

**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:	05001310500420190063501
Proceso:	Ordinario
Demandante:	MAGALY MORENO HERNÁNDEZ
Demandado:	COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
M. P.	MARIA PATRICIA YEPES GARCIA SL TSM
Fecha de fallo:	19/05/2023
Decisión:	CONFIRMA 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 30/05/2023 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, diecinueve (19) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE	MAGALY MORENO HERNÁNDEZ
DEMANDADAS	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A
ORIGEN	Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín
RADICADO	050013105004201900635-00
TEMAS	Ineficacia de traslado de régimen pensional
CONOCIMIENTO	Consulta
ASUNTO	Sentencia de segunda instancia

En la fecha, la Sala Sexta de decisión Laboral, integrada por las Magistradas ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ, LILIANA MARÍA CASTAÑEDA DUQUE 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 MAGALY MORENO HERNÁNDEZ contra COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.

I. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones de la demanda¹

La señora Magaly Moreno Hernández formula demanda contra Colpensiones y Protección S.A, pretendiendo se declare: **i)** la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado del Régimen de Prima Media -RPM- hacia el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-. En virtud de lo anterior, deprecia se ordene **ii)** a Protección S.A trasladar a Colpensiones todos y cada uno de los aportes realizados al RAIS, incluyendo los rendimientos financieros, sin descuento de cuotas de administración, **iii)** a Colpensiones recibir los referidos valores, actualizar su historia laboral, reactivar su afiliación en el RPM y reconocer la pensión de vejez bajo los parámetros de dicho régimen. **iv)** Costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 23 de agosto de 1960. El 27 de abril de 1984 se afilió ante el extinto ISS. Luego, entre el 01 de agosto de 1994 y el 31 de octubre del mismo año, estuvo afiliada Cajanal por laborar para la Contraloría General de la República. El 19 de agosto de 1994, diligenció formulario con destino a Colmena -hoy Protección S.A.-, con motivo de una asesoría grupal realizada en su lugar de trabajo, la Contraloría General de la República, en la cual le dijeron que el ISS se extinguiría y que

¹ 01PrimeraInstancia; 01 05001 31 05 004 2019 00635 00.pdf. Págs 3/7.

las condiciones del RAIS eran mejores, pudiendo por ejemplo pensionarse a cualquier edad. No le fue suministrada información técnica, adecuada, cierta, completa y comprensible. En momento anterior a solicitar pensión de vejez, se enteró del valor de las mesadas pensionales en ambos regímenes, percatándose del engaño que sufrió, pues en el RAIS la mesada pensional sería más baja. Solicitó la nulidad de su afiliación a ambas demandadas, recibiendo respuesta negativa por parte de ambas. Cotizó ante el RPM 422 semanas y ante el RAIS 1227 semanas.

Oposición a las pretensiones de la demanda

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

i) Protección S.A²

El acto de traslado es existente, válido y exento de vicios del consentimiento, tal y como se evidencia en el formulario de vinculación a Colmena suscrito por la demandante, en el cual está vertida su firma en señal de que su afiliación es libre y espontánea, solemnizándose con ello su afiliación al RAIS. Así las cosas, su voluntad estuvo libre de presión y engaños, toda vez que contó con información veraz, completa, clara y oportuna, en cumplimiento del deber de información, desvirtuándose con ello la existencia de un vicio en el consentimiento, por lo que debe entenderse que el acto de traslado cumplió con todos los requisitos de existencia y validez consagrados en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 y por lo tanto produce todos los efectos jurídicos derivados de éste. Deprecó, en el evento de que sea condenada a trasladar a Colpensiones los aportes de la demandante, e atienda a que no hay lugar a trasladar a la administradora del RPM conceptos diferentes al dinero que se encuentre en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos financieros, dado que Protección S.A. no es poseedor ni de buena o mala fe de conceptos diferentes a éstos, toda vez que la única propietaria de estos dineros sería la demandante. 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, innominada o genérica, 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: 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.

ii) Colpensiones³

Señaló que las pretensiones carecen de fundamentación fáctica y legal, debiéndose en todo caso absolver a Colpensiones, entidad que ha obrado bajo preceptos legales y fácticos a la hora de no aceptar el retorno de la demandante al Régimen de Prima Media, toda vez que debe presumir la legalidad del acto jurídico de traslado al RAIS, y por lo tanto no debe ni puede reconocer solicitudes que no tienen asidero legal. En igual forma precisó que la actora actualmente cuenta con más de 57 años de edad y que por este motivo no es posible aceptar su retorno al RPM, dado que la normatividad vigente

² 01PrimeraInstancia; 01 05001 31 05 004 2019 00635 00.pdf. Págs 158/226.

³ 01PrimeraInstancia; 01 05001 31 05 004 2019 00635 00.pdf. Págs 351/355.

establece que no es posible trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltaren diez años o menos para cumplir la edad de pensión. Excepcionó: Inexistencia de la obligación de aceptar el traslado de régimen pensional, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, prescripción, compensación y buena fe en las actuaciones de Colpensiones.

Sentencia de primera instancia⁴

El 3 de octubre de 2022, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del RPM al RAIS. Ordenó a Protección S.A. que en el término de 30 días remitiera a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual (cotizaciones y rendimientos financieros) y, con cargo a su patrimonio y debidamente indexado, lo descontado por gastos de administración, pagos de primas de seguros previsionales y dineros destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Le ordenó detallar los ciclos valores y fechas correspondientes. Ordenó a Colpensiones permitir el traslado sin solución de continuidad, recibir el dinero y reflejarlos en la historia laboral de la actora, ajustándola. Por último, condenó en costas a Protección S.A, fijando como agencias en derecho la suma de \$2.500.000 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, dando lugar a la declaratoria de ineficacia.

El proceso fue remitido en **consulta** a favor de Colpensiones.

Alegatos de conclusión en segunda instancia

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

Demandante⁵

Solicitó confirmar la declaratoria de ineficacia de traslado, con las consecuencias que se derivaron de ésta, argumentando que si bien el deber de información ha tenido diferentes tres etapas, los fondos de pensiones siempre han tenido el deber de brindar información cierta y objetiva acerca de las ventajas y desventajas de efectuar el traslado de régimen. En consecuencia, corresponde al juez verificar si el fondo de pensiones suministró al afiliado la información en los términos que se han descrito jurisprudencialmente, no siendo suficiente la simple firma plasmada en el respectivo formulario de afiliación, y recordando que en en casos como el presente opera la

⁴ 01PrimeraInstancia; 11 Acta audiencia del art. 77 y 80 del C.P.T y SS.pdf.

⁵ 02SegundaInstancia; 03AlegatosDemandante0420190635.pdf

inversión de la carga de la prueba en favor del usuario. Por lo expuesto, solicitó acoger el precedente jurisprudencial vigente en la materia y confirmar la sentencia de instancia, en el entendido de que Protección S.A no logró acreditar el cumplimiento del deber de información.

Colpensiones⁶

Solicitó que en el evento de que se llegare a confirmar la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen realizado por la demandante, se ordene a Protección S.A a devolver a Colpensiones las sumas que integran la cuenta de la afiliada, tales como cotizaciones, aportes, sumas adicionales, rendimientos financieros, gastos de administración, pagos de seguros y reaseguros de Fogafín, fondo de garantía de pensión mínima y el eventual bono pensional; Todo esto con la intención de que Colpensiones reciba los recursos pertinentes para cumplir a futuro con la prestación económica que le asista a la hoy demandante y a su paso garantizar el principio de estabilidad financiera del sistema.

II. SON CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La competencia de la Sala está dada por el 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 y los conceptos que deben trasladarse desde la Protección S.A. hacia Colpensiones.

El análisis se abordará desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, como también se pretendió en la demanda, como consecuencia de que los efectos que pretenden derivarse de la declaratoria correspondiente, son los propios de la inexistencia (ineficacia) y no de la invalidez (nulidad).

Al no haberse recurrido en apelación la decisión del A-quo en torno a la pretensión de pensión de vejez, la Sala se abstiene de pronunciarse en torno a ella.

Hechos relevantes probados documentalmente

Magaly Moreno Hernández nació el 23 de agosto de 1960⁷. Inició cotizaciones ante el extinto ISS el 27 de abril de 1984⁸. El 19 de agosto de 1994 suscribió formulario de

⁶ 02SegundaInstancia; 04AlegatosColpensiones1520210285.pdf.

⁷ 01PrimeraInstancia; 01 05001 31 05 004 2019 00635 00.pdf. Pág 19. No se aportó registro civil de nacimiento de la demandante, pero sí copia de su cédula de ciudadanía que da cuenta de esta fecha, la cual no fue discutida por la pasiva dentro del proceso.

⁸ 01PrimeraInstancia; 01 05001 31 05 004 2019 00635 00.pdf. Págs 20, 49 y 246.

afiliación a Colmena⁹. El 1 de abril de 2000 fue trasladada a ING en razón de la cesión por fusión de ésta AFP con Colmena¹⁰. El 31 de diciembre de 2012 fue trasladada a Protección S.A con motivo de la cesión por fusión de ésta AFP con ING¹¹. Cuenta con 1670.43 semanas cotizadas al 6 de febrero de 2020, de las cuales 422 lo fueron ante el RPM y 1248.43 lo fueron ante el RAIS¹². Si bien el 6 de septiembre de 2019 solicitó a Protección S.A. y a Colpensiones la nulidad y/o ineficacia de su traslado efectuado al RAIS y en consecuencia gestionar su traslado al RPM¹³, recibió respuesta negativa de ambas demandadas.

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

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.

⁹ 01PrimeraInstancia; 01 05001 31 05 004 2019 00635 00.pdf. Págs 24, 244, 248 y 326.

¹⁰ 01PrimeraInstancia; 01 05001 31 05 004 2019 00635 00.pdf. Pág 248.

¹¹ 01PrimeraInstancia; 01 05001 31 05 004 2019 00635 00.pdf. Pág 248.

¹² 01PrimeraInstancia; 01 05001 31 05 004 2019 00635 00.pdf. Pág 298

¹³ 01PrimeraInstancia; 01 05001 31 05 004 2019 00635 00.pdf. Págs 50/52, 53/55, 56/58, 59/61 322/325

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.

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, sólo 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 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 al 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 2000 cuando no existía esa disposición, pero sí estaba vigente y se ha consolidado la que ha obligado a las AFP a brindar la información no bastando con la suscripción del formulario de afiliación, por cuanto su uso, 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 Magaly Moreno Hernández nació el 23 de agosto de 1960¹⁹, por lo que, al 1° de abril de 1994, cuando entró en vigencia el SGSSP para ella, por ser empleada publica del orden nacional²⁰, contaba con 33 años de edad y no tenía 15 o más años de servicios y/o cotizaciones²¹, por tanto, no fue beneficiaria del régimen de transición consagrado en el art. 36 de la Ley 100 de 1993. El 19 de agosto de 1994 suscribió formulario de afiliación a Colmena²², el cual acusa de ineficaz. Con ocasión de las fusiones presentadas con ING y luego con Protección S.A., es ante esa administradora que cotizaba para la radicación de la demanda²³. Si bien el 6 de septiembre de 2019 solicitó a Protección S.A. y a Colpensiones la nulidad y/o ineficacia de su traslado efectuado al RAIS y en consecuencia gestionar su traslado al RPM²⁴, recibió respuesta negativa de ambas demandadas.

¹⁹ 01PrimeralInstancia; 01 05001 31 05 004 2019 00635 00.pdf. Pág 19. No se aportó registro civil de nacimiento de la demandante, pero sí copia de su cédula de ciudadanía que da cuenta de esta fecha, la cual no fue discutida por la pasiva dentro del proceso.

²⁰ 01PrimeralInstancia; 01 05001 31 05 004 2019 00635 00.pdf. Pág 31. Para la entrada en vigencia del SGSSP laboraba al servicio de la Contraloría General de la República.

²¹ 01PrimeralInstancia; 01 05001 31 05 004 2019 00635 00.pdf. Pág 246. Contaba con 391.57 semanas cotizadas al 1° de abril de 1994.

²² 01PrimeralInstancia; 01 05001 31 05 004 2019 00635 00.pdf. Págs 24, 244, 248 y 326.

²³ 01PrimeralInstancia; 01 05001 31 05 004 2019 00635 00.pdf Pág. 248

²⁴ 01PrimeralInstancia; 01 05001 31 05 004 2019 00635 00.pdf. Págs 50/52, 53/55, 56/58, 59/61 322/325

Adicionalmente, fue recaudado 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 unos asesores comerciales de la AFP Colmena -hoy Protección S.A.- realizaron una asesoría grupal en su lugar de trabajo, la Contraloría General de la República, en la cual expusieron únicamente que el ISS desaparecería, como desapareció Cajanal, por lo que la actora decidió trasladarse a ésta AFP del RAIS. Asimismo, declaró que en esta asesoría los funcionarios de Colmena en ningún momento les hablaron acerca de rendimientos financieros, de las modalidades de pensión en el régimen privado, de qué pasaría con sus semanas cotizadas al RPM, de bono pensional, ni del derecho de retracto.

En este caso, la AFP Protección S.A, como absorbente de la encargada de tramitar la afiliación inicial 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 a la entonces potencial afiliada, sin embargo no acreditó la satisfacción de su ineludible deber legal de brindar a la 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 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, pues la AFP Protección S.A allegó el respectivo formulario de afiliación a Colmena 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).

De ahí que, no procede adoptar el criterio aislado contenido en la providencia **SL2440-2021**²⁵, donde una de las Salas de Descongestión de la CSJ, expuso la tesis de los llamados “actos de relacionamiento,” que valga anotar, había formulado la Sala de Casación Laboral permanente en la SL413-2018, en un proceso donde se debatía el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, y fue necesario analizar la voluntad de permanencia del afiliado en un específico régimen pensional, por cuanto no resultaba diáfano a cuál de los regímenes pertenecía, litigio notoriamente ajeno a los asuntos de ineficacia de traslado de régimen pensional.

Conforme al precedente en cita, acogido por esta Sala, el incumplimiento de las mencionadas obligaciones de información por parte de Protección S.A, vulneradoras de la libre y voluntaria selección de régimen prevista en el literal b del Artículo 13 de la ley 100 de 1993²⁶ 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 271²⁷ de la Ley 100 de 1993 consagra una

²⁵ por la Sala de Descongestión No. 4 de la Sala de Casación Laboral.

²⁶ **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.

²⁷ 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

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 afiliada, 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.

b) Consecuencias de la declaratoria de ineffectia

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 ineffectia, 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 ineffectia en asuntos como el abordado en este proceso, la parte beneficiada económicamente con el acto ineffectio 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 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, 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 de la afiliada fue administrado adecuada y eficientemente,

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.

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 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 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 las demandadas, por evidenciarse la omisión de asesoría completa y previa a la migración de la accionante hacia el RAIS y dentro de ese mismo régimen, pues si bien existió una administración por parte de la AFP del RAIS, además del pago de seguros, consecuencialmente a la declaratoria de ineficacia, todos los recursos deben trasladarse a Colpensiones, administradora que tendrá a su cargo el reconocimiento de la pensión que se genere en favor 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.

Por las mismas razones expuestas en este acápite, considerando el precedente de la Sala de Casación Laboral²⁸ 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.

²⁸ 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.

Se **adicionar** la providencia venida en consulta, en cuanto se indicará a Protección S.A deberá responder por estos conceptos por el tiempo en que la demandante permaneció afiliada a las AFP Colmena e ING Pensiones y Cesantías S.A, en razón de la fusión por absorción de éstas AFP con Protección S.A. También se **adicionar** en cuanto se indicará que el cumplimiento de las órdenes será verificado por COLPENSIONES, de manera coordinada con PROTECCIÓN S.A sin trasladar consecuencias negativas a la actora.

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.

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 **confirmar** y **adicionar** 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. 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. La sentencia se conoció en consulta.

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 Cuarto Laboral del Circuito de Medellín el 3 de octubre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral de doble instancia promovido por MAGALY MORENO HERNÁNDEZ contra

COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., **adicionándola**, en el sentido de advertir a Protección S.A. que deberá responder por los conceptos a trasladar, tanto por lo administrado por ella directamente, como por el tiempo en que la demandante permaneció afiliada a Colmena e ING Pensiones y Cesantías S.A.

También se **adiciona** en cuanto se indica que el cumplimiento de las órdenes será verificado por COLPENSIONES, de manera coordinada con PROTECCIÓN S.A sin trasladar consecuencias negativas a la actora.

SEGUNDO: No se causaron costas procesales en esta instancia.

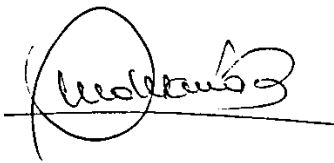
Se ordena notificar lo decidido por edicto.

Devuélvase el expediente al despacho de origen.

Las Magistradas,



MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ

LILIANA MARIA CASTAÑEDA DUQUE
(En ausencia justificada)