

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA CUARTA DE DECISION LABORAL

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Diego Luis Hernández Trujillo
DEMANDADO	AFP Protección S.A. y COLPENSIONES
PROCEDENCIA	Juzgado 001 Laboral del Cto. de Medellín
RADICADO	05001 3105 001 2021 00186 01
INSTANCIA	Segunda
PROVIDENCIA	Sentencia Nro. 090 de 2023
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado – afiliación inicial a fondo privado
DECISIÓN	Modifica y confirma

En la fecha, **treinta (30) de mayo de dos mil veintitrés (2023)**, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, Sala Cuarta de Decisión Laboral integrada por las magistradas: María Eugenia Gómez Velásquez, Claudia Angélica Martínez Castillo y como ponente, Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a emitir pronunciamiento frente a los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de **Protección S.A. y Colpensiones**, así como el grado especial de consulta para esta última, ordenado en sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito, dentro del proceso ordinario promovido por **Diego Luis Hernández Trujillo**. Radicado único nacional 05001 3105 **001 2021 00186** 01.

La Magistrada ponente, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, sometió a consideración el proyecto discutido y aprobado mediante acta N°. **013**, que se adopta como sentencia y se plasma a continuación:

Antecedentes

El demandante solicita que se declare la ineficacia de su afiliación al RAIS a través de la AFP Protección S.A., debido a la falta de asesoría. Asimismo, pide que se ordene a la AFP la restitución de todos los valores que se encuentran en su cuenta de ahorro individual, incluyendo las cotizaciones, los rendimientos que se hubieran causado y la comisión de administración, así como cualquier otro valor que disponga el despacho. Además, requiere que se ordene al fondo público recibir tales aportes y autorice su regreso al régimen de prima media sin solución de continuidad. Finalmente, reclama que se imponga condena en costas.

En sustento de ello afirma que, trabajó como empleado público en la Policía Nacional desde el 16 de enero de 1982 hasta el 20 de marzo de 1993, período por el cual cuenta con bono pensional. El **02 enero de 2009**, suscribió el formulario de vinculación a ING, hoy Protección S.A., convencido por un asesor de que era la mejor opción y asegurándole que los aportes estarían garantizados debido a que el ISS desaparecería. Sin embargo, no se le explicó la diferencia entre el RAIS y el RPM, ni se le brindó información sobre ventajas y desventajas, formas de construir la pensión en el RAIS, modalidades, comparativos o proyecciones pensionales, lo que lo llevó a incurrir en un error al firmar el formulario. En la historia laboral consolidada por Protección S.A., solo aparece afiliado a partir de noviembre de 2013, cuando ingresó a laborar en la Rama Judicial. El 13 de septiembre de 2019, Protección le comunicó que no tendría derecho a una pensión de vejez ni en el fondo privado, ni en el régimen de prima media con prestación definida, lo cual no es cierto ya que cuenta con 11 años de bono pensional y tiempo cotizado entre enero de 2009 y octubre de 2013 a ING, ahora Protección, que computado superaría la densidad de semanas. El 30 de agosto de 2019, intentó retornar al régimen de prima media, pero la entidad

le indicó que no era procedente darle trámite a la solicitud al encontrarse a menos de 10 años de cumplir el requisito de edad para pensionarse.

En auto del 04 de mayo de 2021, se admitió la demanda y se dispuso darle trámite a la misma. Debidamente notificadas, dentro del término de ley, las entidades vinculadas por pasiva allegaron escritos de contestación, así:

AFP Protección S.A., indica que es cierto que el demandante realizó, de forma libre y voluntaria, su afiliación al fondo el 05 de enero de 2009, tal como consta en el formulario; también admite la comunicación del 13 de septiembre de 2019. Los demás supuestos no son ciertos o no le constan, explicando que al actor se le proporcionó una asesoría completa y detallada acerca del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y sus características, incluyendo la construcción de un capital en una cuenta de ahorro individual que genera rendimientos financieros y determina el monto de la pensión, así como la posibilidad de pensionarse anticipadamente si se cuenta con suficiente capital. También se le explicó la posibilidad de que sus aportes hagan parte de la masa sucesoral en caso de fallecimiento y la facultad de realizar un ahorro en pensión voluntaria para incrementar el monto de la mesada. Se subraya que la asesoría se brinda de manera objetiva, sin indicar cuál régimen pensional o administradora es mejor que la otra, y se realizó un comparativo entre ambos regímenes. En consecuencia, el demandante pudo hacer su propio juicio de conveniencia y elegir de manera libre e informada la administradora. Manifestó **oposición a las pretensiones**, expuso los fundamentos de derecho y razones de su defensa y formuló **las excepciones** de: 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 y dentro de esta: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de

administración y el porcentaje aplicado a seguro previsional, cuando se declara la nulidad y/o ineficacia del traslado, y la innominada o genérica.

Colpensiones: de los hechos tiene como cierta la petición de retorno al régimen de prima media elevada por el actor el 30 de agosto de 2019, y la respuesta negativa; los demás supuestos no le constan. **Resistió las pretensiones** y formuló **las excepciones** de: falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de declarar ineficaz la afiliación al sistema de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Protección, imposibilidad de responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en caso de ineficacia de traslado, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, imposibilidad de condena en costas, buena fe, compensación, innominada, devolución de la totalidad de los recursos cotizados y, prescripción.

La primera instancia finalizó con **sentencia** emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito el 26 de abril del año en curso, declarando la ineficacia, del traslado del demandante al RAIS a través de AFP Protección S.A. el 5 de enero de 2009 debido a la falta de deber de información. Le ordenó a Colpensiones que, una vez que el demandante suscriba el formulario de vinculación, lo afilíe al régimen de prima media con prestación definida, sin poder alegar la prohibición establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, y homologue las semanas cotizadas en el RAIS. Ordenó a Protección S.A. que, después de comprobar la afiliación del demandante al RPM, transfiera el saldo total de la cuenta de ahorro individual, incluyendo las cotizaciones, rendimientos, porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración y seguros previsionales, estos tres conceptos debidamente indexados y con las sumas transferidas discriminadas, dentro de un plazo máximo de 30 días. Las excepciones propuestas por las demandadas no fueron probadas. Condenó a la AFP

Protección S.A. en costas, y fijó el monto de las agencias en derecho. Se ordenó el grado jurisdiccional de consulta para Colpensiones.

En sustento de su decisión argumentó que para la fecha en que el demandante suscribió el formulario de afiliación, esto es, el 03 de febrero de 2009, la demandada tenía la obligación de proporcionarle información sobre los diferentes regímenes pensionales, sus características, requisitos, efectos y riesgos de la decisión, adicional a que para dicha calenda, el actor tenía dos años para llegar a la edad límite para trasladarse, lo que hacía su decisión definitiva y generaba una mayor responsabilidad, sin embargo, no indagó adecuadamente la situación pensional y no prueba la asesoría que le fue brindada.

Manifestó que, aunque el afiliado no estuvo previamente en Colpensiones, lo que se protege es la selección de régimen. Al estar patente su voluntad de estar en dicha entidad, resulta irrelevante la ausencia de una vinculación anterior, ya que surge del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 la posibilidad para el afiliado de seleccionar de manera libre y espontánea el régimen, debiendo el actor radicar el formulario de vinculación ante el fondo público para que la entidad lo tenga como afiliado, sin que se pueda negar la misma bajo lo regulado en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, ello, con el fin de que Protección pueda trasladar la totalidad el valor de la cuenta de ahorro individual. El saldo, como lo dice la Ley 100, incluye no solo los aportes sino también los rendimientos que haya generado la cuenta, así como los porcentajes que descontó para garantía de pensión mínima, cuota de administración y primas de reaseguro previsionales debidamente indexados desde la fecha en que fueron descontados. La administradora cuenta con un término de 30 días para devolver los recursos, debiendo detallar los valores, los ciclos, el IBC y demás información relevante que lo justifique.

Inconformes con lo decidido, las partes interpusieron **recursos de apelación, así:**

PROTECCIÓN S.A., Solicita la revocatoria y, para ello, explica que cumplió con el deber de información en relación con la vinculación pensional, y que no se dan los supuestos fácticos que establece la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia para aplicar la inversión de la carga de la prueba en casos de traslado de régimen. En este sentido, el caso en cuestión se trata de una vinculación inicial y los fondos están obligados a analizar las implicaciones de la selección solo en cambios, lo cual no sucedió. Además, aunque el actor tiene derecho a un bono pensional por haber prestado servicio en la Policía Nacional, esto no implica un traslado del régimen público al privado.

Señala que en el año 2009 el reclamante suscribió un formulario de afiliación con ING Hoy Protección, el cual se presume auténtico y en el que expresó su voluntad de selección, resultando improcedente declarar la ineficacia del traslado.

Menciona dos sentencias de la Corte Suprema de Justicia (SL9388-2022 y SL1806-2022), en las cuales se respalda para solicitar la negativa de la pretensión. Finalmente, aduce que no se puede pasar por alto el desconocimiento que el actor alega frente a los temas relacionados con la Ley 797 de 2003, lo cual resulta preocupante dado su discernimiento en asuntos laborales y de seguridad social dada su profesión.

COLPENSIONES, pide sea revocada la sentencia y se absuelva de las pretensiones, ya que es un tercero ajeno al acto de vinculación entre el demandante y Protección S.A., lo cual se puede comprobar con la historia laboral, la cual da cuenta que el actor no ha estado afiliado al régimen de

prima media con prestación definida. Por lo tanto, las solicitudes de ineficacia y sus consecuencias jurídicas son inoponibles para terceros de buena fe. Destaca que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencias como la SL1421, 1452 y 1688 de 2018, entre otras, estableció el alcance del deber de información de las administradoras de fondos de pensiones, procediendo únicamente la ineficacia cuando se acredita su inobservancia en los casos en que el afiliado pretende recuperar el régimen de prima media, lo cual no se da, al no haber estado el actor afiliado a Colpensiones. Por último, pide que no se le condene en costas, ya no es la causante de la falta al deber de información.

En lo no recurrido, se conoce en grado jurisdiccional de consulta para el fondo público.

De la etapa de alegaciones ante esta instancia hizo uso **la apoderada judicial de Colpensiones**, insistiendo en los argumentos de defensa planteados en las distintas intervenciones, esto es, encontrarse el demandante dentro de la restricción de los 10 años en edad para la movilidad entre regímenes; improcedencia de la ineficacia o nulidad de traslado; en caso de acogerse las pretensiones, orden de restitución íntegra de recursos por la AFP al fondo público, y no condena en costas a este último por encontrarse su actuar ajustado a derecho.

En orden a decidir, basten las siguientes,

Consideraciones

Atendiendo el recuento realizado, el **problema jurídico** en esta instancia, se contrae a determinar, si procede declarar la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, (advirtiendo que estuvo vinculado a la Policía Nacional, desde el 16 de enero de 1982 hasta el 20 de marzo de 1993), tal como lo

hizo la juez de instancia, a pesar de que el actor nunca estuvo vinculado al régimen de prima media con prestación definida. Si se llega a la misma conclusión, se deberá establecer si es viable su incorporación automática al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES como lo pretende, junto con las correspondientes restituciones económicas y conceptos comprendidos en ellas.

Pues bien. Reiterada ha sido la línea de la jurisprudencia **mayoritaria** de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde el año 2008, en torno a la **carencia de efectos jurídicos del traslado de régimen pensional cuando no está precedido de una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información, sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. Para el caso concreto, teniendo en cuenta que el actor suscribió formulario de afiliación al RAIS el 05 de enero de 2009**, se estaba en el primer estadio de la regulación normativa (la Ley 1328 fue expedida el 15 de julio de esta anualidad), **contenida entre otros en los arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993**, disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal, y por tanto, el contenido mínimo estaba circunscrito a brindar ilustración sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes, dando a conocer la existencia de ventajas y desventajas de cada uno, lo que implica el estudio particular de la situación de cada usuario ante el sistema, estando también definido jurisprudencialmente que tal información constituye:

... una expresión de responsabilidad en una actividad profesional que se ejecuta en el marco regulatorio del servicio público de Seguridad Social, bajo la dirección, coordinación y control del Estado, según lo dispone el artículo 48 de la CP, siendo las dos primeras actividades mencionadas una manifestación típica de la política pública

y, la última, una materialización de la inspección y vigilancia que corresponde ejercer a través del ente especializado para el efecto. Ver sentencia SL4322-2022.

Y,

... en cuanto al deber de información exigible a las AFP, esta Corporación ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Lo anterior, comoquiera que desde la creación de las AFP, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», prescribió en el numeral 1.º del artículo 97 la obligación de las mismas de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado» y la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

Ahora, atendiendo las particularidades del caso, es de tener en cuenta lo establecido en el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993:

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.

Precepto este último que a la letra reza:

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.

Normas que diferencian entre la selección inicial y el traslado de régimen, pues claramente el primer precepto refiere ***la manifestación por escrito al momento de la vinculación o del traslado***, no siendo posible, entender la selección libre y voluntaria **solo en el caso de traslado entre regímenes, y no para la selección inicial**, como lo pretenden hacer ver los recurrentes, **(sin advertir la particularidad especial del solicitante, al haber prestado servicios por más de 11 años a la Policía Nacional, tiempo respaldado con bono pensional)**, pues de un lado, desconocería de tajo el texto legal, y de otro, atentaría contra el derecho a la igualdad, sumado a que enfática ha sido la **línea mayoritaria de la jurisprudencia especializada, que de paso sea dicho, es la que constituye precedente sobre la materia**, en explicar que la debida información está a cargo de los fondos de pensiones, como entidades que prestan servicios financieros y de seguridad social, relativos al cubrimiento de las contingencias de vejez, invalidez y muerte, **y no del afiliado**, por cuanto: *i) tales servicios están íntimamente ligados con derechos de raigambre constitucional; ii) dicha entidad es profesional y/o experta, en una materia que esta «respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios»; iii) la reglamentación del sistema de seguridad social es compleja y en el caso del RAIS, no solo está integrada por un asunto «hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas»; iv) existen limitaciones de los usuarios relacionadas con sus «condiciones económicas, sociales, educativas y culturales, que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones». De ahí que, como se dijo, en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, la AFP demandada debía «[...] proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», dando a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», siendo también de la administradora la carga probatoria sobre el particular, en los*

términos de los artículos 1604 del Código Civil y 167 del C. G. del P., este último en concordancia con la sentencia C – 086 de 2016, que en el acápite 7.4 advierte:

En lo concerniente a la configuración de la carga dinámica de la prueba debe decirse que atiende su inspiración teórica, fundada en los pilares de solidaridad, equidad (igualdad real entre las partes), lealtad y buena fe procesal, todos ellos reconocidos en la Carta Política de 1991, donde el principio "quien alega debe probar" cede su lugar al principio "quien puede debe probar". Su ejercicio por parte del juez es, en consecuencia, manifestación de una competencia plenamente legítima bajo el prisma de un Estado Social de Derecho.

En la regulación aprobada por el Legislador este decidió -también de manera deliberada y consciente- no fijar un catálogo cerrado de episodios en las cuales puede tener cabida la carga dinámica de la prueba. Por el contrario, dejó abierta esa posibilidad al juez, "según las particularidades del caso", para lo cual mencionó solo algunas hipótesis: (i) la posesión de la prueba en una de las partes, (ii) la existencia de circunstancias técnicas especiales, (iii) la previa y directa intervención en los hechos, (iv) el estado de indefensión o de incapacidad de una de las partes, "entre otras circunstancias similares".

Los eventos mencionados recogen en buena medida las reglas trazadas por la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la propia Corte Constitucional. Sin embargo, el Legislador facultó a los jueces para evaluar las circunstancias de cada caso y definir si se dan o no los supuestos genéricos para recurrir en ciertos casos a la carga dinámica de la prueba. Esta decisión resulta comprensible y completamente válida, no solo ante la dificultad para anticiparse a nuevas situaciones en una sociedad que presenta vertiginosos cambios –algunos tal vez inimaginables-, sino porque son los contornos de cada situación los que permiten evaluar si la igualdad entre las partes se ha visto o no comprometida y se requiere de la "longa manus" del juez para restablecerla.

Sobre el deber de información en cabeza de las administradoras de pensiones, pertinente resulta también traer a colación lo explicado en sentencia SL2484-2022, con fecha 24 de mayo de 2022, en asunto de idéntica naturaleza al que se debate:

(i) Del deber de información de las administradoras de pensiones

Esta Corporación ha considerado que, desde la implementación del sistema integral de seguridad social en pensiones, que incluyó la creación de las administradoras de pensiones, se estableció a cargo de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de los dos regímenes pensionales a fin que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ 2611-2020 y CSJ SL1062-2021).

Lo anterior, toda vez que el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», prescribió en el numeral 1.º del artículo 97 la obligación de las mismas de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado», y la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», reiteró en su artículo 21 este deber, en el sentido que tal información tiene como propósito evaluar las mejores opciones del mercado y «poder tomar decisiones informadas».

La Sala también ha considerado que con el transcurrir del tiempo, el deber de información ha evolucionado a un mayor nivel de exigencia, y ha identificado tres etapas, conforme el avance normativo que regula el tema, así: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo desde 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante.

Entonces, de acuerdo a la fecha en la que el actora migró al régimen de ahorro individual con solidaridad –1.º de septiembre de 1999–, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo; esto es, cuando debía brindar información clara y transparente acerca de los dos regímenes pensionales.

En consecuencia, el acto jurídico de traslado de régimen debió estar precedido de una ilustración, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias de su cambio y, por tanto, las AFP tenían a su cargo el verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como el procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir que el afiliado, antes de dar su consentimiento, debe recibir información clara, cierta, comprensible y oportuna. Negrillas intencionales.

Estando la carga de la prueba en cabeza de las administradoras, sin que sea requisito para su cumplimiento que el afiliado goce del beneficio de la transición o tenga un derecho pensional consolidado, ni sea carga del ciudadano ilustrarse o tener conocimiento sobre el particular, así se explica en la sentencia antes citada:

Sobre el particular, la Sala reitera que le corresponde a la administradora de pensiones acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que no haber recibido información suficiente corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de

pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación¹
(CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019 y CSJ SL4806-2020).

Asimismo, porque la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad quien debe observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Y es que no es razonable invertir la carga de la prueba contra la otra parte de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto del afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

En esa perspectiva, se advierte que le asiste razón al recurrente cuando afirma que el Tribunal se equivocó al asignarle la carga probatoria, pues la misma compete a la AFP convocada. Negrillas fuera del texto original.

Sin que se infiera del formulario de afiliación, porque:

..., la simple firma, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4062-2021 y SL2484-2022).

Explicando también la Corte Constitucional en sentencia T-191 de 2020, que:

88. La libertad de elección presupone conocimiento de los regímenes pensionales, así como de las consecuencias que implica la elección. Este conocimiento, a su vez, se rige por el principio de la información, el cual vincula al empleador al momento de enganchar al trabajador, así como a la administradora de fondos de pensiones, al momento de afiliarse o trasladarse.

*89. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha derivado este principio del artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 3 literal c) de la Ley 1328 de 2009 y ha indicado que **las administradoras de fondos de pensiones tienen la obligación de brindar asesoría seria y***

¹ En tal sentido, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

concreta, conforme con un análisis o estudio previo de la posición, la condición y la situación fáctica del afiliado. Esta información tiene como finalidad permitirle a los afiliados o usuarios del sistema pensional a adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional, así como las ventajas y desventajas de la elección.

90. El principio de información se concreta, a su vez, en las siguientes obligaciones: a) se debe suministrar información y asesoría a través de un lenguaje claro, simple y comprensible, y; b) debe darse a conocer toda la verdad objetiva –y comparada– de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar lo malo y parcializar lo neutro. Negrillas y subrayas intencionales.

Luego, ninguna ilustración o asesoría recibió el demandante por parte de los asesores de ING hoy Protección S.A., al momento de la **selección de régimen pensional**, o por lo menos no se acreditó que se le hubiese ilustrado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes, dando a conocer la existencia de ventajas y desventajas de cada uno, así como que al arribar a los 52 años, a los cuales estaba ad portas de cumplir, no podía efectuar nuevo tránsito, sin que se pueda responsabilizar a la parte actora de buscar información por sí misma, aun siendo profesional del derecho, ni se pueda calificar su conducta como negligente (ver sentencia SL4322-2022).

Evidenciándose entonces la falta de información **mínima**, razón le asistió a la a quo al declarar la **ineficacia del acto de afiliación** o la exclusión de todo efecto jurídico del mismo, siendo entonces viable la selección del régimen público, administrado por Colpensiones, en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el literal b) del artículo 13 del mismo estatuto, caracterizándose la ineficacia porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, siendo sus consecuencias idénticas a las de la nulidad –vuelta de las cosas al estado anterior, sin que sea necesario que el afiliado suscriba un formulario de afiliación ante Colpensiones, pues ya hizo la correspondiente petición, la cual fue negada, y la entidad fue vinculada al trámite, en aras de hacerle oponibles las

consecuencias y ordenes que se impartan, aspecto en el que se aclara la sentencia.

Ha explicado la Sala de Casación Laboral que en estos casos la AFP debe reintegrar a **Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos**. Y también deberá devolver 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, **tal como correctamente lo dispuso la a quo**, explicándose además en la parte considerativa que al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, acatándose así el precedente vertical, contenido entre otras en sentencias **SL3202-2021, SL3706, SL3707, SL3708, SL3710, SL3349-2021, SL4803-2021, SL4609-2021, SL755-2022, SL756-2022, SL843-2022, SL1019-2022, SL1055-2022, SL2484-2022, SL4322-2022**. Los dineros deben ser retornados dentro del plazo establecido por la a quo, sin necesidad de comprobar la afiliación al RPM, como se explicó anteriormente, en tanto, teniendo en cuenta los efectos de la ineficacia, el actor queda automáticamente inmerso en este régimen, punto en el que se aclara la decisión.

Finalmente, con el propósito de abordar todos los argumentos planteados en el recurso de alzada, es importante señalar que, si bien se reconoce que en algunas decisiones de la Sala de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia, como las SL4059-2022 y la SL1806-2022, respaldaron las sentencias emitidas en el sentido de rechazar la solicitud de anular la afiliación **inicial** al RAIS, ya que ello implicaría un intento de volver a la

situación anterior a la selección de un régimen de pensión, y como nunca fueron parte del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, no había obligación legal previa que obligara a las administradoras a aceptar a estas personas, recibir sus cotizaciones, ni reconocerles las prestaciones propias del sistema, también es cierto que las Salas creadas en el marco del programa de descongestión no tienen competencia para modificar la jurisprudencia de la permanente, ni para crear nuevas líneas interpretativas de acuerdo con el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016, que agregó un párrafo al artículo 16 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Por lo tanto, cuando la mayoría considere que es necesario realizar este tipo de cambios, deben remitir el asunto a la Corporación titular, lo que no ha ocurrido.

Sin costas en esta instancia ante las resultas adversas de los recursos. Por sustracción de materia, al no haberse impuesto costas en el fallo que se revisa a cargo de Colpensiones, se hace innecesario entrar a analizar la inconformidad presentada por la entidad en este aspecto.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial Medellín**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **aclara** la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **Diego Luis Hernández Trujillo**, en contra de la **AFP Protección S.A. y de Colpensiones, así:**

Aclara el numeral segundo en el sentido de no imponerle carga al actor de suscribir formulario de afiliación a Colpensiones, entendiéndose con esta decisión vinculado al RPM. En lo demás se confirma.

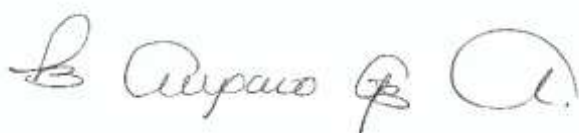
Aclara el numeral tercero en el sentido de ordenarle a Protección trasladar las sumas dispuestas en la sentencia, sin que sea necesaria la comprobación de la afiliación del actor al régimen de prima media, al quedar en virtud de este pronunciamiento inmerso en el mismo.

En todo lo demás se confirma la decisión.

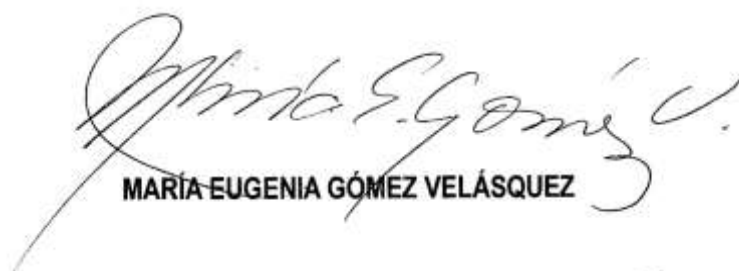
Sin costas en esta instancia ante las resultas de los recursos.

Lo resuelto se notifica a las partes por **EDICTO, que se fijara por secretaria 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.

Las magistradas (firmas escaneadas)



LUZ AMPARO GÓMEZ ARITIZABAL



MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO