

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
SALA LABORAL**



SECRETARÍA

EDICTO

El Secretario de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín:

HACE SABER:

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

Radicación:	05001310500420170106401
Proceso:	Ordinario
Demandante:	OSCAR RAFAEL NORIEGA RADA
Demandado:	COLPENSIONES, PROTECCION S.A.
M. P.	MARIA PATRICIA YEPES GARCIA SL TSM
Fecha de fallo:	17/03/2023
Decisión:	CONFIRMA, MODIFICA Y ADICIONA

El presente edicto se fija por el término de un (01) día hábil, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

Se fija hoy 21/03/2023 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario



REPÚBLICA DE COLOMBIA

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE	OSCAR RAFAEL NORIEGA RADA
DEMANDADAS	PROTECCION S.A., y COLPENSIONES
ORIGEN	Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín
RADICADO	05001-31-05-004-2017-01064-01
TEMAS	Ineficacia de traslado de régimen pensional
CONOCIMIENTO	Apelación y consulta
ASUNTO	Sentencia de segunda instancia

En la fecha señalada, la Sala Sexta de decisión Laboral, integrada por los Magistrados ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ, DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN y la Ponente MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA, al tenor de lo dispuesto en el numeral 1° del art. 13 de la Ley 2213 de 2022 profiere sentencia escrita, dentro del proceso ordinario laboral promovido por OSCAR RAFAEL NORIEGA RADA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y PROTECCION S.A.

I. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones de la demanda¹

Oscar Rafael Noriega Rada formula demanda contra Colpensiones y Protección S.A, pretendiendo se declare: i) la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional que realizó el demandante del Instituto de Seguros Sociales -ISS- a la AFP Protección S.A. el día 02 de noviembre de 1994 y consecuentemente, se ordene lo siguiente ii) el regreso automático del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPM- iii) a la AFP Protección S.A. la devolución inmediata de todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del demandante tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de aseguradoras, comisiones, con sus frutos e intereses y rendimientos iv) a Colpensiones la aceptación del regreso automático del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida v) gastos y costas.

Fundamentó sus pretensiones en que comenzó a laborar el 10 de octubre de 1978, fecha para la cual se afilió al Instituto de Seguros Sociales, donde cotizó, hasta el 01 de junio de 1994, un total de 675.29 semanas. Manifiesta que en el mes de noviembre de 1994, mientras laboraba para Leonisa S.A., solicitó su vinculación a la AFP Protección S.A., producto de engaños y falsas informaciones que entregó dicha AFP y producto de una reunión grupal en las instalaciones de la empresa, donde explicaron los supuestos beneficios que significaba el traslado, el riesgo de permanecer en el ISS ya que dicha entidad entraría en quiebra y que se podría pensionar en cualquier momento. Indica que

¹ 01PrimerInstancia; 01ExpedienteDigitalizado.pdf Pag 1- 17

nunca le explicaron el momento en que su bono pensional iba a alcanzar su mayor valor, ni el valor del mismo en caso de pensionarse anticipadamente. Expresa que Protección le aseguró a los asistentes de la reunión que su mesada pensional iba a ser superior en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS- que en el RPM, ya que los aportes generarían rendimientos. Manifiesta que en el año 2008 Protección S.A. realizó una proyección de su pensión, donde le informaban que la pensión a sus 62 años sería de \$3'751.840.00 y que en el año 2011 recibió reasesoría donde le dijeron que le convenía más trasladarse a Colpensiones, pero que la diferencia de mesadas no era significativa, por lo que no justificaba realizar el traslado. Expresa el demandante en su demanda que la diferencia de la mesada pensional es de \$1'836.006.00, suma que estima considerable. Por otra parte, informa que ha cotizado 1830 semanas en toda su vida laboral, a junio de 2017.

Finalmente, indica que reclamó administrativamente la nulidad o ineficacia del traslado el 05 de octubre de 2017, sin que le dieran respuesta.

Oposición a las pretensiones de la demanda

Quienes conforman la pasiva, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, así:

i) Protección S.A.²

La vinculación del demandante a Protección S.A. es un acto válido, en virtud de que el mismo suscribió la solicitud de vinculación de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido asesoría completa y necesaria por parte de Protección, tal y como se prueba con el formulario de afiliación; los asesores comerciales encargados de promover las afiliaciones reciben constante capacitación con el fin de brindar una adecuada asesoría a los potenciales afiliados. El demandante fue reasesorado cuando aún se encontraba habilitado para trasladarse al RPM y decidió permanecer afiliado al RAIS. Excepcionó: prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, enriquecimiento sin causa, aprovechamiento indebido de recursos públicos y del sistema general de pensiones e innominada o genérica.

ii) Colpensiones³

Manifestó que la afiliación del demandante al RAIS es válida y eficaz ya que no se han probado vicios del consentimiento, además de que el demandante no hizo uso de la facultad de trasladarse antes de que le faltaran 10 años para pensionarse; que la afiliación fue un acto libre y voluntario, lo cual se prueba en el formulario de vinculación, manifestando el demandante la vinculación libre, espontánea y sin presiones. Excepcionó: Validez y eficacia de la afiliación al RAIS, inexistencia de nulidad de traslado de fondo pensional, prescripción, buena fe, improcedencia de la indexación e imposibilidad de condena en costas.

Sentencia de primera instancia⁴

El día 15 de marzo de 2021, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, tras referir el precedente legal y jurisprudencial vigente en la materia, concluyó que la información suministrada por la AFP no fue amplia, oportuna, suficiente y eficaz, máxime cuando el propio texto de afiliación tiene dos reparos con violación a las normas de libertad de escogencia, que son la ausencia del derecho al retracto y la ausencia de los planes de pensiones. Encontró base para declarar la ineficacia del traslado del actor ya que la

² 01PrimeralInstancia; 01ExpedienteDigitalizado.pdf Pag 112-145

³ 01PrimeralInstancia; 01ExpedienteDigitalizado.pdf Pag 75-83

⁴ 01PrimeralInstancia; archivos 05AudienciasArts77-80CPT y 06ContinuacionAudienciaArts80CPT

demandada Protección S.A. no demostró el tipo de información que brindó en el año 1994, sin que el formato de afiliación sirva como prueba de que el traslado se dio en libertad y con una debida conciencia informada sobre las consecuencias del mismo. Declaró la ineficacia del traslado del demandante y declaró el regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Dentro de los 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia, ordenó a Protección S.A. devolver a Colpensiones todos los valores recibidos y que integran la cuenta de ahorro individual del demandante, como aportes, rendimientos, gastos de administración, pagos de seguro y reaseguro y pagos al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados. Ordenó a Colpensiones permitir el traslado del actor al Régimen de Prima Media, conservando todos los beneficios que lo cobijan, brindando todas las garantías de la afiliación y actualizando el histórico laboral de aportes. Además, recibirá a su satisfacción y equivalencia los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante. Declaró la improsperidad de las excepciones. Condenó en costas a Protección S.A. y fijó la suma de \$3'500.00.oo. Exoneró a Colpensiones del pago de costas.

Recurso de apelación

i) Protección S.A.: Inconforme con la sentencia de instancia, presenta recurso de apelación parcial, solicitando se revoque y se absuelva a dicha entidad de devolver las comisiones de administración que comprenden las cuotas de administración, seguros previsionales y fondo de garantía de pensión mínima de manera indexada, ya que hasta el día de la sentencia, la afiliación era válida y eficaz, y porque estos descuentos tienen sustento legal en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y tenían una destinación específica a terceros de buena fe en cuanto a los seguros previsionales, manteniendo la cobertura de los riesgos mientras se mantuvo la afiliación. Pide se tenga en consideración el concepto de la superintendencia con radicación número 2019152169003000 del 17/01/2020 para que se revoque y absuelva a dicha entidad de devolver dichas sumas o conceptos, maxime cuando no puede ser indexadas ya que implicaría un detrimento económico en contra de Protección S.A., sin poder generarsele un daño ya que los recursos administrados fueron producto de un acto válido y eficaz.

Finalmente deprecia se revoque la condena en costas impuestas a la entidad, argumentando que no era competente para decidir sobre la declaratoria de ineficacia, por lo que pide ser absuelta de dicho concepto.

Alegatos de conclusión en segunda instancia

Concedido traslado para alegar de conclusión en esta sede, las demandadas Colpensiones y Protección S.A. lo recorrieron de forma oportuna, la parte demandante se abstuvo de presentar escrito

Protección⁵ reiteró lo manifestado en su recurso de apelación solicitando que, se acojan las consideraciones propuestas en el recurso, se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia para que se absuelva a dicha entidad de trasladar los conceptos de cuotas de administración y seguros previsionales y que se revoque la condena en costas impuesta.

Colpensiones⁶ reitera lo manifestado en la contestación de la demanda y solicita que en caso de confirmarse la decisión, se ordene al fondo privado la devolución de cotizaciones, aportes, sumas adicionales, rendimientos financieros, gastos de administración, pagos de seguros y reaseguros fogafin, fondo de garantía de pensión mínima y eventual bono

⁵ 02SegundaInstancia, archivo 05AlegatosProteccion

⁶ 02SegundaInstancia, archivo 05AlegatosColpensiones

pensional, debidamente indexados. Solicita la revisión íntegra e la sentencia de primera instancia.

II. SON CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La competencia de la Sala está dada por los artículos 66, 66A del CPTSS, respecto de los puntos objeto de apelación. Igualmente se surte el grado jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones conforme al artículo 69 del CPTSS modificado por la Ley 1149 de 2007, y en acatamiento de la decisión de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en sentencia de radicado 7382 de 2015.

Examinados los hechos y pretensiones de la demanda, así como la oposición formulada por las demandadas, y los argumentos de la decisión de primera instancia, interpreta la Sala, que el **problema jurídico** a resolver se circunscribe a determinar: **a)** la viabilidad de declarar o no la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS; de ser afirmativa la respuesta, **b)** las consecuencias de dicha declaración, como el que su afiliación al RPM se considere sin solución de continuidad, así como lo concerniente a los conceptos que deben trasladarse desde la AFP del RAIS hacia Colpensiones.

Lo anterior, dado que el fundamento fáctico de las pretensiones de la demanda es el incumplimiento del deber legal de información por parte de las administradoras, lo que al tenor del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ocasionaría no la nulidad, sino la ineficacia del acto jurídico.

Hechos relevantes probados documentalmente

El señor Oscar Rafael Noriega Rada nació el 21 de abril de 1959⁷ Según reporte de semanas cotizadas, el demandante inició cotizaciones al ISS el 10 de octubre de 1978⁸ El 02 de noviembre de 1994, suscribió formulario de afiliación a Protección S.A.⁹ El día 08 de marzo de 2011, Protección S.A. realizó reasesoría pensional al demandante, en la cual le informaron que no le convenía quedarse en dicha AFP y en la cual el actor decidió continuar en el fondo privado¹⁰ El demandante, al 23 de mayo de 2018, tenía 675.29 semanas válidas para bono pensional, 1204.29 semanas en Protección S.A. para un total de 1879.58 semanas cotizadas en toda la vida laboral¹¹ El día 05 de octubre de 2017, solicitó ante Colpensiones la nulidad o ineficacia del traslado realizado al RAIS¹²

a) Viabilidad de declarar o no la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS.

Con la finalidad de determinar la eficacia o ineficacia de la afiliación al RAIS por parte del demandante, es menester acudir a los siguientes preceptos normativos que regulan la materia:

⁷ 01PrimeraInstancia, archivo 01ExpedienteDigitalizado Pag 18 y 29

⁸ 01PrimeraInstancia, archivo 01ExpedienteDigitalizado Pag 30-32

⁹ 01PrimeraInstancia, archivo 01ExpedienteDigitalizado Pag 49-50 y146

¹⁰ 01PrimeraInstancia, archivo 01ExpedienteDigitalizado Pag 153

¹¹ 01PrimeraInstancia, archivo 01ExpedienteDigitalizado Pag 162-171

¹² 01PrimeraInstancia, archivo 01ExpedienteDigitalizado Pag 26-28

i) Los artículos 48, 53, 335¹³ y demás normas concordantes de la Constitución Política; ii) La Ley 100 de 1993 en sus artículos 1¹⁴, 3, 4, 10, 12, 13 literal b, Inciso 3º del Literal c) del artículo 60, 90, 97, 271; iii) Artículo 4 y demás normas concordantes del Decreto 656 de 1994¹⁵; iv) Decreto 692 de 1994; v) El Decreto 663 de 1993, cuyo artículo 72 en su literal f) adicionado por el art. 12 de la Ley 795 de 2003, contiene prohibiciones expresas¹⁶ para las entidades del sector financiero entre ellas las AFP; y vi) los arts. 4, 10, 12 y demás concordantes del Decreto 720 de 1994¹⁷.

Adicionalmente es pertinente hacer un breve recuento de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, que estructura el tema, y está contenida en las sentencias 31314 y 31989 de 2008; 33083 de 2011; 12136 y 46292 de 2014; SL9519 de 2015; 47125, SL19447 y SL17595 de 2017; SL3496 y SL4989 de 2018; SL1421, SL1452, SL1688, SL4360 y SL4426 de 2019; STL 3716, STL4001, STL4084, SL2877, SL4811 de 2020, y SL1217, SL782 de 2021, basada en la necesidad de determinar si en cada asunto concreto, la AFP receptora de la afiliación satisfizo, tanto para ese momento, como durante la vigencia de la relación con quien demanda la ineficacia, la obligación consagrada en el numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, aplicable a las AFP desde su creación, de “*suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen*”. No pudiéndose predicar, como sostiene la pasiva, ni la Superintendencia Financiera que, la existencia del deber de asesoría, solo se originó desde la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

Advierte esa alta Corporación de Justicia sobre la necesidad de que la decisión del traslado de Régimen esté precedida de toda información relevante que el Fondo de pensiones proporcione a quien pretenda afiliarse, la cual debe ser suficiente, completa y clara sobre las implicaciones que le conllevaría dejar el anterior Régimen y sus posibles consecuencias futuras. Pues, conforme al Estatuto Financiero de la época en los Artículos 97 y siguientes, consagró que las administradas debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en

¹³ Las actividades que desarrollan las AFP al tenor del **artículo 335 de la CN.**, son de interés público y su ejercicio está reglamentado por la ley, en razón de la función que desempeñan.

¹⁴ Consagró el artículo primero de esa ley 100, como objeto del aludido sistema: *garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad “para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan.”*

¹⁵ Conforme al **artículo 4** y demás normas concordantes del **Decreto 656 de 1994**, las administradoras se sitúan en el ámbito de la **responsabilidad profesional**, que **las obliga a prestar de manera eficiente, eficaz y oportuna los servicios** inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, considerados idóneos por sus conocimientos técnicos especializados y experiencia en compleja materia financiera, para garantizar derechos de sus asegurados; tal responsabilidad se mide con mayor rigor que el utilizado frente a las obligaciones entre particulares, en razón a la delegación del servicio público de seguridad social en pensiones que asumen en el RAIS, sostiene la SCL de la H. Corte Suprema

¹⁶ **Se les prohíbe: “No suministrar la información razonable o adecuada que a juicio de la Superintendencia Bancaria deba entregarse al público, a los usuarios o a los clientes de las entidades vigiladas para que éstos puedan tomar decisiones debidamente informadas y puedan conocer cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas”.**

¹⁷ Norma reglamentaria de los arts. 105 y parcialmente del 287 de la ley 100 de 1993 en cuanto al régimen de promoción y de responsabilidad de las sociedades AFP. disponiendo en el inciso final del artículo 4: QUE LAS ACTUACIONES DE LOS VENDEDORES EN EL EJERCICIO DE SU ACTIVIDAD OBLIGAN A LAS AFP, respecto de la cual se hubiere promovido la respectiva vinculación, es decir, comprometen la responsabilidad de éstas como establece su art. 10 y precisa en el art. 12 que tales promotores deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante la vinculación, y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

los principios que orientan la buena fe en las que se sancionaba la falta de información relevante.

Más adelante la Corte Suprema de Justicia precisó que son deberes de las administradoras de pensiones, los siguientes:

- (i) Brindar información en todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
- (ii) La información debe ser completa y comprensible. y,
- (iii) La información debe proporcionarse con prudencia, teniendo obligación de buen consejo, que puede llevar incluso a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Si bien los precedentes judiciales tenidos en cuenta por esta Sala corresponden a afiliados beneficiarios del régimen de transición, las razones que sustentan la ineficacia del traslado no tienen en cuenta esa circunstancia, por ser determinante en ello, la falta de información al afiliado.

Múltiples Salas de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín han considerado que, si bien los casos concretos abordados por la H. Corte Suprema de Justicia, refieren a personas que fueron beneficiarias del régimen de transición pensional consagrado en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, su *ratio decidendi* aplica para quienes se afilian al Sistema Pensional por primera vez o se trasladan entre regímenes en el marco del mismo, enfatizando en la necesidad de demostrar en cada proceso si la AFP suministró, a quien una vez fuera su potencial afiliado, *información clara, completa, suficiente*, en términos de transparencia y eficiencia, a fin de poder concluirse que la decisión adoptada entonces, obedeció a un conocimiento diáfano y preciso, no sólo de lo que se hacía, sino de las consecuencias que se derivarían de la suscripción del formulario de afiliación correspondiente y que por tanto, ese acto jurídico surgió de una real manifestación de voluntad, libre, espontánea y sin presiones.

Lo anterior, tal y como reitera la CSJ en sentencias SL 1688-2019 y 373 de 2020, que radica en la AFP el deber de brindar una información oportuna y adecuada, ello, indiferentemente de si se tiene o no beneficio transicional o si se está próximo a adquirir requisitos para pensionarse, “*dado que la omisión al deber de información se predica frente a la validez o no del acto jurídico de traslado.*”

Por estas razones, lo argumentado por las pasivas en torno a que la suscripción del formulario acredita la libre, voluntaria e informada manifestación de voluntad del afiliado al momento del traslado o que debe desatenderse la línea jurisprudencial en materia de carga probatoria en asuntos como el que nos ocupa, no constituyen razones atendibles para exonerar del cumplimiento de sus obligaciones a las Administradoras, menos aún, por cuanto, en los asuntos como el presente, no se discute la capacidad jurídica de los celebrantes, ni la licitud de los traslados; se atiende es al hecho de haberse dado el traslado de régimen pensional sin que estuviese precedido de la satisfacción o del cumplimiento del deber de información por parte de la administradora que captó al afiliado, quien, según su manifestación al absolver interrogatorio de parte, al momento del traslado la asesoría que recibió fue muy rápida, donde le indicaron que el seguro desaparecería y que le convenía trasladarse a Protección porque le iría mejor, no le indicaron de que dependía su pensión,

no le hablaron del derecho de retracto, solo le dijeron que podría hacer ahorros voluntarios, que se podría jubilar cuando quisiera y que los resultados eran mejores que en el seguro.

Con independencia de que la afiliación se diera con antelación o en momento posterior a la regulación de deberes del consumidor financiero, las AFP deben, en un acto responsable y comprometido con su función social, dar a conocer a los potenciales afiliados, todas las implicaciones del traslado, como sostuvo la referida Corte en **sentencia SL 4360 de 2019** Radicado 68852.

En cuanto al argumento presentado sobre la carga de la prueba, con este precedente, se desvirtúa además la aplicación al actor del principio de auto responsabilidad de los hechos afirmados en la demanda, pues en este caso, en virtud de la carga dinámica de la prueba ésta se radica en cabeza de las AFP que a través de sus agentes propiciaron el traslado de régimen del asegurado, como se aprecia en la sentencia SL4426-2019, donde la Corte expone los motivos por los cuales las administradoras deben demostrar que suministraron una información clara y transparente, lo que se explica desde la premisa que el afiliado presenta una afirmación indeterminada *-la de que no recibió información-* y es la AFP a quien corresponde demostrar que cumplió con sus deberes en esa materia, al hallarse en mejor posición de ilustrar, por cuanto debe conservar en sus archivos la documentación que soporta el traslado, además, de estar facultado el fallador por el **artículo 167 del Código General del Proceso**, para distribuir la carga de la prueba a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar todo los elementos de convicción tendientes a esclarecer el objeto del litigio y en asuntos como el que hoy nos ocupa, sin duda quien debe cumplir dicha carga es la AFP del RAIS, por cuanto: i) Maneja la carpeta con la historia de cada afiliado, así como la información que le fue brindada al momento del trascendental acto del traslado o afiliación, **y la que se le haya entregado a lo largo de su permanencia en el fondo**, dirigida a orientarlo sobre las mejores opciones para que tome las decisiones que más le convengan; ii) Conoce y posee los datos de ubicación y preparación que recibió **el asesor** que tuvo a cargo la asesoría efectuada al afiliado y posibilitó que éste firmara el acto jurídico de vinculación o de traslado al fondo de pensiones.

En el sub-lite, se indica que Oscar Rafael Noriega Rada nació el 21 de abril de 1959¹⁸ por lo que, por lo que, al 1 de abril de 1994, cuando entró en vigencia el SGSSP para el, por ser trabajador dependiente del sector privado, tenía 34 años y no tenía más de 15 años de servicios y/o cotizaciones, por tanto, no fue beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El 02 de noviembre de 1994, suscribió formulario de afiliación a Protección S.A.¹⁹, el cual se acusa de ineficaz, siendo esta la administradora a la cual se encuentra actualmente afiliado. El día 05 de octubre de 2017, solicitó ante Colpensiones la nulidad o ineficacia del traslado realizado al RAIS²⁰ la cual no ha sido resuelta.

Adicionalmente, fue recaudado interrogatorio al demandante, sin que se produjera confesión de su parte, pues en torno a las condiciones presentadas durante su vinculación al RAIS, manifestó que se afilió a Protección S.A. producto de una reunión muy corta en el lugar donde trabajaba, la cual se realizó de manera grupal y donde les indicaron que el ISS desaparecería y con Protección les iría mejor. No recuerda si les hablaron acerca de la Cuenta de Ahorro Individual, pero si les explicaron acerca del bono pensional. No les

¹⁸ 01PrimeraInstancia, archivo 01ExpedienteDigitalizado Pag 18 y 29

¹⁹ 01PrimeraInstancia, archivo 01ExpedienteDigitalizado Pag 49-50 y146

²⁰ 01PrimeraInstancia, archivo 01ExpedienteDigitalizado Pag 26-28

informaron acerca de que su pensión dependía de los ahorros depositados mes a mes, ni sobre el derecho de retracto. Les dijeron que se podrían pensionar cuando quisieran y con mejores resultados que en el ISS. Le realizaron reasesoría en la cual le indicaron que Protección era mejor .

Protección S.A. no demostró la asesoría que dice haber brindado al demandante en momento anterior a la suscripción del formulario de afiliación; siendo ésta AFP quien se encargó de tramitar el traslado de régimen pensional, es la llamada a demostrar que ese traslado de régimen no se vio afectado en su eficacia al suministrar la información suficiente, clara, completa al entonces potencial afiliado.

Ahora, aun cuando se allegó al plenario copia de un documento denominado reasesoría²¹ emanado de Protección S.A. al demandante, se ignora cuáles fueron los argumentos expuestos al actor para influir en su decisión de quedarse en el RAIS., como tampoco aparece explicado el comportamiento la evolución que a futuro tendía su pensión en el RAIS, ni las modalidades de pensión; debiéndose precisar que, la ineficacia derivada de la inexistencia del acto, no puede ser ratificada por actuaciones posteriores al afiliado. Por estas razones, el A Quo no erró en declarar que la afiliación de la demandante al RAIS a través de Protección S.A. fue ineficaz, a pesar de habersele brindado reasesoría pensional, con la que dice se cumplió el deber de información por parte de la AFP, toda vez que en estos procesos se reputa es la ineficacia del primer acto de traslado, el cual no puede ser convalidado por actos posteriores.

En este caso, la pasiva no acreditó la satisfacción de su ineludible deber legal de brindar al hoy demandante información adecuada, oportuna, suficiente, cierta y comprensible, en términos de transparencia y eficiencia respecto de la vinculación en los dos regímenes pensionales; ni sobre los beneficios e inconvenientes que le generaría el suscribirse a un régimen o a otro, y en general, las consecuencias del tal afiliación, entre ellas, las modalidades de la pensión, el capital necesario para acceder a la pensión de vejez de manera ordinaria, o anticipada, los componentes y variables para establecer el monto de la prestación económica en el RAIS y su comparativo en el RPM, los requisitos para heredar el capital de la cuenta de ahorro individual en caso de fallecimiento, el derecho de retracto, las implicaciones de la negociación anticipada del bono pensional, la posibilidad e incluso la necesidad de hacer cotizaciones adicionales para obtener la prestación de vejez en el RAIS, entre otros aspectos relevantes, para generar en el posible afiliado, verdadero consentimiento plenamente informado y por tanto, libre y voluntario en la selección o traslado de régimen de pensiones, y ese deber de información es exigible en cada etapa de la afiliación y ejecución del acto jurídico, como bien ha aclarado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

No hay elementos de convicción en el plenario, distintos al formulario de afiliación, sobre el cual han manifestado Protección S.A. y Colpensiones que, estando suscrito por el demandante, a quien atribuyen que lo hizo de manera libre y voluntaria, no es dable restarle valor y menos desconocer este acto; sin embargo, en este sentido, las sub reglas establecidas por la Alta Corporación definen que al momento de analizar si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación: **a)** no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; **b)** en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones **allegar prueba sobre los datos proporcionados**

²¹ Carpeta 01PrimeraInstancia; 01ExpedienteDigitalizado.pdf, Pág. 153

a los afiliados, en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional. conforme al **artículo 1604 del Código Civil**, la prueba de la diligencia y cuidado recae en quien debió emplearlo y, ello no se satisface solo con allegar documentos previamente elaborados en los que se limita a llenar espacios en blanco que suscriben las partes, sino con la evidencia real de que la información plasmada atienda las pautas para que se adopte una decisión completamente libre, y que la asesoría brindada fue suficiente para la persona. Lo cual, es acorde con lo normado en **los artículos 97 y 98 del Estatuto Financiero vigente en 1994**, referidos a la debida diligencia que debían emplear las AFP, según los cuales, no se trata sólo de completar un formato, ni adherir a una cláusula genérica, sino de haber transmitido elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, sea que estuviere o no la persona en transición.

Los considerandos de esta providencia también sustentan que, esta sala no acoja el supuesto de que los actos del demandante posteriores al traslado, como su prolongado silencio, o el sufragar aportes, o el no ejercer el derecho de retracto, fueren indicadores de su intención de pertenecer al Régimen de Ahorro Individual, debiendo recordarse el reiterado precedente de la Sala de Casación Laboral, según el cual, el debate probatorio en los asuntos de ineficacia de traslado se encamina a establecer si, con anterioridad y al momento del acto de traslado, se cumplió el tantas veces nombrado deber de información, **sin considerar los actos posteriores que el afiliado pudiese realizar**, pues la jurisprudencia del órgano de cierre en materia de seguridad social ha dilucidado de manera uniforme que, si la debida asesoría no se brinda con anterioridad y/o al momento de la materialización del traslado, al no cumplir su propósito de generar consentimiento informado para el acto de traslado, se equipara a la ausencia de información (**SL1688-2019, SL2877-2020, SL2937-2021, SL3349-2021**).

De ahí que, no procede adoptar el criterio aislado contenido en la providencia **SL2440-2021**²², donde una de las Salas de Descongestión de la CSJ., expuso la tesis de los llamados “actos de relacionamiento,” que valga anotar, había formulado la Sala de Casación Laboral permanente en la SL413-2018, en un proceso donde se debatía el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, y fue necesario analizar la voluntad de permanencia del afiliado en un específico régimen pensional, por cuanto no resultaba diáfano a cuál de los regímenes pertenecía, litigio notoriamente ajeno a los asuntos de ineficacia de traslado de régimen pensional.

Conforme al precedente en cita, acogido por esta Sala, el incumplimiento de las mencionadas obligaciones de información por parte de Protección S.A., vulneradora de la libre y voluntaria selección de régimen prevista en el literal b del Artículo 13 de la ley 100 de 1993²³ genera consecuentemente la INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RAIS, como repuesta jurídica a la transgresión de ese deber legal y ello implica que, el acto jurídico declarado ineficaz carezca de vida jurídica, y, por tanto no produzca ningún efecto, lo cual fue precisado en **sentencia SL4360 de 2019**, concluyendo en que: “la sanción impuesta en el artículo 271²⁴ de la Ley 100 de 1993 consagra una ineficacia en sentido estricto, lo que

²² por la Sala de Descongestión No. 4 de la Sala de Casación Laboral

²³ **13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES.** El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.

²⁴ El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor,

conlleve que la consecuencia allí contenida es la exclusión de todo efecto al traslado”, lo cual, da lugar a garantizar al accionante el ejercicio del derecho a la libre selección de régimen pensional, y dado que ha manifestado a lo largo del proceso, desde el escrito de demanda, que su voluntad es pertenecer al Régimen de Prima Media con Prestación Definida hoy administrado por COLPENSIONES, se asumirá que así lo ha estado desde su afiliación inicial al ISS, y a declarar que ha permanecido afiliado, sin solución de continuidad, lo que conlleva a la reactivación de su respectiva afiliación en este último régimen.

Tales motivaciones permiten **confirmar** en ese aspecto la sentencia conocida en apelación y consulta.

b) Consecuencias de la declaratoria de ineficacia

Atendiendo al reclamo sobre el principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005, con el fin de resolver uno de los puntos de apelación, y en busca de que COLPENSIONES cuente con los recursos necesarios, y fundamentalmente se garantice la no afectación financiera del Régimen de Prima Media, y pueda satisfacer las prestaciones que se generen a su cargo, producto de la declaratoria de ineficacia, todos los recursos recibidos por Protección S.A. con motivo de la afiliación al régimen de Ahorro Individual, deben trasladarse a la administradora que tendrá a su cargo el reconocimiento de las eventuales pensiones, por cuanto, tales sumas repercutirán en la conformación del derecho pensional, dado que el RPM es un fondo común al cual ingresan de forma indistinta los recursos de todos los afiliados y que a través del sistema de reparto intergeneracional se cubren las prestaciones causadas. Además de ser menester que, por efecto de la declaratoria de la ineficacia en asuntos como el abordado en este proceso, la parte beneficiada económicamente con el acto ineficaz por omisión del deber de información garantice que el patrimonio de la persona inducida a la afiliación no sufra deterioro, y pueda disfrutar de las prestaciones del RPM, como si hubiera permanecido en él, como ha dilucidado el precedente jurisprudencial de la H CSJ en SCL., que esta Sala acoge.

Bajo las referidas premisas, se **confirmarán, modificarán y adicionarán** las órdenes impartidas a **Protección S.A.** desde la primera instancia, en el sentido que esta AFP del RAIS, dentro de los **30 días siguientes a la ejecutoria** de la presente providencia, no solo debe trasladar a COLPENSIONES **la totalidad** de las sumas que se encuentran depositadas en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros que se han generado durante todo el tiempo en que el hoy demandante figuró como afiliado al RAIS.

Adicionalmente, se precisa que **Protección S.A. también debe trasladar a la referida AFP del RPM, las cuotas de administración, el dinero con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y las sumas adicionales de las aseguradoras**, por ella descontadas durante el periodo de afiliación del hoy demandante, pues no se discute la legalidad de tales descuentos, ni si el dinero del afiliado fue administrado adecuada y eficientemente, sino que, como consecuencia de la ineficacia del traslado inicial al RAIS, y

en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud¹ en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador. El Gobierno Nacional reglamentará los mecanismos para el control del pago de cotizaciones de los trabajadores migrantes o estacionales, con contrato a término fijo o con contrato por prestación de servicios.

por no haberse estudiado previo a la afiliación, la situación particular del demandante, e ignorarse verdaderamente cuáles fueron los argumentos esgrimidos por dicha AFP para aseverar que cumplió con los deberes de información que sostiene haberle dado, no es pertinente exonerarla de la devolución de tales conceptos, independientemente de que Colpensiones no haya administrado el dinero del afiliado, ni asumido los riesgos que esa actividad conlleva, no pudiendo discutir inexistencia de motivos para entregarlos, detrimento patrimonial, ni enriquecimiento sin causa para Colpensiones y el demandante, tampoco transgrede derechos de las demandadas, por evidenciarse la omisión de asesoría completa y previa a la migración de la accionante hacia el RAIS y dentro de ese mismo régimen, pues si bien existió una administración por parte de la AFP del RAIS, además del pago de seguros, consecuentemente a la declaratoria de ineficacia, todos los recursos deben trasladarse a Colpensiones, administradora que tendrá a su cargo el reconocimiento de la pensión que se genere en favor del actor, como anteriormente se explicó.

Se rememora que, para efecto de la devolución de conceptos hacia el RPM, con anterioridad, esta Sala de Decisión disponía que, el monto trasladado no fuese inferior al valor total del aporte legal correspondiente en caso de que el afiliado hubiere permanecido en el régimen de prima media y si así fuere, la AFP asumiera el pago de la diferencia, aplicando el precedente de la Corte Constitucional plasmado en las sentencias **C 1024 de 2004**, y en las **SU 062 de 2010** y **SU 130 de 2013** sobre los casos de las personas que regresan del RAIS al RPM, **y de otro lado**, y se abstenía de ordenar que las AFP del RAIS remitieran con destino a Colpensiones, los valores correspondientes a las sumas adicionales de las aseguradoras, tema que forma parte del recurso de apelación, ante las órdenes impartidas en la primera instancia que aquí se confirma.

Pero, retomando el punto, y por las mismas razones expuestas en este acápite, considerando el precedente de la Sala de Casación Laboral²⁵ contenido en sentencias **SL 3202-2021**, **SL 2769-2021**, **SL3708-2021**, **SL 3710-2021- SL 3706-2021**, **SL 3571-2021** y **SL 3709-2021**, esta Sala ha precisado que, no se debe disponer equivalencias, porque las cuotas de administración y los descuentos del seguro previsional, descontadas por la AFP del RAIS durante el periodo de afiliación de la hoy demandante en ella, **se deben trasladar debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos**, con el fin de que se satisfagan en su valor actualizado, dado que la pérdida de poder adquisitivo de la moneda colombiana constituye un hecho notorio.

Al momento de cumplirse esta sentencia, los conceptos deberán aparecer detallados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

El cumplimiento de tales órdenes será verificado por COLPENSIONES, de manera coordinada con PROTECCION S.A. sin trasladar consecuencias negativas al actor.

²⁵ Esta Sala atiende el precedente judicial original de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a partir la sentencia con radicado 31989 de 2008 y dando aplicación al artículo 1746 del Código Civil²⁵, en los cuales fundamentan la *ratio decidendi* de estos procesos, donde esa Alta Corporación determinó que por efecto de la entonces denominada nulidad, hoy ineficacia, generada con ocasión del actuar negligente de las AFP del RAIS, en materia de información, éstas se encuentran obligadas a remitir a Colpensiones no sólo las cotizaciones, rendimientos, si los hubiere, cuotas o gastos de administración, lo destinado a garantía de pensión mínima sino también las sumas adicionales de la aseguradora, por tanto, se adopta en estricto sentido lo decidido por nuestro órgano de cierre en la materia, ordenando a Colfondos S.A., que traslade a Colpensiones, los valores descontados al demandante durante el tiempo de su afiliación en ella, por concepto de aportes para la Garantía de Pensión Mínima, y con cargo a sus propios recursos, sumas adicionales de las aseguradoras, además de las comisiones de administración.

Se ordenará a COLPENSIONES recibir de PROTECCION S.A. los recursos correspondientes a los conceptos aludidos, y se homologarán en el régimen de prima media las semanas cotizadas por el actor durante su afiliación en el RAIS.

Por lo expuesto, no se acogerá el **Concepto del 17 de enero de 2020 emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia**, a la luz del artículo 28 del CPACA²⁶, ante consulta realizada por la Vicepresidente Jurídica de la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías -ASOFONDOS-, interpretando que para determinar los recursos a trasladar con motivo de la declaratoria judicial de nulidad o ineficacia de traslado de régimen debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008²⁷, toda vez que dicha norma fue expedida para efectos de traslado en asuntos referentes a multifiliación, situación que no corresponde a la aquí ventilada y adicionalmente, tal concepto no obliga, pues se encuentra decantado por el órgano de cierre judicial en materia laboral y de seguridad social que los gastos administración y prima de seguro previsional deben retornar a Colpensiones como consecuencia de la ineficacia declarada.

Al momento de cumplirse esta sentencia, cada uno de los conceptos a devolver deberán aparecer detallados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen o soporten.

En consecuencia, las órdenes impartidas a **Protección S.A.**, desde la primera instancia, se **confirmarán, modificarán y adicionarán** como se dijo, y se reitera, deberán cumplirse dentro de los **30 días siguientes a la ejecutoria** de la presente providencia.

El cumplimiento de tales órdenes será verificado por COLPENSIONES, de manera coordinada con PROTECCION S.A. sin trasladar consecuencias negativas al actor.

Se ordenará a COLPENSIONES recibir de PROTECCION S.A. los recursos correspondientes a los conceptos aludidos, y se homologarán en el régimen de prima media las semanas cotizadas por el actor durante su afiliación en el RAIS.

III. EXCEPCIONES

Se estudian, además, las excepciones formuladas por la pasiva, las cuales quedan implícitamente resueltas, por haberse causado lo pretendido en la demanda.

²⁶ “**ARTÍCULO 28. ALCANCE DE LOS CONCEPTOS.** <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.”

²⁷ **Decreto 3395 de 2008** ARTÍCULO 1o. ÁMBITO DE APLICACIÓN. <Artículo compilado en el artículo 2.2.2.4.1 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1833 de 2016> Las disposiciones contenidas en el presente decreto se aplican a los afiliados al Sistema General de Pensiones que al 31 de diciembre de 2007, se encuentren incursos en situación de múltiple vinculación entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad y señala algunas normas de

traslados de afiliados, recursos e información.

A las personas que, después de un año de entrada en vigencia la Ley 797 de 2003, se trasladaron al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) faltándoles 10 años o menos para tener la edad exigida para tener derecho a la pensión en este régimen, se les aplicará lo que establecen los artículos 7o, 8o y 12 del presente decreto

En especial, no operó la prescripción pues la ineficacia no está sometida a dicha figura, por conllevar la inexistencia del acto jurídico sobre el que recae, además esta Sala, acoge la postura pacífica de la H. Corte Suprema de Justicia, respecto a que las acciones judiciales tendientes a comprobar la forma en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles, como es el caso de la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

IV. COSTAS

Para resolver la alzada de Protección S.A. sobre la inconformidad de condena en costas impuesta, encuentra esta Sala que la condena impartida en dicha sede, deviene fundada en virtud de que en este proceso se analizaron los efectos del traslado realizado por el actor a dicho fondo, al haber sido ocasionado este sin brindarle la asesoría adecuada. Por lo anterior, se **confirmará** la sentencia en este punto.

En esta sede, las costas estarán a cargo de Protección S.A. por haber resultado vencida en su recurso. Se fijan agencias en derecho en el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente para 2023 (1 SMLMV)

V. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR a sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín el 15 de marzo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral de doble instancia promovido por OSCAR RAFAEL NORIEGA RADA contra COLPENSIONES y PROTECCION S.A. **modificándola y adicionándola**, en el sentido en que ésta última AFP:

Trasladará con destino a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, la **totalidad** de las sumas que se encuentran depositadas en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros generados durante todo el tiempo en que el demandante ha figurado como afiliada al RAIS

PROTECCIÓN S.A trasladará a Colpensiones los valores descontados al actor, por concepto de aportes para la garantía de pensión mínima, el valor de primas de seguros, más comisiones de administración de manera **indexadas**, tal como fue ordenado por el A quo, pero con cargo a sus propios recursos, así como lo descontado por dichos conceptos durante todo el tiempo en que dicho demandante figuró como afiliado a COLMENA cesantías y pensiones e ING Santander Pensiones y Cesantías.

El cumplimiento de lo ordenado será verificado por COLPENSIONES, de manera coordinada con PROTECCIÓN S.A.

Se ordena a COLPENSIONES recibir de PROTECCIÓN S.A los valores correspondientes a los conceptos aludidos e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral del demandante.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de PROTECCION S.A.. Agencias en derecho en el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente en 2023 (1 SMLMV) en favor del demandante.

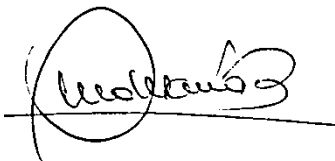
Notifíquese lo decidido por edicto.

Devuélvase el expediente al despacho de origen.

Los Magistrados,



MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ



DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN