

**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:	05001310501420210011401
Proceso:	Ordinario
Demandante:	ALEXIS ZAPATA GARCIA
Demandado:	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR 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 30/03/2023 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	ALEXIS ZAPATA GARCÍA
DEMANDADAS	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.
ORIGEN	Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín
RADICADO	05001-31-05-014-2021-00114-01
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 del Ley 2213 de 2022 profiere sentencia escrita, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ALEXIS ZAPATA GARCÍA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.

I. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones de la demanda¹

El señor Alexis Zapata García formula demanda contra Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A. pretendiendo se declare: **i)** la ineficacia de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS- y que siempre ha estado válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPM-, hoy administrado por Colpensiones. Como consecuencia de lo anterior, se condene **ii)** a Protección S.A. y a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes realizados por el asegurado, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el art.1746 del CC, es decir, con los rendimientos que se hubieren causado, comisiones, gastos de administración y sumas de dinero destinadas a para el pago de seguros previsionales; **iii)** a Colpensiones a validar los aportes a pensiones trasladados por Porvenir S.A. e incorporarlos en su historia laboral ; **iv)** costas y agencias en derecho.

¹ Carpeta 01PrimeralInstancia 02. 2021-00114 Demandayanexos.pags.2/5.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 11 de abril de 1961. Es ingeniero. Inicialmente se afilió al RPM, antes administrado por el extinto ISS, trasladándose posteriormente a Protección S.A. Cuando ocurrió el traslado, laboraba para Compañía Minera Oronorte S.A. y devengaba \$420.000. Para entonces, no se le realizó estudio previo, individual y concreto sobre las ventajas y desventajas que conllevaría permanecer en un régimen u otro., las diferencias entre ambos regímenes pensionales, el derecho de retracto, los factores de causación de la pensión y su monto; tampoco le hablaron de expectativas de vida, tablas de mortalidad o la incidencia de la existencia de beneficiarios al determinar el valor de la mesada pensional, la posibilidad de retornar al RPM o las pensiones voluntarias. No fue reasesorado por Colmena Pensiones y Cesantías. Se trasladó a Porvenir S.A., donde tampoco hicieron un estudio previo, individual y concreto sobre las ventajas y desventajas de permanecer en uno u otro régimen o la posibilidad de retornar al RPM. Su IBC promedio de los últimos 10 años asciende a \$10.744.871 y cuenta con 1198 semanas cotizadas. Su cuenta de ahorro individual tiene un saldo de \$395.123.989. Deprecó traslado de régimen pensional el 20 de diciembre de 2019.

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

No le constan los hechos relacionados con la asesoría al traslado de régimen efectuado por el demandante. No se demostró que exista vicio en el consentimiento, ni menoscabo a los derechos fundamentales del afiliado, pues fue interés de este, captar una prestación económica a menor edad que la exigida en el RPM. Colpensiones no participó de la decisión del afiliado. Excepcionó: carga dinámica de la prueba-particularidades del caso, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, improcedencia para decretar la ineficacia del traslado de régimen o inexistencia de la obligación, improcedencia de la indexación de las condenas, prescripción, devolución de cuotas y gastos de administración, seguros previsionales, rendimientos y ahorros voluntarios debidamente indexados, improcedencia de condena en costas y compensación.

ii) Protección S.A.³

En resumen, adujo al momento del traslado, al hoy demandante se le brindó información respecto de las diferencias entre los regímenes pensionales, sus condiciones, que son excluyentes y conllevan sus propias regulaciones, sin que pudiera hablarse de ventajas o desventajas, correspondiendo al afiliado hacer el juicio a que había lugar, eligiendo de manera libre, voluntaria e informada, afiliarse a Protección S.A. Se explicaron asuntos como que en el RAIS la cuenta es individual y en el RPM es un fondo común, que la pensión de vejez del RAIS exige capital acumulado, en tanto en el RPM exige edad y semanas, que en el RIAS existe la garantía de pensión mínima, en tanto en el RPM no, las diferencias entre indemnización sustitutiva y devolución de saldos. Argumenta haber cumplido con el deber de información, en los términos exigidos al momento del traslado. Excepcionó: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción,

² Carpeta 01PrimeraInstancia, 09. 2021-00114 ContestacióndemandaColpensiones

³ Carpeta 01PrimeraInstancia, 11. 2021-00114 Contestacióndemandaproteccion

ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa e 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.

iii) Porvenir S.A.⁴

En síntesis, adujo que el traslado de régimen pensional, así como su permanencia, se dio en cumplimiento de las obligaciones vigentes en cada momento, previa asesoría. Se satisfizo el deber de información, sin que pueda presentarse n nuevo traslado de régimen, dada la edad del demandante. Se ha brindado constante asesoría al afiliado, durante la afiliación. El traslado es válido, no se demostró causal de ineficacia. 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.

Sentencia de primera instancia⁵

El 30 de septiembre de 2022, el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín declaró la ineficacia del acto jurídico del traslado que realizó la demandante al RAIS, administrado por Protección S.A. y luego hacia Porvenir S.A. Ordenó a Protección S.A. “trasladar con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de ésta providencia, el valor de los gastos de administración, que conlleven lo pagado por seguros previsionales, y garantía de la pensión mínima, entre las fechas 01 de abril de 2000 al 31 de enero de 2001”. Ordenó a Porvenir S.A. “a trasladar con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de ésta providencia, el valor de los dineros hallados en la cuenta de ahorro individual del señor ZAPATA GARCÍA incluyendo para el efecto los rendimientos financieros y las comisiones de administración, que incluyen lo pagado por seguro previsional y garantía de la pensión mínima a partir de la fecha 01 de febrero de 2.001” y “a que comunique, dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, el contenido de la decisión a la NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO OFICINA DE BONOS PENSIONALES, para los efectos legales correspondiente”. Ordenó a Colpensiones reactivar la afiliación, sin solución de continuidad. Impuso el pago de costas Protección S.A. y porvenir S.A., fijando agencias en derecho a cargo de cada una en \$1.500.000.

Fundamentó su decisión en la aplicación del precedente judicial en la materia, encontrando que las administradoras del RAIS no acreditaron la satisfacción del deber de información.

Recurso de apelación

Inconforme con la decisión adoptada, Colpensiones la recurrió en apelación. Solicitó se ordene la indexación de los valores que se dispuso debían trasladarse con destino a la entidad

⁴ Carpeta 01PrimeraInstancia 15. 2021-00114 ContestacióndemandaPorvenir

⁵ Carpeta 01PrimeraInstancia, 21. 20180-0351. AudioAudiencia; 20. 2021-00114. ActaAudiencia

Alegatos de conclusión en segunda instancia

Una vez concedido el término a las partes para alegar de conclusión en esta sede, sólo fue descorrido por **Porvenir S.A.**⁶ quien depreca la confirmación de la sentencia, no siendo imposible indexar los conceptos que se dispuso trasladar, pues la orden judicial obedece a las restituciones mutuas que conlleva la declaración de ineficacia. Los gastos de administración se descontaron con una destinación específica. Deben ordenarse las devoluciones que contempla el concepto de radicado 2019152169-003-000 emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia.

II. SON CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La competencia es dada por los art.66 y 66 A del CPTSS, es decir, por los puntos objeto de apelación. Asimismo, 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 del 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 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

Alexis Zapata García nació el 11 de abril de 1961⁷. Inició su vida laboral el 05 de octubre de 1988⁸ prestando a servicio en favor de Residencia Percal. El 31 de mayo de 1995⁹ suscribió solicitud de vinculación ante Colmena Cesantías y Pensiones -hoy Protección S.A.-, el cual se hizo efectivo el 1 de junio de 1995¹⁰. El 7 de diciembre de 2000 se trasladó a Porvenir S.A.¹¹, efectivo desde el 01 de febrero de 2001¹². Según historia laboral emitida por Porvenir S.A. actualizada al 21 de septiembre de 2021¹³ la demandante cuenta con 1284 semanas cotizadas durante toda su vida laboral, de las cuales 176.8 lo fueron ante el RPM y 1147.2 lo fueron ante el RAIS.

⁶CarpetaSegundaInstancia. 03AlegatosPorvenir1420210114

⁷Carpeta 01PrimeraInstancia 02. 2021-00114 Demandayanexos.Si bien no se aportó registro civil de nacimiento, en la pag.25 del archivo, obra copia de la cédula de ciudadanía que suministra esta información, la cual no fue tachada por quienes integran la pasiva.

⁸Carpeta 01PrimeraInstancia 02. 2021-00114 Demandayanexos. Pág.68 y ss, 80 y ss..

⁹ Carpeta 01PrimeraInstancia 02. 2021-00114 Demandayanexos. Pág. 9; 11. 2021-00114 Contestaciøndemandaproteccion pag.43

¹⁰ CarpetaPrimeraInstancia. 11. 2021-00114 Contestaciøndemandaproteccion. Pag.44

¹¹ Carpeta 01PrimeraInstancia 02. 2021-00114 Demandayanexos. Pág.36; 15. 2021-00114 ContestaciøndemandaPorvenir pág.33

¹² 15. 2021-00114 ContestaciøndemandaPorvenir pág.27/28

¹³ CarpetaPrimeraInstancia. 15. 2021-00114 ContestaciøndemandaPorvenir. Pág 40.

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:

- 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*

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.

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 100/93, 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 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 e informada manifestación de voluntad del afiliado al momento de su vinculación, pues ello no constituye razón atendible 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 afiliación; sino que se atiende es al hecho de que **la escogencia del régimen pensional debe ser libre y espontánea**, so pena de sanción, como sostiene la SCL de la CSJ en sentencias como las SL 2324 de 2019, 373 Y 3871 de 2021, 800 Y 1695 de 2022 entre otras.

En el caso de la hoy demandante, su afiliación al régimen pensional no estuvo precedido de la satisfacción o 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, indicó que, el asesor de Protección S.A. le indicó que el ISS se iba acabar, informándole sobre los beneficios del RAIS, pero no sobre las desventajas del traslado.

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.

Sobre la carga dinámica de la prueba ha de indicarse que 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 esta firmara el acto jurídico de vinculación o de traslado al fondo de pensiones.

En el sub-lite, mediante la prueba documental se evidencia que Alexis Zapata García nació el 11 de abril de 1961¹⁹. No fue beneficiario del régimen de transición del art.36 de la Ley 100 de 1993. Inició cotizaciones ante el Sistema Pensional a través del extinto ISS el 05 de octubre de 1988²⁰. El 31 de mayo de 1995²¹ suscribió solicitud de vinculación ante Colmena Cesantías y Pensiones -hoy Protección S.A.-, el cual se hizo efectivo el 1 de junio de 1995²². Luego, el 7 de diciembre de 2000 se trasladó a Porvenir S.A.²³, efectivo desde el 01 de febrero de 2001²⁴. Según historia laboral emitida por Porvenir S.A. actualizada al 21 de septiembre de 2021²⁵ la demandante cuenta con 1284 semanas cotizadas durante toda su vida laboral, de las cuales 176.8 lo fueron ante el RPM y 1147.2 lo fueron ante el RAIS.

En el sub iudice, fue recaudado interrogatorio a la demandante, sin que se produjera confesión de su parte, pues en torno a las condiciones presentadas al momento de su afiliación al RAIS, manifestó que laboraba en Abriaquí como contratista del municipio; se escuchaba mala información sobre el ISS y quien vendía el proyecto -asesor- le dijo que podían devolverle su dinero cuando tuviera la edad de pensionarse, no le hablaron sobre aportes voluntarios, pero sí de que en su cuenta se generarían rendimientos. Luego se trasladó a Porvenir S.A. porque el asesor le dijo que allí podría irle mejor, se trasladó por ayudarle al asesor.

Protección S.A. no aportó elemento de convicción sólido donde se plasme la asesoría que dice le brindó Colmena Cesantías y Pensiones a al señor Zapata García, en momento anterior y/o a la suscripción del formulario de afiliación; siendo esta AFP quien se encargó de tramitar el traslado de régimen pensional, es la llamada a demostrar que ese traslado de régimen no se vio afectado en su eficacia al suministrar la información suficiente, clara, completa del entonces potencial afiliado.

Como los traslados de administradora posteriores se ven afectados por esa ineficacia inicial, es irrelevante que se haya satisfecho el deber de información en momento posterior, lo que tampoco se acreditó.

En este caso, la pasiva no acreditó la satisfacción de su ineludible deber legal de brindar al hoy demandante una oportuna información adecuada, 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

¹⁹Carpeta 01PrimeralInstancia 02. 2021-00114 Demandayanexos.Si bien no se aportó registro civil de nacimiento, en la pag.25 del archivo, obra copia de la cédula de ciudadanía que suministra esta información, la cual no fue tachada por quienes integran la pasiva.

²⁰Carpeta 01PrimeralInstancia 02. 2021-00114 Demandayanexos. Pág.68 y ss, 80 y ss..

²¹ Carpeta 01PrimeralInstancia 02. 2021-00114 Demandayanexos. Pag. 9; 11. 2021-00114 Contestaciøndemandaproteccion pag.43

²² CarpetaPrimeralInstancia. 11. 2021-00114 Contestaciøndemandaproteccion. Pag.44

²³ Carpeta 01PrimeralInstancia 02. 2021-00114 Demandayanexos. Pág.36; 15. 2021-00114 ContestaciøndemandaPorvenir pág.33

²⁴ 15. 2021-00114 ContestaciøndemandaPorvenir pág.27/28

²⁵ CarpetaPrimeralInstancia. 15. 2021-00114 ContestaciøndemandaPorvenir. Pág 40.

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.

De ello no hay elementos de convicción en el plenario distintos del formulario de afiliación, sobre el cual la AFP Protección S.A. adujo que, estando suscrito por el demandante, quien 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 los actos del 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).

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 afiliación o 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 1993²⁷ genera consecuentemente la INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RAIS, como repuesta jurídica a la transgresión de ese deber legal y ello implica que, el acto jurídico declarado ineficaz carezca de vida jurídica, y, por tanto no produzca ningún efecto, lo cual fue precisado en **sentencia SL4360 de 2019**, concluyendo en que: “la sanción impuesta en el artículo 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 el derecho del accionante a la libre selección del Régimen de Prima Media con Prestación Definida hoy administrado por COLPENSIONES, y se asumirá que así lo ha estado desde el 05 de octubre de 1988 y a declarar que ha permanecido afiliada, sin solución de continuidad.

Tales motivaciones permiten **confirmar** la declaratoria de ineficacia de afiliación de la hoy demandante al RAIS ese aspecto la sentencia conocida para estos efectos en grado jurisdiccional de consulta.

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

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 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.

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, como ha dilucidado el precedente jurisprudencial de la H CSJ en SCL., que esta Sala acoge

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

Protección S.A. y Porvenir S.A. trasladarán 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 afiliación del hoy demandante, pues no se discute la legalidad de tales descuentos, ni, si el dinero del afiliado fue administrado adecuada y eficientemente, sino que, como consecuencia de la ineficacia del traslado al RAIS, y por no haberse estudiado previamente la afiliación de la situación particular del hoy demandante, 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 del afiliado, ni asumido los riesgos que esa actividad conlleva, no pudiendo discutir inexistencia de motivos para entregarlos, detrimento patrimonial, ni enriquecimiento sin causa para Colpensiones y el demandante, tampoco transgrede derechos de las demandadas, por evidenciarse la omisión de asesoría completa y previa a la migración del 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 demandante, como anteriormente se explicó.

Protección S.A., además deberá responder por la devolución de lo descontado por cuotas o gastos de administración durante el tiempo de afiliación de la demandante ante ella y ante Colmena, en este aspecto **se adiciona** la decisión de primera instancia.

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, , 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 la AFP del RAIS durante el periodo de afiliación del hoy demandante, **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.

Por lo expuesto, no se acogerá el **Concepto del 17 de enero de 2020 emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia**, a la luz del artículo 28 del CPACA³⁰, ante consulta realizada por la Vicepresidenta Jurídica de la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías -ASOFONDOS-, interpretando que para determinar los recursos a trasladar con motivo de la declaratoria judicial de nulidad o ineficacia de traslado de régimen debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008³¹, toda vez que dicha norma fue

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 Civil²⁹, 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 ProtecciónS.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.

³⁰ “**ARTÍCULO 28. ALCANCE DE LOS CONCEPTOS.** <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.”

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

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

expedida para efectos de traslado en asuntos referentes a multifiliación, situación que no corresponde a la aquí ventilada y adicionalmente, tal concepto no obliga, pues se encuentra decantado por el órgano de cierre judicial en materia laboral y de seguridad social que los gastos administración y prima de seguro previsional deben retornar a Colpensiones como consecuencia de la ineficacia declarada.

Al momento de cumplirse esta sentencia, 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 demandante.

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

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

Sin costas en esta instancia. La sentencia se conoció en consulta y el recurso de apelación de Colpensiones fue atendido favorablemente.

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 Doce Laboral del Circuito de Medellín el 30 de septiembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral de doble instancia promovido por el señor ALEXIS ZAPATA GARCÍA contra COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., modificándola y adicionándola, en el sentido en que ésta 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 el demandante ha figurado como afiliado al RAIS, así como los valores descontados a la demandante por concepto de aportes para la garantía de pensión mínima, y **con cargo a sus propios recursos**, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. trasladarán **debidamente indexados** a Colpensiones el valor de comisiones de administración y primas de seguros, descontados en el mismo lapso, en que permaneció como afiliado ante ellas y en el caso de Protección S.A. ante Colmena Cesantías y Pensiones.

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 PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A los valores correspondientes a los conceptos aludidos, y homologar en el régimen de prima media las semanas cotizadas por el demandante durante su afiliación en el RAIS.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

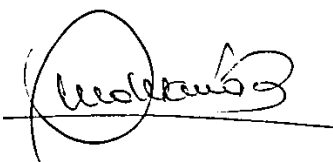
Notifíquese lo decidido por edicto.

Devuélvase el expediente al despacho de origen.

Los Magistrados,



MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ



DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN