

**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:	05001310500420190059501
Proceso:	Ordinario
Demandante:	CARLOS MARIO OSPINA PARRA
Demandado:	PROTECCION S.A., COLPENSIONES, PORVENIR S.A.
M. P.	MARIA PATRICIA YEPES GARCIA SL TSM
Fecha de fallo:	03/03/2023
Decisión:	CONFIRMA, PRECISA 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 06/03/2023 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, tres (03) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE	CARLOS MARIO OSPINA PARRA
DEMANDADAS	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A.
ORIGEN	Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín ¹
RADICADO	05001-31-05-004-2019-00595-01
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 CARLOS MARIO OSPINA PARRA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.

I. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones de la demanda²

El señor Carlos Mario Ospina Parra formula demanda contra Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A, pretendiendo se declare: **i)** la ineficacia o en subsidio la nulidad del traslado del 30 de junio de 1995 ante Protección S.A., y del 22 de febrero del 2000 ante Porvenir S.A. y como consecuencia de ello; **ii)** se entienda sin solución de continuidad su afiliación al Sistema General de Pensiones a través del extinto ISS; y se condene a **iii)** Porvenir S.A. al traslado inmediato a Colpensiones del saldo de la cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos financieros, bonos pensionales y demás conceptos durante el tiempo que duró su afiliación; **iv)** a Colpensiones aceptar de forma inmediata el reingreso y/o traslado y a recibir dichos aportes. **v)** Costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que se afilió al Instituto de Seguros Sociales a partir del mes de diciembre de 1979. El 30 de junio de 1995, suscribió formulario de traslado a Colmena, el cual fue absorbido por ING –Hoy Protección S.A., trasladándose posteriormente hacia Colpatria en la cual se encuentra afiliado actualmente, donde su primera cotización fue en el mes de abril del 2000. Afirma que suscribió tales actos de traslado con la firme convicción en que accedería al derecho pensional en los términos

¹ 01PrimeralInstancia; 13AutoRemiteJuzgado24Laboral.pdf- Fue **remitido por el Juzgado Cuarto Laboral** del Circuito de Medellín, en virtud del Acuerdo N° CSJANTA21-16 del 24 de febrero de 2021 **hacia el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín**, y **conservó el radicado inicial**.
² 01PrimeralInstancia; 03DemandaAnexos.pdf, pág. 1/13

ofrecidos, esto es, de manera anticipada, sin tener que cumplir los requisitos de edad ni semanas, y que allí tendría mejores garantías, pero sin que le fueran informadas las consecuencias que conllevarían los mismos, sin indicar las características de ambos regímenes ni cómo se liquidaría su prestación.

Solicitó ante Colpensiones el traslado a dicho régimen, la cual fue denegada el 2 de septiembre de 2019 quedando así agotada la reclamación administrativa.

Oposición a las pretensiones de la demanda:

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

i) Porvenir S.A.³:

No existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la ineficacia o a la nulidad del acto jurídico de traslado de régimen, pues dicha decisión se tomó de forma consciente y espontánea por el actor, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza, cumpliendo los requisitos exigidos por las normas vigentes para la fecha en que se produjo, recibiendo, previo a adoptar la decisión, información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado y las características generales del RAIS; manifestando expresamente su voluntariedad, la cual no puede ser considerada como un mero requisito formal, en tanto corresponde a una exigencia normativa que no puede ignorarse, ya que corresponde a una expresión inequívoca de la voluntad del demandante. Adicionalmente refiere que el actor contó con varias oportunidades para trasladarse y no hizo uso de tal facultad, quien tenía además a su cargo el deber de informarse sobre los actos que suscribe. Excepcionó: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Protección S.A.⁴:

Señala que todas sus actuaciones están precedidas por la buena fe y la legalidad, y que es por esto que todas las personas afiliadas lo han hecho de forma libre y voluntaria, prueba de ello, es el formulario de afiliación donde el demandante manifestó su voluntad de pertenecer al RAIS, suscribiendo el mismo e indicando que la afiliación se realizó completamente libre de vicios del consentimiento. Resalta que al actor se le brindó una asesoría completa y comprensible, conforme a la normatividad y exigencias existentes de la época, a través de asesores capacitados. El actor contaba con la oportunidad de retornar al RPM y nunca lo hizo, no siendo admisible que el argumento del monto de la pensión no constituye vicio del consentimiento ni casual de ineficacia. Aun así, la acción se encuentra prescrita. Excepcionó: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, traslado de aportes a Colpatria hoy Porvenir, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la que llamó “innominada o genérica”.

³ 01PrimeraInstancia; 07ContestacionDemandaPorvenir.pdf

⁴ 01PrimeraInstancia; 08ContestacionDemandaProteccion.pdf

Colpensiones⁵:

Por carecer de fundamentación fáctica y legal la demanda, y haber obrado bajo preceptos legales, la entidad no acepta el traslado del demandante toda vez que debe presumir legalidad en el contrato celebrado entre las partes al momento de suscribir el formato de afiliación; además no es posible el traslado entre regímenes faltando menos de 10 años para acceder a la pensión de vejez. Excepcionó: inexistencia de la obligación de aceptar el traslado de régimen pensional, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, prescripción, compensación, buena fe en las actuaciones de Colpensiones.

Sentencia de primera instancia⁶

El 18 de octubre de 2022, el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín declaró la ineficacia de la afiliación del demandante del RPM al RAIS. Ordenó a Porvenir S.A., trasladar a Colpensiones, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, los saldos de la cuenta de ahorro individual del actor, con los rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; y a Protección S.A a trasladar el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima descontado durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a Colmena, y que esto ha de ser con cargo a los propios recursos de ambos fondos, debidamente indexados. Consecuentemente, ordenó a Colpensiones reactivar de manera inmediata la afiliación del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y a recibir la devolución de los dineros ordenados. Condenó en costas a Protección S.A. y se fijaron agencias en derecho en favor del demandante en la suma de 2SMLMV.

Para fundamentar lo decidido, la Juez A Quo, una vez expuso el precedente judicial vigente en la materia, concluyó en que las AFPs del RAIS demandadas tenían la carga de demostrar el cumplimiento del deber de información en forma eficiente, eficaz, completa, oportuna y comprensible a la afiliada antes de la suscripción del formulario de afiliación y no con posterioridad; circunstancia que no acreditaron, dando lugar a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante.

Recurso de apelación

Porvenir S.A. inconforme con la decisión, solicita se revoque la orden de trasladar los recursos por conceptos de gastos de administración de seguro provisional, porque ya no se encuentra en su patrimonio habiendo cumplido su fin y propósito para la generación de frutos de rendimientos que hiciese de manera positiva la cuenta del afiliado, y que además, el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte que han sido asegurados durante toda la afiliación hasta la actualidad, no pueden retrotraerse porque la cobertura del servicio ya se ha prestado. Por último, consideró que debe revocarse la orden de la indexación de las sumas a devolver, porque ha actuado de buena fe y en cumplimiento de la normatividad legal vigente. Como fundamento de su recurso, aduce que cumplió con el deber de información pues no realizó una afiliación coaccionada, sino que la hizo libre de nulidades,

⁵ 01PrimeraInstancia; 10ContestacionDemandaColpensiones.pdf

⁶ 01PrimeraInstancia; 24ActaAudienciaConcentrada004-2019-00595.pdf

expresa además que para el momento en que se encontraba vigente la afiliación no se exigía dejar constancia escritural de la información al afiliado e indicó que siempre ha contado con asesores comerciales debidamente capacitados. Teniendo en cuenta lo anterior, manifestó no es cierto que se encuentra en la mejor posición probatoria que acredite lo solicitado. Asimismo, 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 2014. En consecuencia, tales obligaciones no existían para la época de la afiliación y mucho menos las mismas se pueden aplicar de forma retroactiva.

Alegatos de conclusión en esta sede:

Porvenir S.A.⁷ Reitera los argumentos expuestos al contestar la demanda y sustentar el recurso de apelación. Agregando que 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.

ii) Colpensiones.⁸ Solicita en el evento de confirmarse que la ineficacia del traslado fue ocasionada por la conducta indebida de la AFP, esta asuma a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, es decir, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya sea por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, o por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales deben ser asumidos por la administradora a cargo de su propio patrimonio. Es por ello que, indica, de declararse la ineficacia, se debe ordenar a la AFP del RAIS que la devolución de los aportes comprenda la totalidad del aporte realizado en favor de la parte demandante, incluidos los destinados al pago administración de la cuenta, al pago de primas de seguros previsionales para invalidez, muerte y a financiar el fondo de solidaridad pensional, debidamente indexados.

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

⁷ 02SegundaInstancia; 03AlegatosPorvenir0420190595.pdf

⁸ 02SegundaInstancia; 03AlegatosColpensiones0420190595.pdf

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

Carlos Mario Ospina Parra nació el 4 de noviembre de 1959⁹. El 30 de junio de 1995¹⁰ suscribió traslado con destino hacia Colmena¹¹ (hoy Protección S.A.), el cual se hizo efectivo el 1° de julio de 1995¹² donde sufragó 244,29 semanas¹³, posteriormente, suscribió traslado con destino a Colpatria S.A. el 22 de febrero del 2000 (hoy Porvenir S.A.)¹⁴, Para el 24 de julio de 2019¹⁵ contaba con 1.864.28 semanas cotizadas durante toda su vida laboral, de las cuales 668.57 lo fueron ante el ISS. Solicitó traslado de régimen ante Colpensiones, entidad que en respuesta del 27 de noviembre de 2020¹⁶, negó lo pretendido, por cuanto el traslado fue realizado por el actor ejerciendo su derecho a la libre elección.

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:

Los artículos 48, 53, 335¹⁷ y demás normas concordantes de la Constitución Política; ii) La Ley 100 de 1993 en sus artículos 1¹⁸, 3, 4, 10, 12, 13 literal b, Inciso 3° del Literal c) del artículo 60, 90, 97, 271; iii) Artículo 4 y demás normas concordantes del Decreto 656 de 1994¹⁹; 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 expresas²⁰ para las entidades del sector financiero entre ellas las AFP; y vi) los arts. 4, 10, 12 y demás concordantes del Decreto 720 de 1994²¹.

⁹ 01PrimeraInstancia; 03DemandaAnexos.pdf, pág. 58. No se aportó copia del registro civil de nacimiento, pero si copia de la cédula de ciudadanía que indica tal fecha, la cual no fue discutida por la pasiva.

¹⁰ 01PrimeraInstancia; 08ContestacionDemandaProteccion.pdf, pág. 35

¹¹ Colmena fue absorbida por AFP Santander, ésta fue adquirida por ING, la que, a su vez, fue absorbida por Protección S.A.

¹² 01PrimeraInstancia; 08ContestacionDemandaProteccion.pdf, pág. 36

¹³ 01PrimeraInstancia; 08ContestacionDemandaProteccion.pdf, pág. 37

¹⁴ 01PrimeraInstancia; 07ContestacionDemandaPorvenir.pdf, pág. 22,26. La AFP COLPATRIA en septiembre 29 de 2.000 fue fusionada a Horizonte, y ésta a su vez, fue fusionada a Porvenir el 1 de enero de 2014.

¹⁵ 01PrimeraInstancia; 07ContestacionDemandaPorvenir.pdf, pág. 70, 71

¹⁶ 01PrimeraInstancia; 03DemandaAnexos.pdf, pág. 40/42

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.”*

¹⁹ 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

²⁰ **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”.**

²¹ 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.

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 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 la pasiva 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 no recibió ningún tipo de asesoría.

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, mediante la prueba documental se evidencia que Carlos Mario Ospina Parra nació el 4 de noviembre de 1959²², por lo que, al 1 de abril de 1994, cuando entró en vigencia el SGSSP, contaba con 35 años y no tenía 15 o más 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 30 de junio de 1995²³ suscribió traslado con destino a Protección S.A.²⁴ y el 22 de febrero del 2000²⁵ suscribió traslado con destino a Porvenir S.A., los cuales acusa de ineficaz. Solicitó traslado de régimen ante Colpensiones, entidad que en respuesta del 27 de noviembre de 2020²⁶ negó lo pretendido, por cuanto el traslado fue realizado por el actor ejerciendo su derecho a la libre elección.

Adicionalmente, fue recaudado interrogatorio al demandante, sin que se produjera confesión de su parte, pues en torno a las condiciones presentadas durante su traslado hacia el RAIS, manifestó que se afilió a Protección S.A., en virtud a un asesoría recibida en su lugar de trabajo, donde le indicaron que en dicho fondo obtendría mayores beneficios respecto a su pensión de vejez, pues podría pensionarse anticipadamente, con mayores rendimientos de los que tendría en el ISS, además porque éste si iba a acabar, lo cual le generaba miedo de que se fuera a quedar sin seguridad social; sin embargo no le explicaron sobre las ventajas y desventajas que conllevaría su traslado, ni cuales eran la diferencias entre ambos regímenes.

Protección S.A., no aportó elemento de convicción sólido sobre la asesoría que dice haber brindado al señor Ospina Parra, en momento anterior a la suscripción del formulario de afiliación; siendo esta AFP quien se encargó de tramitar el traslado de régimen pensional, estaba 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, pero se abstuvo de presentar acreditarlo.

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

²² 01PrimeraInstancia; 03DemandaAnexos.pdf, pág. 58. No se aportó copia del registro civil de nacimiento, pero si copia de la cédula de ciudadanía que indica tal fecha, la cual no fue discutida por la pasiva.

²³ 01PrimeraInstancia; 08ContestacionDemandaProteccion.pdf, pág. 35

²⁴ 01PrimeraInstancia; 01ContestacionProtección.pdf, pág. 74

²⁵ 01PrimeraInstancia; 07ContestacionDemandaPorvenir.pdf, pág. 22

²⁶ 01PrimeraInstancia; 03DemandaAnexos.pdf, pág. 40/42

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 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**²⁷, 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 1993²⁸ genera consecuentemente la INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL

²⁷ por la Sala de Descongestión No. 4 de la Sala de Casación Laboral

²⁸ **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.

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 271²⁹ de la Ley 100 de 1993 consagra una ineficacia en sentido estricto, lo que conlleva que la consecuencia allí contenida es la exclusión de todo efecto al traslado”, lo cual, da lugar a garantizar el derecho del accionante a retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida hoy administrado por COLPENSIONES 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 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.

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**, se abstenía de ordenar que las AFP del RAIS remitieran con destino a Colpensiones, los valores

²⁹ 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, 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 Salud<1> 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.

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 Laboral³⁰ 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 las cuotas de administración y los descuentos del seguro previsional, descontadas por la AFP del RAIS durante el periodo de afiliación del 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.

Bajo las referidas premisas, se **confirmarán** las órdenes impartidas desde la primera instancia **precisándola** en el sentido que **Porvenir S.A.**, 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 la hoy demandante figuró como afiliada al RAIS., **sino**, que **Porvenir S.A y Protección S.A., también deben 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 ellas descontadas durante el periodo de la afiliación del hoy demandante en el RAIS, partiendo de que PROTECCIÓN debe devolver lo descontado por los referidos conceptos durante por el tiempo de afiliación de la demandante ante Colmena Fondo de Pensiones y Cesantías. Y Porvenir devolverá los aludidos conceptos a partir del momento en que el actor se afilió a Colpatria.

Lo anterior, no porque se discuta 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 por no haberse estudiado previamente a la afiliación la situación particular del demandante, y no estando demostrados los argumentos esgrimidos por dicha AFP para aseverar que cumplió con los deberes de información que sostiene haberle dado, no es pertinente exonerarlas 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, por evidenciarse la omisión de asesoría completa previa a la migración del 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, consecuencialmente 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.

³⁰ 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 Civil³⁰, 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.

De otra parte, como la fecha de redención del bono pensional del aquí demandante estaba prevista para el 4 de noviembre de 2021³¹ en que cumplió los 62 años, se ORDENARA a PORVENIR S.A. adelantar los trámites para la correspondiente anulación del bono y devolver al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO debidamente indexadas, las sumas que por este concepto hubiere recibido.

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 PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A sin trasladar consecuencias negativas al actor.

Se ordena a COLPENSIONES recibir de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A los recursos correspondientes a los conceptos aludidos, y homologar en el régimen de prima media las semanas cotizadas por el actor durante su afiliación en el RAIS.

Así las cosas, se **confirmará** la sentencia conocida en apelación y consulta.

III. EXCEPCIONES

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

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

Finalmente, costas en esta instancia a cargo de Porvenir 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 la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín el 18 de octubre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral de

³¹ 07contestaciónDemandaPorvenir.pdf pág. 27

doble instancia promovido por CARLOS MARIO OSPINA PARRA contra COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A Y PORVENIR S.A., **precisando** que esta última AFP:

Debe trasladar a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, con destino a dicho fondo del RPM 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 referido demandante ha figurado como afiliado en el RAIS.

Además, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. trasladarán a Colpensiones los valores descontados al actor por concepto de aportes para la garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, trasladarán debidamente indexados el valor de comisiones de administración y primas de seguros descontados en todo el tiempo en que dicho demandante figuró como afiliado en cada una de ellas; **adicionalmente** PROTECCIÓN S.A. devolverá por los referidos conceptos por el tiempo de afiliación de la demandante ante Colmena Fondo de Pensiones y Cesantías. Y PORVENIR devolverá los aludidos conceptos a partir del momento en que el actor se afilió a Colpatria.

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

Se ordena a COLPENSIONES recibir de las demandadas del RAIS los recursos correspondientes a los conceptos aludidos, e incorporar los respectivos aportes pensionales completos en la historia laboral de la demandante como si hubiera permanecido en el RPM.

Se ORDENA a PORVENIR S.A. adelantar los trámites para la correspondiente anulación del bono pensional y devolver al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, debidamente indexadas, las sumas que por este concepto hubiere recibido.

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

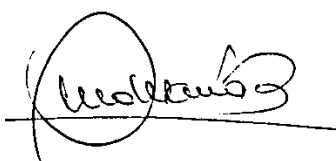
Notifíquese lo decidido por edicto.

Devuélvase el expediente al despacho de origen.

Los Magistrados,



MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ



DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN