



SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, diecisiete (17) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

DEMANDANTE:	José Neftalí Osorio Castaño
DEMANDADA:	Colpensiones y Protección S.A.
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia del traslado del afiliado
DECISIÓN:	Confirma y Adiciona
Radicado	05001-31-05-016-2021-00177-01 (348) 05001310501620210017701

La **SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, conformada por las Magistradas **Luz Amparo Gómez Aristizábal**, **María Eugenia Gómez Velásquez**, y **Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de Colpensiones, en el proceso ordinario laboral adelantado por el señor **José Neftalí Osorio Castaño** en contra de **Colpensiones y Protección SA**, frente a la decisión adoptada por el Juzgado de instancia.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES.

El señor José Neftalí Osorio Castaño presentó demanda en contra de Protección S.A. y Colpensiones buscando se declare nula o ineficaz su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (en adelante RAIS), disponiendo el regreso automático al Régimen de Prima Media (en adelante RPM); que se ordene a

Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, costos de administración y rendimientos. Que se ordene a Colpensiones afiliarlo, recibir y actualizar los aportes realizados a Protección S.A.; y las costas del proceso.

2. HECHOS

En respaldo de sus pretensiones informó que nació el 28 de enero de 1959; se afilió al RPM, administrado por el ISS hoy Colpensiones, 16 de mayo de 1980 al 31 de mayo de 2000 y luego se trasladó a Pensiones y Cesantías Santander (hoy Protección S.A.) el 5 de mayo de 2000, pero el asesor de la entidad no le dio información sobre su traslado.

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

Admitida la demanda e integrada la litis, las demandas se pronunciaron de forma oportuna, así:

Protección S.A. aceptó los hechos relativos a la fecha de nacimiento del actor, la vinculación a ese fondo a través de distintos empleadores, el traslado al RAIS, la solicitud de proyección pensional y documentos, y la respuesta por ellos emitida, y el agotamiento de la reclamación administrativa ante Colpensiones de anulación de traslado, de los demás indicó que no son ciertos o no le constan. Se opuso a la prosperidad de lo pedido y propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y 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, e 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.

Colpensiones por su parte aceptó los hechos relativos a la fecha de nacimiento del actor, la vinculación del actor a distintos empleadores, traslado al RAIS, solicitud de proyección pensional y documentos a Protección y la respuesta emitida, y el agotamiento de la reclamación administrativa con la solicitud ante la entidad de

traslado, frente a los otros, señaló que no le constan o no son hechos, se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de imposibilidad jurídica de declarar la ineficacia del traslado de régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, prescripción, buena fe e imposibilidad de condena en costas.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín, mediante sentencia del 11 de noviembre de 2022, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz la afiliación de JOSÉ NEFTALI OSORIO CASTAÑO realizada a PROTECCIÓN S.A. en MAYO 05 del 2000. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: Se ORDENA a PROTECCIÓN S.A., a trasladar al señor JOSÉ NEFTALI OSORIO CASTAÑO, al régimen de prima media con prestación definida administrado por LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-.

TERCERO: Se ORDENA a PROTECCIÓN S.A. a devolver, al régimen de prima media con prestación definida, administrado por LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor JOSÉ NEFTALI OSORIO CASTAÑO incluyendo las cotizaciones de forma completa, cualquier suma adicional, frutos e intereses, sin que pueda retener los gastos administrativos ni los aportes de solidaridad ni ningún concepto, pues se considera que en ningún momento debió producir ningún efecto jurídico dicho traslado. Esta erogación deberá realizarla con cargo a sus propios recursos.

Para el cumplimiento de ésta obligación se concede un término de treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de ésta providencia.

CUARTO: Se ORDENA a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, a reactivar la afiliación al régimen de prima media con prestación definida al señor JOSÉ NEFTALI OSORIO CASTAÑO y recibir todos los dineros que sean trasladados por PROTECCIÓN S.A. Se autoriza a COLPENSIONES a realizar un cálculo de equivalencia de los dineros recibidos desde el régimen de ahorro individual, de forma que no le genere perjuicios recibir al demandante al momento de cumplir con las obligaciones pensionales a su cargo, calculo que se centrara a actualizar las cotizaciones de forma completa por corrección monetaria a la fecha efectiva del pago.

QUINTO: Respecto de las excepciones propuestas por Colpensiones, me abstengo de resolverlas, toda vez que no participó en el acto jurídico que se declara ineficaz y tampoco se condena en costas.

SEXTO: Se declaran no probadas las excepciones propuestas por PROTECCIÓN S.A.,

SÉPTIMO: CONDENA en costas a PROTECCIÓN S.A., Se fijan como agencias en derecho la suma de DOS MILLONES DE PESOS (\$2.000. 000.00), Se ordena que por secretaría se liquiden las mismas, de conformidad con lo establecido en el Artículo 366 del Código General del Proceso.

5. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Colpensiones, presentó alegatos indicando 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, lo que incluye el reintegro de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, con destino a la entidad la encargada del reconocimiento del derecho pensional y aclara que la buena gestión y administración de recursos de las AFP no las exime de la devolución de la totalidad de estos, debiendo trasladar a Colpensiones todas las sumas recibidas por causa de la afiliación sin que pueda retener valores por ningún concepto.

Protección, solicitó la revocatoria de la sentencia que autoriza a Colpensiones a realizar un cálculo de equivalencia, condena que no guarda ninguna relación ni congruencia con lo peticionado en el escrito de la demanda, ni de los hechos discutidos en el proceso y no se dio oportunidad a la entidad de debatirlo. Hace un recuento normativo y jurisprudencial sobre la indemnización de perjuicios ordenada a Colpensiones por cuanto esa entidad debe acudir ante la jurisdicción en el evento de considerar que le asiste derecho a reclamar algún tipo de perjuicios y considera que el juez no podía ejercer sus facultades extra y ultrapetita para ordenar dicho rubro.

La sentencia estaría ordenando el traslado a Colpensiones de conceptos ya girados al tesoro nacional y asumidos por la administradora, los cuales nunca se descontaron de la cotización a pensión de los afiliados, lo cual implicaría un enriquecimiento sin causa de Colpensiones en contraprestación de un empobrecimiento injustificado de Protección S.A., por cuanto los aportes corresponden a un tercero completamente ajeno (Ministerio del Trabajo), al cual le es indiferente el Régimen Pensional del afiliado en cuestión para efectos del aporte al Fondo de Solidaridad Pensional.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

Conoce la Sala de la consulta de la sentencia en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones de conformidad con lo señalado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si la decisión de primer grado estuvo o no ajustada a las circunstancias fácticas y jurídicas que rodean el caso y si es acertado o no declarar la ineficacia del traslado del demandante José Neftalí Osorio Castaño al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y, si así se establecerán las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Según el acervo probatorio arrojado, el demandante nació el 28 de enero de 1959 como se observa en la historia laboral de las demandadas (folio 203 a 2011 archivo 06 y fl. 44 a 74 archivo 07 anexos); se afilió al RPM desde el 16 de mayo de 1980, según se infiere de la historia laboral emitida por Colpensiones (folios 203 a 211 archivo 07 anexos); y se trasladó al RAIS a través del fondo privado de Pensiones y Cesantías Santander hoy absorbido por Protección S.A. suscribiendo formulario de afiliación el 05 de mayo de 2000 (fl. 40 archivo 08).

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley. Esta última norma establece que cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quedará sin efecto.

Así, con el fin de que la afiliación cumpla el presupuesto de ser libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, de modo que la decisión de traslado esté precedida del cumplimiento de ese mandato. Acerca del deber de información la CSJ desde la sentencia SL-31989 de 2008, sentó una jurisprudencia muy sólida que se mantiene inclusive hasta esta parte, que es importante memorar:

(...) Las administradoras de pensiones tienen el deber de 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. Es una

información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; (...) su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado,

Por lo tanto, no le asiste razón a la AFP demandada por cuanto es insuficiente en afirmar que el afiliado expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, porque no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado cuando se carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a las circunstancias particulares del afiliado, tal como lo establecen los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993 la entidad administradora siempre ha estado obligada a brindarla.

El fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia)

Siguiendo las reglas de la carga de la prueba previstas en el inciso final del artículo 167 del CGP, como el afiliado realizó una negación indefinida cuando alegó la ausencia de información por parte de la AFP, se invierte la carga demostrativa y es la administradora quien tiene sobre sí el deber de demostrar que si lo hizo, en otras palabras que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado cumpliendo con el deber de información, porque de acuerdo con el artículo 1604 del Código Civil «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*».

El actor, al afirmar que «no recibió la información», por ser una negación indefinida, lo releva de probar ese hecho y traslada la carga de la prueba al demandado, quien deberá probar en contrario, que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado.

Conviene no olvidar el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, vertido en la SL19447-2017, en ella profundizó sobre la constatación del deber de información, afirmó que era ineludible, por lo que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación era insuficiente. Es por ello que *«el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea»* (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021), la cual no se infiere de la simple firma del formulario de afiliación.

Se insiste, que las AFP cumplan el deber de información y su acreditación en el proceso no se puede demostrar con las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado, son insuficientes ya que quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la administradora del fondo pensional (CSJ SL4964-2018).

En ese orden de ideas, al presentarse el traslado de la carga de la prueba del afiliado a las Administradoras de Fondos de Pensiones, por ser estas las que cuentan con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, era Protección S.A. quien debía probar en el proceso que brindó una asesoría personalizada y completa al demandante al momento de su traslado, analizando las circunstancias particulares de su caso, debiéndole informar por ejemplo, que existen diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual.

En esa línea Protección no demostró haberle explicado que en este régimen, si no completa el capital suficiente para obtener al menos una pensión mínima — equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la L.100/93, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, no analizó si la parte actora es beneficiaria del régimen de transición pensional y las ventajas derivadas del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios para tomar la decisión de traslado.

Y es que debe reiterarse que, la labor del funcionario del fondo privado de pensiones en el momento previo a hacer efectivo el traslado de régimen, debe trascender al “*deber del buen consejo*”, como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores, velar por la información suministrada a sus usuarios -art. 10 D.720/94- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien Protección S.A. afirmó al contestar la demanda que al actor se le brindó la asesoría requerida para el caso (archivo 08 ibidem), de acuerdo con la jurisprudencia ya descrita tenía la carga de acreditarlo, sin embargo, solo aportó el formulario de afiliación que no da cuenta de la información realmente suministrada al demandante en ese momento, adicional que, como lo viene sosteniendo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la oportunidad de **la información se juzga es al momento del acto jurídico del traslado de régimen pensional**, y no con posterioridad a aquel.

Así las cosas, en el caso a estudio considera la Sala que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, esto es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho pensional, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional, y con ello, que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella como que el demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión la cual estuvo acertada.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

Considera la Sala que al declararse la ineficacia del traslado del demandante del RPM al RAIS, todos aquellos actos jurídicos que se celebraron con posterioridad a la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante; por lo que es legítimo que **Protección S.A.** traslade a **Colpensiones** no solo el saldo de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, sino también, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, **no pudiendo la AFP conservar ningún valor descontado de la cotización**, como lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la

sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P. Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P. Gerardo Botero Zuluaga; debiéndose adicionar en este punto el fallo de primer grado, ordenando trasladar también los porcentajes destinados a los seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados.

Frente a lo correspondiente a la indexación, esta Corporación se ciñe a los parámetros establecidos recientemente por nuestro órgano de cierre, en sentencias SL 359-2021 y especialmente la SL 950 de 2022, en la que se señala:

... Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Tampoco comparte la Sala los argumentos expuestos por la apoderada judicial de Protección S.A. relativo a la no devolución de las cuotas de administración y seguros previsionales, por cuanto si bien del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 se desprende que están previstos para ambos regímenes, y en los artículos 60 y 104 de la referida ley se establece su pago a cargo de los afiliados, lo cierto es que ante la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional, al volver las cosas al estado en el que se encontraban antes, estos no se pueden generar en favor de la administradora del fondo privado de pensiones demandada.

Según el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de Colpensiones, la Sala adicionará la decisión para disponer que el traslado de los recursos deberá hacerse con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-, esto es, entregando la historia laboral del afiliado con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada

valor, “...*junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen ...*”.

III. PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, por lo cual se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

IV. COSTAS PROCESALES.

Sin Costas de segunda instancia.

V. DECISIÓN

Conforme con las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia revisada en consulta se adicionará y confirmará.

En mérito de lo expuesto, la **SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VI. RESUELVE

PRIMERO: Adicionar el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín, el 11 de noviembre de 2022, en cuanto a que, **Protección S.A.** deberá trasladar a **Colpensiones, debidamente indexados**, además de los conceptos dispuestos en la primera instancia, las sumas destinadas primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todos ellos, debidamente indexados, debiendo asumir estos últimos, con cargo inclusive a los propios recursos del Fondo, debiendo remitir la historia laboral del afiliado con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, con la información especificando cada valor, *los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante*, según las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: Confirmar en lo demás la sentencia revisada en consulta.

TERCERO: Sin Costas en esta instancia.

Lo resuelto se notifica por **EDICTO**.

Las Magistradas,


CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO


LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL


MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ