

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISION LABORAL

<b>PROCESO</b>	Ordinario
<b>DEMANDANTE</b>	Flor Danery Román Herrera
<b>DEMANDADO</b>	AFPs Protección S.A., Colfondos S.A. y COLPENSIONES
<b>PROCEDENCIA</b>	Juzgado 06 Laboral del Cto. de Medellín
<b>RADICADO</b>	05001 3105 <b>006 2018 00366</b> 01
<b>INSTANCIA</b>	Segunda
<b>PROVIDENCIA</b>	SENTENCIA Nro. 125 de 2021
<b>TEMAS Y SUBTEMAS</b>	Ineficacia de traslado
<b>DECISIÓN</b>	Revoca y acoge pretensiones

Hoy, **siete (07) de julio de dos mil veintiuno (2021)**, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral integrada por los magistrados: Martha Teresa Flórez Samudio, Orlando Antonio Gallo Isaza y Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a emitir pronunciamiento frente al recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto laboral del Circuito, dentro del proceso ordinario promovido por **Flor Danery Román Herrera** contra las **AFPs Protección S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones**, radicado único nacional 05001 3105 **006 2018 00366** 01.

La Magistrada ponente, en acatamiento de lo previsto en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con los acuerdos del Consejo Superior y Seccional de la Judicatura, sometió a consideración de los restantes integrantes el proyecto estudiado, discutido y aprobado en sala virtual, según acta N°22, el que se adopta como sentencia y se plasma a continuación:

## **Antecedentes**

Solicita la demandante, que por falta de los requisitos legales de que dan cuenta los artículos 1.508 del C. Civil, 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, se declare la nulidad de su afiliación a la AFP Protección S.A., que conllevó el cambio de régimen pensional, pues carece de validez por existir vicio en el consentimiento, en razón de la omisión al deber de información y la obligación de la AFP de cumplir los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994; como consecuencia de ello, se condene a Colpensiones a reactivar su afiliación en el RPMPD, pide también condena en costas.

En sustento afirma que, nació el 03 de octubre de 1962, inició cotizaciones al ISS hoy Colpensiones el 15 de diciembre de 1994, cuenta con un total de 1.145 semanas cotizadas al sistema general de pensiones. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 surgieron los fondos privados de pensiones, generándose una dinámica de libre competencia y agresivas campañas por parte de estos para la captación de afiliados. Para el 30 de junio de 1995 laboraba en el Municipio de Itagüí, trasladándose al RAIS, sin que se le explicara de manera clara y precisa los riesgos y beneficios que le acarrearía tal decisión; no se le expuso la forma de liquidar la pensión en ambos regímenes, y las modalidades en el RAIS, mostrándole solo las ventajas, consistentes en obtener una mesada a menor edad y con mayor valor en comparación con el RPMPD. El 18 de diciembre de 2018, mediante derecho de petición solicito a Protección copia de los soportes y asesorías realizadas, formulario de afiliación y reporte de semanas, manifestándosele no contar con documentación de la asesoría. **Posterior a la vinculación inicial**, se trasladó a la AFP

Colfondos S.A., **donde permanece a la fecha**. El 04 de abril de 2019 solicitó copia de la reasesoría que se le dio antes de entrar en el límite de 10 años para el retorno al régimen de prima media, sin obtener respuesta; también pidió proyección de mesada pensional, enviándosele simulación en el RAIS de \$1.118.290 y cero en el RPMPD. Pidió retorno a Colpensiones, negado por Colfondos por no encontrarse dentro de los supuestos de la sentencia SU 062 de 2010 y por el fondo público por estar a menos de 10 años de la edad para pensión, resultando latente el perjuicio a sufrir, reflejado en el monto de la mesada, pues en el RPM ascendería a \$3.033.668,50.

En auto **del 29 de agosto de 2018**, se admitió y ordenó dar trámite a la acción, y en proveído del 12 de octubre del mismo año, se adicionó la vinculación por pasiva a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías; debidamente enteradas de la existencia del proceso, las demandadas allegaron escritos de contestación así:

La **AFP Protección S.A.**, admite la fecha de nacimiento y edad de la demandante por estar debidamente acreditada; también es cierta la afiliación a COLPENSIONES porque así aparece en el certificado SIAFP, es cierto que para el momento de traslado al RAIS laboraba para el Municipio de Itagüí, es cierto el derecho de petición formulado a esa sociedad y la respuesta al mismo; los demás supuestos no son hechos, no son ciertos o no le constan; explicando que no realizó campaña comercial agresiva para extraer afiliados del RPMPD, pues lo que hizo fue promocionar y publicitar productos y servicios bajo el procedimiento legal y previa autorización del ente de vigilancia y control. Agrega que a la demandante se le explicaron de manera clara y precisa, al momento de su vinculación, las características tanto del RPM como del RAIS, informándole objetivamente las condiciones del

RAIS y diferencias con el RPMPD, dejando claro que uno y otro son excluyentes y conllevan sus propias regulaciones, sin que pueda hablarse de ventajas o desventajas; se le explicó también la forma como se construye el capital para financiar la pensión. Insiste en que se le brindó información integral, clara, honesta y comprensible sobre el RAIS y las implicaciones que conllevaba el traslado, y con esa información tomó la decisión libremente, sin presión, fuerza, error o dolo; se le expusieron las características de ambos regímenes, se le ilustró sobre la posibilidad de pensionarse anticipadamente, siempre y cuando contara con un capital para financiar una mesada superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente; no es cierto que el asesor le haya dicho que el valor de la mesada sería necesariamente superior en el RAIS, porque era imposible prever a tan temprana edad el monto de la misma; no es cierto que se le haya inducido en error o engaño, pues siempre se ha caracterizado por su actuar transparente y responsable, y ha procedido de buena fe, además de manera responsable, al momento de la afiliación, después de estudiar el caso particular, le suministró a la demandante información clara, comprensible, precisa, profesional y necesaria para que pudiera tomar la mejor decisión y tuviera claro su panorama pensional, suscribiendo el formulario de manera libre y voluntaria, quedando en el mismo consignada tal circunstancia. **Resistió las pretensiones y formuló las excepciones** de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada y la innominada o genérica.

**Colpensiones**, acepta la fecha de nacimiento de la demandante porque así aparece acreditado, es cierto que estuvo afiliada al régimen de prima media, parcialmente cierto el número de semanas cotizadas,

también es cierta la solicitud de retorno al RPMP y la respuesta negativa por encontrarse a menos de 10 años de la edad para pensión. Los demás supuestos no son hechos o no le constan. **Se opuso** a la prosperidad de las pretensiones y formuló las excepciones de: inexistencia de la obligación de traslado entre regímenes pensionales, imposibilidad de aplicar el precedente judicial y la inversión de la carga de la prueba, prescripción, buena fe e imposibilidad de condena en costas.

La **AFP Colfondos S.A.** admite la afiliación de la demandante a esa sociedad desde el 24 de junio de 1997 y la permanencia actual en la misma, también es cierta la solicitud de retorno al RAIS y la respuesta negativa por no cumplir los requisitos para ello; los demás supuestos no son ciertos o no le constan. Explica que a la demandante se le informó sobre el plan de pensión; además si tuvo alguna duda, pudo consultar esa administradora durante más de 21 años, al igual que a las demás AFP, por medio de los canales dispuestos para ello, siendo una característica de la esencia del RAIS la posibilidad de lograr una pensión más alta a menor edad, porque se pone en manos del afiliado la decisión respecto a su futuro pensional a través de la planeación y el ahorro, ofreciendo ambos regímenes ventajas y desventajas. Agrega que los fondos publicaron en diario de amplia circulación nacional las condiciones establecidas por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 y el Decreto 3800 del mismo año, y alude al aforismo que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, por lo que no puede alegar su desconocimiento. Agrega que Colfondos por intermedio del agente comercial, le brindó una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, ilustrándola acerca de las características del RAIS, su funcionamiento, diferencias entre ambos regímenes, ventajas y desventajas de cada uno,

información que se dio de manera verbal tendiendo en cuenta los lineamientos vigentes para la época, tomando una decisión libre y voluntaria, como se hace constar en el correspondiente espacio dentro del formulario. **Se opuso** a la prosperidad de las pretensiones y formuló las **excepciones** de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de prueba de causal de nulidad, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica y ausencia de vicios del consentimiento.

La primera instancia terminó con sentencia proferida por el **Juzgado Sexto Laboral del Circuito**, en la que se denegó la pretensión de declaración de ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS. Declaró implícitamente resueltas las excepciones propuestas y se abstuvo de imponer condena en costas.

Argumentó la falladora que, se aparta de la solución que en estos casos aplica la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pues estima que en la regulación al deber de información relacionada entre otras en sentencia SL 1452 de 2019, se omite referencia a los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994 y el 4º del 656 del mismo año, disposiciones de las que emana para las AFP la obligación de asesoría calificada y de responsabilidad frente al afiliado por los perjuicios que con su omisión causa, sin que sea justo que Colpensiones asuma en este caso las prestaciones mientras los fondos privados, que hacen parte del sistema financiero, acumulan ganancias millonarios en su favor, razón por la que considera que la solución al asunto no es la ineficacia de traslado para obligar al régimen público a pagar la pensión de vejez, lo que hace Colpensiones con los subsidios de la Nación, pues ello no es legal ni justo, siendo entonces la acción

procedente la de reparación de perjuicios contra los fondos privados, lo que no fue solicitado. Se abstuvo de imponer condena en costas, por no acogerse los argumentos de las accionadas.

El **recurso de apelación**, fue oportunamente interpuesto por la **apoderada de la demandante**, quien con fundamento en **el literal c) de la Ley 1328 de 2009** invoca la obligación de las entidades financieras de observar el principio de transparencia, que conlleva el suministro de información cierta, suficiente y oportuna, para que el afiliado conozca en detalle las características legales, condiciones, y requisitos en que se encontraría al vincularse al RAIS, lo que no se probó, pues el fondo en la reunión inicial no le explicó las ventajas y desventajas y los requisitos que debía cumplir para pensionarse, y a pesar de ser la actora abogada, se ha dedicado al derecho administrativo y no al laboral y de la seguridad social, pasando el tiempo engañada, pensando que recibiría una mesada superior, lo que no fue cierto. Luego alude la profesional al **Decreto 2241 de 2010** y a los principios que deben observar las entidades financieras al ofrecer productos y servicios, puntualizando que no se acreditó en este asunto la información cierta, suficiente, clara y oportuna, y tampoco se brindó reasesoría cuando todavía estaba a tiempo para retornar al RPMPD. Cita apartes de la sentencia SL373 de 2021, para dejar en claro que aplica para personas que han sido pensionadas y ya tienen un perjuicio en la mesada, sin que la demandante se encuentre en tal condición. Solicita revocar la decisión y acoger las pretensiones.

De la oportunidad para presentar alegaciones hizo uso **la apoderada judicial de Colpensiones**, peticionando la confirmación de la decisión absolutoria. Explica que la demandante no se encuentra afiliada a esa entidad, incluso, si se revisa la historia laboral aportada

en la casilla *observaciones* año 1996, se tiene como *no vinculado por afiliación, aporte devuelto, afiliación Colfondos*, por lo que no es la llamada a reconocer ningún derecho, teniendo la afiliación al RAIS plena validez, extinguiéndose la posibilidad de retorno al RPMPD conforme al literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, ello aunado a concepto del 11 de agosto de 2008, modificadorio de la Circular Externa 007 de 1006 (sic) de la Superintendencia Financiera de Colombia, en la que *se estableció que la validación de los requisitos de cumplimiento de traslado de régimen debía ser efectuado por la AFP a la que se encuentre afiliado el ciudadano, por lo tanto, la aprobación o rechazo del mencionado traslado lo determinara dicha entidad, no Colpensiones toda vez que como se dejó manifestado de la demandante no se encontró afiliación alguna en las bases de mi representada.*

La **apoderada de la AFP Colfondos S.A.**, también pide confirmar la decisión, resaltando que el traslado de la actora al RAIS se materializó con la AFP Protección S.A., por tanto esa sociedad es un tercero de buena fe que no tenía por qué asumir las consecuencias jurídicas ni patrimoniales de un acto del que no participó. Agrega que en el cambio de AFP – no de régimen, se cumplieron todos los requisitos señalados en las premisas legales respecto la movilidad horizontal, por lo que esta vinculación observó las exigencias legales, entre ellas periodos de permanencia en la AFP anterior y ausencia de causales de nulidad (absolutas o relativas), sin que se pueda llegar a la conclusión de que Colfondos o sus representantes comerciales hayan omitido información para lograr la afiliación de la actora, pues la señora *ROMAN HERRERA*, ***se vinculó con mi representada con conocimiento previo del Régimen al cual pertenecía de hecho ya había hecho tránsito por la AFP Protección***, Colfondos, *brindó la asesoría e información relativa al acto jurídico que se estaba realizando y conforme a la fecha de celebración del mismo... el asesor de Colfondos, le explicó las condiciones propias del producto, las cuales la*



*actora ya conocía y entendía al suscribir libre, espontanea, informada y voluntariamente el formulario de afiliación, que obra en el expediente, sin que la posibilidad de movilidad de los afiliados pueda ser desconocida o impedida por las administradoras. Adicionalmente y según se desprende de lo expuesto en los hechos de la demanda, la actora, no hizo uso del derecho de retractarse de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Tampoco manifestó su deseo de regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las oportunidades que concedió la ley. ... Entonces el hecho de que la demandante hubiera mantenido vigente su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no obedeció a una conducta arbitraria o caprichosa de las **AFP** del RAIS a las que ha estado afiliada y menos de mi representada que como ya se dijo, no la trasladó de Régimen, sino a la falta de manifestación de voluntad de la misma demandante de regresar al ISS hoy Colpensiones, máxime que los usuarios del Sistema General de Pensiones también tienen una serie de obligaciones que cumplir respecto de su panorama pensional, conforme al Decreto 2241 de 2010, artículo 4, numerales 1 y 8, resultando aplicable a este asunto el principio de realidad sobre las formas como se explica en sentencia SL 413-2018, por lo que pide desestimar la apelación de la parte actora; y en el evento de salir la misma adelante, no será posible ordenar la devolución de los gatos de administración porque frente a estos operó la prescripción por ser un concepto de tracto sucesivo, que se ha causado con la periodicidad que impone la ley, por tanto; estos gastos que no fueron reclamados dentro de los tres años siguientes a su causación, están prescritos, además de tener estos recursos una destinación específica para 11 gastos, entre ellos garantizar la defensa del fondo y la contratación de seguros previsionales con lo que se ha cumplido, sin que tales recursos se encuentren en poder de COLFONDOS, sino de terceros de buena fe que no fueron citados al trámite, violándose su derecho de defensa y contradicción que también se desconocer a la AFP; y de ordenarse la restitución de los gastos de administración no será por todo el tiempo porque la demandante*

estuvo en dos AFP, sin que haya lugar a indexación porque la misma se ve compensada con los rendimientos, y además se transgrediría con tal orden el principio de consonancia. **Tampoco se le puede imponer a Colfondos** condena en costas como parte vencida.

En orden a decidir, basten las siguientes,

### **Consideraciones**

Como hechos debidamente acreditados en los autos se tienen: la fecha de nacimiento de la demandante **25 de marzo de 1962**, registro civil de nacimiento fls. 66; su inscripción al ISS el 15 de diciembre de 1994 fls. 67; **el 30 de junio de 1995** suscribió formulario de vinculación a la AFP Protección S.A. – **traslado de régimen-**, con movilidad a la AFP Colfondos S.A. el 24 de junio de 1997, vinculación aún vigente, habiéndose trasladado los saldos de la cuenta de ahorro individual a esta última administradora, como se detalla por Protección en comunicación del 09 de octubre de 2018, visible a fls. 143. El 04 de abril de 2018 radicó formulario de afiliación a Colpensiones, vinculación negada con comunicación de la misma fecha por encontrarse a menos de 10 años de la edad para pensionarse.

Teniendo en cuenta los argumentos del recurso, lo planteado en el escrito de demanda y lo debatido en el trámite procesal, **el problema jurídico** en esta instancia, se circunscribe a establecer, si en el caso se cumplen los presupuestos de ley y subreglas de la jurisprudencia especializada para la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional efectuado por la demandante a la AFP Protección S.A., con posterior movilidad a Colfondos S.A. y en caso afirmativo, definir lo relativo a las restituciones económicas y condena en costas.

Pues bien, se explica por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia 31989 de 2008 bajo la figura de la nulidad, y a partir del año 2014 sentencia SL12136-2014, que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación o traslado de régimen desinformado es la *ineficacia* o exclusión de todo efecto jurídico a tal acto, lo que encuentra fundamento en los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, en armonía con el Decreto 663 de 1993, artículo 97 numeral 1º, aplicable a las AFP desde su creación, pues solo así es viable la escogencia de las mejores opciones del mercado, deber este que ha tenido una evolución en su regulación, inicialmente como información propiamente **–Decreto 663 de 1993 – Estatuto Financiero–, Decreto 720 de 1994, en la Ley 795 de 2003;** posteriormente agregándose la asesoría ó buen consejo, Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010; y por último, con la doble asesoría desde el año 2014 Ley 1748 de esta anualidad, Decreto 2071 de 2015 y Circular Externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, sin que para su exigencia tenga incidencia el hecho de gozar o no el afiliado de régimen de transición o estar próximo o no a pensionarse o tener o no consolidado su derecho pensional, y sin que de la suscripción del formulario se infiera el cumplimiento de tal deber, invirtiéndose en estos casos la carga de la prueba, quedando en cabeza de las administradoras de pensiones la obligación de acreditar la misma, la que por demás se juzga al momento del acto inicial, sin que se convalide por actuación o reasesoría posterior, por el transcurso del tiempo o por la movilidad entre administradoras, por la relevancia e implicaciones que conlleva para el derecho pensional, de carácter fundamental a voces del artículo 48 Superior y 4º de la Ley 100 de 1993 (ver entre otras sentencias SL19447-2017, SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL1838-2019, SL4343-2019, SL4937-2019, SL5144-2019, SL 5462-2019, SL5533-2019, SL149-

2020, SL373-2020, SL1763-2020), tesis ratificada vía tutela por la misma Corporación entre otras en sentencias (STL3182-2020, STL3187-2020, STL3191-2020, STL3193-2020, STL3196-2020, STL3197-2020, STL3199-2020, STL3200-2020, STL3201-2020, STL3202-2020, STL3226-2020, STL, 18 mar. 2020, rad. 56794, STL, 18 mar. 2020, rad. 57402, STL, 18 mar. 2020, rad. 57902, STL, 18 mar. 2020, rad. 58678, STL, 18 mar. 2020, rad. 58918, STL, 18 mar. 2020, rad. 59124, STL, 15 abr. 2020, rad. 57168, STL, 15 abr. 2020, rad. 59268, STL, 30 abr. 2020, rad. 59302).

Tampoco se puede presumir el debido conocimiento sobre características, condiciones, requisitos para adquirir pensión y dinámicas de funcionamiento de ambos regímenes por la formación profesional de la afiliada, abogada con desempeño profesional en el campo del derecho administrativo – área de contratación, y menos de los actos de relacionamiento, recibo de los extractos, ni de la movilidad entre administradoras, punto este último frente al que expresamente se ha pronunciado la jurisprudencia especializada desde la sentencia 31989 de 2008, precisando:

*Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.*

Brillando por su ausencia prueba de la *asesoría* que se afirma por las AFP se le brindó a la actora al momento de su traslado de régimen – fue esa la casilla marcada por Protección S.A., y movilidad entre administradoras, pues como se explica por la línea mayoritaria de la Sala de Casación

Laboral de la Corte Suprema, la misma está a cargo de las AFP, como entidades que prestan servicios financieros y de seguridad social, relativos al cubrimiento de las contingencias de vejez, invalidez y muerte, y no del afiliado por cuanto: *i) tales servicios están íntimamente ligados con derechos de raigambre constitucional; ii) dicha entidad es profesional y/o experta, en una materia que esta «respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios»; iii) la reglamentación del sistema de seguridad social es compleja y en el caso del RAIS, no solo está integrada por un asunto «hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas»; iv) existen limitaciones de los usuarios relacionadas con sus «condiciones económicas, sociales, educativas y culturales, que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones».* De ahí que, como se dijo, en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, la AFP demandada debía «[...] proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», dando a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», siendo también de la administradora la carga probatoria sobre el particular, en los términos de los artículos 1604 del Código Civil y 167 del C. G. del P., este último en concordancia con la sentencia C – 086 de 2016, que en el acápite 7.4 explica:

*En lo concerniente a la configuración de la carga dinámica de la prueba debe decirse que atiende su inspiración teórica, fundada en los pilares de solidaridad, equidad (igualdad real entre las partes), lealtad y buena fe procesal, todos ellos reconocidos en la Carta Política de 1991, donde el principio "quien alega debe probar" cede su lugar al principio "quien puede debe probar". Su ejercicio por parte del juez es, en consecuencia, manifestación de una competencia plenamente legítima bajo el prisma de un Estado Social de Derecho.*

*En la regulación aprobada por el Legislador este decidió -también de manera deliberada y consciente- no fijar un catálogo cerrado de episodios en las cuales puede tener cabida la carga dinámica de la prueba. Por el contrario, dejó abierta esa posibilidad al juez, "según las particularidades del caso", para lo cual mencionó solo algunas hipótesis: (i) la posesión de la prueba en una de las partes, (ii) la existencia de circunstancias técnicas especiales, (iii) la previa y directa intervención en los hechos, (iv) el estado*

*de indefensión o de incapacidad de una de las partes, "entre otras circunstancias similares".*

*Los eventos mencionados recogen en buena medida las reglas trazadas por la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la propia Corte Constitucional. Sin embargo, el Legislador facultó a los jueces para evaluar las circunstancias de cada caso y definir si se dan o no los supuestos genéricos para recurrir en ciertos casos a la carga dinámica de la prueba. Esta decisión resulta comprensible y completamente válida, no solo ante la dificultad para anticiparse a nuevas situaciones en una sociedad que presenta vertiginosos cambios –algunos tal vez inimaginables–, sino porque son los contornos de cada situación los que permiten evaluar si la igualdad entre las partes se ha visto o no comprometida y se requiere de la "longa manus" del juez para restablecerla.*

Estando definido por la jurisprudencia especializada, que la ineficacia del acto de afiliación o traslado se caracteriza porque desde su nacimiento carece de efectos jurídicos, siendo las consecuencias idénticas a las de la nulidad, sentencia SL1688-2019, esto es, vuelta al estado anterior, agregando que:

*... los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL1689-2019, CSJSL3464-2019, CSJSL4360-2019 entre otras).*

Para el caso particular, debe además tenerse en cuenta que el artículo 230 de la Carta Superior dispone:

*Los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.*

Y el artículo 7º del C.G. del P., aplicable por remisión al procedimiento laboral, indica:

***Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.***

***Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, está obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, de la misma manera procederán cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos.***

Declarándose exequible el inciso segundo de esta disposición en sentencia C – 621 de 2015, en la que se explica sobre la doctrina dictada por las altas Cortes:

*Como bien lo ha sostenido la Corte, la fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura -sala disciplinaria- y a Corte Constitucional, como órganos de cierre de sus jurisdicciones, proviene fundamentalmente: (i) de la obligación de los jueces de aplicar la igualdad frente a la ley y de brindar igualdad de trato en cuanto autoridades que son; (ii) de la potestad otorgada constitucionalmente a las altas corporaciones, como órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones y el cometido de unificación jurisprudencial en el ámbito correspondiente de actuación; (iii) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (iv) de la necesidad de seguridad jurídica del ciudadano respecto de la protección de sus derechos, entendida como la predictibilidad razonable de las decisiones judiciales en la resolución de conflictos, derivada del principio de igualdad ante la ley como de la confianza legítima en la autoridad judicial.*

Providencia en la que además se fijan las condiciones que debe cumplir la carga argumentativa para apartarse del precedente del tribunal de cierre, así:

*Según lo establecido en su larga jurisprudencia por este tribunal, una vez identificada la jurisprudencia aplicable al caso, la autoridad judicial sólo puede apartarse de la misma mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del apartamiento, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto; (ii) desacuerdo con las interpretaciones*

*normativas realizadas en la decisión precedente; (iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial. De este modo, la posibilidad de apartamiento del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente, de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga.*

Aspecto este último también ilustrado por la jurisprudencia especializada en sentencia de tutela en que se analiza el tema de la ineficacia de traslado de régimen, con radicación 59370 del 6 de mayo de 2020, indicando que:

*El respeto al precedente judicial de los máximos tribunales de cierre guarda una estrecha relación con el derecho a la igualdad, en tanto garantía constitucional que le permite a los ciudadanos obtener decisiones judiciales idénticas frente a casos semejantes. Paralelamente, el respeto de los jueces a los precedentes sentados por las Altas Cortes tiene un carácter ordenador y unificador, en tanto asegura una mayor coherencia del sistema jurídico, seguridad, confianza y certeza del derecho.*

Por lo que es posible a los jueces de inferior jerarquía apartarse del mismo con una argumentación que cumpla los requisitos de suficiencia y transparencia, concluyéndose:

*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria deben seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción.*

*Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión*



*social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes.*

Luego, existiendo para el caso a estudio línea reiterada y mayoritaria de la jurisprudencia especializada desde el año 2008, acogida por esta instancia como un argumento de autoridad, guardando los asuntos analizados analogía estrecha con el que es objeto de estudio, lo procedente, es la **declaratoria de ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, AFP Protección S.A., y con ello su traslado de régimen pensional, corriendo igual suerte el tránsito entre administradoras del RAIS efectuado el 24 de junio de 1997**, pues como se indica en el escrito de demanda y en los argumentos del recurso, (sin que las normas citadas sean las que aplican por ser posteriores), las AFP no cumplieron con el deber de información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, lo que incluso fue advertido por la a quo, sin que se hubiere manifestado ninguna oposición frente a tal conclusión, y operando la inversión de la carga de la prueba en los términos de los artículos 1604 del Código Civil y 167 del C. G. del Proceso, afirmándose por las AFP en el escrito de contestación lo contrario, ello se queda en meros dichos carentes de respaldo probatorio, pues ningún documento ni medio de convicción se trajo sobre el particular, y como ya se vio no es posible presumir tal conocimiento en la demandante.

Se impone entonces la sanción de ineficacia al acto de traslado de régimen pensional – frente a la que no opera el fenómeno extintivo de la prescripción, lo que implica que las cosas se retrotraigan al estado en que se encontraban antes de ocurrir el mismo, y por tanto, **Colfondos S.A.**, debe devolver a COLPENSIONES la totalidad de los aportes obligatorios recibidos con motivo de la vinculación de la

demandante al RAIS, con los rendimientos generados en su cuenta de ahorro individual, incluido el porcentaje descontado por gastos de administración, sin descuento alguno (ver entre otras sentencias SL1688, SL1689 de 2019 y SL2877-2020), obligación que debe cumplirse dentro de los **30 días** siguientes a la ejecutoria de esta decisión, conforme al artículo 16 del Decreto 692 de 1994, y **COLPENSIONES, debe aceptar el retorno al RPMPD, recaudar los aportes que se ordena restituir y validar en la historia laboral de la actora** las semanas a las que corresponden, para efectos del reconocimiento de las prestaciones a que haya lugar.

Frente a la **AFP Protección S.A.**, queda acreditado que trasladó los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colfondos S.A., pero no las cuotas de administración descontadas durante el tiempo de vigencia de la vinculación a esa sociedad, razón por la que se le ordena la restitución de tal concepto a Colpensiones, debidamente indexado, ver entre otras sentencias SL 1688, SL1689 ambas de 2019, en las que se explica::

## ***2. Otras consecuencias prácticas de la declaración de ineficacia***

*Está probado que la AFP accionada trasladó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que el demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos (f.º 127), sin embargo, no existe constancia de que hubiese devuelto también los valores correspondientes a gastos de administración, de los cuales, según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos.*

*En tal sentido, se condenará a la AFP accionada a la devolución de estos dineros, debidamente indexados.*

No se está en este caso autorizando un traslado de régimen desatendiendo la restricción temporal del artículo 2º de la Ley 797 de

2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, *después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez*, sino imponiendo la sanción de ineficacia por no haberse dado una libertad informada en la elección de régimen pensional al momento del traslado, en los términos del literal b) de la misma norma en concordancia con el artículo 271 del mismo estatuto, decisión con la que en manera alguna se atenta contra la sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues con el traslado integro de recursos se garantiza la equivalencia de condiciones en aportes en el evento de haberse mantenido la vinculación, máxime cuando si bien es cierto esta es una regla introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005 que modificó el 48 de la Constitución Política, debe tenerse en cuenta el Acto Legislativo 03 de 2011, artículo 1º, que modificó el artículo 334 superior relativo al régimen de Hacienda Pública, que en su **parágrafo** reza: ***al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su efectiva protección.***

Y si bien es cierto la demandante en su interrogatorio afirma que una de las razones para promover esta acción es obtener una mejor mesada pensional, ello se encuentra acorde con el calificativo irrenunciable de la seguridad social, que no procura exclusivamente por el reconocimiento formal de las prestaciones fundamentales que ella comporta, sino que desde un enfoque material, busca la satisfacción en su totalidad a fin de que los derechos e intereses objeto de protección sean reales y efectivos; *en este sentido, el derecho a la pensión se ve sustancialmente afectado cuando la prestación económica no es reconocida en su monto real y con todos los elementos que la integran; si además se tiene en cuenta*

*que una pensión deficitaria no cumple su propósito de garantizar una renta vitalicia digna y proporcional al salario que el trabajador devengó cuando tenía su capacidad laboral inalterada. Ver sentencias SL8544 y SL 13430 de 2016.*

Al imponerse al acto jurídico de traslado de régimen la sanción de ineficacia, no aplica para esta el termino prescriptivo que para la nulidad relativa prevé el artículo 1750 del Código Civil y tampoco la trienal de las normas laborales, pues según la jurisprudencia especializada, entre otras, sentencia CSJ SL1689-2019, dicha figura no opera «*de manera automática, en perjuicio de la posibilidad de acceder a derechos laborales o pensionales que gozan del carácter de imprescriptibles*», razón por la cual «*el análisis de la pretensión relativa a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional*», al ser «*es una cuestión inherente al derecho a la seguridad social*», que redundando en «*un aspecto ínsito a la posibilidad de adquirir una prestación pensional*» no es sujeta a esa figura y, por tanto, puede reclamarse o hacerse exigible judicialmente en cualquier tiempo.

En atención a lo previsto en el artículo 365 – 4 del C. G. del P., las costas en ambas instancias corren a cargo de las AFP Protección S.A. y de Colfondos S.A. y a favor de la demandante. En esta se fijan como agencias en derecho la suma de \$908.526,00 para cada una. Se exonera a Colpensiones de esta condena en ambas instancias.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial Medellín**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **revoca** la sentencia proferida por el Juzgado 06 Laboral del Circuito, dentro del proceso ordinario promovido por **Flor Danery Román Herrera**, contra las **AFPs Protección S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones**, para en su lugar,

**1.- Declarar la ineficacia** de la vinculación de la señora **Román Herrera** al RAIS a través de las **AFP Protección S.A.** y con ello su traslado de régimen pensional, al igual que su posterior movilidad a **Colfondos S.A. – Pensiones y Cesantías**, lo que implica la reactivación automática y sin solución de continuidad de la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

**2.** Se ordena a la **AFP Colfondos S.A.** a restituir a COLPENSIONES la totalidad de aportes obligatorios para pensión efectuados por la demandante, con los rendimientos financieros, sin descuento alguno por gastos de administración, seguros previsionales, porcentaje para garantía de pensión mínima, ni ningún otro concepto, obligación que debe cumplir dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, y a COLPENSIONES a recibir tales valores y validar en la historia laboral de la afiliada las semanas a que corresponden, para los efectos de ley.

**3.-** Se ordena a la **AFP Protección S.A.**, restituir a Colpensiones, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, el valor total de las cuotas de administración descontadas durante la vigencia de la afiliación de la demandante a esa administradora, debidamente indexadas.

**4.** Costas en ambas instancias a cargo de las AFP Protección S.A. y de Colfondos S.A. y a favor de la demandante (art. 365-4 C.G. del P.). En esta se fijan agencias en derecho en la suma de \$ 908.526,00, a cargo de cada una. **Se exonera a Colpensiones** de esta condena **en ambas instancias.**

Lo resuelto se notifica a las partes por **estados virtuales**, artículo 295 C.G. del P. en concordancia con el Decreto 806 de 2020.

**Los magistrados** (firmas escaneadas)

  
**LUZ AMPARO GÓMEZ ABISTIZABAL**  
Magistrada

  
**MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO**  
Magistrada

  
**ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**  
Magistrado

**Certifico:** Que el auto anterior fue notificado por **ESTADOS No. 118** fijados hoy en la secretaría de este Tribunal a las 8:00 a.m. Medellín, **8 de julio de 2021**

---

Secretario