



SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

DEMANDANTE:	Beatriz Elena Córdoba Graciano
DEMANDADA:	Colpensiones y Protección S.A.
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
DECISIÓN:	Confirma y adiciona
Radicado	05266-31-05-001-2021-00087-01 <a href="#">(368) 05266310500120210008701</a>

Medellín, a los treinta (30) días de mayo de dos mil veintitrés (2023)

En la fecha indicada, 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 la señora **Beatriz Elena Córdoba Graciano** en contra de **Colpensiones y Protección S.A.**, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Envigado.

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

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA.

I. ANTECEDENTES:

1.1 PRETENSIONES.

La señora Beatriz Elena Córdoba Graciano presentó demanda en contra de Colpensiones y Protección S.A. buscando se declare la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (en adelante RAIS), disponiendo la

reactivación automática de su vinculación al Régimen de Prima Media (en adelante RPM); que se condene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales y rendimientos, y las costas del proceso.

## **1.2 HECHOS.**

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 5 de noviembre de 1962 se afilió al ISS el 30 de octubre 1987 hasta el 21 de agosto de 1994; que se trasladó al RAIS administrado por AFP Pensiones Santander hoy Protección SA, en el mes de noviembre de 1995; sin embargo, aduce que la entidad no le brindó la debida información acerca de las implicaciones de su traslado.

## **1.3 CONTESTACIÓN DEMANDADAS.**

Admitida la demanda e integrada la litis, las demandadas allegaron respuesta oportuna, así:

**Colpensiones** aceptó como cierta la fecha de nacimiento de la actora, su afiliación al RPM al ISS y las cotizaciones efectuadas, el agotamiento de la reclamación administrativa y la respuesta negativa por ellos emitida en tal sentido; de los demás hechos, dijo que no le constan los relativos al traslado de régimen por ser una situación ajena a la entidad; oponiéndose a las pretensiones dirigidas en contra de la entidad y proponiendo las excepciones de carga dinámica de la prueba, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, improcedencia para decretar la ineficacia del traslado de régimen o inexistencia de la obligación, improcedencia de la indexación de las condenas, prescripción, devolución de cuotas y gastos de administración, seguros previsionales, rendimientos y ahorros voluntarios debidamente indexados, buena fe, improcedencia de condena en costas y compensación.

**Protección S.A.** tuvo como cierta la fecha de nacimiento de la actora, la fusión de AFP Santander con dicho fondo, la petición de proyección de la pensión de vejez y la repuesta por ellos emitida; que no le consta los hechos de la afiliación de la actora al extinto ISS ni de la solicitud de traslado elevada a Colpensiones; y negó los

hechos que hablan de una indebida información. Se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló 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 declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe.

#### **1.4 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Envigado, mediante sentencia del 12 de diciembre de 2022, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la señora BEATRIZ ELENA CÓRDOBA GRACIANO, identificada con la cédula de ciudadanía N° 43.046.233, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., entendiéndose que ha permanecido afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, sin solución de continuidad; según lo explicado en la parte considerativa de esta Sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar a Colpensiones, la totalidad de aportes por pensión recibidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante Beatriz Elena Córdoba Graciano con motivo de su afiliación, con los rendimientos financieros, sin descuento alguno, incluyendo el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos; incluyéndose además los bonos pensionales si los hubiere; todo ello dentro del término de treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta Sentencia; de acuerdo a lo indicado en la parte motiva.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones- recibir los dineros trasladados, teniendo a la señora Beatriz Elena Córdoba Graciano como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, actualizando su historia laboral para los fines pensionales y prestacionales a que hubiere lugar; según los considerandos de este proveído.

CUARTO: CONDENAR en Costas a cargo de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.; fijándose como agencias en derecho la suma de TRES MILLONES DE PESOS M/L (\$3.000.000,00) en favor de la demandante, señora BEATRIZ ELENA CÓRDOBA GRACIANO.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción, formulada por la parte demandada; de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de la Sentencia. Los demás medios exceptivos propuestos por las codemandadas, se declaran implícitamente resueltos.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión o serlo parcialmente, se remitirá lo actuado ante el H. Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones.

## 2. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

4

**Colpensiones**, presentó alegatos indicando que no es procedente el traslado ordenado por cuanto la actora se encuentra a menos de 10 años de adquirir el derecho pensional, solo procedería si hubiese falsedad en el contrato de afiliación, si fue afiliada por el empleador sin su consentimiento y en caso de cumplir con las condiciones y requisitos señalados en la sentencia SU 062 de 2010, mientras la demandante solo aduce la falta de información, además al momento del traslado firmó el formulario y era legalmente capaz, aceptando las condiciones ofrecidas y por lo cual su afiliación tiene plena validez. Apoya su posición en la jurisprudencia sobre la materia que indica que forzar a través de una ficción jurídica el retorno de las cosas al estado anterior va en detrimento de los recursos de la Seguridad Social y constituye un déficit económico al Sistema General de Pensiones. Por lo expuesto solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia frente a la ineficacia de afiliación al RAIS y la reactivación al RPMPD sin solución de continuidad de la demandante.

## 3. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 3.1 PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO

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

### 3.2 PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si se declara la ineficacia del traslado del demandante Beatriz Elena Córdoba Graciano, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y, si es así, establecerá sus consecuencias.

### 3.3 HECHOS RELEVANTES PROBADOS

De acuerdo con el acervo probatorio arrimado, no hay duda que la demandante nació el 5 de noviembre de 1962 como se observa en su cédula de ciudadanía (folio 70 archivo 01DemandaOrdinaria); se afilió al RPM hoy administrado por Colpensiones, el 13 de diciembre de 1985, como se infiere de la historia laboral expedida por Colpensiones (folios 24 a 27 archivo 09ContestacionDemandaColpensiones); posteriormente se trasladó al RAIS suscribiendo solicitud de vinculación a Davivir el 7 de noviembre de 1995 y posteriormente el 18 de diciembre de 2001 a Protección SA con efectividad el 01/02/2022 según certificado de Asofondos (folio 41, 42 y 45 archivo 03ContestaciónDemandaProteccion).

5

### 3.4 INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según 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 un empleador o cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se acreedor a las sanciones del inciso 1o del artículo 271 de la misma ley, de acuerdo con ella, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quedará sin efecto.

Lo segundo es que, aunque la afiliación es 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.

Ahora, según el artículo 97, numeral 1.o del Decreto 663 de 1993, las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar información necesaria y transparente a los afiliados, «de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas».

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

(...)la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019).

6

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).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que el afiliado expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando la administradora incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993.

Así, cuando el afiliado alega la falta de información o la mala entrega de esta por parte de la AFP, como ocurre en este caso, la administradora tiene sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*» (artículo 1604 CC).

De tal manera que, al haberse indicado por la actora que «*no recibió la información*», por tratarse de una negación indefinida, la releva de probar ese hecho y a su vez, traslada la carga de la prueba en las demandadas, quienes deberán probar en contrario, es decir, que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado.

Así, se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido

información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado del afiliado. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

*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),*

Ahora, el hecho de que el afiliado hubiese suscrito el formulario de vinculación o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no liberan a las AFP de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

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, pues ellas 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 cada una brindó una asesoría personalizada y completa a la demandante al momento de su traslado, analizando las circunstancias particulares de su caso.

8

Y, es que las AFP desde su creación, tienen el deber, de suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, como de ello da cuenta el artículo 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

Deben 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; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo 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, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle al afiliado **con detalle**, las ventajas y desventajas de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria.

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 a la actora se le brindó la asesoría requerida para el caso (archivo 03ContestacionProteccion), de



acuerdo con la jurisprudencia ya descrita, cada una tenía la carga de acreditarlo, sin embargo, ninguna aportó prueba que dé cuenta de la información realmente suministrada a la 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.

9

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.

### **3.5 CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.**

La declaratoria de ineficacia implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado *«bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

Por lo tanto, 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 el fondo 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, como 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.

Según el grado jurisdiccional de consulta favorable a Colpensiones, la Sala adicionará el fallo de primer grado para disponer que el traslado de los recursos que realicen los fondos privados 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 periodo cotizado, especificando cada valor, “...*junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen ...*”.

### 3.6 PRESCRIPCIÓN

No se llama a prosperar la excepción de prescripción por cuanto la acción sobre el traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con los requisitos y valor de la pensión, por lo que se debe predicar la imprescriptibilidad de la 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.

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

Las Costas de segunda instancia estarán a cargo de Porvenir S.A., por resultar vencida en el recurso y en favor de la parte demandante, las agencias en derecho se fijan en \$1.160.000.

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,

**IV. RESUELVE**

11

**PRIMERO: Adicionar** el numeral **Segundo** de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Envigado, el 12 de diciembre de 2022, ordenándose que la obligación de traslado impuesta a **Protección S.A.** deberá hacerse con la entrega de la historia laboral de la afiliada con la información discriminada y detallada por cada periodo cotizado, según las consideraciones de esta sentencia.

**SEGUNDO: Confirmar** en lo demás la sentencia revisada en apelación y consulta.

**TERCERO:** Las Costas de segunda instancia estarán a cargo de Porvenir S.A., por resultar vencida en el recurso y en favor de la parte demandante, las agencias en derecho se fijan en \$1.160.000.

Lo resuelto se notifica por **EDICTO**.

Las Magistradas,

  
CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

  
LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL

  
MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ