



SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

DEMANDANTE:	Carmen Rosa Vargas Valencia
DEMANDADA:	Colpensiones Protección S.A.
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
DECISIÓN:	Revoca
Radicado	05001-31-05-007-2020-00383-01 (239) 05001310500720200038301

Medellín, a los cuatro (04) días de septiembre de dos mil veintitrés (2023),

AUTO

Conforme con lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 76 del Código General del Proceso, se acepta la renuncia del poder presentada por el apoderado del demandante, abogado Francisco Zapata Silva, obrante los archivos 02, 03 y 04 -02Segunda instancia.

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 recurso de apelación interpuesto por la demandante, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín en el proceso ordinario laboral adelantado por la señora **CARMEN ROSA VARGAS VALENCIA** en contra de **COLPENSIONES, FONPRECON y PROTECCIÓN SA, .**

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 Carmen Rosa Vargas Valencia formuló demanda en contra de Colpensiones, Protección SA y Fonprecon buscando se declare la ineficacia de su traslado del Régimen de Prima Media (en adelante RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (en adelante RAIS); que su afiliación al RPM ha sido sin solución de continuidad al RPM; y en consecuencia de ello se condene a Colpensiones a autorizar su traslado del RAIS al RPM; como subsidiaria que se condene a Fonprecon a autorizar su traslado del RAIS al RPM; que Colpensiones active la afiliación al RPM o de lo contrario que sea Fonprecon quien la active en el RPM.

Como pretensión principal que se condene a Protección a trasladar el saldo de su cuenta individual, incluidos los rendimientos financieros y las deducciones, entre ellas las comisiones de administración, prima por seguro de invalidez y sobrevivencia, aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y aportes al Fondo de Solidaridad Pensional, y el valor del bono pensional si se hubiere causado a Colpensiones, y como subsidiaria que el traslado se haga a Fonprecon; y que anulen su afiliación en el RAIS.

Así mismo que se condene a Colpensiones a acreditar en la historia laboral de la demandante por concepto de –semanas cotizadas- el saldo de la cuenta individual trasladado por Protección; y como subsidiaria que la orden se le imparta a Fonprecon; extra y ultra petita y costas.

1.2. HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones relató que se afilió inicialmente al RPM, y que posteriormente cuando se trasladó al RAIS solo le enunciaron algunas ventajas de este régimen y desventajas del RPM, mas no le expusieron las desventajas del RAIS ni las ventajas del RPM.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

Admitida la demanda e integrada la litis, las demandas se pronunciaron oportunamente de la siguiente manera:

Fonprecon objetó las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó que la afiliación inicial de la demandante fue al RPM, de acuerdo a la certificación expedida por Colpensiones en la que informa que el estado de su afiliación es «*trasladado a otro fondo*», que cotizó 101.86 semanas entre el 18 de junio de 1985 al 25 de agosto de 1985,

y del 24 de septiembre de 1985 al 26 de junio de 1987; que el traslado de la actora al RAIS aconteció el 1 de julio de 1995, y en la actualidad reúne 1.290 semanas cotizadas con aportes hasta julio 2020; en su defensa propuso la excepción de inexistencia de la obligación.

Colpensiones aceptó que la actora estuvo afiliada a ese régimen y su traslado posterior al RAIS; en los demás hechos dijo no constarle. Rechazó las pretensiones dirigidas en su contra, y formuló las excepciones de fondo de: inexistencia de la ineficacia en el traslado de régimen, indebida aplicación de las normas en materia de asesoría de traslado pensional, inversión de la carga dinámica de la prueba, errónea interpretación e indebida aplicación del artículo 1.604 del código civil, ausencia del cumplimiento de las obligaciones legales del demandante según el Decreto 2241 de 2010 y en virtud de las obligaciones recíprocas del contrato de afiliación, desconocimiento del precedente judicial en los fallos de ineficacias de traslado de régimen pensional, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, devolución de la totalidad de los aportes debidamente indexados, buena fe de Colpensiones, Prescripción, la innominada y compensación, e imposibilidad de condena en costas.

Protección SA en cuanto a los hechos, admitió que aceptó la vinculación de la demandante, pero precisó que se hizo de manera libre y voluntaria, consecuencia de una asesoría completa, veraz, comprensible y acorde a los lineamientos legales de la época; negó el hecho que habla de una indebida información; y de los demás dijo no constarle por no haber sido efectuados de manera directa por esa administradora. Se opuso a las pretensiones y como excepciones invocó las 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: 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 el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, y la innominada o genérica.

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, mediante sentencia del 17 de agosto de 2022, absolvió a las demandadas de las pretensiones de la demanda, al concluir que la AFP Protección SA demostró que cumplió con el deber de información al momento del traslado de la demandante, y en las etapas subsiguientes, así como las proyecciones que le hizo el asesor de ese fondo en su momento; por lo que lo declaró eficaz y tuvo por acreditado que el consentimiento fue informado, declarando probada la excepción de inexistencia de la obligación.

Ello ante las reflexiones que el deber de la doble asesoría y buen consejo se exigió a partir del año 2014 en adelante, y que no aplica para este caso porque la afiliación fue anterior a dicha calenda.

Que aun cuando no haya certeza de la información que recibió la afiliada, ello se puede deducir con otros mecanismos que permiten colegir que tenía vocación de permanecer en el régimen de ahorro individual, y que contaba con elementos de juicio suficientes para forjar con plena convicción su elección, lo que consideró probado con las tres Re asesorías que recibió en 2008 y 2010, que fueron solicitadas por ella, y la tercera del 5 de junio de 2013, cuando faltaban 17 días para ingresar a la prohibición del traslado. De tales probanzas se evidencia que le convenía regresarse al RPM; y que la asesoría fue oportuna antes del vencimiento de los 10 años para poder trasladarse de régimen.

Se fundamentó en la sentencia SL812-2022, para apartarse del criterio jurisprudencial de la ineficacia por falta de información al momento del traslado, con base en que en las reasesorías le informaron los rendimientos de su cuenta y su situación pensional, y que aun cuando le convenía regresarse al RPM, fue la misma demandante quien aplazó la decisión.

De la valoración del interrogatorio de parte, tuvo como hechos confesados que el motivo para permanecer en el RAIS se basó en que no tenía beneficiarios, que consideraba que Protección era una empresa solvente, y que el ISS iba a ser liquidado; que tampoco fue presionada por su empleador para elegir el RAIS; conocía las características del RPM administrado en su momento por el ISS; que por sus estudios universitarios conocía las ventajas de tener sus ahorros en la AFP, como los beneficios tributarios y la posibilidad de movilizar sus ahorros, como lo expresó y que también recibió asesorías cuando existían oportunidades de inversión.

Resaltó que la voluntad de la demandante de permanecer en el RAIS, como ella lo dijo, consistía que la pensión la podía heredar, por cuanto era una mujer soltera sin beneficiarios, aun cuando se le había informado y ella sabía que el monto de la pensión sería superior en el RPM; y que no puede ser considerada una afiliada lego debido a su formación como economista de pregrado, con especialización y maestría en finanzas, la cual cursó en el 2015, lo que la hacía conocedora de las implicaciones de su afiliación y permanencia en el RAIS.

Frente a los reparos de la demandante en el interrogatorio con respecto a la falta de asesoría de las modalidades de pensión, pero que en el RAIS las simulaciones no pueden contener un comparativo de mesadas en las diferentes modalidades, porque implica la participación de una aseguradora quien tendría que cotizar la eventual mesada pensional; y ello solo se puede dar cuando se solicita la pensión.

II. RECURSO DE APELACIÓN:

2.1 RAZONES DEL RECURSO

El apoderado de la **demandante** se mostró inconforme con la decisión, y argumentó que la AFP no probó cuál fue la información que le brindó a la actora, las consecuencias que le generaría su traslado, y todos los aspectos que conlleva esa decisión, con el debido detalle, documentación y transparencia para que no incurriera en error al momento de elegir trasladarse de régimen.

Que no ilustraron a la demandante de las condiciones propias del RAIS, como por ejemplo que el requisito para acceder a la pensión de vejez era reunir en la cuenta de ahorro individual el capital suficiente para financiar una pensión mensual por lo menos equivalente al salario mínimo legal mensual vigente; la excepción a la garantía de pensión mínima a la pensión de vejez; que para aspirar a la devolución de saldos debía tener la edad de 57 años, en cambio para la indemnización sustitutiva en el RPM debía tener 55 años; que la fecha de redención de su bono es de 60 años y que se debía vender siempre y cuando estuviera emitido. Que de pedir la pensión anticipada de vejez conllevaría a una disminución de su mesada pensional. Las modalidades de pensión que entraron en vigencia a partir del año 2012. Tampoco lo pusieron de presente qué factores se tenían en cuenta para la liquidar la pensión, así como que no todos los valores cotizados se depositan en su cuenta de ahorro individual.

En consecuencia, no era posible que la demandante advirtiera esas y otras circunstancias ni las consecuencias que derivarían de su traslado, por cuanto la información de alta complejidad, debía analizarla antes de suscribir el formulario, y no pudo hacerlo porque se le suministró de manera tardía y por terceros ajenos al fondo.

II. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Colpensiones manifestó que dentro del proceso quedó acreditado que Protección SA le suministró a la demandante una información completa, suficiente y comprensible que le generó un grado de confiabilidad que la llevó a optar por pertenecer a ese régimen; así como reasesoría pensional. No obstante, continuó afiliada a dicho fondo de donde se lograr inferir que su voluntad es permanecer en el RAIS. Que, si el único reparo que tiene la demandante es la disparidad de cifras de su mesada pensional, ello no significa que le estén vulnerando sus derechos a una expectativa pensional ni que haya lugar a declarar la ineficacia. Sumado a que la actora ya superó la edad permitida para el traslado nuevamente al RPM, y que de accederse a ello se desestabilizaría el sistema financiero.

Que como la declaratoria de ineficacia le resultaría inoponible, en caso de que se acceda a ello, se ordene a la AFP Protección trasladarle el valor del 100 % del aporte realizado por la demandante, así como las cuotas de administración y los valores descontados por cuotas de seguro previsional mientras estuvo afiliada a dicha administradora; o que los dineros que se trasladen los devuelva conforme a un cálculo actuarial que cubra en integridad la prestación.

Por su parte **Fonprecon** solicitó que se mantenga la decisión de primera instancia, pero que en caso de que sea modificada, reitera su falta de legitimación en la causa, por cuanto la actora dejó de ser afiliada a esa entidad desde el 23 de agosto de 1990, y ellos no tienen ninguna injerencia para autorizar o no el traslado de la demandante al RPM ya que el traslado de régimen no se hizo como afiliada a Fonprecon, y que a ese fondo solo pueden afiliarse congresistas, empleados del congreso y de Fonprecon, y la actora no desempeña ninguno de esos cargos.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1 PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO

Conoce la Sala del recurso de apelación de la sentencia a favor de la demandante de conformidad con lo señalado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

3.2 PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala se ocupará de analizar, si fue acertada la decisión del juez al abstenerse de declarar la ineficacia de afiliación de la demandante Carmen Rosa Vargas Valencia al RAIS, o si por el contrario hay lugar a declarar la ineficacia de traslado de régimen con las consecuencias que de ello se derivan.

3.3 HECHOS RELEVANTES PROBADOS

De conformidad con el acervo probatorio proporcionado, no existe duda que **(i)** la demandante nació el 22 de junio de 1966 como se observa en su cédula de ciudadanía (folio 19 archivo 23Pruebasyanexoscolpensiones), **(ii)** que se afilió al RPM a través del ISS el 18/06/1985 **(iii)** que estuvo afiliado a Fonprecon desde el 2 de noviembre de 1988 hasta el 22 de agosto de 1990 (folio 17 Pruebasfonprecon), y realizó aportes a pensiones como empleada del IDEA desde el 01/04/1992 al 30/06/1995 (folio 32ibidem) **(iv)** se afilió al RAIS a través de Protección SA suscribiendo formulario de afiliación el 30 de junio de 1995 (folio 27 archivo 03 Demandayanesos) y como se corrobora con el certificado de Asofondos (folio 37 archivo 24 Contestacionproteccion).

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 a considerar es que, si bien la afiliación es libre y voluntaria, también es cierto que, 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 1º 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»*.

Referente a la 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).

De allí que no sea 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, la mala o incompleta 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, al momento preciso en que sucedió el traslado, por cuanto: *«la prueba de la diligencia ocuidado incumbe al que ha debido emplearlo»* (artículo 1604 CC).

De tal manera que, al haberse indicado por la actora que «*no recibió la información*», o que la «*la información fue incompleta*» por tratarse de una negación indefinida, lo releva de probar ese hecho y a su vez, traslada la carga de la prueba en la AFP demandada, 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 desvirtuarse 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 el caso bajo estudio el quid del asunto recae en determinar si, por tener conocimientos en finanzas dada la profesión de economista al momento en que se trasladó de régimen, es posible inferir que la información recibida con posterioridad valida su actuar y su permanencia en el RAIS.

De entrada, debe decirse que, para exonerar al fondo de su obligación de entregar información clara, completa y comprensible como se ha explicado, no es válido, como lo entendió la sentenciadora de primer grado analizar la formación del afiliado, pues el fondo es quien tiene el deber de legal de proveer de todos los pormenores y no de manera sesgada o sólo porque haya algún beneficio que considere le es favorable en el momento del traslado, no con posterioridad, y debe ser veraz, oportuna, completa y precisa: en otras palabras, de ese compromiso no se releva aduciendo que no se trata de un asegurado lego.

Así lo ha entendido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema, por ejemplo, en la sentencia SL4322-2022 en la que hace un recuento de la evolución normativa y jurisprudencial de las obligaciones de la AFP de brindar una información y explica que

ese deber existe desde la creación del RAIS, pues su objeto social lo ejecutan en el marco regulatorio del servicio público de Seguridad Social, de manera que, ella no está condicionada o determinada por el grado de instrucción, conocimientos o experiencia con que cuente el usuario del sistema pensional.

En la mencionada providencia se dijo:

En la providencia citada en precedencia, se presenta un cuadro-resumen de la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 (sic) de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así las cosas, resulta no ser del todo atinada la afirmación del Colegiado de instancia respecto del momento desde el cual se predica la mentada exigencia, porque el núcleo del deber de información a cargo de las AFP se encuentra establecido desde la misma creación de estas entidades, comprendido en el marco regulatorio que la Sala distingue como la primera etapa, tal cual aparece en el cuadro que precede, pues la normativa posterior fue expedida con atención a las reformas paramétricas que le sobrevienen, como la limitación de los traslados en el tiempo (Ley 797 de 2003) y la creación de los multifondos (Ley 1328 de 2009), las cuales determinaron el deber de asesoría y buen consejo, al igual que la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Por lo tanto, no es adecuado comparar el nivel de exigencia del deber de información que deben prestar las AFP a los afiliados en cada una de las etapas, si no se tiene en cuenta la dinámica legislativa y reglamentaria que les impuso tomar a los afiliados nuevas decisiones durante la época de acumulación, sin que por ello se pueda desconocer el deber de información que acompaña a las AFP desde su misma fundación que, además, permanece vigente durante todos los periodos, sin perjuicio del grado de intensidad que se adquiriera dependiendo el momento histórico en el que deba cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Las normas aplicables para la época del traslado exigían a las AFP brindar ilustración sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de ventajas y desventajas de cada régimen pensional, lo cual en el presente caso no se demostró.

Que no se diga, tampoco, que para la época en que el demandante se trasladó, la selección del régimen pensional no tenía relación con el monto de la pensión, pues lo que se espera al momento del traslado no es precisamente que se le informe el valor futuro de la prestación, sino que se le explique que aquella depende del capital acumulado en la cuenta individual, por lo que, las AFP como expertas en el aseguramiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, cuentan con los soportes técnicos, estadísticos y actuariales para realizar proyecciones del capital que en el tiempo puede acumular el afiliado para acceder a su derecho pensional, teniendo en cuenta las condiciones particulares de cada uno al momento del traslado, como la edad, sexo, nivel de ingreso, persistencia en la cotización, etc; información con que cuenta la AFP por encontrarse registrada en el formulario de afiliación y en la historia laboral del afiliado.

Así mismo, advierte el juzgador de alzada que la solicitud del demandante de retornar a Colpensiones no se realizó dentro de los plazos previstos, según las sentencias de la Corte Constitucional que citó en la providencia; sin embargo, resultaría ser un desaguizado centrar el análisis en los periodos definidos en la ley para hacer traslados entre regímenes, o la limitante para realizarlo cuando le falten menos de diez (10) años para alcanzar la edad requerida, puesto que lo pretendido siempre fue la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado a la AFP Horizonte hoy Porvenir SA, con lo cual, se desdibujaría por parte del Colegiado de instancia el pedimento efectuado desde el escrito inaugural (CSJ SL1475-2021).

(...) De la misma manera, encuentra la Sala que tampoco le asistió la razón al Tribunal al sostener que actos posteriores al traslado de régimen pensional efectuado en el año 2000, de aparente asentimiento con el RAIS, o las calidades personales o profesionales del demandante acumulados a lo largo de su vida, per se, convalidaron de alguna manera el hecho de que al momento de la afiliación la AFP no cumplió con el deber que le competía, como se ha explicado a lo largo de esta providencia (CSJ SL 3349-2021).

(...) Finalmente, fueron desacertadas las conclusiones fácticas destacadas por Tribunal para infirmar el fallo de primera instancia, pues denotó un distanciamiento de la línea jurisprudencial sobre el deber de información a cargo de las AFP, en cuanto a la forma que valoró los dichos del interrogatorio de parte y la documental acusada, como ya se mencionó en los párrafos precedentes (énfasis añadido).

En ese orden de ideas, la constatación de que se cumplió con el deber de información esineludible, 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, CSJ 3719-2021),

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 ha hecho libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no liberan por sí solas 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, mas 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).

De ahí que se insista, en la obligación que tienen las AFP de cumplir con el deber de información, y su acreditación en el proceso no puede demostrarse con 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 (CSJSL4964-2018).

Ello autoriza a concluir que, al presentarse el traslado de la carga de la prueba del afiliado a las Administradoras de Fondos de Pensiones, por ser éstas las que cuentan con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, era Protección SA quien debía probar en el proceso que se brindó una asesoría personalizada y completa al demandante al momento de su traslado, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Desde la creación de las AFP, estaban compelidas a 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).

Una de las informaciones a proveer a los afiliados, a modo de ejemplo, es 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.

Luego resulta necesario insistir en que, la labor del funcionario del fondo privado de pensiones al momento previo a hacer efectivo el traslado de régimen, debe trascenderal “*deber del buen consejo*”, como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada 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 es cierto Protección SA afirmó al contestar la demanda que a la actora le brindaron la asesoría requerida para el caso (archivo 24Contestacionproteccion), así como en sus alegatos esgrimió que la actora era ilustrada en el funcionamiento del RAIS; no lo es menos que de acuerdo con la jurisprudencia ya descrita, tenía la carga de acreditar ese acto, sin embargo, ninguna prueba arrió que dé cuenta de la información realmente suministrada a la demandante al momento preciso de su afiliación que implicó el traslado de régimen.

La primera instancia hilvanó su decisión con las presuntas confesiones de la actora en su interrogatorio, lo cual le condujo a concluir que tenía conocimiento de las condiciones y características del RAIS y que lo escogió porque le era más favorable o conveniente, y lo basó en las asesorías que le brindó la AFP en los años 2.008, 2.010 y 2.013, señalando que le advirtieron la posibilidad de traslado, pero que fue decisión de ella permanecer en el fondo a sabiendas de la diferencia en su mesada

pensional por cuanto en ese régimen podía heredar su pensión. De tales premisas, se aparta esta Sala, porque a contrario de las conclusiones a las que llegó la primera instancia para tener probado el deber de información, se indica que lo que se denota es que si bien la actora manifestó en su interrogatorio un vago conocimiento del RAIS lo que se puede apreciar es que solo conocía condiciones que podían favorecerle, pero que todo ello se fundó precisamente en el seguimiento que hacía de su cuenta de ahorros, y en todo caso, se trata de acontecimientos posteriores a la vinculación inicial,

En este sentido, es válido aseverar que no basta con que se otorgue voluntariamente el consentimiento, sino que es necesario tener una verdadera libertad de decisión fundamentada en el conocimiento real de las circunstancias que lo rodean, pues, de lo contrario, al acto jurídico, aunque existe, es inválido, así lo explicó la Sala de Casación Civil, en sentencia SC1681-2019:

[L]a ley no solamente reconoce la facultad que tienen los particulares para regular en gran parte sus relaciones jurídicas mediante manifestaciones privadas de voluntad, sino que también dispone de los mecanismos adecuados para protegerlos contra su propia ignorancia, y principalmente, contra el fraude y la violencia de que pueden ser víctimas al hacer uso de la referida facultad. Por este motivo, para todo acto jurídico no solamente se requiere que los agentes otorguen voluntariamente su consentimiento, sino que también se exige que lo hagan con cierto grado de conciencia y de libertad, fuera de lo cual el acto existe, pero queda viciado de nulidad; es decir, que no adolezca de ciertos vicios, cuya presencia destruye esa libertad y conciencia que la ley presupone en el agente o agentes al reconocerles poder suficiente para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

Entonces, es equivocado afirmar que por las Re-asesorías que recibió; la accionante contó con suficientes elementos de juicio al momento de decidir trasladarse de régimen. Lo anterior cobra mayor sentido si se entiende en armonía 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, y que en este caso no demostraron habérsela brindado.

Colofón de lo anterior, de la valoración de los elementos probatorios recaudados en el caso bajo estudio, la AFP Protección SA al momento de su traslado no le proveyó a la demandante de una información clara, precisa y oportuna de todas y cada una de las características del régimen que administra, que la llevara a expresar un consentimiento informado y auténticamente libre, nótese que una de las razones por las cuales se trasladó, según informó durante su interrogatorio,

estaba relacionada con la posibilidad de heredar su pensión, lo cual contraría la reglamentación y al percatarse de ello, propició el cambio de régimen.

De no haber tenido una información sesgada al momento de su traslado no hubiera tomado esa decisión. Amén de que tampoco pueda tomarse que no se ubica la demandante dentro de lo que la jurisprudencia ha denominado un afiliado «*lego*»; porque el deber y responsabilidad de información no se discrimina o delimita de acuerdo a los conocimientos o condición intelectual del afiliado, sino que es una obligación de ley, como se ha mostrado en las normas y precedente reseñado.

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, como 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, y no como desacertadamente se decidió en primera instancia, que sí se había acreditado su cumplimiento.

Razones más que suficientes para que se proceda a revocar la decisión de primera instancia, y en razón de ello al declararse la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, todos aquellos actos jurídicos que se celebraron con posterioridad a la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante.

En este caso, sin duda la declaratoria de ineficacia da lugar a que las cosas vuelvan a su estado anterior, por lo tanto, como la afiliación inicial al sistema de pensiones de la señora Carmen Rosa Vargas Valencia se hizo al ISS que para esa época administraba el RPM, hoy Colpensiones, y allí permaneció desde el 18 de junio de 1985 hasta el 26 de junio de 1987. Luego tuvo afiliaciones a Fonprecon, que datan del 2 de noviembre de 1988 al 22 de agosto de 1990, y posteriormente al IDEA – Instituto para el Desarrollo de Antioquia- desde el 01/04/1992 al 30 de junio de 1995. Estas dos últimas entidades Fonprecon y el IDEA emitieron el respectivo bono pensional, como quiera que se trata de entidades que tenían a su cargo el reconocimiento de sus propias pensiones.

En consecuencia, ante la declaratoria en esta instancia del traslado de la demandante del RPM al RAIS, la orden de retorno será hacia Colpensiones por ser el ente que hoy administra el RPM, tal y como lo deprecó en las pretensiones que enarbolan esta demanda por ser éste el régimen pensional al cual efectuó su primera vinculación.

3.1 CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

La declaratoria de ineficacia implica que las cosas vuelven al mismo estado en que sehallarían 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).

En este sentido, y observarse que aun cuando la actora no estuviese afiliada al momento de su traslado al ISS hoy Colpensiones como administradora del RPM, sí fue ésta su afiliación inicial, lo cierto es que ante la prosperidad de las pretensiones de la demanda –ineficacia del traslado al régimen pensional-, su afiliación debe darse a Colpensiones, por cuanto es ésta la única entidad que en la actualidad administra el RPMPD, como quedó argumentado en párrafos precedentes.

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**; y en ese sentido lo procedente en estos casos es que el fondo traslade a Colpensiones el saldo de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, así como, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, postura consolidada por la jurisprudencia 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.

Ahora bien, ante la orden de traslado, y si bien no se solicitó como pretensión de la demanda la indexación, de conformidad con los parámetros establecidos en reciente jurisprudencia, esta Corporación procede de oficio a ordenar que los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, sean trasladados debidamente indexados, a favor de Colpensiones y con cargo de los recursos propios de los fondos privados. Como se determinó en la sentencia SL-359 de 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 obligaa 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.

Referente a la devolución de las cuotas de administración, si bien del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 se desprende que los mismos están previstos tanto para el RPM como para el RAIS, 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 declaración de la ineficacia del traslado a régimen pensional, al volver las cosas al estado en el que se encontraban antes de la misma, éstos no pueden generarse en favor de la administradora del fondo privado de pensiones demandada sino que deben ser trasladados a Colpensiones.

Así mismo se ordena que las obligaciones de traslado que recaen en el fondo privado deberán realizarse dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia –art. 16 Decreto 692 de 1994- 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 con el detalle pormenorizado de los IBC, “...juntamente con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen ...”.

Bajo esta égida se aclara que el traslado de régimen que se está reconociendo por vía judicial no va en contravía de la restricción contemplada en literal e) artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003; sino que, ante la ineficacia declarada, surge la imposición de sanción a la AFP a la cual se trasladó el afiliado, en razón de que no operó de manera libre y con pleno conocimiento de las consecuencias que era menester comunicarle al hoy demandante, quien una vez informado por sus propios medios de las diferencias y repercusiones de su mesada pensional en el traslado de régimen se vio en la necesidad de instaurar la presente demanda.

Sin que pueda considerarse que con esta decisión se está atentando contra la sostenibilidad financiera del RPMPD alegada por Colpensiones, porque ello se ve protegido precisamente, con la orden de traslado íntegro de los recursos del afiliado, para poder garantizar la equivalencia de condiciones en de aportes para cada régimen. Y este raciocinio tiene su eco que en que el fin mismo de la pensión de vejez es garantizarle a ese trabajador que contribuyó con su fuerza laboral a la construcción de su prestación, que al momento de su retiro pueda satisfacer real y efectivamente su derecho fundamental a la seguridad social, bajo el supuesto que cualquier estipulación que afecte o desconozca los derechos mínimos «*no produce efectos*» como se ha enfatizado por la jurisprudencia, como en la sentencia SCL1055 de 2022 así:

[...] la jurisprudencia de la Corte se ha enfocado en garantizar el derecho básico de los trabajadores a recibir información necesaria, objetiva y transparente durante el proceso de traslado de régimen pensional, como una garantía mínima consagrada en el artículo 53 de la Constitución Nacional, que encuentra respaldo en el artículo 272 de la Ley 100 de 1993 y se armoniza con el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagra que cualquier estipulación que afecte o desconozca los derechos mínimos «*no produce efecto*» (CSJ SL3871-2021), de modo que incumplida esa prerrogativa, es imperativo declarar la ineficacia del traslado.

Ahora, si bien en el presente asunto uno de los argumentos del accionante fue el relativo a demostrar que su pensión en prima media sería más favorable que en el RAIS, esto de ningún modo debe permitir desviar la atención a lo importante, esto es, verificar si al momento del traslado efectivo el afiliado accedió a una información clara y precisa sobre las ventajas, desventajas y riesgos de cada régimen en los términos explicados. Y tampoco difumina lo anterior el hecho de que la persona no haya retornado a prima media en los términos de ley, pues se reitera, lo que concierne a estos asuntos es constatar el obediimiento de dicho deber legal de información, independientemente de que la persona tenga o no aquella posibilidad legal de retorno.”

3.2 PRESCRIPCIÓN

No está llamada 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, ante ello 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 apelación de revocará.

Se condenará en costas de segunda instancia a cargo de Protección SA, las agencias en derecho se fijan en \$1.160.000 a cargo de ésta por ser la parte vencida y a favor de la demandante. Con respecto a Colpensiones no hay lugar a la imposición de condena en costas.

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,

4. DECIDE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, el 17 de agosto de 2022, y en su lugar ordenar:

- 1) DECLARAR** la ineficacia de la afiliación de la demandante Carmen Rosa Vargas Valencia al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por el Fondo Protección SA, y en consecuencia declarar que ha permanecido afiliada sin solución de continuidad al RPM administrado por Colpensiones.
- 2) CONDENAR** a Protección SA a que, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, traslade a Colpensiones el saldo de la cuenta de ahorro

individual con los rendimientos financieros, los porcentajes destinados a cuotas y/o gastos de administración, los rendimientos que se hubieren causado, las primas de seguros previsionales, el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados; hasta el último período efectivamente cotizado, y los bonos pensionales; así como la historia laboral de la afiliada Carmen Rosa Vargas Valencia, con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor.

3) ORDENAR a COLPENSIONES en su calidad de administradora del régimen de prima media con prestación recibir los dineros y documentos relacionados en el numeral anterior, y activar la afiliación de la señora Carmen Rosa Vargas Valencia al régimen de prima media con prestación definida desde junio de 1985 sin solución de continuidad.

4) DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la demandada de acuerdo a las resultas del recurso.

TERCERO: Costas de segunda instancia a cargo de Protección SA., las agencias en derecho se fijan en \$1.160.000 pesos a cargo de ésta y en favor de la demandante. No imponer condena en costas a cargo de Colpensiones.

Lo resuelto se notifica por **EDICTO**.

Las Magistradas,


CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO


LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL


MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ