificado la regulación, con lo previsto en la **Ley 1328 de 2009 artículos 3, 5, 7 y 9; Ley 1480 de 2011 artículo 23, Parágrafo 1o. del artículo 2 de la Ley 1748 de 2014**, y el **Decreto 2071 de 2015**, lo cierto es que la obligación de información clara y concreta previa al traslado se encuentra expresa en normas anteriores vigentes para la época en que se efectuó el traslado del demandante, **sin distinguir que tal deber sólo se refiera a los casos de las personas que eran beneficiarias del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100.**
- Para ello baste citar, **el artículo 13 en sus literales b) y k), el 106 y el 114 de la Ley 100**, en concordancia con lo previsto en el **artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y la modificación introducida con la Ley 795 de 2003**, normas en las que se establece que la selección régimen se debe tomar de manera libre, espontánea y sin presiones como requisitos para poder afirmar su eficacia; así como la obligación de las AFP de suministrar a los usuarios la información necesaria para escoger las mejores opciones del mercado y tomar DECISIONES INFORMADAS.
- Siendo, así las cosas, antes del traslado el usuario debe conocer la lógica del RAIS y la esencia de su funcionamiento, sustentado en la capacidad efectiva del ahorro a lo largo de toda la vida para poder garantizar el derecho a una pensión. Y debe tener total claridad acerca de los aspectos relacionados no sólo con el monto y los requisitos de causación, sino la eventual opción de no acceder a esta prestación. Todos estos aspectos deben ser expresamente informados, para que el usuario pueda efectuar la comparación con las disposiciones que regulan el derecho pensional a los afiliados en el Régimen de Prima Media.
- En fin, significa entonces que la asesoría que debe brindar la Administradora de Pensiones en esa **ETAPA PREVIA Y PREPARATORIA** a la formalización de la información, no sólo debe ser completa y comprensible para el afiliado, sino que trasciende al "DEBER DEL BUEN CONSEJO" en los términos definidos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su precedente, deber que en los mismos términos fue acogido en el **artículo 3 del Decreto 2071 de 2015**, pues al mostrar con detalle las diferentes alternativas de la persona tras el análisis de su caso, mostrando los beneficios e inconvenientes de tomar la decisión de traslado, debe incluso ir más allá, para evitar que la persona tome una opción que claramente la perjudica.
- Y en relación con la carga probatoria, es claro que en los términos del **artículo 1604 del Código Civil**, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, ello no se agota solo con traer los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada fue suficiente para la persona, lo que no se satisface únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada atienda las pautas para que se adopte una decisión completamente libre. Por ello, de

acuerdo con lo previsto en los artículos 97 y 98 del Estatuto Financiero vigente en 1994, referidos a la debida diligencia que debían emplear las AFP, no se trata únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición. Y es así como las sub reglas establecidas por la Alta Corporación definen que al momento de analizar si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación: **a)** no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; **b)** en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones **allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados**, en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

- Finalmente, baste señalar cómo el criterio jurisprudencial orientador para este tipo de casos, fue plasmado en el **Código General del Proceso en el artículo 167**, norma en la que se consagra la posibilidad de distribuir la carga de la prueba a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar todo los elementos que ayuden a esclarecer el objeto del litigio y que en casos como el que hoy ocupa la atención de la Sala, no hay duda que la parte que debe cumplir con esa carga es el Fondo Privado: **a)** Maneja la carpeta con la historia de cada afiliado, con la información que le fue brindada al momento del trascendental acto del traslado o afiliación, **y la que se le ha entregado a lo largo de su permanencia en el fondo**, dirigida a orientarlo sobre las mejores opciones para que tome las decisiones que más le convengan; **b)** Conoce y tiene los datos de ubicación y preparación que recibió **el asesor** que tuvo a cargo la asesoría efectuada al afiliado y que hizo posible que éste firmara el acto jurídico de vinculación o de traslado al fondo de pensiones.

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 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 INFORMACIÓN CLARA, COMPLETA, SUFICIENTE, en términos de transparencia y eficiencia.

7. EL CASO CONCRETO

Para efectuar el análisis se debe partir de las siguientes premisas no discutidas: **i) ANA MARGARITA ROSA DE FEX TORO** nació el **21 de marzo de 1958**, por lo que en este

momento cuenta con **66 años**¹³. **ii)** Inició su vinculación laboral afiliándose al I.S.S el **17 de noviembre de 1975** entidad en la que cotizó 193,00 semanas hasta agosto de 1996¹⁴. **iii)** Se trasladó del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA al de AHORRO INDIVIDUAL suscribiendo formulario con solicitud de vinculación a **COLFONDOS** el **1 de enero de 1997** trabajaba como Jefe de Recursos Humanos en Coomunicipios Ltda.¹⁵. **iv)** Luego se trasladó a la **AFP PORVENIR S.A. el 31 de marzo de 2000**¹⁶ y posteriormente a la **AFP PROTECCIÓN S.A. el 13 de octubre de 2004** entidad en la que se encuentra actualmente¹⁷.

Hora de la consulta : 9:35:26 AM
 Afiliado: CC 32336066 ANA MARGARITA ROSA DE FEX TORO [Ver detalle](#)

Vinculaciones para CC 32336066							
Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado regimen	1997-01-14	2004/04/16	COLFONDOS	COLPENSIONES		1997-03-01	2000-04-30
Traslado de AFP	2000-03-31	2004/04/16	COLPATRIA	COLFONDOS		2000-05-01	2000-09-28
Cesión por fusión	2000-09-29	2004/04/16	HORIZONTE	COLPATRIA		2000-09-29	2001-08-31
Traslado de AFP	2001-07-23	2004/04/16	COLFONDOS	HORIZONTE		2001-09-01	2002-03-31
Traslado de AFP	2002-02-28	2004/04/16	PORVENIR	COLFONDOS		2002-04-01	2003-11-30
Traslado de AFP	2003-10-31	2004/04/16	COLFONDOS	PORVENIR		2003-12-01	2004-09-30
Traslado de AFP	2004-08-31	2004/09/21	ING	COLFONDOS		2004-10-01	2012-12-30
Cesión por fusión	2012-12-31	2012/12/29	PROTECCION	ING		2012-12-31	

8 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Vinculaciones miradas de Manera para CC 32336066						
Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada	
1997-01-14	1997-01-23	01	AFILIACION	COLFONDOS		
2000-03-31	2000-04-11	79	TRASLADO AUTOMATICO	COLPATRIA	COLFONDOS	
2000-09-29	2000-09-29	30	CESION	COLPATRIA	HORIZONTE	
2001-07-23	2001-09-06	79	TRASLADO AUTOMATICO	COLFONDOS	HORIZONTE	
2002-02-28	2002-03-07	79	TRASLADO AUTOMATICO	PORVENIR	COLFONDOS	
2003-10-31	2003-12-05	79	TRASLADO AUTOMATICO	COLFONDOS	PORVENIR	

6 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Las demandadas han afirmado a lo largo del proceso que la SELECCIÓN DE RÉGIMEN se tomó de **forma libre, espontánea y sin presiones** en los términos del formulario de afiliación suscrito por el actor, pero en criterio de la Sala, leyendas de este tipo no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, **acreditan un consentimiento, pero no informado**. En efecto, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha precisado de forma reiterada que la suscripción de aquel documento, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como *"la afiliación se hace libre y voluntaria"*, *"se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones"* u otro tipo de leyendas de esta clase, son insuficientes para dar por demostrado dicho deber (**CSJ: SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020**).

¹³ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 004AnexosDemanda1_p18-p71/ Pág. 54

¹⁴ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 004AnexosDemanda1_p18-p71/ Pág. 49

¹⁵ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 004AnexosDemanda1_p18-p71/ Pág. 1

¹⁶ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo

011AnexosContestacionDemandaProteccion_p203-p230/ Pág. 16

¹⁷ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 004AnexosDemanda1_p18-p71/ Pág. 39

Pues bien, según lo acreditado en el proceso, resulta evidente que para la fecha en la que entró en vigencia el Sistema General de Pensiones para **ANA MARGARITA ROSA DE FEX TORO**, ésta tenía más de **35 años** de edad siendo así beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siendo su régimen anterior aplicable el consagrado en el Decreto 758 de 1990.

Pues bien, de acuerdo con el análisis efectuado en el **acápito sexto** de esta providencia y con el precedente jurisprudencial sobre la materia, los promotores de la AFP antes de la suscripción del formulario de traslado, tenían no solo el **DEBER** sino la **OBLIGACIÓN** de brindarle una **asesoría personalizada**, analizando **las circunstancias particulares, y mostrando aspectos concretos de su situación pensional**.

Así, se le debió explicar que, por ser beneficiaria del régimen de transición, si permanecía en el I.S.S., el derecho a la pensión de vejez se causaría **al arribar a los 55 años de edad** y acreditando **1000** semanas cotizadas, para pensionarse con una mesada cuyo valor podría ser con una tasa del **90 %** en caso de cotizar **1250 semanas**, sobre un **IBL** integrado en los términos del **artículo 21 de la Ley 100**. Se debió advertir en su caso, de manera perentoria, que en caso de trasladarse al RAIS perdería los beneficios de ese régimen de transición, de manera que, si regresaba al régimen de prima media, su derecho pensional de definiría con base en las normas de Ley 100 y reformas posteriores.

Y se le debió indicar además, que si se trasladaba para el RAIS, las condiciones pensionales serían las siguientes: **i)** Se podría pensionar antes de los **55 años**, sin embargo tal circunstancia estaba sujeta a una condición y es que tuviera el capital suficiente para poder optar al menos por una pensión mínima (artículo 64 Ley 100); **ii)** Como la demandante tenía cotizaciones en el RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA, debía saber que las cotizaciones que habían efectuado en el I.S.S. se verían representadas en un bono pensional tipo A que sólo **se redime en el caso de las MUJERES a los 60 años**, de manera que, si se daban las condiciones para pensionarse anticipadamente, habría que negociar el bono en el mercado financiero, disminuyendo su valor, lo que tendría efecto en el valor de la mesada, en la medida en que disminuiría el valor del capital para financiar la prestación. **iii)** Frente al valor de la pensión en el RAIS, se debió explicar que ésta depende del capital consignado en la cuenta individual y según la modalidad pensional elegida (artículos 79 a 82 de la Ley 100), y que el valor que se abonaría a la cuenta individual no sería equivalente al 100% de la cotización, porque una parte se destinaría a pagar la prima mensual de la compañía de seguros, a gastos de administración y al fondo de solidaridad del RAIS. **iv)** Y en relación con la ausencia de beneficiarios en materia de pensión de sobrevivientes y la posibilidad de que los dineros de la cuenta de ahorro individual se destinen a la masa hereditaria, se debió precisar que **ello no ocurre si la muerte se presenta siendo pensionado bajo la modalidad de**

renta vitalicia. v) También se debía indicar, que en caso de que no completara el capital suficiente para obtener una pensión mínima (equivalente al 110% del salario mínimo a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones actualizado con el IPC), entonces **debía seguir cotizando hasta obtener 1.150 semanas y cumplir 57 años**, para poder acceder a la GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA, mostrándole las claras diferencias en los requisitos de la pensión con los del régimen de prima media como beneficiaria de transición. **vi)** Y que la GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA, es un beneficio que no se presenta en todos los casos porque está sujeto a unas condiciones y explicarle cuáles (artículo 84 de la Ley 100, vigente para la época), para que tuviese claro que, si no cumplía con ello, no obtendría pensión de vejez y por ello, la entidad le devolvería los saldos que estuvieran en su cuenta individual, con el efecto que eso genera en relación con la afiliación en salud.

Pero se observa con claridad que en el proceso no se acreditó por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES el haber suministrado esta información clara, completa y detallada, sin que se hubiese efectuado confesión en contra por la señora **ANA MARGARITA ROSA DE FEX TORO**, diligencia en la fue enfática en reiterar la ausencia de información completa por parte de los asesores de la AFP con la que se generó el traslado de régimen. Debe entonces la Sala CONCLUIR, conforme las normas, jurisprudencia y acervo probatorio recaudado, que resulta procedente **CONFIRMAR** la decisión que se revisa, para en su lugar **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN.**

Lo anterior, sumado al hecho de que, el traslado que hubiese efectuado la demandante a otra AFP en manera alguna convalida la omisión en las obligaciones de información en la vinculación inicial al RAIS. La Corte Suprema en su Sala Laboral ha señalado en su precedente (**SL 5686 -2021, SL 1055 -2022**) que no puede desconocerse que un afiliado durante su vida laboral puede hacer varios traslados entre regímenes pensionales, **o entre administradoras**, sin que tal evento signifique que la **AFP pueda omitir, en cada ocasión, el suministro de la información** a que está obligada, con la calidad y en la oportunidad debidas so pretexto de una o varias vinculaciones anteriores. En la sentencia **CSJ SL 3349 de 2021** expresó:

el hecho de tener sucesivas afiliaciones en el RAIS, después de haber abandonado el RPM, no tiene como consecuencia que de ello se derive una suerte de purga en el deber de información o de convalidación en su incumplimiento, tampoco el hecho de que el impugnante se haya vinculado, de manera discontinua al RAIS, aún con la misma administradora, significa *per sé* que se tenga suficiente ilustración, conocimiento o comprensión de cada uno de los regímenes o que, se itera, tal situación releve del cumplimiento de sus deberes a la AFP, como lo exigen las normas aplicables en el momento en que acaezca tal evento.

Es decir, las administradoras siempre tendrán el deber de brindar información completa y veraz a los afiliados en cada vinculación, sin que pueda exonerarse de ella argumentando que el afiliado ya conocía previamente el régimen al que se vincula; Y

sin que las sucesivas vinculaciones convaliden aquella que se hizo con vicios y dieron lugar a la declaratoria de ineficacia.

Y tampoco se comparte el análisis referido **al monto de la pensión de vejez en cada régimen**. Sobre el particular, la Alta Corporación también se ha pronunciado, en sentencias como la **SL 5686 – 2021** en la que indicó:

Recuérdese que el análisis judicial sobre el cumplimiento del deber de información a cargo de los fondos privados está al margen, en principio, de la situación pensional de la persona, por lo que no sería coherente exigir que se acredite que el traslado causó una lesión injustificada que impidió el acceso a un derecho pensional en abstracto, a menos que el litigio se dirija justamente a acreditar un perjuicio como pretensión complementaria, sin que esto incide en la declaratoria de ineficacia de traslado.

Y es que en un estadio de afiliación activa al sistema y más aún cuando el derecho pensional aún está en formación, los jueces no pueden elucidar en abstracto sobre la conveniencia de estar o permanecer en uno u otro régimen y los perjuicios que ello eventualmente acarrearía, pues cada uno de los modelos consignan características que pueden ser convenientes tanto para el afiliado como a sus eventuales beneficiarios en determinada situación particular.

A raíz de ello, la jurisprudencia de la Corte ha garantizado el *derecho básico* de los trabajadores a *recibir información necesaria, objetiva y transparente durante el proceso de traslado de régimen pensional*, como una garantía mínima consagrada en el artículo 53 de la Constitución Nacional, que encuentra respaldo en el artículo 272 de la Ley 100 de 1993 y se armoniza con artículo el 13 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagra que cualquier estipulación que afecte o desconozca los derechos mínimos «no produce efecto» (CSJ SL3871-2021), de modo que incumplida esa prerrogativa, es imperativo declarar la ineficacia del traslado.

Debe destacarse que las ADMINISTRADORAS DEL RAIS y COLPENSIONES en la contestación propusieron la EXCEPCIÓN de PRESCRIPCIÓN, pero en el contexto que se ha venido analizando, debe señalarse que estamos en presencia de la ineficacia del traslado: Y una de las características esenciales de la inexistencia, es que es insubsanable por la prescripción - No adquiere vida por el transcurso del tiempo, por lo tanto, en cualquier tiempo puede ser alegada su inexistencia. En la sentencia **SL1688-2019**, reiterada en las **SL4360-2019 y SL 1055-2022**, la Sala Laboral de la Corte explicó con claridad sobre la inoperancia del medio exceptivo, no solo por su conexidad con un derecho fundamental e irrenunciable, sino porque el sustento fáctico del proceso da lugar a consolidar el status de pensionado, y, en consecuencia, propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo.

Finalmente, **en relación con las sumas de dinero que se deben devolver**, debe señalarse lo siguiente: **i)** En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala Laboral de la CSJ en sentencias **SL1688, 3464 y SL 4360 de 2019**, así como en la **SL 2877 y SL 4811 de 2020** ha explicado que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al *statu quo ante*). **ii)** Y como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el **artículo 1746 del Código Civil** y este por analogía es aplicable a la ineficacia, según esta disposición, declarada la ineficacia, las partes, *en lo posible*, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese

existido el acto de afiliación. **iii)** O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al **statu quo ante** no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen. **iv)** Y en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone **negarle efecto al traslado**, tal situación solo es posible bajo **la ficción de que el mismo nunca ocurrió**. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que **nunca se cambió al sistema privado de pensiones**, y si estuvo afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que **nunca se trasladó al sistema público administrado por COLPENSIONES**. **v)** Por esto mismo, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como **los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021)**, los porcentajes destinados a conformar el **Fondo de Garantía de Pensión Mínima** y los valores utilizados en **seguros previsionales** con cargo a sus propias utilidades (**CSJ SL SL2209-2021 y SL2207- 2021**). **vi)** Así, reconoce esta corporación que si bien existió una administración por parte de las AFP, además del pago de seguros, producto de la declaratoria de ineficacia todos los recursos deben trasladarse a aquella administradora que tendrá a su cargo el reconocimiento de las eventuales pensiones, por cuanto tales sumas repercutirán en la conformación del derecho pensional, teniendo presente que el RPM es un fondo común al cual ingresan de forma indistinta los recursos de todos los afiliados y que a través del sistema de reparto intergeneracional, se cubren las prestaciones causadas. Por ello, **PORVENIR S. A Y PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S. A.**, efectuarán la devolución en relación con los períodos en que estuvo afiliado. **vii)** Se destaca que ninguna de las devoluciones acá ordenadas se ve afectada por el fenómeno extintivo de la prescripción, excepción propuesta por las accionadas, la que a voces de la Sala de Casación Laboral de la CSJ no opera en estos litigios, dado el carácter irrenunciable del derecho pensional, que se extiende a la acción para reclamar su conformación con todos los aspectos conexos que le son inherentes (**CSJ SL1688-2019; CSJ SL12715-2014; CSJ SL 28479, 4 jun. 2008, CSJ SL 39347 y CSJ SL 8397, 5 jul. 1996. SL1688-2019**, reiterada en las **SL4360-2019 y SL 1055-2022**). **viii)** Finalmente, para garantizar la SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA esta Sala de Decisión ordenaba que el monto trasladado no fuese inferior al valor total del aporte legal correspondiente en caso de que el afiliado hubiere permanecido en el régimen de prima media y si así fuere, la AFP asumiera el pago de la diferencia, aplicando el precedente definido por la Corte Constitucional en las sentencias **C 1024 de 2004**, y en las **SU 062 DE 2010 y SU 130 de 2013** sobre los casos de las personas que regresan del RAIS al RPM. Pero reexaminando el asunto, y a partir del precedente vertido

por la Sala de Casación Laboral en sentencias **SL 3202-2021**, **SL 2769-2021**, **SL3708-2021**, **SL 3710-2021**- **SL 3706-2021**, **SL 3571-2021**, **SL 3709-2021** y **SL 1055-22**, considera que lo procedente para tal fin es ordenar **la devolución de tales sumas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos**. Al momento de cumplirse los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Así, los numerales **TERCERO** y **CUARTO** serán modificados.

8. SOBRE LA PRETENSIÓN DE INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

Es pretensión de la demanda que se **CONDENE** a las **AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.** al reconocimiento y pago de perjuicios materiales y morales causados a la demandante, que estima en 200 salarios mínimos. Sobre el particular solo en el hecho 39 de la demanda se hizo una afirmación genérica en los siguientes términos:

“La indebida asesoría por parte de los fondos privados ha causado perjuicios a mi poderdante”

Y en el recurso de apelación, el apoderado de la activa plantea básicamente dos argumentos respecto a la decisión absolutoria de esta pretensión: **i)** En primer lugar, que en este tipo de procesos deben presumirse los perjuicios morales, bajo el entendido que en economías tan precarias como la colombiana, con tasas de desempleo altas, remuneraciones bajas y condiciones de laborales de poca estabilidad, el asunto de ver en riesgo del futuro pensional naturalmente genera preocupación y estrés constante en los accionantes. **ii)** En segundo término, que se presentó un allanamiento de las pretensiones por COLFONDOS, por lo que ha debido al despacho simplemente acoger la totalidad de las pretensiones de la demanda; señalando que en relación con la pretensión de los perjuicios no existe litisconsorcio necesario ni facultativo.

Pues bien, para efectuar el análisis debemos partir del **artículo 2341** del Código Civil que establece el principio general del débito resarcitorio en los siguientes términos: *“el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización”*. De esta forma, quien comete un daño con dolo o culpa, está obligado a reparar la totalidad de los perjuicios que haya ocasionado.

El **artículo 10 del Decreto 720 de 1994** prevé la responsabilidad directa de las sociedades administradoras de pensiones por las infracciones, errores u omisiones en que incurran sus promotores en desarrollo de su actividad comercial, así:

Artículo 10. RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES.

Cualquier infracción, error u omisión -en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante de sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su

gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones.

Y el **artículo 4.º del Decreto 656 de 1994**, consagra que las administradoras del RAIS son *"responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados"*.

Ahora, para que surja la obligación de indemnizar los perjuicios causados a una persona, es necesario que concurren los siguientes elementos: i) una conducta culposa de la AFP; ii) un daño y iii) un nexo de causalidad.

Sobre el particular, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en **sentencia 093 del 2 de febrero de 2021**¹⁸ manifestó que los elementos estructurales de la responsabilidad contractual son: "la existencia de un contrato válidamente celebrado, la lesión o menoscabo que ha sufrido el demandante en su patrimonio y la relación de causalidad entre el incumplimiento imputado al demandado y el daño causado". Y en **sentencia 397 del 22 de febrero de 2021**¹⁹, sostuvo:

"La responsabilidad, en general, dimana del artículo 95, numeral 1º de la Constitución Política. Impone como deberes de la persona y del ciudadano *«[r]espeter los derechos ajenos y no abusar de los propios»*.

El precepto recoge la máxima *qui iure suo utitur, neminem laedere debet*²⁰, según el cual, quien vulnere o incumpla sus obligaciones de conducta contractuales o extracontractuales, *impuestas en interés de otro o de varios sujetos de derecho, debe reparar el daño producido*.

Pues bien, de acuerdo con el análisis que se ha efectuado a lo largo de esta providencia, en criterio de esta corporación puede afirmarse la **conducta culposa de la AFP PORVENIR** entidad que ocasionó el traslado de régimen de la actora, y que se deriva de la infracción de su deber de suministrar información transparente, objetiva, comprensible y completa a la demandante respecto a las condiciones y características de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que pudiese comprender a plenitud las consecuencias, beneficios y riesgos de estar afiliada a uno u a otro. Se analizó *in extenso* en el **acápito 6** de esta providencia sobre las funciones a cargo de las administradoras de pensiones y el hecho de que prestan un servicio público relacionado con derechos irrenunciables de las personas, lo que implica que en desarrollo de su actividad económica deben actuar de buena fe, ser transparentes en su gestión y leales con los usuarios que depositan su confianza en ellas desde el momento mismo de la asesoría inicial. Y se ha concluido que, en este proceso no se acreditó por la AFP COLFONDOS el haber obrado de ese modo.

¹⁸ Radicación: 11001-31-03-044-2012-00385-01, M.P: Luis Armando Tolosa Villabona,

¹⁹ Radicación: 11001-31-03-036-2009-00278-01 M.P: Luis Armando Tolosa Villabona,

²⁰ El ejercicio de un derecho no debe lesionar otro derecho.

Pero esta corporación comparte la conclusión a la que se arriba en la providencia que se revisa, dado que no se demuestra el daño, entendido como el *menoscabo que la conducta dañosa irroga al patrimonio, sentimientos, vida de relación o bienes de especial protección constitucional de la víctima*. Y tampoco se demuestra el **nexo causal**, que es el vínculo entre **la culpa y el daño**, en virtud del cual aquella se revela como la causa de este.

En efecto, de acuerdo con las reglas de la experiencia y el sentido común, es claro que si la demandante hubiese recibido información suficiente, objetiva y completa de las características, condiciones, ventajas, desventajas y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales máxime en su caso que era beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 lo que le hubiese permitido eventualmente pensionarse al cumplir los 55 años de edad, probablemente no se hubiese trasladado de régimen.

No obstante, en este proceso se ha declarado la ineficacia del traslado de régimen y que la actora continúa sin solución de continuidad en el régimen de prima media ordenando a todas las AFP codemandadas trasladar la totalidad de las sumas con el fin de financiar las prestaciones económicas a que haya lugar, conforme se presenten las contingencias protegidas por el Sistema General de Pensiones (vejez, invalidez y muerte); debiéndose destacar que en este proceso no fue objeto de pretensión el reconocimiento de la pensión de vejez; sin que se acredite perjuicio material alguno a título de lucro cesante o daño emergente.

Ahora bien, sobre el allanamiento de la demandada **COLFONDOS S. A.**, lo primero que debe resaltarse es que de conformidad con lo previsto en el **artículo 99 del CGP**, esta figura es ineficaz cuando la sentencia debe producir efectos de cosa juzgada respecto de terceros, circunstancia que se presenta en este proceso, toda vez que Colpensiones se ve afectada con la declaratoria de ineficacia del traslado de la actora. En efecto, es claro que la pasiva la integra un número plural de demandados, esto es **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES**; y como el objeto principal de la litis es la solicitud de declaratoria de ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual y el consecuente retorno de la afiliada al primero de los mencionados, no cabe ninguna duda que se trata de una relación jurídica compleja y las decisiones que se adoptan afectan al conjunto de los demandados, de tal suerte que no es posible escindir ese vínculo, dada la naturaleza de las relaciones que lo componen. Así, se trata entonces de un litisconsorcio necesario y, por ende, la propuesta de allanamiento en el proceso sólo es viable si todos los demandados hacen causa común en ella, lo que no ocurrió. **(SL3202-2021 y SL 2556 – 2022)**.

De otro lado, si bien es claro que el traslado de RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA al de AHORRO INDIVIDUAL se generó por COLFONDOS con ocasión de la suscripción del formulario de vinculación el **1 de enero de 1997** cuando la demandante trabajaba como Jefe de Recursos Humanos en COOMUNICIOS LTDA²¹, tampoco encuentra esta corporación el daño moral, debiéndose resaltar que éste en manera alguna se presume y la activa no trajo al proceso prueba alguna que permita afirmar que se encuentre acreditado un daño y nexo de causalidad para irrogar una condena a perjuicio moral **AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.** En el hecho 39 de la demanda se hace referencia tangencial al respecto al afirmar que *“la indebida asesoría por parte de los fondos privados ha causado perjuicios a mi poderdante”* sin precisar su alcance ni definir de qué forma se concretan. Y contrario a lo planteado por el recurrente, es claro que los perjuicios reclamados no se presumen de modo que, ante el incumplimiento de la carga probatoria no procede condena alguna sobre esta pretensión.

8. COSTAS

Sobre las **COSTAS**, debe indicarse lo siguiente: **i)** En primera instancia se **CONDENÓ** en **COSTAS** a **PROTECCIÓN** y **PORVENIR**, lo que no cuestionado de manera concreta por las recurrentes. **ii)** Y respecto a las **costas en esta instancia** al no prosperar los recursos de apelación de **PORVENIR** ni de la **DEMANDANTE**, y salir avante el de **PROTECCIÓN**; no se causan.

9. LA DECISIÓN

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

PRIMERO: Se **CONFIRMA** la sentencia proferida por el Juzgado **Dieciséis** Laboral del Circuito de Medellín, pero solo por las razones de esta providencia y con las siguientes **MODIFICACIONES** y **ADICIÓN:**

El numeral **TERCERO**, porque dentro de los **30 días siguientes** a la notificación de esta providencia, le corresponde a la **AFP PROTECCIÓN S.A.** trasladar con destino a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** la totalidad del capital ahorrado por la señora **ANA MARGARITA ROSA DE FEX TORO** junto con los rendimientos financieros. Y los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, incluyendo así: **CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN, PRIMAS PARA SEGURO PREVISIONAL y las SUMAS DESCONTADAS PARA GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA** debidamente **indexadas** y con cargo a sus propios recursos, **en proporción a tiempo de permanencia.**

²¹ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 004AnexosDemanda1_p18-p71/ Pág. 1

En el mismo término de **30 días siguientes** a la notificación de esta providencia, le corresponde a las **AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.** devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, incluyendo así: **CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN, PRIMAS PARA SEGURO PREVISIONAL y las SUMAS DESCONTADAS PARA GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA** debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, **en proporción a tiempo de permanencia**.

Y se **ADICIONA** la sentencia, porque al momento de cumplirse esta orden por cada una de las AFP, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, conforme lo explicado en la parte motiva de esta sentencia.

El numeral **CUARTO** quedará así: Se **ORDENA** a COLPENSIONES reactivar la afiliación de la demandante, recibir los dineros que se trasladen por las administradoras del RAIS – PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.- y actualizar la historia laboral de la demandante, incluyendo los períodos que fueron cotizados en el RAIS. Se revoca la orden a COLPENSIONES de realizar el cálculo de equivalencia, conforme el análisis efectuado en la parte motiva.

SEGUNDO: En esta instancia no se causaron costas

Se ordena la notificación mediante EDICTO y vencido el término se ordena devolver el expediente al Juzgado de origen. Se termina la audiencia y en constancia se firma por quienes intervinieron.

Los Magistrados,



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ



HUGO JAVIER SALCEDO OVIEDO

MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA

CON IMPEDIMENTO