

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL
APELACIÓN - SENTENCIA

DEMANDANTE	JUAN PABLO RADA RINCON
DEMANDADOS	COLPENSIONES- PROTECCION
RADICADO	05001-31-05-011-2021-00277-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Revoca y confirma

Medellín, veintiséis (26) de abril de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los magistrados ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA, MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA y como ponente MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO, en acatamiento de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020, y surtido el traslado correspondiente, procede a proferir sentencia ordinaria de segunda instancia dentro del presente proceso, promovido por el señor **JUAN PABLO RADA RINCON** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **AFP PROTECCION S.A.**

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 016**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ASUNTO

Es materia de la Litis, decidir los recursos de apelación interpuestos por el apoderado judicial de la AFP PROTECCION y por el apoderado de COLPENSIONES, contra la sentencia que profirió el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 03 de marzo de 2023; y a su vez conocer dicha sentencia en Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, de conformidad al artículo 69 del CPT y SS.

II. – HECHOS DE LA DEMANDA

Como fundamento de las pretensiones incoadas con la demanda, se expuso, en síntesis, que el demandante es un ciudadano Venezolano y que por problemas sociales de su país se desplazó a Colombia, procediendo a vincularse como docente de matemáticas en la Universidad de Antioquia.

Se expuso que el demandante fue afiliado al sistema general de seguridad social en pensiones, en el mes de abril de 2012, en el régimen de ahorro individual, a través de la AFP PROTECCION S.A.

Se duele que el asesor ejecutivo del RAIS no le brindó la información suficiente para haber tomado la decisión pertinente con la información determinante y ajustada a su situación concreta; y que, al contrario, le ocultaron información relevante al momento de ser atendido para afiliarse al RAIS, por lo que considera que su decisión se encuentra viciada y afectada en su validez, por ausencia del conocimiento sobre las consecuencias jurídicas de su afiliación a dicha administradora.

III. – PRETENSIONES

La acción judicial está dirigida a que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad adelantado por la administradora demandada del régimen privado, y que en consecuencia, se ordene a la AFP, trasladar a COLPENSIONES las sumas cotizadas por el actor, debiendo ordenar a esta última entidad recibir dichas sumas, aceptar al demandante en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad, actualizando su historia laboral, y condenando a las demandadas a reconocerle las costas procesales del juicio.

IV. – RESPUESTA A LA DEMANDA

Una vez admitida la demanda, fue debidamente notificada, procediendo las demandadas a descorrer el traslado de esta acción.

COLPENSIONES: descorrió el traslado de la acción, según se observa en el PDF 04 del expediente digital. A través de dicha respuesta negó los hechos de la demanda y, formuló las excepciones de fondo que denominó: *“FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE ACEPTAR LA VINCULACIÓN AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA ADMINISTRADO POR COLPENSIONES, DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES - ART. 48 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA,*

PRESCRIPCIÓN, COMPENSACIÓN, BUENA FE, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, DECLARATORIA DE OTRAS EXCEPCIONES”

PROTECCION S.A., hizo lo propio y describió el traslado de la acción, según se observa en el PDF 05 del expediente digital. A través de dicha respuesta negó los hechos de la demanda y, formuló las excepciones de mérito que denominó: *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 LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA PRIMA DEL 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”*

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 03 de marzo de 2023, el Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando ineficaz la vinculación al RAIS del señor JUAN PABLO RADA RINCÓN a PROTECCIÓN SA.

Se ordenó a **PROTECCIÓN SA**, a trasladar del RAIS al RPMCPD administrado por COLPENSIONES, los aportes del demandante como son cotizaciones, gastos de administración, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, el porcentaje correspondiente a la garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, la prima de reaseguro de FOGAFIN y los aportes al fondo de solidaridad pensional que se hubieren causando en el tiempo en que el actor estuvo vinculado a dicha administradora, en razón a la declaración de la ineficacia de la vinculación.

Igualmente se ORDENÓ a **PROTECCIÓN SA**, a **indexar** los dineros a devolver por gastos de administración, consistentes en, costos de administración, las primas de los seguros de invalidez y sobreviviente, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, la prima de reaseguro de FOGAFIN, los aportes al fondo de solidaridad pensional que se hubieren causando durante el tiempo que el demandante estuvo vinculado a dicho fondo de pensiones y sin aplicar equivalencia alguna. A la par se dispuso que, al momento de cumplir la orden, los conceptos aparezcan discriminados por la AFP con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información importante que los justifique.

Se dispuso que PROTECCIÓN SA deberá consignar a COLPENSIONES, las sumas antes indicadas quien deberá recibirlas y activar la vinculación del señor JUAN PABLO RADA RINCÓN al RPMPD sin solución de continuidad.

Condenó en COSTAS procesales a las demandadas, dentro de las cuales se fijó como agencias en derecho la suma de \$1'740.00,00, de la cual el valor de \$1'160.000,00 estará a cargo de PROTECCIÓN SA, y el valor de \$580.000,00 asumido por COLPENSIONES.

El A quo para declarar la ineficacia, desarrolló toda la tesis jurisprudencial que en la actualidad sostiene la sala de casación de la Corte Suprema de Justicia, sobre la inversión de la carga de la prueba, la insuficiencia del formulario para acreditar asesoría, la relevancia de la oportunidad en que se reciba la asesoría, la imposibilidad de que la ineficacia se sanee por prescripción o por traslados en el mismo régimen de ahorro individual con solidaridad, por el derecho a la libre selección de régimen pensional.

Particularmente señaló el sentenciador que en este asunto procedente la ineficacia del traslado del régimen pensional, pues la AFP, no logró acreditar haberle dado al actor una información, clara completa y suficiente para el momento de su afiliación en el RAIS, aunque el actor no hubiese tenido vinculación inicial al ISS o a COLPENSIONES.

VI. – RECURSOS DE APELACIÓN EN CONTRA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La sentencia de primera instancia fue apelada por los apoderados judiciales de la AFP PROTECCION y por el apoderado de COLPENSIONES.

Apelación de PROTECCION: Manifestó el apoderado judicial, que el demandante realizó su afiliación inicial al sistema general de pensiones, en el año 2012, como afiliación inicial, la cual se dio de manera libre, espontánea y sin precisiones, precedida de una adecuada, suficiente y correcta asesoría de la AFP; afiliación que constituye un acto jurídico valido que produce efectos hasta la actualidad, toda vez que se dio en estricto cumplimiento de la normatividad vigente atendiendo las disposiciones de la ley 100 de 1993, decisión que quedó plasmada en el formulario de afiliación.

Enfatizó el recurrente que como el demandante no tuvo vinculación inicial al régimen de prima media, por tanto, no procedía la ineficacia del traslado, ya

que el deber de información se cumplió dando buen consejo al actor y la nulidad del traslado lo que busca es retrotraer las cosas al estado anterior, y como nunca existió la afiliación al RPM, no hay posibilidad de su regreso, y en el caso en concreto, el actor quedaría sin vinculación al régimen pensional, siendo así, más perjudicial para él, ya que su derecho pensional se encontraría desprotegido, ya que no existió un vínculo contractual con COLPENSIONES o con el ISS, manifestaciones que sustentó en las sentencias SL 494 de 2022 y SL 1806 de 2022.

Expuso que, si lo pretendido por el actor era trasladarse al RPM, por cuanto en dicho régimen las condiciones le eran más favorables, su traslado debió efectuarse antes de faltarle 10 años para pensionarse, sin embargo, ahora pretende que se ordene el traslado apelando a una indebida información.

Apelación COLPENSIONES: Expuso el togado que representa los intereses de COLPENSIONES, que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de que trata el artículo el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, como quiera que cuenta con 63 años de edad, es decir, que cuenta con la edad requerida para pensionarse, y solo tenía hasta los 52 años para agotar la oportunidad de trasladarse al RPM.

En lo que respecta a su afiliación, replicó el apelante que el demandante por voluntad propia decidió trasladarse al RAIS, sin que se demostrara la existencia de algún vicio que invalidara dicha actuación, por lo que insistió que permanecer incólume la afiliación del actor a la AFP PROTECCIÓN.

Agregó, además, que en este asunto no se cumplen los supuestos para la declaratoria de ineficacia, teniendo en cuenta que el demandante no ha estado afiliado a COLPENSIONES, por lo que tal declaratoria, impone a COLPENSIONES una carga económica que otro causó y que COLPENSIONES no tuvo la oportunidad de resistir, por lo que esa condena vulnera no solo la libre competencia, sino también pone en riesgo la expectativa pensional de los demás pensionados.

Dijo además que, en el evento de confirmarse la sentencia de primera instancia, se ordene a la AFP PROTECCION devuelva a COLPENSIONES, los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la parte actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos

sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, de forma indexada.

Finalmente, el recurrente plantea disenso respecto de la condena en costas procesales, aduciendo que, en estos procesos, la entidad que representa ha actuado de buena fe, en derecho y es un tercero ajeno en el acto que se declaró ineficaz.

Alegatos de Conclusión:

El apoderado judicial de **COLPENSIONES** al presentar su escrito de alegatos en sede de segunda instancia solicito amablemente NO acoger el fallo emitido por el Juzgador de Primera Instancia, quien declaró la ineficacia de la afiliación del señor Juan Pablo Rada Rincón a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A

Sostuvo que el señor Juan Pablo, cuenta en la actualidad con 63 años de edad, lo cual hace inviable el traslado de régimen, conforme a lo estipulado en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, requisito que el demandante no cumple por estar incluso superando la edad requerida para pensionarse.

Indicó que las cargas probatorias que se están imponiendo a la AFP, dentro de las cuales se encuentran la obligación de allegar soportes o pruebas a las que jurídicamente no estaban obligadas a la fecha de afiliación, resulta una carga desproporcional que va en detrimento del principio de confianza legítima.

Con fundamento en lo anterior, solicitó que, al momento de proferir sentencia, se reevalúe los hechos que dieron lugar al presente proceso, a fin de establecer las circunstancias particulares del caso, la decisión que llevó al demandante a afiliarse al RAIS y el actuar de la AFP al momento de efectuar su afiliación.

Asimismo, se replicó que COLPENSIONES como Administradora del Régimen de Prima Media, fue un tercero ajeno al contrato celebrado entre el señor Juan Pablo Rada Rincón y Protección, por lo que, no debió emitirse condena alguna en contra de la entidad, y menos aún, imponérsele el pago de costas procesales; carga que resulta del todo injusta.

De otro lado, y sin que ello implique reconocimiento de derecho alguno, pidió que en el hipotético evento en que se confirme la decisión de primera instancia,

se ordene a la AFP PROTECCIÓN S.A., entregar a COLPENSIONES, el total de los valores cotizados y/o depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos, intereses y cualquier otro concepto a consideración del Despacho.

Teniendo en cuenta la anterior crónica procesal, se pasa a resolver de fondo, previas las siguientes

VII. – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Los presupuestos procesales, requisitos indispensables para regular la formación y desarrollo de la relación jurídica procesal, como son demanda en forma, Juez competente, capacidad para ser parte y comparecer al proceso se encuentran cumplidos a cabalidad en el caso objeto de estudio, lo cual da mérito para que la decisión que se deba tomar en esta oportunidad sea de fondo.

Naturaleza jurídica de la pretensión. - La Ineficacia en el traslado de régimen pensional. -

El objeto central de esta Litis, se extiende a los puntos objeto de inconformismo planteados por el apoderado judicial de la AFP PROTECCION y del apoderado de COLPENSIONES, en sus recursos de apelación; sin embargo, esta Sala se encuentra facultada para revisar todos los aspectos de la condena a Colpensiones relacionada con la declarada ineficacia de la afiliación del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad y la aceptación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida que administra, en virtud de la competencia de que se dispone conforme al artículo 69 del CPT y SS., en Grado Jurisdiccional de Consulta.

Partirá la Sala en establecer si la afiliación que hizo el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP demandada, alcanzó o no a producir los efectos jurídicos respectivos.

Sea lo primero referir que la libre escogencia de régimen pensional y la afiliación o traslado entre regímenes que en tal virtud se efectúe, tiene como presupuesto esencial, el absoluto conocimiento del asegurado sobre las consecuencias jurídicas que se puedan derivar del cambio de régimen pensional, el cual ha de venir suministrado y garantizado por el agente adscrito al respectivo fondo, esto es, es de la propia esencia del acto de afiliación o traslado, el

suministro cabal y absoluto de toda la información, incluyendo el asesoramiento sobre todas las implicaciones pensionales y consecuencias que para el caso concreto pueden darse, ya que se trata de una decisión relevante de la cual depende el futuro pensional del asegurado.

Esto lleva a la Sala a advertir que las obligaciones de asesoría no fueron creadas por el Legislador a través de recientes normas, sino que desde la propia concepción dualista de dos regímenes pensionales a través de la Ley 100 de 1993, se establecieron como de su propia esencia.

Así, la asesoría a cargo de la administradora, se erige en una obligación insoslayable, teniendo en cuenta la trascendencia e importancia de los efectos económicos que puede representar una decisión de tal naturaleza.

En términos generales, es preciso referir que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha venido desarrollando la tesis sobre la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, y a través de las sentencias SL 1452 del 3 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019, ha consolidado su línea jurisprudencial, la cual venía desarrollándose –en su orden- a través de las Sentencias SL 31.989 del 8 de septiembre de 2008, SL 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL 46.922 del 3 de septiembre de 2014, SL 19.447 del 27 de septiembre de 2017, y SL 17.595 del 18 de octubre de 2017, decantando que el deber de información es ineludible; que este tema a nivel procesal se rige por condiciones probatorias que le imponen a la respectiva administradora de pensiones acreditar en el juicio que en cada caso concreto sí adelantó la respectiva asesoría; que el primer acto de voluntad es el que se juzga como determinante para la producción de efectos jurídicos en la afiliación o traslado de régimen pensional, sin que exista la posibilidad de saneamiento de la ineficacia, por asesorías posteriores que se hubieren brindado a los asegurados, después de haber tomado la decisión inicial; que la simple suscripción de un formulario de traslado no denota un proceso serio y cabal de asesoría; no es necesario ni que el asegurado se encuentra ad portas de consolidar el derecho pensional, ni que necesariamente tenga que tener el beneficio del régimen de transición, y; que la prescripción no opera en asuntos en los que se encuentra involucrada la formación del derecho a la pensión.

Es importante destacar que, el primer acto de voluntad que se juzga como determinante para la producción de efectos jurídicos en la afiliación o traslado de régimen pensional, sin que exista la posibilidad de saneamiento de la ineficacia, por asesorías posteriores que se le brinden al asegurado, después de haber

tomado la decisión inicial, o por el hecho de que el asegurado se haya trasladado incluso entre varias administradoras pertenecientes al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que *“la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, por lo que un dato será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad”* (Sentencia CSJ SL 1688 de mayo de 2019).

A partir de lo anterior, pasa a desatarse la alzada conforme al...

CASO CONCRETO

Sea lo primero reseñar que, conforme a la prueba documental obrante en el expediente digital, se constata que el señor JUAN PABLO RADA RINCON, inicialmente se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PROTECCION S.A. en el año 2012 (PDF 05 folio 46), entidad en donde permanece actualmente.

Ahora, revisadas en detalle las consideraciones del A quo para arribar a la decisión de declarar la ineficacia de la afiliación pensional del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad, esta Sala encuentra que las mismas se encuentran ajustadas al sentido de la jurisprudencia nacional, y consultan las particularidades del caso, teniendo en cuenta que la AFP convocada a juicio (PROTECCION S.A.) no alcanzó a probar haberle brindado asesoría al actor con suficiencia en su proceso de afiliación, en el momento en que lo atendieron.

Como lo ha decantado pacíficamente la jurisprudencia del órgano de cierre (Sentencias SL 31.989 del 8 de septiembre de 2008, SL 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL 46.922 del 3 de septiembre de 2014, SL 19.447 del 27 de septiembre de 2017, y SL 17.595 del 18 de octubre de 2017), es claro que la firma del formulario de afiliación no es una prueba certera de que hubiere existido un verdadero cumplimiento por parte de los fondos privados. La simple firma del formulario por parte del asegurado no puede tenerse como una prueba de que se le haya informado a cabalidad de todos los pormenores que le implicaban ingresar a un nuevo régimen pensional distinto al de prima media con prestación definida al que ya había pertenecido, y por ello el acto jurídico terminó afectado en su eficacia.

Es importante destacar que el derecho a la libre elección de régimen pensional contenido en la Ley 100 de 1993 en el marco del derecho a la seguridad

social no riñe con las disposiciones legales que contemplan la exigencia del formulario, debiéndose entender que, más allá de la documentación formal, existe un sustrato material directamente relacionado con los derechos fundamentales que exige que el asegurado tenga una completa asesoría en su proceso de afiliación o traslado de régimen pensional, la cual coloca a la respectiva administradora en el pleno del cumplimiento de sus obligaciones profesionales en ese sentido, bajo la dinámica del *“buen consejo”*.

Para la Colegiatura, ninguno de los argumentos presentados por los apoderados judiciales de la AFP PROTECCION y COLPENSIONES, en sus recursos de apelación, resultan suficientes para que se revoque la ineficacia que declaró la A quo.

El apoderado judicial de la AFP PROTECCION, argumentó en su recurso de alzada que la AFP demandada cumplió con los requisitos de fondo y forma que se exigían para el momento en que se produjo el traslado, es decir, con el deber de información y buen consejo.

Pues bien, para la Sala la Ley 100 de 1993 como norma especial que regula esta situación, es la que comprende las exigencias y condiciones de validez de las afiliaciones a las administradoras del régimen privado y la que impone el acompañamiento al asegurado, resaltándose además que las obligaciones de asesoría y acompañamiento siempre han existido desde que se crearon los dos regímenes pensionales en la Ley 100 de 1993, sin que pueda decirse que se estén haciendo retroactivas obligaciones que solo se hayan impuesto en recientes normas jurídicas.

De otro lado, sostienen los apoderados judiciales apelantes que al formulario de vinculación no se le puede restar valor probatorio, asumiendo que ese era el único requisito que se exigía para la época. Esta sala no encuentra que esos planteamientos sean ciertos, como quiera que, tal y como se ha visto en la referida jurisprudencia del órgano de cierre, el formulario de afiliación no se erige en la prueba irrefutable de que haya existido asesoría, el mismo solo viene a ser un documento que demuestra la afiliación, pero no es indicativo de que se haya brindado asesoría idónea. No se trata de desconocer el valor probatorio que el referido documento pueda tener, el cual es incontestable en el marco de lo que representa, pero no como indicativo de que haya existido asesoría, buen consejo y acompañamiento.

Ahora bien, afirmaron los apoderados judiciales de PROTECCION y COLPENSIONES, que el traslado del demandante se dio de manera libre, espontánea y voluntaria, sin la afectación de ningún vicio del consentimiento.

En relación con este disenso debe tenerse en cuenta que a pesar de que la solicitud de vinculación se encuentre signada por el afiliado, y allí se indique que la selección se produjo de manera libre, espontánea y sin presiones, si tal decisión no se adoptó con el pleno conocimiento de lo que ello entrañaba, no puede predicarse que la selección hubiere tenido tales características.

En la alzada, los apoderados judiciales de PROTECCION y COLPENSIONES, sostienen que no hay lugar a aplicar las consecuencias previstas por el legislador para la omisión en el deber de información en el asunto sub-lite, por la potísima razón que el demandante no acreditó vinculación anterior al régimen de prima media, dado que su primera vinculación al sistema general de pensiones se dio a través de su afiliación al RAIS, apelando a las sentencias SL 494 de 2022 y SL 1806 de 2022, sin embargo esta conclusión no la comparte esta sala porque equivale a decir que frente a aquellas personas que acuden a afiliarse por primera vez al sistema no existe el deber de información.

A efectos de zanjar la controversia la sala resalta el interrogatorio de parte absuelto por el demandante, quien afirmó de manera vehemente que, al momento de afiliarse a Protección, no recibió información clara y precisa sobre el sistema general de pensiones de Colombia. PDF 15 minuto 27:40

*“Tengo 63 años, estado civil casado, escolaridad- doctor matemático docente en la Universidad de Antioquia. Me afilie a Protección el día 12 de abril de 2012, y en esa fecha firmó el formulario de afiliación de vinculación, luego de haber ganado la convocatoria pública como docente en la Universidad de Antioquia. **Firmé los contratos bajo la presión de una asesora de Protección que en ningún momento me dio asesoría del sistema pensional de Colombia. El mismo día del contrato laboral, ésta persona me entregó el formulario y eso fue todo.** La asesora iba llenando el formulario, mientras me preguntaba, sobre todo, de datos personales. **En el momento de la afiliación estaba presente solo la vendedora de Protección.** No le hablaron sobre cuenta de ahorro individual. No estaba presente el área jurídica de Protección. Había una presión implícita, cuando uno está recién llegado a un país, en medio de una firma de un contrato laboral, ciertamente hay una presión. **La vendedora en realidad no me dio ninguna información, sobre el sistema pensional de Colombia, no le dio información sobre los distintos regímenes pensionales que hay, sobre proyecciones, no habló de la edad, no tuve información para tener un criterio en el momento.** Decidí permanecer afiliado a la AFP, por cuanto llevo más de 10 años trabajando en la Universidad de Antioquia como investigador, generando conocimiento, ocupado durante mucho tiempo, asesorando tesis doctorales publicando en artículos de alto impacto mundial. En el 2021 se encontré con un colega profesor y me informó que no era conveniente estar en Protección, y en ese momento empecé hacer una investigación al sistema de pensiones.*

Al actor se le exhibió el documento que milita en el PDF 05 folio 44 de la contestación de la demanda, relativa al formulario de afiliación y en la cual consta la siguiente reseña: *“este profesor es Venezolano y fue asesorado por la ejecutiva Paula Díaz en presencia del área jurídica para tener a constancia de su asesoría y que está fuera totalmente clara, comprensible para un extranjero”* y al respecto dijo: *“efectivamente firmó el documento, y la fecha impuesta en la parte inferior describe una fecha diferente y en el texto no se tenía esta información. El contacto que tuvo con la vendedora de Protección, en la Universidad de Antioquia fue el 12 de abril de 2012”*.

Con base en lo anterior, reitera esta sala que el deber de información no se agota con la sola firma del formulario de afiliación, y que en el asunto no quedó demostrado que al momento en que el demandante se afilió a la AFP PROTECCION, se le hubiese indicado de manera clara y precisa, sobre las ventajas, desventajas y riesgos de cada régimen pensional, pues en estos asuntos de ineficacia del traslado, lo relevante es determinar sin más agregados, si al momento de suscribir el acto de traslado, el actor ha sido debidamente informado. Sentencia SL 1055-2022.

Ahora y en punto al disenso planteado por ambos reclamantes, relativo a que el asegurado se encuentra inmerso en la prohibición de retorno establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, para esta sala dicho planteamiento no es aplicable a casos de ineficacia, ya que esa restricción opera en casos de libre elección de régimen pensional, más no en situaciones en las que se advierte que el acto de afiliación no produjo ningún efecto, al ser ineficaz la afiliación por ausencia de información.

Así las cosas, resulta claro que, al ser ineficaz el acto de afiliación del demandante al RAIS, el actor queda en posibilidad de libre elección de ingreso al régimen pensional que más convenga a sus condiciones particulares, posibilidad que no se ve truncada al faltarle menos de 10 años para la edad pensional, ya que debe retrotraerse a la voluntad y el consentimiento válido, esto es, motivado en un verdadero conocimiento del régimen pensional, para que pueda escogerse en condiciones de eficacia el régimen pensional que más convenga y opte el asegurado; para el caso concreto, no es otro que el régimen de prima media con prestación definida, administrado en la actualidad por COLPENSIONES.

El otro punto de cuestionamiento que destaca el apoderado de COLPENSIONES, es en relación a la carga de la prueba impuesta a la AFP, la cual a su juicio resulta desproporcional y va en detrimento del principio de la confianza legítima.

Al respecto la Sala destaca la sentencia SL 4680-2020 proferida por la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual se señala que, en los procesos de ineficacia del traslado, *“la inversión de la carga de la prueba en estos eventos opera en favor de los afiliados, al comparar que, dentro de la relación, los mismos se constituyen en la parte débil del vínculo contractual.”* (negrilla fuera de texto)

Para la sala, la ineficacia en la afiliación al RAIS del demandante, se configura, a raíz de la afiliación ausente de información por parte de la AFP demandada, quien tampoco acreditó en los términos que determina el artículo 167 del C.G.P, haberle brindado al demandante un acompañamiento suficiente en su proceso de afiliación.

En consecuencia, **se confirmará** la sentencia de primera instancia, al haber declarado la ineficacia de la **afiliación** del señor **JUAN PABLO RADA RINCON**, dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Bajo el anterior escenario, COLPENSIONES, habrá de activar la afiliación de la demandante, al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad.

El tema de las devoluciones económicas es pertinente revisarlo en virtud de la competencia en Grado Jurisdiccional de Consulta de que dispone este colegiado, que impone la necesidad de garantizar la sostenibilidad financiera de la entidad pública codemandada que será quien asuma las futuras prestaciones económicas de la seguridad social que deban pagársele al demandante.

Los efectos de la ineficacia se traducen en el hecho de que las cosas deban retornar al estado anterior, resultando intrascendente que la actora haya percibido unos rendimientos financieros a partir de la gestión administrativa de PROTECCION, en tanto COLPENSIONES no tiene por qué ver diezmada la cotización, ya que los referidos descuentos también existen en el régimen de prima media con prestación definida, y no deben ser realizados por PROTECCION, sino por COLPENSIONES, que es donde siempre ha permanecido afiliado el actor.

Al respecto, resulta oportuno citar el reciente criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien, en sentencia del 29 de julio de 2020, SL 2877, Radicación 78.667, MP. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, ha

recordado que *“la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida...”*.

Singularmente se precisa que ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al determinar que las implicaciones prácticas de la ineficacia conllevan a que: *“la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el **porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019). (CSJ SL4062-2021).* (subraya y negrilla a propósito)

Es de tal relevancia el principio de sostenibilidad financiera y la importancia de que el mismo no se vea limitado por omitir ordenar retornar todos los descuentos que le hicieron a la cotización, que esta sala advierte que la orden dada por el A quo **resulta suficiente**, como quiera que en los numerales 2º, 3º y 4º de la parte resolutive de la sentencia, se ordenó el traslado de los conceptos antes señalados.

Finalmente, debe decirse que le asiste razón al apoderado judicial de COLPENSIONES, cuando solicita que se revoque la condena en costas que le fue impuesta por el A quo en primera instancia a la entidad, como quiera que dicha condena es completamente injustificada. Ello por cuanto, si bien existe un criterio previsto en el artículo 365 del Código General del Proceso, el mismo no puede aplicarse sin entrar a analizar la posición que COLPENSIONES ocupa en el acto jurídico que se declaró ineficaz, esto es, su ausencia de participación e incursión en los efectos de la ineficacia.

En consecuencia, se **revocará el numeral 6º** de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, únicamente en cuanto le impuso condena en costas procesales a COLPENSIONES, para en su lugar, absolver a la entidad de las mismas.

COSTAS PROCESALES DE SEGUNDA INSTANCIA

Sin lugar a condena en costas, a cargo de COLPENSIONES, como quiera que se acogen las suplicas.

En esta instancia se han causado costas procesales a cargo de la **AFP PROTECCION S.A.**, teniendo en cuenta la desventura de su recurso de alzada, y en favor del demandante **JUAN PABLO RADA RINCON**, dentro de las cuales se fija, como agencias en derecho, la suma de un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2023.

VIII. - DECISIÓN.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral 6º de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, de fecha y procedencia conocidas, que se conoce en Apelación y Consulta, únicamente en cuanto condenó a **COLPENSIONES** a pagar costas procesales de primera instancia, para, en su lugar, **ABSOLVER** a **COLPENSIONES** de dicha condena, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia de primer grado en todo lo demás, de conformidad a lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR en costas procesales de segunda instancia a la **AFP PROTECCION S.A.** Agencias en derecho: Un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2023, en favor del señor **JUAN PABLO RADA RINCON**, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: En su oportunidad procesal, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

QUINTO: SE ORDENA la notificación por **EDICTO** de esta providencia, que se fijará por secretaría por el término de un día, en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto AL2550-2021.

Los magistrados



MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA