

**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: | 05001310502020190072501 |
| Proceso: | Ordinario |
| Demandante: | ZULMA LUNEY GONZÁLEZ RAMÍREZ |
| Demandado: | COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A |
| M. P. | MARIA PATRICIA YEPES GARCIA SL TSM |
| Fecha de fallo: | 28/03/2023 |
| 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 29/03/2023 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, veintiocho (28) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

| | |
|--------------|---|
| DEMANDANTE | ZULMA LUNEY GONZÁLEZ RAMÍREZ |
| DEMANDADAS | COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A |
| ORIGEN | Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín |
| RADICADO | 05001-31-05-019-2021-00180-01 |
| TEMAS | Ineficacia de traslado de régimen pensional |
| CONOCIMIENTO | Consulta y apelación |
| 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 ZULMA LUNEY GONZÁLEZ RAMÍREZ contra COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.

I. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones de la demanda¹

La señora Zulma Luney González Ramírez, formula demanda contra Colpensiones y Protección S.A, pretendiendo se declare: **i)** la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado al RAIS en cabeza de Protección S.A y por tanto ha permanecido afiliada al RPM sin solución de continuidad. En virtud de lo anterior, se condene a **ii)** Protección S.A a trasladar a Colpensiones todos y cada uno de los aportes realizados al RAIS, incluyendo los rendimientos financieros y sin lugar a descontar las cuotas de administración, **iii)** y a Colpensiones a tener como válida, vigente y sin solución de continuidad su afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. **iv)** Lo ultra y extra petita que resultare probado al interior del proceso, y **v)** costas procesales a cargo de las demandadas.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 1 de abril de 1969 e inició cotizaciones al extinto Instituto de los Seguros Sociales -ISS- en el mes de febrero de 1988. Posteriormente, se trasladó a Protección S.A en el mes de junio de 2007, sin recibir información suficiente acerca la decisión que estaba tomando, toda vez que el funcionario de ésta AFP se limitó a explicarle que en Protección S.A sus aportes

¹ PrimeralInstancia; 02DemandaAnexos.pdf. Págs 3/7.

generarían rendimientos financieros y que ello se vería reflejado en su mesada pensional, con lo cual omitió explicarle los potenciales riesgos de afiliarse al RAIS, en contraste con el RPM.

El 9 de marzo de 2021 solicitó a Protección S.A y a Colpensiones autorizar su traslado al Régimen de Prima Media, no obstante lo anterior, en la misma fecha la administradora del RPM negó su solicitud argumentando que su traslado de régimen había sido efectuado de conformidad con lo establecido en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993. En otro orden de ideas, no precisó en su escrito de demanda si recibió una respuesta por parte de la AFP del RAIS accionada.

Oposición a las pretensiones de la demanda

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

i) Colpensiones²

Argumenta que el acto de traslado de régimen pensional de la demandante obedeció a una decisión libre y voluntaria, por lo que no resulta procedente que, luego de haber transcurrido una cantidad considerable de tiempo, manifieste que existió falta al deber de información por parte de la AFP del RAIS, en especial cuando hoy no es posible constatar las intenciones que abocaron dicho acto jurídico y teniendo de presente que la demandante tenía la capacidad de discernir cuál de los dos regímenes le era más favorable, sin olvidar que tenía el deber de informarse acerca del traslado que estaba suscribiendo, puesto que éste comprometía su derecho pensional.

Excepcionó: inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en caso de ineficacia de traslado de régimen, imposibilidad de declarar la ineficacia o nulidad de traslado cuando el demandante adquirió el estatus de pensionado o tiene una situación jurídica consolidada, inexistencia de la ineficacia en el traslado de régimen, devolución de aportes debidamente indexados, buena fe de Colpensiones, prescripción, excepción innominada, compensación, imposibilidad de condena en costas.

ii) Protección S.A³

Sostiene que el acto de afiliación cumplió con los requisitos legales y por tanto es existente, válido, está exento de vicios y se realizó atendiendo los lineamientos vigentes para la época del traslado, de modo que la afiliada manifestó su voluntad de pertenecer al RAIS al plasmar su firma en el formulario de afiliación, el cual fue suscrito dentro de un actuar de buena fe y legalidad por parte del fondo privado, y previa asesoría brindada de manera completa, clara y comprensible acerca de las características de cada régimen, con lo cual se generaron derechos y obligaciones para ambas partes; siendo ilógico que la demandante manifieste que fue inducido a error al realizar su vinculación a Protección S.A, pues ésta conocía plenamente el objeto del negocio jurídico que estaba celebrando, era consciente de la calidad del objeto del contrato, es decir, de las

² PrimeralInstancia; 09ContestaciónColpensiones.pdf. Págs 2/19.

³ PrimeralInstancia; 10ContestaciónColpensiones.pdf. Págs 3/27.

consecuencias de su decisión, y tenía conocimiento de la persona con la que celebraba el contrato, no existiendo por tanto el error del que trata el artículo 1509 del Código Civil.

Sosteniendo que la variación del monto de la pensión no constituye vicio del consentimiento ni causal de ineficacia, pues se le informó que el monto de la pensión era variable y que dependía de diversas circunstancias, las cuales no era posible prever para ese momento del traslado. Igualmente, debe recordarse que sobre el afiliado también recaen obligaciones como consumidora financiera, en los términos de la Ley 1328 de 2009, debiendo responsabilizarse de consultar y verificar los productos que contrata. Además de lo manifestado, también debe señalarse que la afiliada se encuentra inmersa en la prohibición legal que consagra la Ley 797 de 2009 por estar a menos de 10 años de cumplir la edad de pensión.

Excepcionó: Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración 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 denominó innominada o Genérica.

Sentencia de primera instancia⁴

El 20 de septiembre de 2022, el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS en cabeza de Protección S.A y que consecuentemente se encuentra afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin solución de continuidad. Ordenó a Protección S.A a trasladar a Colpensiones los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como lo son cotizaciones obligatorias, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, excluyendo los valores destinados al pago de seguros previsionales, y ordenó a Colpensiones a aceptar el retorno de la demandante a esa entidad, a recibir los referidos dineros y a reflejarlos en su historia laboral. Por último, condenó en costas a Protección S.A, fijando como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 de pesos en favor de la demandante.

Para fundamentar lo decidido, el juez de primera instancia acudió al precedente judicial vigente en la materia y señaló que a Protección S.A. le correspondía demostrar el cumplimiento de su deber de información en forma eficiente, eficaz, completa, oportuna y comprensible antes de la suscripción del formulario de afiliación, carga probatoria que no satisfizo con el interrogatorio de parte, ni con los documentos aportados al proceso, declarando en consecuencia la ineficacia de traslado de régimen pensional.

Se abstuvo de ordenar a Protección S.A devolver a Colpensiones los conceptos destinados al pago de seguros previsionales, por haberse entregado a un tercero de buena fe y no estar en poder de la AFP del RAIS. Sobre este punto remitió a la sentencia SL-4360 de 2019, en donde la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral establece

⁴01PrimeraInstancia;20ActaAudienciaArts.77y80CPTSS.Rad.2020-00397,2020-00411,2021-00180y2021-00257.pdf.

expresamente las consecuencias que se aplican cuando se declara la ineficacia de la afiliación. Por otra parte, omitió pronunciarse sobre la indexación de las comisiones de administración y las primas de seguros previsionales.

Recursos de apelación

Apoderado de Colpensiones: Inconforme con la decisión de instancia, solicitó revocarla parcialmente en cuanto a la exoneración a Protección S.A de retornar el dinero de los seguros previsionales, así como la exclusión de ordenar la indexación sobre las cuotas de administración, las primas de seguros previsionales y el dinero destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Para fundamentar su recurso argumentó que con la exoneración de los anteriores conceptos se está transgrediendo el principio de sostenibilidad financiera del sistema, dada la inequivalencia entre los valores recibidos y los valores requeridos para sufragar el pago de la eventual pensión por vejez de la hoy demandante, además de que la exoneración del retorno de dichos conceptos resulta contraria al precedente jurisprudencial fijado por el órgano de cierre.

Alegatos de conclusión en segunda instancia

Una vez concedido el traslado para alegar de conclusión en esta sede, Sólo Colpensiones lo recorrió oportunamente, mientras que la parte demandante y Protección S.A abstuvieron de pronunciarse.

Colpensiones⁵

A través de los alegatos de conclusión pretende modificar su recurso de apelación de la sentencia solicitando revocarla, por estar en desacuerdo con los argumentos jurisprudenciales que en su criterio ha creado una situación ventajosa en favor de los afiliados para la declaratoria de ineficacia de traslado al RAIS a los afiliados, basada en la afirmación realizada por los afiliados de que la AFP no les brindó información precisa, clara y completa sobre el traslado de régimen pensional, que trae como consecuencia el retorno inmediato al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, aún sin aportar elementos probatorios que respalden su afirmación, y estima que el juzgador de instancia no tuvo en cuenta que el deber de información ha tenido varias etapas, lo que a juicio de esa demandada altera la lógica probatoria prevista en el estatuto procesal proferido por el legislador, y considera que genera impacto fiscal negativo para Colpensiones, que contribuye a desfinanciar el régimen público y en su sentir pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes. Bajo esta perspectiva, solicita denegar las pretensiones de la parte demandante y absolver a Colpensiones de las órdenes proferidas en su contra, y de manera subsidiaria, en caso de salir avantes las pretensiones de la actora, se ordene la devolución indexada de todos los dineros depositados en su cuenta de ahorro individuales, tales como cuotas de administración, primas de seguros previsionales, porcentaje del Fondo de Garantía de Pensión Mínima, rendimientos financieros, utilidades.

II. SON CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

⁵ SegundaInstancia; 04AlegatosColpensiones1920210180.pdf.

La competencia de la Sala está dada por 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 de la demandante al RAIS, de ser procedente dicha declaratoria, se precisarán, **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.

Hechos relevantes probados documentalmente

Zulma Luney González Ramírez nació el 1 de abril de 1969⁶. Inició cotizaciones al extinto Instituto de Seguros Sociales -ISS- el día 16 de febrero de 1988⁷. Posteriormente, suscribió formulario de afiliación a Protección S.A el día 18 de abril de 2007⁸. Para el 31 de mayo de 2021 contaba con 1.089 semanas cotizadas en toda su vida laboral⁹. Recibió lo que Protección denominó reasesoría pensional de parte de Protección S.A el día 29 de diciembre del 2015, en la cual dejó consignado en el respectivo documento que aplazaba su decisión de trasladarse a Colpensiones, sin embargo, se desconoce cuál fue específicamente la información o argumentos que la AFP del RAI dio a la afiliada, para que ésta se abstuviera de retornar al RPM en ese momento¹⁰. El 9 de marzo de 2021 solicitó a Protección S.A autorizar su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida¹¹, sin que obre dentro del expediente respuesta de la AFP del RAIS. El 3 de marzo de 2021 solicitó a Colpensiones aceptar su regreso a esta entidad, argumentando que su traslado al RAIS no había sido fruto de una decisión informada¹², pero el 9 de marzo de 2021 la administradora del RPM negó su petición aduciendo que su traslado de régimen había sido libre y voluntario¹³.

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

⁶ 01PrimerInstancia; 02DemandaAnexos.pdf. Pág 87, 10ContestaciónProtecciónS.A.pdf. Pág 37. No se aportó registro civil de nacimiento de la demandante, pero sí copia de su cédula de ciudadanía, la cual da cuenta de esta fecha, la cual no fue discutida por la pasiva dentro del proceso.

⁷ 01PrimerInstancia; 09ContestaciónColpensiones.pdf. Págs 48 y 49, 10ContestaciónProtecciónS.A.pdf. Pág 40

⁸ 01PrimerInstancia; 10ContestaciónProtecciónS.A.pdf. Pág 36 y 38.

⁹ 01PrimerInstancia; 10ContestaciónProtecciónS.A.pdf. Pág 42.

¹⁰ 01PrimerInstancia; 10ContestaciónProtecciónS.A.pdf. Pág 54.

¹¹ 01PrimerInstancia; 02DemandaAnexos.pdf. Págs 88/91

¹² 01PrimerInstancia; 02DemandaAnexos.pdf. Págs 104/10

¹³ 01PrimerInstancia; 02DemandaAnexos.pdf. Págs 108/109, 09ContestaciónColpensiones.pdf. Págs 54/56

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

i) Los artículos 48, 53, 335¹⁴ y demás normas concordantes de la Constitución Política; ii) La Ley 100 de 1993 en sus artículos 1¹⁵, 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 1994¹⁶; 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 expresas¹⁷ para las entidades del sector financiero entre ellas las AFP; y vi) los arts. 4, 10, 12 y demás concordantes del Decreto 720 de 1994¹⁸.

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.

¹⁴ 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.

¹⁵ 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.”*

¹⁶ 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

¹⁷ **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”.**

¹⁸ 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.

Advierte esa Alta Corporación 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 100/93, 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 es beneficiario o no de la transición pensional 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 la capacidad de la demandante al suscribir el formulario, o su obligatoriedad de informarse en relación con las consecuencias de la celebración del acto jurídico, o sus actos de relacionamiento al efectuar cotizaciones, conocer extractos y no efectuar el traslado de régimen cuando legalmente estuvo habilitado para hacerlo, el no efectuar comparaciones entre fondos,

o que las condiciones de funcionamiento de estos no son imposición de los mismos, si no de la normatividad que los rige, no constituyen razones atendibles para exonerar del cumplimiento de sus obligaciones a la Administradora, 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 el mismo estuviese precedido de la satisfacción del cumplimiento del deber de información por parte de la administradora que captó al afiliado, quien, según sus dichos al absolver el interrogatorio de parte, escuchó que el ISS desaparecería siendo su mejor opción pensional suscribir traslado al régimen privado.

Tampoco son admisibles los argumentos expresados por la pasiva, en cuanto a que éste obedeció a una decisión espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley, y se satisfizo el deber de información en los términos exigidos para entonces; situación que tampoco acreditó Protección S.A, limitándose a afirmar que así había ocurrido. El que asevere que la prueba documental que echó de menos la juez para que se diera cuenta de la información, no fue obligatoria si no desde la expedición de la Circular 016 de 2016 o que la obligación del buen consejo, la doble asesoría, e incluso la de desincentivar la afiliación son obligaciones que surgieron en 2010 y 2014, puesto que a la actividad misma de la administradora demandada subyace la obligación desde la creación misma del régimen pensional, de ilustrar suficientemente al potencial afiliado sobre las condiciones de ambos regímenes, su funcionamiento y expectativas, de manera que cada persona adopte una decisión informada y consciente sobre su futuro pensional.

No pudiéndose aplicar tampoco, al aquí demandante la regulación de 2010 sobre deber del consumidor financiero, por cuanto su traslado se firmó en el 2007 cuando no existía esa disposición, pero sí estaba vigente y se ha consolidado la que ha obligado a las AFP desde su creación a brindar la información no bastando con la suscripción del formulario de afiliación, por cuanto su diligenciamiento, no exime, ni avala la omisión de los deberes impuestos por las leyes a las AFP, y por tanto, se reitera, que previo a la suscripción de ese formulario, éstas entidades 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 Corte en **sentencia SL 4360 de 2019** Radicado 68852.

En cuanto a la inconformidad sobre la carga de la prueba, con dicho precedente, se desvirtúa además la aplicación a la actora 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, tal y 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 ilustrarlo, 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 arribada, se evidencia que Zulma Luney González Ramírez nació el 1 de abril de 1969¹⁹, por lo que, al 1 de abril de 1994, cuando entró en vigencia para ella el SGSSP, por ser trabajadora dependiente del sector privado, contaba con 25 años de edad y no tenía 15 o más años de servicios y/o cotizaciones²⁰, por tanto, no fue beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993²¹. Suscribió formulario de afiliación a Protección S.A el día 18 de abril de 2007²², el cual acusa de ineficaz. El 9 de marzo de 2021 solicitó a Protección S.A autorizar su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida²³, sin embargo, no obra dentro del expediente la respectiva respuesta a esta solicitud de parte de la AFP del RAIS. El 3 de marzo de 2021 solicitó a Colpensiones aceptar su regreso a esta entidad, argumentando que su traslado al RAIS no había sido fruto de una decisión informada²⁴, pero el 9 de marzo de 2021 la administradora del RPM negó su petición aduciendo que su traslado de régimen había sido libre y voluntario²⁵.

Adicionalmente, fue practicado interrogatorio a la demandante, sin que se produjera confesión de su parte, pues en torno a las condiciones presentadas durante su traslado hacia el RAIS, manifestó que suscribió el formulario de afiliación a Protección S.A por medio del área de gestión humana de su empleador Grupo ASEI y que por este motivo no recibió una asesoría como tal de parte de un asesor de la referida AFP del RAIS, razón por la cual desconoce las características, funcionamiento, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales.

En este caso, la AFP Protección S.A, como encargada de tramitar la afiliación de la demandante al RAIS, estaba llamada a demostrar que tal afiliación no se vio afectada en su eficacia por haberle suministrado la información suficiente, clara, completa y comprensible a la entonces potencial afiliada, sin embargo no acreditó la satisfacción de su ineludible deber legal en dicho aspecto, pues no demuestra haberla ilustrado 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

¹⁹ 01PrimerInstancia; 02DemandaAnexos.pdf. Pág 87, 10ContestaciónProtecciónS.A.pdf. Pág 37. No se aportó registro civil de nacimiento de la demandante, pero sí copia de su cédula de ciudadanía, la cual da cuenta de esta fecha, la cual no fue discutida por la pasiva dentro del proceso.

²⁰ 01PrimerInstancia; 10ContestaciónProtecciónS.A.pdf. Pág 41. Contaba con 74.57 semanas cotizadas al 1 de abril de 1994.

²¹ 01PrimerInstancia; 30 ContestacionProteccion.pdf. Pág 39. Contaba con 200 semanas cotizadas al 1 de abril de 1994.

²² 01PrimerInstancia; 10ContestaciónProtecciónS.A.pdf. Pág 36 y 38.

²³ 01PrimerInstancia; 02DemandaAnexos.pdf. Págs 88/91

²⁴ 01PrimerInstancia; 02DemandaAnexos.pdf. Págs 104/10

²⁵ 01PrimerInstancia; 02DemandaAnexos.pdf. Págs 108/109, 09ContestaciónColpensiones.pdf. Págs 54/56

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 la posible afiliada, 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.

De ello no hay elementos de convicción en el plenario, pues la AFP Protección S.A allegó el respectivo formulario de afiliación y afirmó que estando suscrito por la demandante, quien lo hizo de manera libre y voluntaria, y que, por contener las declaraciones que le exige el artículo 114 de la ley 100 de 1993, 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 lo interpretado por la pasiva en el sentido de que los actos de la demandante posteriores al traslado, como su prolongado silencio, o el sufragar aportes, 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**), y adicionalmente, esa falta de información en esta materia, no se convalida por los traslados de administradoras dentro del Régimen de Ahorro Individual (SL3199- 2021), como tampoco por lo que la AFP protección denomina reasesoría.

De ahí que, no procede adoptar el criterio aislado contenido en la providencia **SL2440-2021**²⁶, 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 Colfondos S.A., vulneradoras de la libre y voluntaria selección de régimen prevista en el literal b del Artículo 13 de la ley 100 de 1993²⁷ genera consecuentemente la INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RAIS, como respuesta 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 SL-4360 de 2019**, concluyendo en que: “la sanción impuesta en el artículo 271²⁸ 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 a la 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, 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.

²⁶ por la Sala de Descongestión No. 4 de la Sala de Casación Laboral

²⁷ **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.

²⁸ 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 Salud⁴ 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.

b) Consecuencias de la declaratoria de ineficacia

Atendiendo al principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005, con el fin 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 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.

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 la hoy demandante figuró como afiliada al RAIS., sino 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**, conceptos descontados durante el periodo de afiliación de la 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 por no haberse estudiado previamente a la afiliación de la situación particular de la actora, e ignorándose 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 de la afiliada, 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 la demandante, tampoco transgrede derechos de la demandada, por evidenciarse la omisión de asesoría completa y previa a la migración de la accionante hacia el RAIS, 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 de la hoy demandante, 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 Laboral²⁹ 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 las AFP del RAIS durante el periodo de afiliación de la hoy demandante ante ellas, **se deben trasladar** debidamente **indexadas** y con cargo a sus propios recursos, aspecto en el cual, se adicionará la decisión de instancia, 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 PROTECCIÓN S.A sin trasladar consecuencias negativas a la actora.

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

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

III. EXCEPCIONES

En grado jurisdiccional de consulta se estudian, además, las excepciones formuladas por la pasiva, las cuales quedan implícitamente resueltas, por haberse causado lo pretendido en la demanda.

²⁹ 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 Civil, 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 Porvenir 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.

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 y el reconocimiento pensional se presentó como una de las consecuencias del retorno al RPM administrado por Colpensiones, 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

No se causaron costas procesales en esta instancia por haber prosperado parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Colpensiones.

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 Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín el 20 de septiembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral de doble instancia promovido por ZULMA LUNEY GONZÁLEZ RAMÍREZ contra COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A, **modificándola y adicionándola**, en el sentido en que esta última:

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 la demandante ha figurado como afiliada a dicho régimen.

Además, PROTECCIÓN S.A trasladará a Colpensiones los valores descontados a la actora por concepto de aportes para la garantía de pensión mínima, y con cargo a sus propios recursos, trasladarán debidamente indexados a Colpensiones el valor de comisiones de administración y primas de seguros descontados en el mismo lapso que permaneció como afiliada ante ella.

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 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.

SEGUNDO: No se causaron costas en esta instancia por haber prosperado parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones.

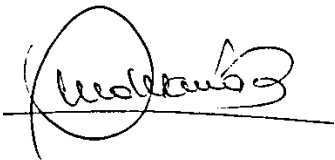
Se ordena notificar lo decidido por edicto.

Devuélvase el expediente al despacho de origen.

Los Magistrados,



MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ



DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN