

TEMA: TRASLADO DE REGIMEN PENSIONAL-debe partir de la cabal y completa asesoría que lleve a un asegurado a tomar una decisión responsable e informada, asesoría que ha de entenderse pedagógica, es decir, realmente entendible para cada persona. / **INEFICACIA DEL TRASLADO**-la omisión en la debida asesoría de las AFP al momento del referido traslado lo convierte en ineficaz./

TESIS: (...) Primeramente, es necesario manifestar que el traslado o afiliación a los distintos regímenes pensionales la establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, disponiéndose además en los Arts. 60 y 114 de esta ley, como en los arts. 10, 12 y 15 del Decreto 720 de 1994 vigente para la época del traslado de la demandante, que el traslado de régimen pensional debe partir de la cabal y completa asesoría que lleve a un asegurado a tomar una decisión responsable e informada, asesoría que ha de entenderse pedagógica, es decir, realmente entendible para cada persona conforme a su grado de cultura y su situación particular, pues los casos no presentan las mismas características o condiciones. (...). (...) La jurisprudencia de la SCL de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia SL12136-2014 del 03 de septiembre de 2014, abandonando el concepto de nulidad del traslado, precisó que la omisión en la debida asesoría de las AFP al momento del referido traslado lo convierte en ineficaz, por violentar la exigencia del literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993, sobre la obligatoriedad de que tal manifestación de traslado fuera libre y voluntaria y contempló, que de no ser así, la afiliación respectiva quedaría sin efecto y podría realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador. (...) (...) Respecto de la ineficacia del traslado de régimen pensional la jurisprudencia de la SCL de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que la misma se debe estudiar, con relación al primer traslado del trabajador al RAIS, pues es en este acto en el que se debe realizar la debida asesoría por los fondos de pensiones del RAIS, toda vez que los posteriores traslados entre las AFP del RAIS, no convalidan o tiene incidencia en lo que sucedió en el primer traslado que es el que determina la ineficacia, si hubo omisión en la debida asesoría, sobre las consecuencias del referido traslado. Sobre el anterior tema esto precisó la Sala de Casación Laboral de la CSJ entre muchas otras sentencias, en la SL359-2021, Radicación n.º 86405 del 3 de febrero de 2021 "Igualmente, desde el punto de vista jurídico, la consideración del Tribunal también resulta errónea pues, como se explicó en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, los traslados posteriores de un afiliado no pueden convalidar la actuación viciada en el traslado inicial, y como se ratificó en la sentencia CSJ SL1688-2019, las falencias en el suministro de información completa, veraz y efectiva sobre las consecuencias de un traslado, que pueden ocasionar su ineficacia, se deben examinar en el momento mismo del traslado y no con posterioridad."

MP. FRANCISCO ARANGO TORRES

FECHA: 01/06/2023

PROVIDENCIA: SENTENCIA

SALVAMENTO DE VOTO. JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El primero (01) de junio de dos mil veintitrés (2023), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, procede a proferir sentencia de segunda instancia, en el presente proceso ordinario laboral promovido por el señor **JULIO ALFREDO ARBOLEDA GRANADA**, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), y la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.), tramitado bajo el radicado No. **05001-31-05-012-2019-00537-01**.

Igualmente, el despacho de primera instancia, de oficio integró a la litis a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN** (en adelante PROTECCIÓN S.A.), en calidad de Litisconsorte necesario por pasiva.

AUTO:

De conformidad con el memorial de sustitución de poder, allegado vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por parte de la sociedad **GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S.**, quien representa judicialmente los intereses de PORVENIR S.A. en este proceso, se procede a reconocer personería a la abogada **JULIANA ARAQUE QUIRÓZ**, identificada con C.C. No. 1.035.868.275 y portador (a) de la T.P. No. 293.693 del C.S de la J, para que represente a PORVENIR S.A. en este proceso como apoderada sustituta.

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

1. ANTECEDENTES:

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

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata el actor que nació el 28 de febrero de 1963 y se afilió al Sistema General de Pensiones en noviembre de 1990, y posteriormente el 21 de agosto de 2002 se trasladó al RAIS por medio de la AFP PORVENIR S.A.

Narra que de parte de PORVENIR S.A., ni el 21 de agosto de 2002, ni en otra ocasión posterior le brindó una asesoría en la que se le proporcionara de manera veraz, clara y completa, las consecuencias que acarrearía dejar el anterior régimen pensional y las consecuencias futuras sobre ello; tampoco se le indicó lo relativo a las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales comparativamente; nunca se le realizó de parte de PORVENIR S.A. un paralelo entre las prestaciones reconocidas por uno y otro régimen y nunca se le informó las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales comparativamente; y nunca se le informó qué requisitos debía cumplir para pensionarse en los dos regímenes con el fin de tomar la decisión más acertada frente a un traslado.

Aduce que desde la fecha de traslado, y hasta antes de faltarle 10 años para el cumplimiento de la edad límite para trasladarse, PORVENIR S.A., no brindó a mi representado, asesoría alguna que buscara cumplir con el deber de información suficiente que le competía.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La *a quo* despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia de la afiliación del actor, al régimen de ahorro individual con solidaridad en el marco de la afiliación adelantada por PROTECCIÓN S.A. entendiéndose para todos los efectos afiliado sin solución de continuidad en el RPM dirigida en la actualidad por COLPENSIONES.

Consecuencialmente condenó a PORVENIR S.A., a que, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, traslade a COLPENSIONES, el valor de la cuenta de ahorro individual del demandante con los rendimientos financieros, al igual que lo descontado por concepto de gastos de administración, las primas de seguros

previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado con cargo a sus propios recursos. A la par se dispone que, al momento de cumplir la orden, los conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

De otra parte, condenó a PROTECCIÓN S.A., a trasladar DENTRO DE LOS 30 DÍAS SIGUIENTES A LA EJECUTORIA DE ESTA PROVIDENCIA con destino a COLPENSIONES, los valores que haya descontado al señor JULIO ALFREDO ARBOLEDA GRANDA por concepto de gastos de administración, las primas de seguros previsionales, de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. A la par se dispone que, al momento de cumplir la orden, los conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

Igualmente ordenó a COLPENSIONES, a reactivar la afiliación del señor JULIO ALFREDO ARBOLEDA GRANDA, al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad y recibir los mencionados valores e integrarlos al fondo común que administra, y que, las semanas acreditadas por las AFPs demandadas, se refleje en su historia laboral.

Finalmente declaró infundadas las excepciones de prescripción, y compensación, y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A., absolviendo de imponer costas a COLPENSIONES y a PORVENIR S.A.

Para fulminar condena, la *a quo* argumentó que la Corte Suprema de Justicia tiene fijada una línea jurisprudencial sobre el tema de la afiliación a un régimen pensional y se sintetiza en la obligación de brindar una información completa, suficiente, idónea y comprensible sobre las características de los regímenes pensionales, determinando e informando la conveniencia e inconveniencia de uno y otro régimen, y la inversión de la carga de la prueba de la información brindada en cabeza de la AFP.

Luego, señaló que en el proceso no se probó por parte de las AFP que, al momento de la afiliación del demandante, haya cumplido con el deber legal de otorgar una explicación integral sobre la regulación de los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, resultando insuficiente como prueba de la existencia de un consentimiento suficientemente informado la suscripción del formulario de afiliación

preimpreso, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:

La anterior decisión fue recurrida por la apoderada de PORVENIR S.A. manifestando que interpone recurso de apelación de forma total contra la sentencia preferida en primera instancia, en primera medida en cuanto a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación al RAIS, reitero como se ha venido diciendo tanto en la contestación como en los alegatos, que en el presente proceso no hay razones jurídicas para la declaratoria de ineficacia del actor, pues esta decisión de afiliarse al RAIS se hizo de forma espontánea sin apremios y sin presiones de alguna naturaleza y por parte de PORVENIR al hacer el traslado horizontal del actor. Esta AFP cumplió con el deber de información establecido para la época con el art 97 del Decreto 663 de 1993. En este sentido tal como el mismo demandante afirmó, a este se le entregó una información del RAIS y que en todo caso era la obligatoria para la época de traslado y su voluntad de afiliación quedó plasmado en el formulario de vinculación.

Asimismo, quiero enfatizar que la prueba documental que extraña la juez de primera instancia en su fallo frente al documento que acredita la información, no es obligación vigente para la época del traslado pues este vino a surgir con la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia financiera y teniendo en cuenta lo anterior, no es cierto que mi representada se encuentre en una mejor posición probatoria que acredite lo solicitado. En este sentido quiero resaltar que obligaciones como la del buen consejo, la doble asesoría o incluso la obligación de desincentivar la afiliación surgieron muy posteriormente a partir de 2010 y 2014 y ello también fue recapitulación de pronunciamiento por parte de la Corte Suprema de Justicia en sentencias de 2019 como la SL 1688, SL 1689 y SL 3464 y en tal sentido, no podrían aplicarse las obligaciones de forma retroactiva porque no existía para la época de traslado.

En todo caso, quedó probado en el proceso que la decisión fue muy espontánea, es decir, que el actor de forma libre se trasladó en dos ocasiones dentro del régimen privado, lo cual denota que éste tenía la voluntad digna de pertenecer a este régimen pensional. Teniendo en cuenta lo anterior, y la validez de la afiliación, considera mi representada que por parte del Tribunal se debe revocar la condena que consiste en trasladar a Colpensiones los dineros por motivos de afiliación. No obstante, si los magistrados se deciden dejar en firme tal la declaratoria de ineficacia, se solicita que se revoque la condena consistente en trasladar a Colpensiones los dinero recibidos de cuotas de

administración, las primas de seguros provisionales, invalidez y sobrevivencia y el porcentaje dirigido al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, pues esto son gastos que se hicieron para la generación de frutos y rendimientos y se ven reflejados de forma positiva en la cuenta de ahorro del demandante y en cuanto a las primas de seguros provisionales se utilizaron en el cubrimiento de riesgos de invalidez y muerte de los cuales también ha venido disfrutando el actor, por lo cual, se trata de servicios que ya se prestaron y que no están en el patrimonio de PORVENIR S.A. que en todo caso no fueron invertidos de forma antojadiza por parte de mi representada, sino acorde al mandato legal establecido en el art 20 de Ley 100 de 1993. En este sentido y teniendo en cuenta que toda decisión debe ir acorde con el principio de sostenibilidad financiera del sistema, no es posible retrotraer dichas sumas, ya que el servicio se prestó y ya no están en el patrimonio de mi representada. por lo anterior reitero a los magistrados que se revoque la sentencia de primera instancia por lo ya expuesto.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia los abogados de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. allegaron escritos de alegatos. en el que anotan resumidamente lo siguiente:

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

Dentro del presente proceso, el señor JULIO ALFREDO ARBOLEDA GRANDA se trasladó al RAIS a la AFP PRIVADA, a través de formulario de vinculación de manera, libre, espontánea y sin presiones tal y como lo hace constar al imponer su firma en la casilla correspondiente dentro del formulario de afiliación y como lo expresa dentro del interrogatorio de parte, para la fecha del traslado, el deber de información que tenían las administradoras de pensiones se encontraba en marcado en bajo los parámetros establecidos en el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el cual en el numeral 1° del artículo 97, se estableció la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio, claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado.

Por lo anterior, la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindarse al momento de la afiliación del demandante, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la

materialización del traslado; No es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso, no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Constitución Política, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga.

Por otro lado, el artículo 167 de la ley 1564 de 2012, precisa:

“ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares”.

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

En los eventos de traslado de Régimen, sin atender las situaciones particulares de cada caso, se invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y/ COLPENSIONES y exime al demandante de aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS, obligando a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en una de las partes, sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante.

La carga dinámica e inversión de la prueba al interior de un proceso judicial exige la igualdad entre las partes con parámetros de buena fe y lealtad procesal.

Así la sentencia C 086 de 2016, que analizó la constitucionalidad del art. 167 del Código General del Proceso, dejó sentado varias hipótesis donde puede tener cabida la carga dinámica de la prueba: (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.

No pueden considerarse a todos los afiliados como una parte débil e indefensa, la misma ley previó distintos deberes en cabeza de los mismos con el fin de que por interés propio se asesoren de la mejor manera.

Adicionalmente NO pueden desconocerse las situaciones que rodean cada caso y que de alguna manera le permitían al demandante obtener información mínima durante el paso del tiempo. La Corte Constitucional ha indicado, en este sentido y en diversas providencias que nadie puede alegar su propia culpa a favor.

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

Dentro del proceso la parte demandante no aporta ninguna prueba en la que se demuestre fehacientemente los supuestos de hecho que alega, y pretende que bajo la figura de la carga dinámica de prueba se exima de probar mínimamente lo alegado en el libelo demandatorio.

Además, en estas condiciones, ya no se trata de dar aplicación a la doctrina de la carga dinámica de la prueba, sino de la creación de una presunción de la mala fe de los Fondos. Presunción que éstos deben desvirtuar, en condiciones tan desfavorables como las de los propios afiliados, si se tiene en cuenta que desechada la prueba documental que es el formulario de afiliación debe acudirse a la prueba testimonial y/interrogatorio de parte, y que dado el paso tan considerable del tiempo se hace virtualmente imposible, toda vez que la mayoría de los asesores ya no trabajan los fondos, y la memoria de los involucrados no resulta ya ser tan clara.

Se vulnera así el derecho constitucional de los fondos de tener la oportunidad probatoria para defender sus intereses, por desconocer las reglas clásicas de la carga de la prueba y asignarla a su cargo de manera absoluta; exigiéndole pruebas diferentes a las que reposan naturalmente en sus archivos.

En este punto es importante indicar que, dentro de los fallos relacionados con traslado de Régimen, la interpretación del artículo 1604 del Código Civil que realiza la Corte

Suprema de Justicia sala laboral hace que la responsabilidad en cabeza de los fondos se convierta en objetiva, toda vez que no exige al demandante aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS; pero si obliga a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo, sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante.

Dicha apreciación quiebra la lógica de las cargas probatorias en este tipo de procesos, toda vez, que la responsabilidad objetiva exige que la esfera de control sea exclusiva de quien causa el daño. Este aspecto no aplica en casos de traslado de régimen, dado que los potenciales pensionados, cuentan con el deber de asesorarse, es decir cuentan también con obligaciones legales según el Decreto 2241 de 2010 y en virtud de las obligaciones reciprocas del contrato de afiliación.

En este sentido el Decreto 2241 de 2010 que establece el Régimen de Protección al Consumidor Financiero determina las obligaciones en cabeza de los afiliados que pertenecen al Sistema General de Pensiones, en específico el artículo 4º del decreto en mención.

De conformidad con la anterior normatividad existen unos deberes mínimos en cabeza de los afiliados al sistema general de pensiones, destacándose que el SILENCIO en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente de permanecer en el Régimen seleccionado. La única manera de desvirtuar esta regla legal es demostrando la preexistencia de una fuerza que hubiere viciado el consentimiento.

Dentro del caso de la referencia, no se probó que el traslado al Régimen de Ahorro Individual haya sido por falta de información al demandante, pues como quedo establecido en la declaración rendida por este indico que en el momento en que se trasladó a la AFP PRIVADA, el asesor del fondo privado le suministro la información que le permitió suscribir el formulario de afiliación, además que lo hizo sin ningún tipo de presión, circunstancia que permiten claramente concluir que su traslado fue voluntario, libre y consentido sin ningún tipo de presión tal como lo ratifico la misma accionante en el interrogatorio de parte, indica que le llegan los extractos bancarios, finalmente indico que su única motivación para retornar a COLPENSIONES es la parte económica.

Así mismo es preciso indicar que la afiliación al régimen de ahorro individual, es un negocio jurídico que involucró el asentimiento de dos voluntades, por tanto, no se debe habilitar en este tipo de procesos que el afiliado demandante presente una actitud

100% pasiva, pues no resulta admisible que solo hasta más de 20 años después se interese por su situación pensional, cuando a su alcance contaba con las herramientas suficientes para acceder a la información necesaria para aclarar dudas respecto a los movimientos, rendimientos y utilidades de su cuenta de ahorro individual, herramientas tales como el internet e incluso los distintos puestos de atención con los que cuenta los fondos de pensiones.

Igualmente es importante resaltar que en la actualidad se da una aplicación indebida del artículo 1.604 del Código Civil puesto que no se atiende de forma sistemática otras normas del mismo estatuto que prohíben alegar la ignorancia de la ley en los negocios jurídicos (error de derecho).

De esta manera es necesario demostrar la existencia de un vicio del consentimiento. Es importante precisar que la Corte Suprema, dentro de los fallos relativos a nulidad o inexistencia del traslado de régimen, fundamenta parte de su decisión en el código Civil (artículo 1604) pero desconoce otras normas del mismo estatuto que establecen correlativamente obligaciones en relación con el demandante. Por ejemplo, hacer relación a la presunción legal *juris ignorantia non prodest* consagrada en el artículo 1509 del C.C. y el artículo 9 *ibídem*, relativa a que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, la Corte Constitucional en la sentencia C 993 de 2006, señaló "...que el error de derecho no da lugar a la declaración judicial de nulidad del negocio jurídico y que, por tanto, la parte de éste que lo cometió debe asumir todas las consecuencias de su celebración, precisamente porque el artículo 36 de la ley 100 de 1993, es claro en señalar que el traslado al RPM ocasiona la pérdida del régimen de transición".

Igualmente, la misma Corte Suprema de Justicia en su sala laboral desconoce su propio precedente judicial, pues en varias providencias en tratándose de la aplicación del artículo 1604, ha indicado lo siguientes: La parte demandante tiene la carga de probar la culpa o negligencia del empleador, así lo expreso en sentencia SL2799-2014: «En efecto, en primer lugar, esta Sala de la Corte ha dicho insistentemente que "...la parte demandante tiene la carga de probar la culpa o negligencia del empleador que da origen a la indemnización contemplada en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, además de que el empleador puede desligarse de ella demostrando diligencia y cuidado en realización del trabajo..."

En consecuencia, para beneficiarse el trabajador de los efectos del artículo 1604 del Código Civil, primero debe probarse el incumplimiento. Una vez surtida esta carga, podrá posteriormente, trasladar al empleador la carga de probar que sí actuó con la

diligencia y cuidado para exonerarse de la responsabilidad. Agrega la Corte que en este tipo de «...culpa por abstención...», el trabajador no queda relevado totalmente de sus cargas probatorias. En igual dirección, en la sentencia CSJ SL4350-2015.

La misma corporación en la sentencia CSJ SL, 2005, rad. 23656, señaló: “Lo anterior no implica, no obstante, como lo plantea la censura, que le baste al trabajador plantear el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección, para desligarse de cualquier carga probatoria, porque, como lo dijo el Tribunal y lo ha precisado la Sala, teniendo en cuenta que no se trata de una especie de responsabilidad objetiva como la del sistema de riesgos laborales, para que opere la inversión de la carga de la prueba que se reclama, primero deben estar demostradas las circunstancias concretas en las que ocurrió el accidente y "...que la causa eficiente del infortunio fue la falta de previsión por parte de la persona encargada de prevenir cualquier accidente..." (CSJ SL, 10 mar. 2005, rad. 23656.).

Por consiguiente, la Corte desconoció su propio precedente en el que establece que en materia laboral no basta con que el trabajador plantee el incumplimiento de las obligaciones a cargo del empleador, para que opere la inversión de la prueba, deben estar probadas las circunstancias del hecho.

Respecto del comportamiento del afiliado en el sistema la Corte también ha indicado que existen ciertos comportamientos y actividades que demuestran el compromiso de un afiliado de permanecer en un régimen pensional. Al respecto en la sentencia SL413-2018, expresó:

“Desde luego que, para la tesis que ahora sostiene la Sala, la presencia o no de cotizaciones consistente con el formato de vinculación no es la única expresión de esa voluntad, pueden existir otras, tales como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, por mencionar algunos actos de relacionamiento con la entidad que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer a ella. Lo importante es que exista correspondencia entre voluntad y acción, es decir, que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado, de modo tal que no quede duda del deseo del trabajador de pertenecer a un régimen pensional determinado”.

Este aspecto no fue analizado en la providencia demandada, existiendo elementos notorios que exponían la intención del demandante de trasladarse al RAIS, como fue el hecho de permanecer más de 20 años afiliado al mismo; afiliación tácita.

Por otro lado, en desarrollo de los fines esenciales del Estado Colombiano, las instituciones que lo conforman deben propender hacia la salvaguarda de los principios

y valores constitucionales conforme a lo dispuesto en la Carta Política, la Ley y los Convenios Internacionales suscritos por aquel.

Así mismo, el Artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, estableció dos dimensiones de la seguridad social; por un lado, la concibió como un derecho constitucional fundamental; y, por el otro, como un servicio público de carácter obligatorio el cual se debe prestar bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en aras a la materialización de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, entre otros.

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

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

Así, señores Magistrados el impacto monetario que acarrea el traslado del régimen en la situación pensional del accionante, no debe ser la causa que lleve a declarar la ineficacia del negocio jurídico, esto es, la disparidad en cifras por el aspecto estructural del sistema general de pensiones, no es habilitante para que prospere una demanda de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen.

Ello si se tiene que el objeto perseguido por el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que modifico el literal e del artículo 13 de la ley 100 de 1993, no es otro que evitar la descapitalización del fondo común del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, y simultáneamente defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, pues se aparta del valor material de la igualdad, indicándose que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros, esto conforme fue indicado en la sentencia c-1024 de 2004.

En este punto se debe hacer relación a un sin número de sentencias emitidas por la Corte Constitucional (sentencia T-489 de 2010, sentencias C-1024-04 y C-789-02, Sentencia de unificación SU130 de 13), donde se rescata y apoya las medidas de orden legal avaladas para garantizar la solidez financiera del sistema pensional como son: El cumplimiento en un 75% de las cotizaciones, hasta completar los 15 años. La posibilidad de retornar al régimen de Prima Media con Prestación Definida, pero con la obligación de llevar a él la totalidad del ahorro realizado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), sin que este ahorro sea inferior al que se hubiera alcanzado al permanecer en el de Prima Media con Prestación Definida. La prohibición de cambiarse de régimen para personas a quienes les falten diez (10) años o menos para alcanzar la edad de pensión de vejez. La obligación de permanecer en el régimen que se escoja, durante cinco (5) años y no tres (3), como lo autorizaba el artículo 13 de la Ley 100, antes de cambiarse de régimen, por una sola vez. (Ley 797-03, art. 2º).

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

La estabilidad financiera se garantiza en la medida en que el sistema general de pensiones percibe y mantiene, a través de medios jurídicos y financieros, los fondos económicos adecuados que le permitan pagar mes a mes a una mayor cantidad de pensionados y obtener un ahorro para precaver la satisfacción de las pensiones futuras, bajo la permanente orientación de subsanar con urgencia cualquier desventaja contra el bienestar general. Solicitamos, en la medida que el discurso lo permita, tener en cuenta los anteriores argumentos para fortalecer la defensa jurídica de la Administradora, teniendo en cuenta que como se indicó, no vienen siendo analizados ni reconocidos en las providencias, razón por la cual, son los apoderados judiciales de la entidad quienes, durante las diferentes etapas del proceso, están llamados a solicitar el pronunciamiento de los jueces.

Solicito al Tribunal tener en cuenta que en el caso de autos, no se verifica únicamente la suscripción del formulario de afiliación como prueba del consentimiento informado, lo acreditan igualmente, las confesiones realizadas por la demandante en el interrogatorio de parte, en sentido que, se afilió voluntariamente al RAIS, que era consciente de estar trasladándose de régimen, que le indicaron que tendría una cuenta individual que lo depositado en ella tendría rendimientos, declaraciones que contrastadas con las afirmaciones vertidas en el escrito de demanda, tendientes a indicar que su motivación para trasladarse a COLPENSIONES es encontrar un valor de su mesada pensional superior al estimado en el RAIS, pues debe concluirse, que en el caso de autos, no existe engaño ni falta de información y por ende, no puede dársele aplicación al precedente jurisprudencial consolidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en relación con la ineficacia del traslado.

Además, se tiene que COLPENSIONES en ningún momento realizó ninguna actuación omisiva ni contraria a derecho, por lo tanto, no le compete la realización del solicitado traslado, en tanto que, el traslado se presume se realizó de forma voluntaria y espontánea por parte de la demandante, y COLPENSIONES no intervino ni afectó en forma alguna la decisión; además se precisa que la demandante no aparece en los registros de la entidad, en esa medida nunca estuvo afiliado al RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, por lo que no se encuentra probado que la selección inicial al Régimen de Ahorro Individual haya sido por engaños o falta de información a la demandante, COLPENSIONES no tiene responsabilidad alguna de afiliar y recibir los aportes realizados por la demandante a los fondos privados, ya que para el caso no se trató de un traslado de régimen pues la demandante para la fecha de afiliación al RAIS, no se encontraba afiliada al ISS, por tanto, la declaratoria de ineficacia no produciría los efectos jurídicos pretendidos, pues esta nunca ha pertenecido al régimen de prima media con prestación definida, por tanto, la declaratorio de nulidad y/o ineficacia resulta inoponible a COLPENSIONES.

Si ha de confirmarse la de decisión del a quo, solicito se ORDENE la devolución de la totalidad de las sumas que se encuentre depositados en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos que se hubieren generado, los descuentos efectuados por garantía de pensión mínima, cuotas para el cubrimiento de los seguros previsionales de invalidez y sobreviviente junto con sus cuotas de administración, primas de reaseguros de Fogafín, DE MANERA INDEXADOS, esto en atención a recientes postulado de la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala de Casación laboral SL 3202-2021, SL 2769-2021, SL3708-2021, SL 3710-2021- SL 3706-2021, SL 3571-2021 y SL 3709-2021.

ALEGATOS PORVENIR S.A.

Solicito Respetuosamente al Tribunal, que se revoque la Sentencia proferida por el Juez de primera instancia, con base en lo siguiente:

1.1. Mi representada, al momento de realizar el traslado de la parte accionante al Régimen de Ahorro Individual, cumplió con su deber de información establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues, se le entregó a la parte demandante la información necesaria y obligatoria para entonces dentro del mismo Formulario, el cual se recuerda es revisado y aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, y sus requisitos se regulan en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

1.2. Adicionalmente la parte demandante contó con varias oportunidades para trasladarse nuevamente de régimen y no lo hizo, por el contrario, permaneció en el mismo régimen pensional privado, de lo cual solamente es posible concluir que siempre mantuvo un interés en mantenerse vinculado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

1.3. Por otro lado, a razón de los hechos narrados en la demanda, y de lo sucedido en la audiencia de primera instancia, se logra inferir que la motivación de la parte actora para iniciar este proceso es el carácter económico de la mesada pensional. Por lo tanto, es palmario que lo que motiva a la parte demandante a solicitar la nulidad o ineficacia de su traslado de régimen de pensiones no reposa en la forma en cómo este se produjo, sino en el supuesto hecho de no cumplirse sus expectativas sobre el eventual monto de la pensión que recibiría en este; monto que, como es obvio suponer, no podía ser determinado en el momento en el que se presentó su vinculación, al depender de muchas variables que no eran conocidas en su momento. Esa es la razón por la cual la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que de la sola circunstancia de no cumplirse las expectativas pensionales no puede predicarse un engaño.

1.4. Aunado a lo anterior, Se recuerda que la prueba documental que extraña el juez de primera instancia en su fallo, frente a aquellos documentos que acrediten la entrega de información, no era una obligación vigente para el momento del traslado de la parte actora, pues esta obligación surgió con la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia financiera de Colombia, Sumado a esto, previa suscripción del formulario por la parte actora con mi representada, un asesor comercial de Porvenir S.A. le informo al

demandante sobre las características propias del R.A.I.S., tal y como lo manifestó en el interrogatorio de practicado en la audiencia de primera instancia.

Si lo anterior no fuera suficiente, se recuerda que, mi representada ha hecho campañas masivas para la educación del consumidor financiero y ha realizado diferentes comunicados de prensa informando cambios normativos, como se puede extraer de la documental aportada con la contestación de la demanda.

1.5. Así mismo, se resalta que la obligación del buen consejo, la doble asesoría, e incluso la de desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores, surgidas a partir del año 2010 y 2014, lo anterior fue recapitulado y objeto de pronunciamiento en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL SL1688- 2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464- 2019, en consecuencia, tales obligaciones no existían para la época de la afiliación y mucho menos las mismas se pueden aplicar de manera retroactiva.

1.6. En el presente proceso también se avizora un incumplimiento de la parte accionante del deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios, lo cual conlleva a que la misma no pueda ser beneficiaria de su propia culpa o negligencia en su actuar.

1.7. Por último, se resalta que la totalidad de condiciones del Régimen de Ahorro Individual no son impuestas por las Administradoras de Fondos Pensionales, por el contrario, dichas condiciones para adquirir diferentes prestaciones dentro del régimen se encuentran en la Ley 100 de 1993, en consecuencia, **la ignorancia o desconocimiento de esta no sirven de excusa**, tal y como lo establece el artículo 9 del código Civil Colombiano.

2. Los valores recibidos con motivo de la afiliación, especialmente los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Teniendo en cuenta lo argumentado en el aparte anterior y a la validez de la afiliación, consideramos que, la presente condena de traslado a Colpensiones de los valores recibidos con ocasión a la afiliación de la parte demandante consecuentemente debe ser revocada.

Ahora bien, si se decidiera por parte del Honorable Tribunal dejar en firme la ineficacia de la afiliación, se solicita que no se condene al traslado de los porcentajes

descontados para garantía de pensión mínima, y que se mantenga en firme la decisión de no incluir las cuotas de administración, y seguros previsionales, pues:

Las sumas correspondientes a los gastos de administración tienen por mandato legal una destinación específica que, se encuentra en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, destinando así el 10% del IBC a las cuentas de ahorro individual, el 0,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, y el 3% restante a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

2.2. Atenta contra toda lógica jurídica la declaratoria de un enriquecimiento sin justa causa debido a la inaplicación de las normas legales que regulan las restituciones mutuas derivadas de una nulidad o ineficacia de un acto jurídico ordenando devolver o restituir un bien, en este caso una suma de dinero depositada, sumas que invirtió para el mantenimiento de dicho bien e incrementarlo.

2.3. Toda decisión judicial de traslado de régimen pensional, debe tener como objetivo constitucional, la estabilidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por lo que es imperioso en la actualidad, y de acuerdo a la coyuntura económica, hacer un análisis macro de las consecuencias que se derivan de autorizar solicitudes de traslados que no cuentan con los requisitos para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, tal y como se estudió por parte del Tribunal Superior del Distrito.

En el presente caso, es claro que dichos descuentos, han cumplido plenamente con su cometido y no se encuentran en el patrimonio de la AFP, pues se han destinado a cubrir los gastos en que se incurrió, para la generación de frutos o rendimientos que hoy se ven de manera positiva en la cuenta del afiliado y el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte que se han venido disfrutando hasta la actualidad, y que no pueden retrotraerse pues la cobertura y el servicio ya se ha prestado, y este último no es posible devolverlo o retrotraerlo al afiliado.

Por si lo anterior no fuera poco, se recuerda que la inversión de dichos gastos de administración en seguros previsionales y en la generación de rendimientos, no se dio de manera antojadiza, sino por el contrario se dio de acuerdo con el mandato legal establecido en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 y a la obligatoriedad de la garantía de rentabilidad mínima establecida en el literal e) del artículo 60 de la ley 100 de 1993.

2.4. Las anteriores conclusiones frente a la ineficacia en la afiliación y en la manera en cómo deben operar las restituciones mutuas para hacer compatible el régimen y la

sostenibilidad del sistema se han recogido y enriquecen con el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia del 17 de enero de 2020 Radicación 2019152169-003-000 el cual fue solicitado por ASOFONDOS.

5. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

El problema jurídico a resolver se circunscribe a establecer si la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es ineficaz, y de serlo, en qué términos y condiciones se debe realizar el traslado a COLPENSIONES del importe de las cotizaciones efectuadas en el RAIS por la demandante.

Tramitado el proceso en legal forma y por ser competente esta Corporación Judicial para conocer de la APELACIÓN y de la CONSULTA de la sentencia, conforme a lo dispuesto en los artículos 10 y 14 de la Ley 1149 de 2007, se pasa a resolver, previas las siguientes.

6. CONSIDERACIONES:

De conformidad con lo dispuesto el art. 14 de la Ley 1149 de 2007 además de resolverse la apelación de PORVENIR S. A. se consultará la sentencia en favor de COLPENSIONES por haberle resultado adversa, por lo que, la legalidad del fallo será estudiada en su integridad.

Primeramente, es necesario manifestar que el traslado o afiliación a los distintos regímenes pensionales la establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, disponiéndose además en los Arts. 60 y 114 de esta ley, como en los arts. 10, 12 y 15 del Decreto 720 de 1994 vigente para la época del traslado de la demandante, que el traslado de régimen pensional debe partir de la cabal y completa asesoría que lleve a un asegurado a tomar una decisión responsable e informada, asesoría que ha de entenderse pedagógica, es decir, realmente entendible para cada persona conforme a su grado de cultura y su situación particular, pues los casos no presentan las mismas características o condiciones.

La jurisprudencia de la SCL de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia SL12136-2014 del 03 de septiembre de 2014, abandonando el concepto de **nulidad** del traslado, precisó que la omisión en la debida asesoría de las AFP al momento del referido traslado lo convierte en **ineficaz**, por violentar la exigencia del literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993, sobre la obligatoriedad de que tal manifestación de

traslado fuera libre y voluntaria y contempló, que de no ser así, la afiliación respectiva quedaría sin efecto y podría realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Tal posición, que constituye a la fecha la línea jurisprudencial de la SCL de la Corte Suprema de Justicia sobre dicho tema, ha sido ratificada de manera reiterada en todos los pronunciamientos emanados de dicha corporación, como en las sentencias SL1688-2019 y SL1689-2019, ambas proferidas el 8 de mayo de 2019, en las que, además la Corte fijó unas conclusiones jurisprudenciales en torno al tema de la ineficacia o nulidad de traslado de régimen, las que se resumen de la siguiente manera:

1. Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a las afiliadas o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. primeramente, con un deber de información necesaria (en vigencia del decreto 663 de 1993), luego de asesoría y buen consejo (en vigencia de la Ley 1328 de 2009 y el decreto 2241 de 2010), y finalmente de doble asesoría (en vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015)
2. La simple constancia del consentimiento informado vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acredita un consentimiento, pero no que haya sido informado.
3. La carga de la prueba de demostrar que el afiliado recibió la información debida, veraz y suficiente cuando se afilió, le corresponde a la AFP.
4. El precedente de la CSJ en torno a la ineficacia del traslado no aplica sólo a los casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional, o contar con una expectativa pensional o derecho a la transición del art. 36 de la ley 100 de 1993, sino en todos los casos de incumplimiento del deber de información.

En el presente asunto, está probado, que el accionante, estando afiliado al régimen pensional de prima media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, según historia laboral emitida por COLPENSIONES visible a folios 89 a 95 del documento 03 del expediente digital, se afilió a la administradora del RAIS PROTECCIÓN S.A. el 20 de noviembre del 1995, **con efectividad a partir del 1º de diciembre de 1995**, como se registra en el certificado del SIAFP que milita a folio 02 del expediente (Documento 07 del expediente digital). Posteriormente cambia de AFP y se traslada a PORVENIR

S.A. el 21 de agosto de 2002, como se registra en el certificado del SIAFP que milita a folio 02 del expediente (Documento 07 del expediente digital).

Respecto de la ineficacia del traslado de régimen pensional la jurisprudencia de la SCL de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que la misma se debe estudiar, con relación al primer traslado del trabajador al RAIS, pues es en este acto en el que se debe realizar la debida asesoría por los fondos de pensiones del RAIS, toda vez que los posteriores traslados entre las AFP del RAIS, no convalidan o tiene incidencia en lo que sucedió en el primer traslado que es el que determina la ineficacia, si hubo omisión en la debida asesoría, sobre las consecuencias del referido traslado.

Sobre el anterior tema esto precisó la Sala de Casación Laboral de la CSJ entre muchas otras sentencias, en la SL359-2021, Radicación n.º 86405 del 3 de febrero de 2021

“Igualmente, desde el punto de vista jurídico, la consideración del Tribunal también resulta errónea pues, como se explicó en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, los traslados posteriores de un afiliado no pueden convalidar la actuación viciada en el traslado inicial, y como se ratificó en la sentencia CSJ SL1688-2019, las falencias en el suministro de información completa, veraz y efectiva sobre las consecuencias de un traslado, que pueden ocasionar su ineficacia, se deben examinar en el momento mismo del traslado y no con posterioridad.”

En el presente asunto, está probado, que el accionante, estando afiliado al régimen pensional de prima media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, según historia laboral emitida por COLPENSIONES visible a folios 89 a 95 del documento 03 del expediente digital, se afilió a la administradora del RAIS, PROTECCIÓN S.A. el 20 de noviembre del 1995, **con efectividad a partir del 1º de diciembre de 1995**, como se registra en el certificado del SIAFP que milita a folio 02 del expediente (Documento 07 del expediente digital)., sin embargo, en los hechos de la demanda, nada se dice de que para este traslado no se le haya brindado al actor la asesoría a que conforme la jurisprudencia de la CSJ debe suministrar las AFP para que el traslado sea eficaz, pues en los hechos del libelo, lo que se afirma es que el demandante al iniciar su vida laboral se afilió al Instituto del Seguro Social, hoy Colpensiones, y que posteriormente el 21 de agosto de 2002 se trasladó al RAIS por medio de la AFP PORVENIR S.A. sin que esta AFP le haya brindado la debida asesoría requerida, ni en esta fecha o en otra ocasión posterior.

En el presente asunto, está probado, que el accionante, estando afiliado al régimen pensional de prima media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, según

historia laboral emitida por COLPENSIONES visible a folios 89 a 95 del documento 03 del expediente digital, se afilió a la administradora del RAIS DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. el 20 de noviembre del 1995, **con efectividad a partir del 1º de diciembre de 1995**, como se registra en el certificado del SIAFP que milita a folio 02 del expediente (Documento 07 del expediente digital). Posteriormente cambia de AFP y se traslada a PORVENIR S.A. el 21 de agosto de 2002, **con efectividad a partir del 1º de octubre de 1995**, como se registra en el certificado del SIAFP que milita a folio 02 del expediente (Documento 07 del expediente digital).

De esta manera, al no haber ni siquiera afirmado el actor que cuando se produjo su traslado de régimen pensional del RPM al RAIS, a través de la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. en el año 1995, no recibió la debida asesoría de esta AFP para que su traslado pudiera ser eficaz, no hay lugar a que se pueda estudiar o decidir si el traslado de régimen pensional del actor fue eficaz o no, en consideración a la asesoría que se le haya brindado o no al momento del traslado de régimen pensional.

Es relevante que incluso preguntado el demandante sobre las circunstancias de su afiliación a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. en el año 1995, poniéndole de presente el formulario de afiliación que recoció sus datos y estar firmando por él, manifestó que no recordaba nada al respecto.

Ahora, si bien PORVENIR S.A., no probó que en el 21 de agosto de 2002 que se produjo el traslado del actor a esta AFP al interior del RAIS, lo que se encuentra probado con en el formulario de afiliación que obra en el proceso, haya asesorado sobre las características del RAIS, tal omisión de asesoría no puede determinar la declaratoria de ineficacia del traslado, pues se repite la falta de asesoría que conlleva a la ineficacia del traslado es la primera, que en el caso del demandante se realizó en el año 1995 a través de PROTECCIÓN S.A., de la que nada se dice en la demanda en qué términos y condiciones se efectuó.

Por las razones expuestas en precedencia, el fallo del *a quo* debe ser revocado, en consulta de la sentencia de primera instancia en favor de COLPENSIONES, y por sustracción de materia, se hace incensario resolver la apelación de PORVENIR S.A.

Finalmente se aclara que esta sentencia no hace tránsito a cosa juzgada respecto del derecho que pueda tener el actor a la ineficacia del traslado de régimen pensional, en atención a la asesoría que se le haya brindado o no cuando realizó su traslado al RAIS en el 1995 a través de PROTECCIÓN S.A., pues este asunto no fue objeto de decisión en esta sentencia al no haber sido planteado en la demanda.

Costas en primera instancia a cargo del demandante y a favor de PORVENIR S.A. las que serán fijadas por el *a quo*.

Sin costas en esta instancia, por haberse revocado la sentencia de primera instancia en consulta en favor de COLPENSIONES.

7. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 24 de mayo de 2022 proferida por el JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **JULIO ALFREDO ARBOLEDA GRANADA** contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A.**, para en su lugar ABSOLVER a las demandadas de todas las pretensiones del actor, por las razones expuestas en este proveído.

SEGUNDO: Costas en primera instancia a cargo del demandante y a favor de PORVENIR S.A., las que serán fijadas por el *a quo*.

Sin costas en esta instancia.

La anterior sentencia se notifica a las partes en **EDICTO**.

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

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ

Junio primero (01) de dos mil veintitrés (2023)

Ref: Proceso Ordinario Laboral
Demandante: JULIO ALFREDO ARBOLEDA GRANDA
Demandadas: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.
Radicado: 05001 31 05 012 2019 00537 00

Con el debido respeto, expongo mi desacuerdo con la decisión tomada por mis compañeros de Sala en la sentencia de la referencia. Mis razones son las siguientes:

1.- El punto central en el cual se basa la revocatoria de la sentencia de primer grado para disponer en su lugar la absolución de las demandadas, radica en que el primer traslado de régimen pensional por parte del demandante se produjo el 20 de noviembre de 1995 a través de la AFP DAVIVIR – hoy PROTECCIÓN S.A. – cuando en los hechos de la demanda nada se dijo sobre este traslado. Que, lo que se alega en la demanda, es una inadecuada asesoría, pero con relación a un traslado efectuado el 21 de agosto de 2002 cuando aquel se trasladó a PORVENIR S.A.

2.- Sin desconocer que lo anterior es cierto, pues incluso al absolver interrogatorio de parte el accionante dijo no recordar ese primer traslado, en mi concepto cualquier inquietud al respecto se resuelve con la contestación de la demanda por parte de PROTECCIÓN S.A., cuando en el acápite titulado *Fundamentos de derecho y razones de la defensa*", reconoce que si hubo un traslado a dicho Fondo, y discute expresamente la pretensión de que el acto jurídico de la afiliación a PROTECCIÓN fuere nulo o ineficaz, exponiendo, in extenso, las razones de su oposición. Cabe señalar que dicho Fondo privado fue integrado a la lite por decisión oficiosa del Juez de primera instancia, y en tal virtud pudo ejercer a plenitud el derecho de

defensa, y que incluso, no recurrió la sentencia ni presentó alegatos de conclusión, conducta de la cual puede inferirse su conformidad con el fallo, al menos en lo específico a este proceso.

3.- Así por ejemplo, al sustentar su postura jurídica en la contestación de la demanda se lee:

“Ahora bien, también es importante resaltar que PROTECCIÓN brindó una asesoría completa y comprensible AL DEMANDANTE al momento de realizar su afiliación, asesoría que se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme a las exigencias existentes para ese momento (...)

“Es ilógico que EL DEMANDANTE pretenda una declaratoria de nulidad y/o ineficacia del acto de afiliación derivada de un vicio del consentimiento por error toda vez que como se indicó, el mismo se afilió de forma voluntaria, manifestando su consentimiento con la suscripción del formulario, luego de habersele brindado la asesoría pertinente para la toma de la decisión y en ese sentido dicha decisión de afiliación estuvo claramente exenta de cualquier vicio del consentimiento. (Negrilla en el original)

No puede hablarse de que existió un error de hecho en el consentimiento DEL DEMANDANTE al momento de suscribir la afiliación a la Administradora de Fondos de Pensiones, pues como ha quedado demostrado el afiliado se le brindó la información necesaria para la toma de la decisión, adicionalmente EL DEMANDANTE NO señala sobre qué punto de hecho se dio el error pues es claro (y de conformidad con el Código Civil) que EL DEMANDANTE conocía plenamente la ESPECIE U OBJETO DEL NEGOCIO, esto es, sabía perfectamente que con su voluntad continuaba afiliado al RAIS y cambiaba sus condiciones pensionales, también conocía LA CALIDAD DEL OBJETO pues como ya se dijo fue informada suficientemente sobre las calidades del régimen y las consecuencias del mismo para su futuro pensional explicándole en detalle cada una de sus características, y finalmente tampoco existió error en LA PERSONA ya que eligió y conocía a la AFP Protección y no fue esta la causa determinante de la celebración del contrato. (Negrilla en el original)

*De lo anterior entonces se puede establecer en el caso particular de EL DEMANDANTE que **NO hubo insuficiencia en la información brindada al momento de su vinculación pues como quedó expresado en la contestación a los hechos se le explicó con claridad el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual y sus implicaciones**, tampoco se están causando lesiones injustificadas al derecho pensional del afiliado que impidan su acceso al mismo, ya que podrá acceder a la prestación económica a que tenga derecho según las normas establecidas por el legislador para este régimen. Adicionalmente, fue asesorado en forma adecuada brindándole información clara y correspondiente a la realidad. (Negrilla en el original)*

Queda más que demostrado Señor Juez, que el acto de afiliación DEL DEMANDANTE a la entidad que represento, es totalmente existente, valido, eficaz y libre de cualquier vicio del consentimiento tal como quedó anteriormente expuesto y en ese sentido es propio decir que las pretensiones DEL DEMANDANTE no deben prosperar.

7.- El proceso judicial debe estudiarse como un todo, mirarse en su conjunto, asumirse como la suma de sus partes, y no estas individual o aisladamente consideradas. De acá que con la contestación de la demanda en los apartes señalados y otros más, se debe presuponer, a mi juicio, que está claro en el proceso que hubo un primer traslado de régimen en el año de 1995, con relación al cual la AFP PROTECCIÓN S.A. alegó incluso que prestó una adecuada y completa asesoría, asumiendo, de paso, la carga de probar esta afirmación.

8.- De allí que debió estudiarse el caso bajo la teoría de la ineficacia del traslado tal como quedó planteado en la generalidad del proceso, pues, además, ninguna vulneración al derecho de defensa de las partes se presenta, ni sería para ellas sorpresiva la decisión en tal sentido. De suerte que negar la ineficacia, aún con la acotación de que la sentencia no hace tránsito a cosa juzgada, ya que el demandante pueda acudir de nuevo a la vía judicial para mencionar ahí sí el traslado en el año 1995, atenta contra el principio de la economía procesal. Con esa posición se está, a mi juicio, sometiendo a un desgaste innecesario tanto a las partes, como a la propia administración de justicia.

De esta forma dejo asentado mi disentimiento respetuoso con la decisión mayoritaria en este evento.

Fecha ut supra.

JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ

Magistrado.

Firmado Por:

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

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

John Jairo Acosta Perez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia
Firma Con Salvamento De Voto

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

Código de verificación: **d28d39c98b4808824227c5e56468739a382c74590848c2338ec3fd95cfd6a9c4**

Documento generado en 01/06/2023 02:53:33 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>