



SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

DEMANDANTE:	Sergio Raúl Vásquez Torres
DEMANDADA:	Colpensiones y Protección S.A.
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
DECISIÓN:	Confirma y adiciona
Radicado	05001-31-05-020-2021-00234-01 (047) 05001310502020210023401

Medellín, a los veintiocho (28) días de junio de dos mil veintitrés (2023).

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 **Sergio Raúl Vásquez Torres** en contra de **Colpensiones** y de **Protección S.A.**, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín.

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.

El señor Sergio Raúl Vásquez Torres presentó demanda en contra de Colpensiones y Protección S.A. buscando se declare la ineficacia el 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) sin

solución de continuidad; que se condene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes, rendimientos y cuotas de administración de su cuenta de ahorro individual, bono pensional; la indexación y las costas del proceso.

1.2 HECHOS.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 25 de enero de 1958 y en la actualidad tiene 63 años de edad; se afilió al ISS el 30 de julio de 1984, donde cotizó más de 1.300 semanas; el 24 de noviembre de 1995 se trasladó al RAIS administrado por Protección S.A. 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 la edad del actor, la reclamación administrativa de traslado del RAIS y la respuesta negativa emitida; de los demás hechos dijo que no le constan por ser situaciones ajenas a la entidad o de su cobertura; oponiéndose a las pretensiones dirigidas en su contra y proponiendo las excepciones de inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, prescripción, e inexistencia de obligación de pagar intereses de mora.

Protección S.A. aceptó los hechos relativos a que la afiliación del actor a dicho ente fue libre y voluntaria, la petición elevada ante dicho ente solicitando el comparativo y otras peticiones, señaló que no consta los hechos relacionados con la afiliación de éste al ISS y a Protección SA, ni de la liquidación efectuada de forma extrajudicial; negó los hechos relativos a la indebida información, que le hayan dado respuesta omisiva a la petición de comparativo de la mesada pensional, de la favorabilidad de la simulación pensional del RPM que el RAIS. 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, Falta del juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe.

1.4 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín, mediante sentencia del 13 de febrero de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado que realizó el señor SERGIO RAÚL VÁSQUEZ TORRES, quien se identifica con la cédula de ciudadanía número 3.348.309, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS, por falta de consentimiento informado, lo que conllevó a un error en el consentimiento, por cumplir con los requisitos necesarios para la validez jurídica de dicho acto de traslado de régimen pensional, según lo manifestado anteriormente.

SEGUNDO: DECLARAR que la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida del señor RAÚL VÁSQUEZ TORRES, no ha tenido solución de continuidad en el tiempo y que ha estado activamente vinculado al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones a través de Colpensiones.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S. A. que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, traslade con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, el cien por ciento (100%) de los aportes efectuados por el demandante, y cualquier otro valor que se encuentre en su cuenta de ahorro individual, incluidos los frutos y rendimientos financieros que sobre los mismos se hubieren causado, así como los bonos pensionales que allí se encuentren incorporados; asumiendo con cargo a su propio patrimonio los conceptos de comisiones de administración, el valor de la prima mensual deducida para pagar el seguro provisional y los gastos de administración en el Régimen de Ahorro Individual, los cuales deberán corresponder a los periodos comprendidos desde la fecha de afiliación al RAIS, esto es, desde el mes de noviembre de 1995, hasta la fecha en que se haga efectivo el traslado de régimen pensional.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- a recibir los aportes que con destino le envíe la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. con ocasión de la presente sentencia, teniendo en cuenta el tiempo cotizado en Protección S.A, es decir desde el mes de noviembre de 1995 hasta que se haga efectivo dicho traslado de régimen pensional.

QUINTO: DECLARAR IMPROSPERAS las excepciones formuladas por las demandadas, salvo la de imposibilidad de condena en costas, formulada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES.

SEXTO: CONDENAR en costas a PROTECCIÓN S.A, las agencias en derecho se fijan en la suma de \$ 1.740.000 a cargo de la AFP Protección S. A. y a favor de la parte demandante.

SÉPTIMO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES.

II. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Colpensiones esgrime como argumentos que no se le puede imponer la carga a dicho ente de recibir y pensionar a afiliados que con antelación decidieron cambiar

de régimen y fondo pensional, y deciden cambiarse al estar próximos a pensionarse cuando la mayoría de sus cotizaciones no son a ese régimen; que el demandante supera la edad para el traslado; solicita la devolución de todos los aportes sin descuento alguno incluidos los pagos de administración, primas de seguros previsionales; y que no se condene en costas por haber obrado de buena fe y que no tuvo inherencia en el objeto de litigio.

Demandante la apoderada del demandante reitera los argumentos expuestos en los alegatos de conclusión, y que se confirme la sentencia de primera instancia.

Protección S.A. no hizo uso del traslado para alegar.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1 PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO

Conoce la Sala del grado de 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 Sergio Raúl Vásquez Torres, 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 el demandante nació el 25 de enero de 1958 como se observa en su cédula de ciudadanía (folio 15 archivo 02DemandaAnexos y a folio 57 archivo 011ContestaciónColpensiones), y se afilió al RPM hoy administrado por Colpensiones, el 30 de julio de 1984, como se infiere de la historia laboral expedida por Colpensiones (folios 49 archivo 011ContestaciónColpensiones); y posteriormente se trasladó al RAIS administrado

por Protección S.A. suscribiendo solicitud de vinculación el 7 de diciembre de 1995 (folio 97 archivo 05ContestaciónProtección).

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, sea acreedor a las sanciones del inciso 1° 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).

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 el actor que *«no recibió la información»*, por tratarse de una negación indefinida, lo releva de probar ese hecho y a su vez, traslada la carga de la prueba en el demandado, quien deberá 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, éstas 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 brindó una asesoría personalizada y completa al demandante al momento de su traslado, analizando las circunstancias particulares de su caso.

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 al actor se le brindó la asesoría requerida para el caso (archivo 05ContestaciónProtección), de acuerdo con la jurisprudencia ya descrita, tenía la carga de acreditarlo, sin embargo, no aportó prueba que dé 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.

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 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 la respectiva indexación de

porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima y 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* ...”.

3.6 PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar 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 consulta se adicionará y confirmará en todo lo demás.

Sin lugar a condena en costas de segunda instancia.

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

PRIMERO: Adicionar el numeral **Tercero** de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín, el 13 de febrero de 2023, ordenándose que la obligación de traslado impuesta a **Protección S.A.** deberá realizarse con la respectiva indexación de porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, y entregando la historia laboral del afiliado con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, 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